

## Da crítica à criatividade: reflexões sobre o realismo de Eugenio Raúl Zaffaroni diante dos desafios da criminologia crítica brasileira

## From critics to creativity: reflections on the realism of Eugenio Raúl Zaffaroni in front of the challenges of critical criminology in Brazil

*Carolina Costa Ferreira(1); Erica Babini Lapa do Amaral Machado(2)*

1 Doutora e Mestra em Direito, Estado e Constituição (UnB). Graduada em Direito (UNESP). Advogada criminalista. Professora do Mestrado em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professora de Criminologia, Direito Penal e Processual Penal (UniCEUB).

E-mail: [carolinacferreira@gmail.com](mailto:carolinacferreira@gmail.com) | ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0664-9559>

2 Doutora pela Universidade Federal de Pernambuco (2014) e mestre pela mesma instituição (2010). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (2006). Professora da Universidade Católica de Pernambuco, no programa de graduação e Pós-Graduação, atuando principalmente na área de Criminologia, Direito Penal e Direito da Criança e do Adolescente.

E-mail: [ericababini@hotmail.com](mailto:ericababini@hotmail.com) | ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6930-6284>

**Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 16, n. 2, p. 1-22, Maio-Agosto, 2020 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: Fevereiro 05, 2020; Accepted/Aceito: Fevereiro 17, 2021;

Publicado/Published: Março 15, 2021]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2020.v16i2.3872>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

## Resumo

O artigo discute a contribuição da dogmática de Eugenio Raúl Zaffaroni para as Ciências Criminais no Brasil, desde o processo de recepção da Criminologia na América Latina até sua versão crítica a partir da concepção funcional redutora. Contextualiza-se a contribuição do autor ao debate sobre raça nos campos criminológicos brasileiro e latino-americano, empreendendo esforços epistêmicos de não silenciar privilégios de branquitude, deixando de lado o sujeito abstrato – categoria alienante do branqueamento, própria da tradicional dogmática – para considerar o sujeito concreto, em suas dimensões individualizadas, a partir das experiências do controle penal latino-americano. O objetivo é discutir a contribuição de Zaffaroni para uma teoria crítica do exercício do poder punitivo. O texto aponta potencialidades do saber dogmático crítico desenhado pelo autor desde a década de 1980, quando indicava a necessidade da autorreflexão do saber criminológico-crítico, inaugurando uma perspectiva criativa de abordagem realista desde a margem latino-americana. Para tal análise, realiza-se revisão de literatura e uma análise teórica, a fim de a possibilidade de contenção do exercício do poder punitivo pela dogmática penal, com os olhos na Criminologia Crítica brasileira.

**Palavras-chaves:** Criminologia latino-americana. Dogmática jurídico-penal. Eugênio Raúl Zaffaroni. Realismo penal.

## Abstract

The paper discusses the contribution of Eugenio Raúl Zaffaroni's dogmatics to Criminal Sciences in Brazil, from the process of receiving Criminology in Latin America to its critical version based on the reductive functional conception. The author's contribution to the debate on race in the Brazilian and Latin American criminological fields is contextualized, making epistemic efforts not to silence whiteness privileges, leaving aside the abstract subject – alienating category of whitening, typical of traditional dogmatics – to consider the concrete subject, in its individualized dimensions, from the experiences of Latin American criminal control. The paper points out Zaffaroni's contribution to a critical theory of the exercise of punitive power and the potential of critical dogmatic knowledge designed by the author since the 1980s, when he indicated the need for self-reflection of criminological-critical knowledge, inaugurating a creative perspective with a realistic approach from the Latin American margin. For such analysis, a literature review and a theoretical analysis are carried out in order to discuss the possibility of containing the exercise of punitive power by criminal dogmatics, with an eye on Brazilian Critical Criminology.

**Keywords:** Criminology. Criminal Law. Eugenio Raúl Zaffaroni. Latin-American Criminology.

## 1 Introdução

O curso dos discursos criminológicos na América Latina guarda complexidades, pois muitos de seus processos de criação teórica são originários do eixo centro-europeu e importados sem consideração a questões econômicas e culturais importantes da realidade latino-americana, orientadas à manutenção de estruturas de poder dominantes<sup>1</sup>. Entre os anos 1980 e 2000, o debate centrou-se em questões de classe: a influência marxista para a expansão criminológica no Brasil<sup>2</sup> e o uso da expressão “criminalização da pobreza”<sup>3</sup> se notabilizaram nesse período. No final dos anos 2000 e em toda a década de 2010, o campo criminológico brasileiro rompe os caminhos e enuncia, diretamente, o genocídio da população jovem e negra<sup>4</sup>, abrindo também as perspectivas para as questões de gênero<sup>5</sup>. Por todo este período, autoras e autores incorporaram paradigmas criminológicos para pensar sobre questões dogmáticas: elementos como culpabilidade, tipicidade, o conceito analítico de crime e a definição dos processos de criminalização receberam aportes criminológicos, o que permitiu uma discussão mais ampla e complexa destes conceitos e, sobretudo, das consequências de sua aplicação para a (des)legitimação do controle penal.

Eugenio Raúl Zaffaroni é um dos juristas mais estudados da América Latina e, desde a década de 1980, alerta, em suas obras, para a necessidade da reflexão autocrítica acerca do saber criminológico-crítico. Zaffaroni inaugura uma perspectiva realista a partir da margem latino-americana e inova ao associar, com rara habilidade, a Criminologia Crítica à Dogmática Penal. Neste trabalho, sugerimos uma forma de reconhecer Zaffaroni no campo das ciências criminais: apontar suas principais contribuições e seus principais limites, ao longo de sua trajetória entre Criminologia e Dogmática Penal, considerando as categorias que foram agregadas, ao longo do tempo, no debate criminológico crítico.

Várias autoras e autores da América Latina trilharam o mesmo caminho, como Rosa del Olmo, Lola Aniyar de Castro, Juarez Cirino dos Santos e Nilo Batista; porém, alguns vazios são percebidos: a ausência de racialização da crítica criminológica para (re)existir em meio ao reconhecimento do genocídio de Estado. O presente artigo vai levantar a provocação de que isto se deu em razão da dificuldade de se reconhecer os privilégios de branquitude, contextualizando a abertura do campo criminológico

1 DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2004, p. 265.

2 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2006.

3 WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

4 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

5 O primeiro livro que articula a contribuição dos estudos feministas e a questão criminológica foi organizado por Carmen Hein de Campos. CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 2000.

crítico para estas discussões<sup>6</sup>, considerando o que Camila Cardoso de Mello Prando chama de “primeira onda”<sup>7</sup>. Esse silêncio foi bastante conveniente para a manutenção dos privilégios da branquitude criminológica. Já com as traduções de obras latino-americanas, como as de Zaffaroni, a questão racial foi identificada, ainda de maneira muito tímida, mas enunciada a partir de “categorias como periferia e poder colonial”<sup>8</sup>.

