

# FOUCAULT, KANT, ZAFFARONI E A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA: UM PARALELO, UM CONGRUENTE

Priscilla Garcia ZILIO<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente material sustenta sínteses dos citados filósofos dos referidos e supracitados autores no que tange às suas colocações ideológicas de maneira pertinente ao que circunscreve a ciência jurídica penalista, relacionando-as entre si enquanto reciprocamente colaboradoras e simultaneamente completas integralmente nas suas proposições argumentativas, teóricas e históricas, as quais concatenam com os apontamentos sequenciais aglutinados nesta obra, identificando pontos nos quais caminham em parceria, integralizando a compostura das arguições justificadoras umas das outras e demais nos quais se cruzam estes, que, convergindo, se complementam e se enredam, ilustrando e enfatizando a central ideia aqui colocada, que é a teoria agnóstica da pena proposta por Eugénio Raúl Zaffaroni, núcleo teórico deste trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria agnóstica da Pena; Zaffaroni; Kant; Foucault; Direito Penal.

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo pontua os vórtices de cada tema acima mencionados e envereda-os sob diversos enfoques reciprocamente complementares, apresentando como objeto de estudo a Teoria Agnóstica da Pena, onde Eugénio R. Zaffaroni descreve seu ponto de vista sobre a (in) eficácia das maneiras do Estado de penalizar o praticante de ação discrepante às permissões padronizadas e comuns imposta a todos.

O objeto de estudo se filtra na interpretação da teoria agnóstica, teoria esta que não se assemelha a nenhuma outra, tendo caráter inovador em relação às demais.

## 2 DO DIREITO PENAL

O Direito Penal é um ramo do Direito Público em razão ser o Estado o executor da punição jurídica de forma exclusiva, por ser o detentor da capacidade formal de impor regras e cobrar seu cumprimento e, se os fatos vierem a contrariar as ordens anteriores ao fenômeno, sofrerão forçosa retribuição sancionatória, sendo conhecida esta possibilidade e presumível sua realização.

[...] o qual Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de quais comportamento podem ser considerados como infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes (penas e medidas de segurança).

---

<sup>1</sup>É Licenciada em Pedagogia pelas Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba – FARESC (2014); Possui Especialização em Psicopedagogia Institucional pelas Faculdades Barão de Mauá (2015); Atualmente é estudante em nível de Graduação em Direito pelas FARESC (2016 -). Atua como Professora autonomamente, lecionando aulas particulares. E-mail: priscilla\_zilio@hotmail.com.

Nesse sentido, o Direito Penal é o conjunto de normas que qualifica certos comportamentos humanos como infrações penais, define os seus agentes e fixa as sanções a serem-lhes aplicadas.

[...]

Portanto, o Direito Penal define o que é um injusto penal e comina as consequências para a hipótese de descumprimento dos preceitos estabelecidos. (AGUIAR, 2015).

## **2. 1. DO ENTENDIMENTO DE PENA**

Vários teóricos e doutrinadores se propuseram a entender o funcionamento e a eficiência dos sistemas proporcionais e retributivos de atos ilícitos, graves ou prejudiciais à sociedade praticados por agentes civis por meio da imposição do poder do Estado e da sua força soberana e coercitiva formalmente para se aplicar materialmente suas decisões e tê-las oficializadas proporcionalmente às práticas delituosas realizadas pelo agente.

A história do Direito Penal se encontra dividida em períodos: vingança privada, vingança divina, vingança pública, humanitário e científico. Devido a esse fato o estudo histórico da legislação penal deve ser feito de forma autônoma [...]

[...].

Nessa perspectiva, cabia bem a auto-composição, conhecida como vingança de cunho pessoal, utilizada pelo ofendido em busca de sanar a lide, sendo essa faculdade de resolução, dada a sua força própria, grupo ou família, para, assim, conseguir exercê-la em desfavor do criminoso. A pena não obedecia ao princípio da proporcionalidade vez que em sua aplicação se subordinava aos interesses da família do acusado (DIAS, 2010, p. 2). As civilizações do antigo oriente possuíam uma legislação penal caracterizada pela natureza religiosa de suas leis, originando-se da divindade. Nesse sentido, o agressor deveria ser castigado para aplacar a ira dos deuses e reconquistar a sua benevolência (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 26). Nitidamente, aqui, se coloca o infrator numa condição de ser expiatório, como um objeto alocado para aplacar a cólera dos deuses. Com relação à pena em Grécia e Roma, é ressaltado o caráter sacro revelado nas obras dos grandes trágicos gregos. Entretanto, algum tempo depois, a pena se torna pública, variando sua severidade de acordo com o tipo de delito. (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.28.) (LOPES, BORGHI, OLIVEIRA, p. 2.).