Quer dizer, tem-se plena consciência de que a produção intelectual do autor que aqui se discute não contempla as vantagens usufruídas pela branquitude, nem tinha por objetivo apresentar uma epistemologia<sup>9</sup> de rompimento com as estruturas de poder geradoras desta mesma epistemologia. Isto é, reconhece-se que o saber de Zaffaroni trabalha com a perspectiva dialética e a ela se limita; assim, a revisitação do autor carrega a provocação do avanço, orientada pela seguinte pergunta: a partir da estratégia adotada pelo jurista e criminólogo, de associar a crítica criminológica ao rigor dogmático, o que podemos aprender com ele para prosseguir com os debates em uma teoria criminológica brasileira e decolonial?

O espaço criminológico dos conceitos dogmáticos é o que, neste texto, nomeamos como “criatividade” de Eugenio Raúl Zaffaroni, levando-se em consideração que é necessário fazer novas perguntas às abordagens criminológicas críticas que, não refundadas, podem contribuir no reforço da máquina punitiva – o que significa acelerar o processo de genocídio da população negra, uma vez que, pautadas nas discussões do materialismo histórico, não foi possível dialogar suficientemente com “as agendas do movimento negro e suas denúncias sobre o caráter estrutural do racismo na sociedade brasileira”<sup>10</sup>.

6 A perspectiva parte da reflexão de Frantz Fanon que afirma que o negro chegou ao mundo desejando reconhecer-se como sujeito, mas paradoxalmente descobriu-se como “um objeto em meio a outros objetos, confiado a uma “objetividade esmagadora”; um esquema colonial e patriarcal, em que somente o homem branco tem o status de sujeito. Nesse sentido, ser humano é o branco e o negro é um não-ser (FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: Edufba, 2008, p. 103).

7 “No que denomino de primeira onda da apropriação da Criminologia Crítica no Brasil, em 1970 (SANTOS, 1981; MARTINS, 2015; PRANDO, 2016), a gramática racial se organizou por meio de não-ditos, diluindo a questão racial na categoria de lutas de classe, que foi, por sua vez, apropriada pelo padrão retórico de cientificidade do campo dos juristas (PRANDO, 2013)” (PRANDO, Camila C. de M. *A Criminologia Crítica no Brasil e os estudos críticos sobre branquitude*. *Revista Direito & Práxis*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 70-84, 2018, p. 73).

8 *Ibidem*, p. 74.

9 Entenda-se que “a função normativa da epistemologia diz respeito não apenas à questão de como o conhecimento é produzido, de quem é autorizado a produzir, de como a presunção de credibilidade é distribuída e de como os objetos de investigação são delineados. Mais do que isso: diz respeito à forma como o conhecimento *deve ser* produzido, a quem *deve ser* autorizado, à forma como a presunção de credibilidade *deve ser* distribuída e à forma como podemos ganhar alguma influência politicamente reflexiva sobre as delimitações da ontologia” (ALCOFF, Linda Martín. *Uma epistemologia para a próxima revolução*, *Revista Sociedade e Estado*, Vol. 31, N. 1 Janeiro/Abril, 2016, p. 133).

10 FREITAS, Felipe. Novas perguntas para criminologia brasileira: Poder, racismo e direito no centro da roda. *Cadernos do CEAS*, Salvador, n. 23, v. 8, 2016, p. 491.

Não obstante a justificativa, busca-se minimizar os efeitos normativos do privilégio branco que orienta a escrita<sup>11</sup>, na medida em que não se fala somente do Outro, mas visa abrir espaços para que outras perspectivas, diferentes da gramática tradicional, sejam consideradas<sup>12</sup>. A envergadura realista de Zaffaroni aponta a criminologia como ferramenta capaz de perceber que é o Estado quem mais mata na América Latina (e a evidência do fenômeno, nos anos 1990, dispensava – como dispensa o momento atual – qualquer matriz teórica para percebê-la). Assim, “o horizonte epistemológico da criminologia” é ter consciência de que “qualquer melhora no sistema penal não seria outra coisa que a reafirmação do controle e, por conseguinte, uma tentativa reacionária, legitimante, que em definitivo, demoraria o encaminhamento à única alternativa possível”<sup>13</sup>. Também pondera Zaffaroni que deixar o poder punitivo sem limite algum termina, também, por legitimar o exercício do arbítrio, irracional, em que se dá a imposição de uma cota de dor. Desse modo, é indispensável pensar sobre as alternativas instrumentais para alterar essa realidade, as quais devem buscar a satisfação das necessidades humanas mais elementares.

O presente artigo, portanto, tem por objetivo contextualizar a produção acadêmica de Eugenio Raúl Zaffaroni à realidade decolonial do atual debate criminológico crítico no Brasil. Avancemos nesse sentido.

- 
- 11 Não é possível negar a formação das autoras no tradicional do ensino jurídico, eminentemente positivista e, no campo crítico, materialista, a partir de uma lógica branca, heteronormativa, machista e racista e que implica limitações epistemológicas que podem e devem ser sanadas com leituras sobre branquidades e decolonialidades. O campo criminológico crítico deve superar essa necessidade autocentrada na branquitude de “denunciar o genocídio”, especialmente quando se dirige a pessoas negras, que vivem diariamente os efeitos do sistema penal. Evandro Piza Duarte indica esse incômodo: “[...] recebi de Ivair dos Santos a crítica mais merecida aos intelectuais brancos que falam sobre racismo, a obsessão em explicar o óbvio para pessoas que vivenciam todos os dias a seletividade da violência e da desproteção de direitos, sem entrelaçar a crítica com dimensões pragmáticas que não sejam normativas das subjetividades e estratégias políticas dos intelectuais e movimentos negros” (DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia & Racismo (C&R): da crítica dos mortos à crítica da branquidade do poder*. In: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira; ALVES, Marcelo Mayora. *Construindo as criminologias críticas: a contribuição de Vera Andrade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 189).
- 12 DUARTE, Evandro Piza. Ensaio sobre a hipótese colonial: racismo e sistema penal no Brasil. In: DUARTE, Evandro Piza; CARVALHO, Salo de. *Criminologia do Preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 124.
- 13 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Ed. Temis, 2003, p. 9.

## 2 A crítica criminológica e a busca de respostas marginais: achados e ausências

A Criminologia Crítica, enquanto saber, ganhou projeção nos anos 1960 e 1970<sup>14</sup>, especialmente nos Estados Unidos e na Inglaterra, com o objetivo de reconstruir conceitos, explicações, formas de abordagem do controle social e, no nível político, refundar novas práticas de poder, visando à mudança da realidade social. A teoria crítica do desvio, partindo de métodos empíricos, visava transformar a realidade, baseada na percepção materialista-histórica, no sentido de perceber os impactos do capitalismo na concepção do crime, do criminoso, e da criminalidade na sociedade<sup>15</sup>.

Na América Latina, os estudos chegaram desde traduções feitas por Rosa Del Olmo e Lola Aniyar de Castro, até a eclosão no XXIII Curso Internacional de Criminologia que ocorreu na Venezuela, em Maracaibo, na Universidade de Zulia; em que Basaglia teria afirmado: “em Maracaibo a velha criminologia morreu e uma ciência alternativa abriu para visualizar o homem em uma dimensão mais humana”<sup>16</sup>. Tais discussões, porém, com as primeiras recepções na América Latina, foram repletas de tensões entre reproduções de pensamentos coloniais que terminavam por inserir os debates criminológicos críticos no campo do “dever-ser”<sup>17</sup>. Por essa razão, para Gabriel Anitua<sup>18</sup>, o objetivo da Criminologia Crítica latino-americana é desenvolver um “anteprojeto”, rompendo todos os paradigmas criminológicos anteriores, justificadores do exercício do poder punitivo. Não é por acaso a denominação atribuída por Alessandro Baratta<sup>19</sup> de que a Criminologia é um saber que promove uma virada paradigmática<sup>20</sup>.

14 BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. Nova York: The Free Press, 1963.

15 TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia Crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

16 ANIYAR DE CASTRO, Lola. O triunfo de Lewis Carroll: a nova criminologia latino-americana. *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro, ano 5, números 9-10, 2000, p.140.

17 CODINO, Rodrigo. Por uma outra Criminologia do terceiro mundo: perspectivas da Criminologia Crítica do Sul. *Revista Liberdades*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 20, p. 22-35, 2015.

18 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

19 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

20 Não é o caso de discussão neste momento, mas critica-se o uso inadequado da teoria de T. Kuhn, na medida em que Baratta teria feito uma confusão entre os conceitos de paradigma e revolução científica. Marcelo Aebi afirma que Baratta não faz referência direta à obra “Revoluções Científicas”, mas usa a perspectiva e, na medida em que afirma que a “nova” é diferente da “velha” (positivista) criminologia, afirma haver uma revolução científica. No entanto, na abordagem de Kuhn, a revolução implica a substituição de um paradigma por outro, o que seria algo quase exclusivo das ciências naturais (KUHN, Thomas S. *A estrutura da das revoluções científicas*. São Paulo: editora perspectiva, 2000.) mas em sendo aplicado às ciências sociais não implicou exclusão de outros paradigmas. Ao

O imperialismo científico, imposto pela condição de dependência econômica para com os países centrais, resultou em metamorfoses, deformações e artificialidades<sup>21</sup>, a ponto de Roberto Bergalli<sup>22</sup> denominar esse processo de “assombroso transplante”. Essa importação acrítica do saber criminológico é uma das características do paradigma etiológico da Criminologia, que naturaliza saberes coloniais como forma de reafirmação da dominação<sup>23</sup>. Os efeitos da matriz discursiva do positivismo criminológico, fundado numa falsa neutralidade, na cientificidade e na produção de certezas, são programas e tecnologias de controle sobre os povos indicados como degenerados e indesejáveis; configurando, portanto, uma “gigantesca instituição de sequestro”<sup>24</sup>. Zaffaroni<sup>25</sup> demonstra a expressão dramática do uso de tais teorias, como as de Nina Rodrigues<sup>26</sup>, em territórios majoritariamente negros, como o Brasil.

Não é o caso de realizar uma incursão teórica no resgate da história da importação das teorias, mas de pontuar que a tradução dos textos, ainda que em sentido estrito (literal), são sempre “metamorfosadas”<sup>27</sup>, pois afinal, “todo termo,

---

reverso é um paradigma que convive com outros anteriores e posteriores à sua construção. Mais, ainda reside no problema etiológico do comportamento, uma vez que agora o determinismo estaria assentado na seguinte perspectiva: “basta conhecer a classe social que pertence o autor de um comportamento desviado para saber qual é a causa do comportamento”. AEBI, Marcelo. Crítica de la criminologia crítica: uma leitura escéptica de Baratta. In: PÉREZ-ALVAREZ, F. *Serta in Memoriam Alexandria Baratta*. Salamanca: Editions Universidad de Salamanca, 2004, p. 48.

21 DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2004, p. 157.

22 BERGALLI, Roberto et al. *El pensamiento crítico y la criminología: el pensamiento criminológico*. Bogotá: Temis, 1983.

23 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 14, p. 276-287, 1996.

24 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 33.

25 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alessandro; ALAGÍA, Alessandro. *Direito Penal Brasileiro I: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

26 Foi Nina Rodrigues que fundou a “a escola positivista, com suas traduções e incorporações do lombrosianismo e do social-darwinismo. No entanto, tinha uma espécie de curiosidade apaixonada pela vida Africana no Brasil. [...] no seu caso, trabalhando a teoria da hierarquização das raças, estigmatizando a ‘raça negra’ para que o fim da escravidão em si não representasse uma ruptura social. O controle social e a opressão se justificariam então pelo discurso científico. BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 225-226. Refletindo sobre a influência do Positivismo Criminológico como reforço das estruturas racistas no Brasil, Luciano Góes e Naila Chaves Franklin elaboraram importantes trabalhos, avançando sobre o uso das relações raciais como lente para o pensamento criminológico crítico no Brasil. FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. *Raça, gênero e Criminologia: reflexões sobre o controle social das mulheres negras a partir da criminologia positivista de Nina Rodrigues*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2017. GOÊS, Luciano. *A tradução de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

27 SOZZO, Máximo. Traduttore traditore. Traducción, importación cultural e historia del presente de

mesmo o mais simples, encontra-se enraizado no interior de um contexto, de um *milieu* cultural, que lhe confere sentido”<sup>28</sup>, o que implica na quase impossibilidade de traduções, uma vez que os significantes são extraídos daqueles contextos de onde emanaram<sup>29</sup>. Tais traduções e incorporações do paradigma etiológico da criminologia deixaram impactos no campo criminológico brasileiro, tanto o é que há dificuldades no reconhecimento do pensamento criminológico crítico brasileiro sobre as questões de raça e gênero<sup>30</sup>.

Nesse sentido, consciente de que os penalistas não poderiam seguir sem dar conta das produções intelectuais do que propunha a chamada “nova” criminologia, Zaffaroni agiu no sentido de “reconstruir dogmaticamente a teoria penal desde esta realidade” [latino americana]<sup>31</sup>. Assim, juristas, habitualmente condicionados a trabalhar somente com o universo do “dever-ser”, precisariam levar em conta os achados do processo de operação do sistema de justiça na América Latina referentes às penas deslegitimadas, as mortes praticadas por agentes do Estado, a legitimação do controle fundada na teoria de raças inferiores, o controle de droga como “cavalo de Tróia” da dominação internacional, os delitos internacionais para assegurar a colonização, o medo ao delito para aglutinar consenso e a utilização da criminologia a serviço do poder<sup>32</sup>.

De todo modo, os avanços teóricos e empíricos da criminologia crítica são irreversíveis. Não obstante críticas a determinados conceitos sejam necessárias<sup>33</sup>,

---

la criminología en América Latina. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, n. 13, p. 353-427, Argentina, 2003, p. 353.