A pena, entendida como uma espécie de castigo imposto em razão de um descumprimento normativo estatal, procura, inicialmente, apresentar ao indivíduo

que tipo de ação o Estado executará se houver violação da norma imposta e, com isso, busca prevenir o acometimento de atos delituosos.

Esse castigo é necessário, porque é importante prevenir mesmo as primeiras tentativas dos crimes. Mas, como pode haver um intervalo entre a tentativa de um delito e a sua execução, é justo reservar uma pena maior ao crime consumado, para deixar àquele que apenas começou o crime alguns motivos que o impeçam de acabá-lo (BECCARIA, p. 21).

No entanto, Cesare Beccaria, em sua obra “Dos Delitos e Das Penas”, critica de maneira profunda o método penalizante usado para executar a pena ao “criminoso”, vendo-a como desumana e facultativa ao abuso de direito pela parte dosadora da correção sancionadora. Explica-se com eficiência o ideário beccariano:

Adepto da teoria do contrato social de Thomas Hobbes, Beccaria vê o Estado como o responsável por preservar as liberdades individuais, bem como prevenir ações que causem prejuízos ao bem estar coletivo. O autor, tal qual Hobbes, acredita que a gênese das leis se deu graças ao contrato social para proteger as porções de liberdades individuais cedidas ao Estado, das possíveis ações decorrentes ainda do estado de natureza, anterior ao pacto social.

Sua principal obra e objeto norteador da reflexão deste artigo, *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas), escrita em 1763 e publicada em 1764 é considerada como uma crítica direta aos sistemas penais de sua época e demonstram sua repulsa à forma como se aplicavam as penas, sobretudo desumanas e desproporcionais em relação aos crimes praticados e que, muitas vezes, eram fruto da arbitrariedade de juízes extremamente parciais em seus julgamentos. A referida obra é publicada em meio ao choque de ideias sobre o direito. De um lado, o direito natural, dado por Deus, logo imutável; do outro, o direito positivo, que à medida que é construído pelos homens, estes podem adaptá-lo para atender as demandas sociais. (SANTOS, cap. 2, 2015).

Complementarmente, Michael Foucault, filósofo francês e influenciador intelectual contemporâneo, cujo posicionamento crítico-político se opõe ao sistema de prisões tradicionais. Em “Vigiar e Punir”, Foucault apresenta um caso de suplício textualmente narrado, além das formalizações de ordem e maneiras de submeter a pessoa à imposição da correção coativo-forçosa, reforçando a relação de poder desigual entre a pessoa e o Estado.

Encontrar para um crime o castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja ideia seja tal que torne definitivamente sem atração a ideia de um

delito. É uma arte das energias que se combatem, arte das imagens que se associam fabricação de ligações estáveis que desafiem o tempo. Importa constituir pares de representação de valores opostos, instaurar diferenças quantitativas entre as forças em questão, estabelecer um jogo de sinais-obstáculos que possam submeter o movimento das forças a uma relação de poder. (FOUCAULT, p. 124).

O trecho referenciado acima ilustra o contexto enquanto descritiva de uma situação onde a prática de aplicação da pena se impõe ao propósito equilibrador do direito. Para que o conteúdo a seguir se complete a partir dos dispostos anteriores, pode -se entender que o suplício descrito acima seria, grosseiramente falando, um rascunho do que longinquamente viria a ser o Direito Penal (além de muitas outras situações ao longo da história, contributivas cronologicamente com esta ciência) que conhecemos como ramo do próprio Direito, teoricamente equilibrado e proporcional entre o direito e o ato punitivo sancionador.