28 MELOSSI, Dario. La radicación (“Radicalismo”- “Embedness”) cultural del control social (o de la imposibilidad de la traducción): reflexiones a partir de la comparación de las culturas italiana y norteamericana con respecto al control social. *Delito y Sociedad*. Revista de Ciencias Sociales, UNL Ediciones, n. 9-10, p. 65-84, 1997.

29 SOZZO, M. Traduttore traditore. Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, n. 13, p. 353-427, Argentina, 2003.

30 Como explica Felipe Freitas, “assim como em outros campos do conhecimento, o saber criminológico (crítico) brasileiro manteve-se pouco permeável às contribuições do pensamento negro, do pensamento feminista ou de outros grupos sociais subalternizados e seguiu trabalhando com a ideia de classe como macro categoria explicativa dos fenômenos no âmbito da justiça criminal, dos processos de criminalização e das dinâmicas de seleção do sistema punitivo” (FREITAS, Felipe. Novas perguntas para a Criminologia Brasileira: poder, racismo e Direito no centro da roda. *Cadernos do CEAS*, Salvador, n. 238, 2016, p. 492).

31 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 245.

32 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 129-148.

33 Uma histórica discussão sobre limites, aprimoramentos e futuro da criminologia crítica pode ser identificado no debate travado entre Elena Larrauri e Marcelo Aebi, nos seguintes textos e com esta ordem: AEBI, Marcelo. Crítica de la criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta. In: PÉREZ-ALVAREZ, F. *Serta in Memoriam Alexandria Baratta*. Salamanca: Ediciones Universidad

especialmente porque “uma crítica fundada à criminologia crítica é progressista porque permite avançar no conhecimento criminológico”<sup>34</sup>; a herança deixada pela criminologia crítica de se estudar o funcionamento do sistema punitivo, a evidência de que penas alternativas podem contribuir para a expansão do sistema punitivo, de que autores de delitos são, em sua grande parte, provenientes de setores excluídos do mercado de trabalho, da indispensável atenção às vítimas no procedimento penal, da consideração de que a estrutura socioeconômica deve ser analisada para entender o delito e a penalidade, de que o sistema penal é seletivo e os delitos são comportamentos rotulados negativamente, da importância da criminalidade de colarinho branco e a dificuldade de sua criminalização e das consequências políticas das teóricas criminológicas, no sentido de prevenir não só o delito, mas a penalização; enfim, os achados são tão abundantes quanto as perguntas que provocaram.

De todo, apesar de pouco avançar na questão racial, as formulações de Zaffaroni indicam que é preciso barrar fábricas ideológicas dos discursos dos sistemas penais que são, majoritariamente, representadas pelas Universidades – sobretudo pelo ensino asséptico da Dogmática Penal. Essa superação não pode esperar, especialmente porque 1) o exercício dos sistemas penais é “incompatível com os direitos humanos” e 2) a racionalização legitimante não é autóctone, na verdade, “copiam-se as racionalizações diretamente elaboradas pelos sistemas centrais, combinando-as de forma desejável”<sup>35</sup>.

Ou seja, uma resposta marginal às mortes causadas pelo sistema penal é imperativo ético, de modo que é preciso buscar respostas que contribuam para diminuir a violência contra jovens e negros. Tal evidência, novidade nas primeiras obras de Zaffaroni e de outros criminólogos e criminólogas latino-americanos, é elemento fundante para o pensamento criminológico crítico. Há mortes e, em sendo essa a única realidade, a verdade é que a questão criminal é uma questão de mortos, parodiando a construção de Zaffaroni a partir da máxima peronista<sup>36</sup>. A “criminologia dos mortos” passa a ser o pressuposto da criminologia crítica.

Verdadeiramente, a tradição colonialista que orientou o sistema penal e provoca todas essas mortes teve o racismo como base de sustentação, o que Ana Luiza Flauzina descreve como “a intervenção truculenta e o número excessivo de mortes causados na movimentação de nossos aparatos de controle estão, dessa maneira, estritamente vinculados aos pressupostos racistas que desenham o quadro da ‘inadequação social’

---

de Salamanca, 2004; LARRAURI, Elena. Uma defesa de la herencia de la criminologia crítica: a propósito del artículo de Marcelo Aebi “crítica de la criminologia crítica: una lectura escéptica de Baratta”; AEBI, Marcelo. Crítica y contra crítica de la criminologia crítica: una respuesta a Elena Larrauri. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2 época, n. 19, p. 377-395, 2007.

34 Ibidem, p. 377-395.

35 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 147 e 132.

36 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

do contingente negro em toda a região”<sup>37</sup>. Essa “matriz de dominação”<sup>38</sup> demarca a pobreza, o feminino e a negritude num local de opressão e controle, formatando o *continuum* senzala-favela-prisão<sup>39</sup>. Desse modo, a relação racismo e sistema penal precisa ser tomada como pressuposto para afastar qualquer forma de harmonia e problematizar os privilégios sobre os quais a elite (leia-se, branquitude) não reflete, garantindo, assim, a manutenção das formas de dominação<sup>40</sup>.

Zaffaroni não partiu de uma Améfrica Ladina<sup>41</sup>, em que o racismo retirou a potencialidade política dos negros, limitando questões culturais, territoriais, linguísticas e ideológicas; cuja retomada histórica antirracista perpassa a incorporação de “todo um processo histórico de intensa dinâmica cultural (adaptação, resistência, reinterpretção e criação de novas formas) que é afrocentrada”, dirigindo-se à uma “identidade étnica”. Poderia fazê-lo? Certamente que, desde os anos 1990, recursos teóricos já estavam se contornando, especialmente no movimento negro, para a realização destas conclusões. Mas Zaffaroni – e grande parte dos criminólogos críticos latino-americanos brancos – parte da dogmática para criticar determinados pontos. Essa estratégia é importante, mas demarca uma aproximação muito restrita do autor com a perspectiva decolonial, às suas margens, com limites epistemológicos e com os privilégios da branquitude. É que, a partir do momento em que Zaffaroni evidencia que alguns seres humanos têm negada sua condição de pessoas ao serem assinalados como inimigos da sociedade<sup>42</sup> e ao mesmo tempo indica que a condição colonial cindiu o mundo, permite, no sistema de justiça criminal ser discutido “o outro”. Mas esse “inimigo” tão criticado por Zaffaroni em suas obras pós-11 de setembro de 2001 é um “outro” não racializado.

Portanto, partilhando de todos esses elementos, Zaffaroni propõe ferramentas para intervenção no sistema punitivo, e o faz a partir de uma dogmática crítica<sup>43</sup>. Passemos à análise de alguns dos elementos teóricos escolhidos pelo autor para tais críticas.

37 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 33.

38 CARNEIRO, Sueli. Gênero, raça e ascensão social. *Estudos Feministas*, v. 3, n. 2, ano 3, pp. 544-552, 1995.

39 DAVIS, A. *A democracia da abolição: para além do império das prisões e da tortura*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

40 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006

41 GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. *Tempo Brasileiro*, n. 92/93, jan./jun., p. 69-82. Rio de Janeiro, 1988, p. 76.

42 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

43 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alessandro; ALAGÍA, Alessandro. *Direito Penal Brasileiro I: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 162.

### 3 Criatividade: da teoria do delito à teoria da pena como pressupostos de uma dogmática crítica latino-americana

Zaffaroni aponta a necessidade de assumir a condição de marginalidade dos juristas, o que implica afrontar o vínculo entre o saber e o poder<sup>44</sup>. É a partir desse realismo marginal<sup>45</sup> que o autor elabora uma resposta ao avanço punitivo, que tem dimensão criminológica e jurídico-penal, em que se fundamenta um discurso que reconheça a deslegitimação do poder punitivo e a necessidade de mudança de interpretação de conceitos da dogmática<sup>46</sup>.

Sendo o Direito Penal um poder de programação, “projeta o exercício de poder (o dos juristas)”<sup>47</sup>. Nesse sentido, de reconhecer a importância do saber criminológico para a atuação no sistema de justiça criminal, Zaffaroni está em convergência com o minimalismo de Alessandro Baratta<sup>48</sup>: na medida em que este incumbe à criminologia crítica a defesa dos direitos humanos, apontando os representantes das instâncias oficiais de controle como elemento-chave de intervenção e apresenta os princípios penais como mecanismo de contenção do poder punitivo, Zaffaroni propõe algo similar ao construir uma dogmática crítica. O autor argumenta que o método jurídico é a interpretação da lei com o objetivo prático de orientar as decisões judiciais. Eis a razão pela qual o método está sempre condicionado ao modelo de Estado ao qual o saber jurídico serve. Nesse sentido, sendo o Estado brasileiro republicano, cuja Constituição orienta, com supremacia de Lei Maior, os valores da liberdade e dignidade, ao Poder Judiciário cabe uma interpretação racional das leis, fundada nos princípios constitucionais democráticos. Tal função é especialmente relevante no caso das ciências criminais, em que a violação ou o não atendimento a comandos legais pode levar a violações sistemáticas a direitos fundamentais. Nesse sentido, cabe ao Direito Penal, enquanto saber jurídico, programar e controlar o exercício do poder

44 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Buenos Aires: Monte Avila Editores Latina, 1993.

45 O realismo, nas obras do autor, pode ser entendido, em síntese, como a) o realismo filosófico no sentido de que o mundo existe fora e independente de quem o conhece; b) o mal é uma realidade e não simples ausência de bem; c) aproximação com os fenômenos do sistema penal, evitando a reificação de categorias abstratas e generalizantes (algo que pode ser indicado com uma ironia: “delito dos penalistas é uma abstração que se constrói com um objetivo bem determinado, que é chegar a uma sentença racional ou pelo menos razoável”; d) demonstrar a necessidade de renunciar a qualquer modelo ideal, com ficções e metáforas, a fim de se reduzir, urgentemente a violência estatal. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. A perda de legitimação do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

46 *Ibidem*, p. 172.

47 ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, Nilo *et. Al.* *Direito Penal Brasileiro I: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 64.

48 BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. *Doctrina Penal*, ano 10, n. 87, p. 623-650.

punitivo, tal como se fosse um dique, pois, “sem a contenção jurídica ou judicial o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas, e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república”<sup>49</sup>. Eis a razão do refinamento do método dogmático da teoria do delito, porquanto estabelece os pressupostos que habilitam a resposta punitiva, a mais grave dentre os demais ramos do Direito<sup>50</sup>.

É o dique utópico da crítica<sup>51</sup> que deve perpassar a compreensão de que a dogmática é uma programação irrealizável, decorrente da racionalização do poder, estando, no entanto, igualmente consciente de que é preciso “construir um saber que permita ajudar as pessoas criminalizadas a reduzir seus níveis de vulnerabilidade ao sistema penal”<sup>52</sup>. A proposta de uma dogmática crítica é que ela seja capaz de despir-se da exclusividade analítica do dever-ser e tornar-se capaz de lidar com o impacto que esta representa para os reais “clientes das agências penais”: a população jovem e negra da América Latina. Isso significa questionar o mito do “legislador irracional”, o excesso de normativismo e, especialmente, considerar os dados da realidade<sup>53</sup>. É preciso, pois, estabelecer alguns pontos firmes de interpretação das contribuições teóricas de Zaffaroni: a) a existência de sociedades altamente estratificadas, com altos índices de violência e exclusão social; b) a presença de características institucionais e operacionais do sistema penal muito negativas (polícias militarizadas, deterioração dos serviços públicos, processo penal moroso, alta porcentagem de presos provisórios, condições carcerárias produtoras de morte; c) a seletividade criminalizante, concentrada em crimes patrimoniais e no tráfico de drogas.

As conclusões teórico-criminológicas de Zaffaroni avançam, mais recentemente, somadas aos estudos das “Criminologias do Sul”, cujo ajuste teórico é incluir as

---

49 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Editorial Temis, 2003, p. 40.

50 A proposta de usar o Direito Penal com objetivos criminológicos de reduzir a violência punitiva é dar uma espécie de operacionalidade à criminologia crítica, especialmente diante do quadro de encarceramento em massa que afeta toda a América Latina. O Brasil é o terceiro país do mundo que mais encarcera, de acordo com o comparativo elaborado e mantido pelo Institute for Criminal Policy Research (ICPR) (2018).

51 BATISTA, Vera Malaguti. O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. In: MELLO, Marcelo Pereira de (org.). *Sociologia e direito: explorando as interseções*. Niterói: PPGSD, 2007. p. 135-148.

52 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Editorial Temis, 2003, p. 26.

53 “A restrição de dados para interpretar, reduzindo-os aos normativos (dever ser), a refutação de dados do ser ou a sua seleção arbitrária e a incorporação de dados do dever ser como se procedessem da realidade (confusão nos planos normativo e ôntico) permitem construções especulativas conceituais que possibilitam a imposição de penas a fatos que não são ações nem são lesivos; que todo resultado seja previsível [...]” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Editorial Temis, 2003, p. 155).

consequências de ter sido a região sul do globo colonizada, com problemas comuns, como “os conflitos armados, as guerras às drogas e a limpeza étnica, que são mais comuns no Sul Global”<sup>54</sup>. São essas circunstâncias que separam, e muito, o “ser” do “dever-ser” na construção da dogmática penal na América Latina: a necessidade de redefinição dos conceitos num contexto decolonial. Eis porque a tarefa da ciência penal no Sul Global é muito diferente do que a alemã, por exemplo, incorporada em tantos sentidos opostos no Brasil. Isso não significa descartar as teorias, mas reorientá-las - esclarece Zaffaroni: “Nossas circunstâncias indicam uma urgência política à ciência penal que não se pode comparar com a que impõem as circunstâncias alemãs”<sup>55</sup>. É, pois, construir um caminho teórico dogmático autônomo, que leve em consideração a história, uma vez que “não nos é muito útil a locomotiva, pois carecemos de trilhos, mas sim suas peças, que podemos utilizar na construção de outro engenho propulsor”<sup>56</sup>. Assim, deve-se considerar a função do direito penal de reduzir e limitar a violência. Lidar com as suas contradições – ser responsável pela geração de tanta violência e, ao mesmo tempo, fundar-se teoricamente como limitador desta violência – é um horizonte ético para o Direito Penal.