### **3 DO ESCLARECIMENTO KANTIANO**

A Teoria Agnóstica da Pena se difere exponencialmente das demais de mesma espécie. Isso ocorre porque sua essência está em adequar os modelos de estado de polícia e de estado de direito, balanceando-as. Em razão disso, o empréstimo da resposta concernente ao que é o esclarecimento advinda de Immanuel Kant é capaz de alinhar o entendimento prévio à teoria proposta por Zaffaroni.

Mas o que um povo não é sequer autorizado a decidir por si mesmo, um monarca tem ainda menos o direito de decidir pelo povo; pois sua autoridade legislativa repousa precisamente sobre o fato de que ele reúne toda a vontade popular na sua. Se ele propõe apenas conciliar toda verdadeira ou pretensa melhoria com a ordem civil, ele só pode, por outro lado, deixar a cargo de seus súditos o que eles estimam necessário para a salvação de sua alma; isto não lhe diz respeito. Em contrapartida, ele deve velar para que ninguém impeça a outro pela violência de trabalhar com todas suas forças para a definição e promoção de sua salvação. Ele prejudica à sua própria majestade quando intervém nesses assuntos, como se concernissem à autoridade do governo os escritos nos quais seus súditos tentam esclarecer sua idéia [...]. É também, e mais ainda, o caso quando ele rebaixa seu poder supremo defendendo contra o resto de seus súditos o despotismo eclesiástico de alguns tiranos em seu Estado. 3 "César não está acima dos gramáticos".

Quando se pergunta, portanto: vivemos atualmente numa época esclarecida? A resposta é: não, mas numa época de esclarecimento. [...]. (KANT, p. 6-7, 1783).

### **4 DA TEORIA AGNÓSTICA DA PENA**

Argentino, Eugenio Raul Zaffaroni é um magistrado que teve passagem pela política e é visto no mundo jurídico como uma das maiores autoridades no Direito Penal.

Zaffaroni desenvolveu, com base em suas conclusões adquiridas por estudos práticos diários, a Teoria Agnóstica da Pena, uma teoria que percebe dificuldades ao notar, no cumprimento da pena, as funções à ela creditada e a eficiência neste processo.

Essa teoria se embasa no que ele vê como mais viável ao estado de direito: um modelo ideal e harmonioso entre estado de direito e estado de polícia. Isso ocorre porque, para Zaffaroni, a pena deve manter seu objetivo ressocializador e reintegrador ao convívio em sociedade, porém deve modificar sua estruturação.

Ante a identificação da pena como ato do poder político, ZAFFARONI, contestando, ainda que indiretamente, as doutrinas abolicionistas por entender necessário, ao menos nos países periféricos, o estado de polícia, face a sua transcendência em relação a pena criminal para vigiar e controlar a ordem social, então, potencializa a possibilidade de restrição do exercício do poder punitivo do estado de polícia pela ampliação do estado de direito.

**A TEORIA AGNÓSTICA DA PENA**, ao reputar como ilegítimas as bases oficias que justificam juridicamente a sanção penal, tem como objetivo precípua a realização de uma contenção máxima do poder punitivo pela maximização do estado democrático de direito, possibilitando, ao entender a pena como fonte eminentemente política, a realização de políticas criminais voltadas ao humanismo democrático, [...]. (VANIN, 2014).

Questionado, sobre sua curta trajetória na política, uma entrevista aconteceu entre Eugenio e a página Consultor Jurídico durante uma de suas vindas ao Brasil, desta vez para participar de um seminário por intermédio do Instituto Carioca de Criminologia, expondo brevemente alguns apontamentos sobre como a mostra de feitos criminosos à sociedade (como um todo) chega como na forma de espetáculo, mas se oficializa como lei formal e positiva.

**ConJur — No Brasil, quando ocorre um crime mais chocante, os políticos tratam de apresentar leis penais mais severas.**

**Zaffaroni —** Isso está acontecendo em todo o mundo. Essa prática destruiu os Códigos Penais. Nesta política de espetáculo, o político precisa se projetar na televisão. A ideia é: “se sair na televisão, não tem problema, pode matar mais”. Vai conseguir cinco minutos na televisão, porque quanto mais absurdo é um projeto ou uma lei penal, mais espaço na mídia ele tem. No dia seguinte, o espetáculo acabou. Mas a lei fica. O Código Penal é um instrumento para fazer sentenças. O político pode achar que o Código Penal é um instrumento para enviar mensagens e propaganda política, mas quando isso acontece fazemos sentenças com um monte de telegramas

velhos, usados e motivados por fatos que estão totalmente esquecidos, originários deste mundo midiático. Ao mesmo tempo, a construção da realidade paranóica não é ingênua, inocente ou inofensiva. É uma construção que sempre oculta outra realidade. (ITO, 2009).