Zaffaroni aponta que os componentes legitimantes do sistema penal atribuem à pena racionalidade e submissão à legalidade, e cada teoria da pena, uma nova teoria do Direito Penal; nesse caso, a intervenção das agências judiciais nos conflitos pauta-se em categorias abstratas que impedem contato com o real, perdendo, portanto, parcela do conflito, seja por suprimir a vítima ou devido à redução de complexidade dos fatos à definição do delito. Isto é, é impossível construir um discurso com pautas decisórias racionais, porque essas não levam em consideração os dados da realidade social porque não estabelecem novas formas de aplicar seus componentes legais justificadores<sup>57</sup>. Desse modo, é imprescindível retirar o discurso de justificação do sistema da base qualquer dogmática que se busque construir com base na realidade dos fatos.

Do ponto de vista prático, Zaffaroni aponta o saber desenvolvido por H. Welzel acerca das estruturas lógico-reais como sendo o ponto de partida para essa nova

54 CARRINGTON, Kerry; HOGG, Russell; SOZZO, Máximo. Criminologia do Sul. *Revista Direito & Práxis*. Trad. Camila Cardoso de Mello Prando e Eduarda Toscani Gindri. Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1932-1961, 2018, p. 1.936-1.937.

55 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da América Latina. *Discursos Sediciosos*. Crime, Direito e Sociedade, n. 17/18, p. 39-46, Rio de Janeiro, Revan, 2011.

56 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da América Latina. *Discursos Sediciosos*. Crime, Direito e Sociedade, n. 17/18, p. 42, Rio de Janeiro, Revan, 2011.

57 “O discurso jurídico-penal legitimante do sistema penal não pode jamais cumprir a função de pautar a melhor decisão diante do conflito, mas apenas de pautar a decisão dedutivamente mais adequada à premissa legitimante do exercício de poder do sistema penal previamente selecionado com algumas ‘teorias da pena’” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 184).

construção, pois, a partir dela é possível “descobrir um conceito ôntico da pena”<sup>58</sup>. Welzel aplicou as estruturas lógico-reais fundamentais, baseadas na antropologia humana, apenas à teoria do delito, provocando uma enorme ruptura ao modelo neokantiano antecessor. A proposta de Zaffaroni é ampliar para a teoria da pena, na medida em que é exatamente esse o conteúdo que traz os dados da realidade. Com isso deslegitimaria “o sistema penal” e desmistificaria o discurso jurídico-penal. Ao lado da discussão da teoria da pena, em relação à teoria do delito, na perspectiva marginal, indica Zaffaroni que o delito não existe, porém o conceito jurídico do mesmo como fato típico, ilícito e culpável, é resultado de uma seleção arbitrária de conflitos ônticos a que se atribui uma decisão. É o que afirma ser os requisitos máximos de uma seletividade tolerada, que deve ser necessariamente baseada num fundamento antropológico<sup>59</sup>.

No que tange à ação, defende Zaffaroni que o conceito ôntico de pena é insuficiente, porquanto pode ser manipulado gnosiologicamente. É preciso estar associado o desvalor do ato e do resultado, sem que “se encampe a falsa opção” entre ambos, pois é impossível “desvalorar o ato sem desvalorar o resultado”<sup>60</sup>. Esta seria uma forma de acrescentar dados objetivos para garantir ainda mais controle decisório. No contexto da teoria do delito, partindo da importância do tipo penal como instrumento legal escrito que destaca a ação penalmente relevante, tem-se que a norma é deduzida politicamente e é útil para a restrição da seletividade arbitrária. Considerando que a relação entre tipicidade e antijuridicidade é de indicação, entende Zaffaroni que a configuração do juízo da tipicidade requer algo mais além que a simples adequação formal do fato à norma. Nesse sentido, o autor propõe um corretivo da tipicidade legal, acrescentando a análise da antinormatividade para só então configurar a tipicidade penal. Trata-se de um segundo passo para o juízo da tipicidade, entendida como conglobante. Assim, entende normatividade como a proteção do bem jurídico que recebe a tutela penal através da descrição típica da condita proibida, de modo que não sendo afetado aquele valor protegido, isto é, não havendo a contrariedade à norma – antinormatividade –, não há tipicidade penal.

58 “A dimensão jurídico-penal do realismo marginal parece mais complicada, uma vez que o discurso jurídico-penal deslegitima-se com a deslegitimação do próprio sistema penal. No entanto, este processo não impede a construção de um novo discurso jurídico-penal, que aceite a deslegitimação do exercício de poder do sistema penal e que se limite a pautar as decisões das agências judiciais com o mesmo objetivo político de reduzir a violência, levando-se em conta a informação criminológica sobre a operacionalidade real dos sistemas penais. [...] O ponto de partida para a nova construção seria proporcionado pelas estruturas lógico-reais, que permitem transcender os limites de suas aplicações realizadas por Welzel e descobrir um *conceito ôntico de pena*” (Ibidem, p. 172).

59 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 189.

60 Ibidem, p. 252.

Por fim, parte Zaffaroni para a esfera da reprovação, indicando que a teoria da normativa da culpabilidade, desde o resgate de elementos aristotelianos em 1907<sup>61</sup>, vem sofrendo crise inigualável com as críticas que evidenciam a deslegitimação do sistema penal, uma vez que “a seletividade neutraliza a reprovação [...] pois esse é, por si, vazio de qualquer conteúdo ético”<sup>62</sup>.

Na verdade, a crise da culpabilidade normativa sempre existiu, porque o critério de reprovabilidade não deixa de estar assentado num juízo ético, ainda que expresso como uma reprovação jurídica. O autor confirma a crise com a tentativa de superação desse obstáculo com a proposta político-criminal de se verificar uma funcionalidade; que em verdade é uma estratégia de reduzir o homem ao meio de serviço de equilíbrio do sistema. Por outro lado, não se pode prescindir do fato de ser a teoria do delito um sistema de filtros ao poder punitivo e à culpabilidade cabe essa função porque exatamente a ponte entre o injusto e a pena. No entanto, o pressuposto de que o injusto pode ser atribuído devido ao mau uso da livre determinação é um axioma de raízes humanistas nada reais, isto é, um Estado racional, baseado na concretude do princípio da igualdade é inexistente<sup>63</sup>.

Assim, partindo da concepção negativa da pena e admitindo a seletividade estrutural da realidade, não há outra saída, no pensamento de Zaffaroni, senão apontar os falsos fundamentos éticos da culpabilidade normativa que tentavam fazer a distinção entre reprovação jurídica e reprovação ética; afinal: “onde estaria a moralidade de reprovar o criminoso sabendo-se que nenhuma reprovação se dirigirá a outros que incorreram em idênticos ou maiores injustos”[?]<sup>64</sup>.

O vício político-criminal (fundado na seletividade do sistema de justiça criminal) e a opção ética devem, portanto, ser considerados ante a tentativa da redução do irracional poder punitivo, razão pela qual o saber jurídico-penal deve manejar a mínima autoridade e compensar aqueles equívocos com os dados da seletividade estrutural incorporando o esforço pessoal do sujeito em alcançar a concreta situação de vulnerabilidade. Isto é, o estado de vulnerabilidade (ante à perigosidade do sistema penal) é composto por estereótipos (de classe, raça, gênero, orientação sexual...) e a dogmática funcional teleológica redutora do poder punitivo deve agir contrasseletivamente<sup>65</sup>.

A elaboração da culpabilidade por vulnerabilidade como superação da culpabilidade normativa tem como antecedente a co-culpabilidade, a qual tinha

61 FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal*. Colección: Maestros del Derecho Penal, nº 11. Buenos Aires: IBdef, 2003.

62 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 259.

63 ZAFFARONI, Eugenio. Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGÍA, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - II,ii*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

64 Ibidem, p. 164.

65 Ibidem, p. 164.

que as ausências de oportunidade de mobilidade social deveriam ser compensadas socialmente quando da atribuição de um fato criminoso a alguém. Entretanto, há um vício insanável nessa culpabilidade desenvolvida em países comunistas: a vinculação entre crime e pobreza, pois com a devida superação das diferenças sociais restaria à imputação por razões de perigosidade do sujeito, em claro resgate às concepções positivistas. Por essa razão não é cabível a aproximação entre as duas concepções<sup>66</sup>. Além disso, a base do desenvolvimento da culpabilidade pela vulnerabilidade está no reconhecimento de que o Estado, tal como fundado, é um Estado de polícia<sup>67</sup>.

Enfim, Zaffaroni defende que não é possível construir o conceito de culpabilidade sem uma base ética, sob pena de torná-la instrumento de poder. Nesse sentido, para Zaffaroni, a culpabilidade por vulnerabilidade oferece um critério material (não ético) a partir do que denomina de “princípio de realidade”<sup>68</sup>. Isto é, indica que há pessoas mais vulneráveis que outras ao sistema penal, dada a seletividade; e neste sentido, há uma questão de “esforço” para que condutas sejam conhecidas pelo sistema. Assim, quando “o esforço e a contribuição são grandes, o poder decisório da agência judicial fica muito reduzido” e nesse caso, a reprovação é maior; o que deve se dar o inverso quando o risco da seleção é altíssimo. Em resumo: “quem parte de uma baixa condição ou posição de vulnerabilidade deve realizar um esforço de proporção considerável para alcançar uma posição que o situe em nível de alta vulnerabilidade e vice-versa”<sup>69</sup>. Ou seja, o fundamento teórico para a elaboração deste conceito é a matriz criminológica.

Trata-se, portanto, de uma criminologia do enfrentamento que refuta o uso acrítico da teoria colonial, com engajamento político-criminal de lutar contra massacres, disputando os conceitos dogmáticos. Zaffaroni alerta para a importância da vinculação do saber dogmático à criminologia, sem a qual a discussão penal é enclausurada, simplista e reducionista, o que debilita a existência do próprio método, porque a punição se sustenta com o discurso político, desaguando num simplismo penal populista e a consequente racionalidade redutora do exercício do poder punitivo.

66 “A co-culpabilidade (*Mid-Schuld*) é insuficiente porque: a) em princípio invoca o preconceito de que a pobreza é causa de todos os delitos; b) em segundo lugar, ainda corrigindo esse preconceito, habilitaria mais poder punitivo para as classes hegemônicas e menos para as subalternas, o que pode conduzir a um *direito penal classista em dois tempos*; c) o terceiro ponto é que, seja abastado ou pobre o selecionado, sempre o será com bastante arbitrariedade, com o qual esta tese não logra fazer cargo da seletividade estrutural do poder punitivo” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004, n. 14, p. 36-37).

67 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004, n. 14, p. 31.

68 ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 269.

69 ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 271.

## 4 Considerações Finais

Revisitando a produção acadêmica de Eugênio Raúl Zaffaroni, nota-se que o desenvolvimento de suas teorias impactou positivamente, ainda que de forma limitada, a conformação do Direito Penal brasileiro em uma moldura mais próxima à da prevista na Constituição Federal. Nomeamos essa limitação o fato de a produção teórica do autor não acompanhar uma epistemologia que, à época já era apresentada por autores negros e autoras negras, o que coloca os privilégios de branquidade em evidência; de outro, a potencialidade da crítica criminológica somada à interpretação humanista da teoria leva à possibilidade de interpretação de alguns conceitos dogmáticos no sentido de uma dogmática penal de contenção do poder punitivo. Nesse ponto, cabe retomar a provocação contida na introdução: as estratégias utilizadas por Zaffaroni nos fazem aprender sobre como avançar nos debates em torno de uma Criminologia Crítica do Sul, latino-americana e brasileira?

A resposta, para as autoras, é afirmativa, ainda que limitada: as reflexões de Zaffaroni em torno da teoria dogmático-penal – e, sobretudo, dos fundamentos históricos e sociológicos que orientam a adoção de determinado conceito – têm sua base na Criminologia Crítica, na consciência sobre a seletividade do sistema de justiça criminal e na metáfora do uso do Direito Penal como dique de contenção. Porém, a segunda parte da provocação nos exige mais reflexão: como refletir sobre a estratégia de Zaffaroni, para avançarmos em busca de um saber criminológico decolonial?

A primeira possibilidade de resposta, da autocrítica à criatividade, é refletir sobre as semelhanças e diferenças, desde a América Latina, sobre a atuação do controle penal. Como determinadas medidas político-criminais impactaram no aumento da guerra às drogas? Há fundamentos teóricos que possam ser disputados na dogmática? Infelizmente, a entrada em vigor da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 – a chamada “Lei Anticrime”, em um apelido paradoxal – nos dá uma série de possibilidades teóricas, no Brasil, que precisarão ser disputadas. Citamos três, apenas como exemplo: a proporcionalidade do aumento das penas máximas no Brasil, de 30 para 40 anos, com a alteração do art. 75 do Código Penal; a evidente inconstitucionalidade do art. 310, §2º do Código de Processo Penal, que estabelece o dever ao juiz de converter a prisão em flagrante em preventiva em caso de pessoa reincidente, reforçando o Direito Penal do Autor e, em um país em que mais de 80% da população carcerária é negra, referendando o racismo; e, por último, as mudanças realizadas no sistema de progressão da execução penal, aumentando o tempo de cumprimento de pena no regime mais gravoso, reforçando um ideal punitivo à população jovem e negra no Brasil.

Dado que o poder punitivo é usado repressivamente contra quem dinamiza a sociedade – por ela rotulados como dissidentes – a contenção de seu exercício deve

ser parte da função contrasseletiva do direito penal. Eis porque deve-se projetar sua cuidadosa contenção sempre que se pretenda usá-lo para interromper ou reduzir os espaços de punição, de difusão de ideias e de crítica social e política de medidas pacíficas e não violentas.