De todo modo, a ideia é que o resultado da pena não é a penalização propriamente, mas o que deriva desta, uma vez que a pena pela pena pode não surtir os efeitos objetivados, enquanto que a pena eficiente colabora para a reformulação social do cidadão e o conscientiza à auto-correção, para que o anterior criminoso deixe de existir e ressurgir como um novo indivíduo social, melhorado, correto, íntegro e integralizado.

## **CONCLUSÃO**

A teoria proposta por Zaffaroni, para ser essencialmente compreendida precisa, necessariamente estar “esclarecida”, para que sua prática atenda ao seu real propósito social, do contrário, os resultados de má interpretação comprometerão o funcionamento do aparelho estatal e, portanto, de toda a sociedade.

A realização deste trabalho possibilitou que a compreensão a respeito da representatividade da pena enquanto exercitada e, simultaneamente pertencente a um contexto altamente influente no ambiente coletivo. Fator este que, ao ampliar as conquistas de aquisição de maior saber jurídico, contribuiu para o desenvolvimento do espontâneo criticismo também quanto às teorias que busquem compreender a função e o que se resulta da penalização por ato que contrarie as normas coletivas, o que contribuiu para a expansão dos conhecimentos já detidos sobre o assunto tratado.

## **REFERÊNCIAS**

AGUIAR, Leonardo. **Conceito de Direito Penal** - Disponível em: <[WWW.leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/321035391/conceito-de-direito-penal](http://WWW.leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/321035391/conceito-de-direito-penal)>. Acesso em: 24/10/2017, às 22:17h

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Disponível em: <[WWW.http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000018.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000018.pdf)>. Acesso em: 23/10/2017.

FRAZÃO, Dilva. **Biografia de Michel Foucault**. Disponível em: <[WWW.ebiografia.com/michel\\_foucault/](http://WWW.ebiografia.com/michel_foucault/)>. Acesso em: 25/10/2017.

ITO, Marina. **Função do Direito Penal é limitar o poder punitivo**

Disponível em: <[WWW.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino](http://WWW.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino)>. Acesso em: 25/10/2017.

KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: O que é o Esclarecimento?**. Disponível em: <https://bioetica.catedraunesco.unb.br/wp-content/uploads/2016/04/Immanuel-Kant.-O-que-%C3%A9-esclarecimento.pdf>>. Acesso em: 25/10/2017.

LOPES, C. L. BORGHI, Máisa Burdini. OLIVEIRA. Rafaella Marques de. **Breve Estudo Sobre As Teorias Dos Fins Da Pena**: um olhar histórico contemplativo sobre a realidade contemporânea. – Disponível em: <[WWW.conteudojuridico.com.br/pdf/cj031289.pdf](http://WWW.conteudojuridico.com.br/pdf/cj031289.pdf)>. Acesso em: 24/10/2017, às 23:00h.

SANTOS. Luiz Tiago Vieira. **O ideário de Beccaria e sua contribuição para o direito penal moderno**. 2015. Disponível em: <[WWW.conteudojuridico.com.br/artigo,o-ideario-de-beccaria-e-sua-contribuicao-para-o-direito-penal-moderno,52741.html](http://WWW.conteudojuridico.com.br/artigo,o-ideario-de-beccaria-e-sua-contribuicao-para-o-direito-penal-moderno,52741.html)>. Acesso em 24/10/2017.

VANIN, Carlos Eduardo. **Teoria Agnóstica de Zaffaroni**. 2014.

Disponível em: <[WWW.duduhvanin.jusbrasil.com.br/noticias/183273877/teoria-agnostica-da-pena-zaffaroni](http://WWW.duduhvanin.jusbrasil.com.br/noticias/183273877/teoria-agnostica-da-pena-zaffaroni)>. Acesso em 25/10/2017.