A estratégia que se anuncia, para a próxima década do campo criminológico brasileiro, é associar a crítica criminológica com o domínio teórico, de forma a superar – em qualquer uma das fases dos processos de criminalização – interpretações racistas e machistas, já estruturantes do sistema de justiça criminal. Nisso, Zaffaroni nos inspira e nos mobiliza, mas não nos responde totalmente: a necessidade de atuação no front do dique de contenção precisa de mais e mais companheiros e companheiras.

## Referências

- AEBI, Marcelo. Crítica y contra crítica de la criminología crítica: una respuesta a Elena Larrauri. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2 época, n. 19, p. 377-395, 2007.
- AEBI, Marcelo. Crítica de la criminología crítica: uma leitura escéptica de Baratta. In: PÉREZ-ALVAREZ, F. *Serta in Memoriam Alexandria Baratta*. Salamanca: Editions Universidad de Salamanca, 2004.
- ALCOFF, Linda Martín. Uma epistemologia para a próxima revolução. *Revista Sociedade e Estado*, Vol. 31, N. 1 Janeiro/Abril, p. 129-143, 2016.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 14, p. 276-287, 1996.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da Criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da Libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. A evolução da teoria criminológica e a avaliação de seu estado atual. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 34, julho-dezembro, Rio de Janeiro, Forense, p. 71-91, 1982.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. O triunfo de Lewis Carroll: a nova criminologia latino-americana. *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora / Revan, ano 5, números 9 e 10, 2000, p. 129-148.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. *Doctrina Penal*, ano 10, n. 87, p. 623-650.
- BATISTA, Vera Malaguti. O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. In: MELLO, Marcelo Pereira de (org.). *Sociologia e direito: explorando as interseções*. Niterói: PPGSD, 2007.
- BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. Nova York: The Free Press, 1963.
- BERGALLI, Roberto et al. *El pensamiento crítico y la criminología: el pensamiento criminológico*. Bogotá: Temis, 1983.
- CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 2000.
- CARNEIRO, Sueli. Gênero, raça e ascensão social. *Estudos Feministas*, v. 3, n. 2, ano 3, pp. 544-552, 1995.
- CARRINGTON, Kerry; HOGG, Russell; SOZZO, Máximo. Criminologia do Sul. *Revista*

*Direito & Práxis*. Trad. Camila Cardoso de Mello Prando e Eduarda ToscaniGindri. Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, 2018, p. 1932-1961.

CODINO, Rodrigo. Por uma outra Criminologia do terceiro mundo: perspectivas da Criminologia Crítica do Sul. *Revista Liberdades*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 20, 2015.

DAVIS, Angela. *A democracia da abolição: para além do império das prisões e da tortura*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2004.

DEL OLMO, Rosa. Criminología y Derecho Penal. Aspectos gnoseológicos de una Relación Necesaria em América Latina *Revista Doctrina Penal*, Año 10, No 37, enero- marzo, 1987

DUARTE, Evandro Piza. Criminologia & Racismo (C&R): da crítica dos mortos à crítica da branquidade do poder. In: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira; ALVES, Marcelo Mayora. *Construindo as criminologias críticas: a contribuição de Vera Andrade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 185-236.

DUARTE, Evandro Piza. Ensaio sobre a hipótese colonial: racismo e sistema penal no Brasil. In: DUARTE, Evandro Piza; CARVALHO, Salo de. *Criminologia do Preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 89-197.

FANON, Frantz. *Pele Negra, Máscaras Brancas*. Salvador: Edufba, 2008.

FERREIRA, Carolina Costa. Os caminhos das criminologias críticas: uma revisão bibliográfica. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 2, n. 2, p. 171 - 192, Jul/Dez, Curitiba, 2016.

FILIPPE, Alberto. Las Lecciones de Zaffaroni: Lá Crítica de los Derechos en una perspectiva nuestro americana. *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 12, Marzo, Universidad de Barcelona, p. 254-268, 2017.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FLAUZINA, Ana; FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector; PIRES, Thula. *Discursos negros: legislação penal, política criminal e racismo*. Brasília: Brado Negro, 2015.

FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. Raça, gênero e Criminologia: reflexões sobre o controle social das mulheres negras a partir da criminologia positivista de Nina Rodrigues. *Dissertação de Mestrado*. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2017.

FREITAS, Felipe. Novas perguntas para criminologia brasileira: Poder, racismo e direito no centro da roda. *Cadernos do CEAS*, Salvador, n. 23, v. 8, p. 488- 499, 2016.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal*. Colección: Maestros del Derecho Penal, nº 11. Buenos Aires: IBdef, 2003.

GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. *Tempo Brasileiro*, n. 92/93, jan./jun, p. 69-82. Rio de Janeiro, 1988.

INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH. World Prison Population List. Disponível em: [http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl\\_12.pdf](http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf) Acesso em 7 jan. 2019.

LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 2001.

LARRAURI, Elena. Uma defesa de laherencia de la criminologia crítica: a propósito del artículo de Marcelo Aebi <crítica de la criminologia crítica: uma lectura escéptica de Baratta>, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2 época, n. 17, 2006.

MELOSSI, Dario. La radicación (“Radicamento”- “Embeddness”) cultural del control social (o de la imposibilidad de la traducción): reflexiones a partir de la comparación de las culturas italiana y norteamericana com respecto ao control social. *Delito y Sociedad*. Revista de Ciencias Sociales, UNL Ediciones, n. 9-10, p. 65-84, 1997.

MELOSSI, Dario. Ideología y derecho penal: garantismo jurídico y criminología crítica: ¿nuevas ideologías de la subordinación? *Nueva Doctrina Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, p. 75-86, 1996.

KUHN, Thomas S. *A estrutura da das revoluções científicas*. São Paulo: editora perspectiva, 2000.

PRANDO, Camila Cardoso de Melo. A Criminologia Crítica no Brasil e os estudos críticos sobre branquidade. *Revista Direito & Práxis*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 70-84, 2018

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Lumen Juris/ICPC, 2006.

SOZZO, M. Traduttore traditore. Traducción, importación cultural e história del presente de la criminología en America Latina. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, n. 13, p. 353-427, Argentina, 2003.

TAYLOR; WALTON; YOUNG. *Criminologia Crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma crítica criminológica apreensível em pretuguês, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 135, p. 541 – 562, São Paulo, Set, 2017.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alessandro; ALAGÍA, Alessandro. *Direito Penal Brasileiro I: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGÍA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - II,ii*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. Parte general.1a ed. Buenos Aires: Ediar, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José E. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 11 ed. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A ciência penal alemã e as exigências político-criminais da América Latina. *Discursos Sediciosos*. Crime, Direito e Sociedade, n. 17/18, p. 39-46, Rio de Janeiro, Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Editorial Temis, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004, n. 14, p. 31-48.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Doutrina Penal Nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 e 1945*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5 ed. Trad. Vânia Romano e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia um realismo jurídico penal marginal*, Buenos Aires: Monte Avila Editores Latina, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.