



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
MESTRADO E DOUTORADO

BRENDA CAROLINE QUERINO SILVA

**O FIM DA PUNIÇÃO: REFUTANDO A VERDADE POR TRÁS
DA PRISÃO E DAS MEDIDAS PUNITIVAS**

JACAREZINHO – PR

2021

BRENDA CAROLINE QUERINO SILVA

**O FIM DA PUNIÇÃO: REFUTANDO A VERDADE POR TRÁS
DA PRISÃO E DAS MEDIDAS PUNITIVAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa final como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sendo aprovada pela Banca de Qualificação.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak.

JACAREZINHO – PR

2021

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

SILVA, Brenda Caroline Querino.

O fim da punição: refutando a verdade por trás da prisão e das medidas punitivas. / Brenda Caroline Querino Silva. Jacarezinho (PR): UENP/Campus Jacarezinho, 2021.

123 f.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak

Dissertação (Mestrado) — UENP/Campus Jacarezinho/Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica - Mestrado e Doutorado, 2021.

Referências bibliográficas: f. 118

1. Verdade e poder na modernidade a partir de Michel Foucault. 2. Punição: característica intrínseca do Sistema Criminal. 3. Superando a perspectiva punitiva. I. Silva, Brenda. II. Kazmierczak, Luiz Fernando. III. Universidade Estadual do Norte do Paraná. IV. Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica. V. O fim da punição: refutando a verdade por trás da prisão e das medidas punitivas.

BRENDA CAROLINE QUERINO SILVA

**O FIM DA PUNIÇÃO: REFUTANDO A VERDADE POR TRÁS
DA PRISÃO E DAS MEDIDAS PUNITIVAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa final como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sendo aprovada pela Banca de Qualificação

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak

Membro 2: Prof. Dr. Thadeu Augimeri de Goes Lima

Membro 3: Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila

Jacarezinho/PR, 01 de abril de 2021.

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves
Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UENP

Para todos aqueles que ainda estão presos na lógica punitivista e acreditam na verdade da punição.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro momento, a Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) por ter sido minha casa desde a graduação, e por todos os ensinamentos e possibilidades que sempre me foram oferecidos.

Agradeço o Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UENP nas pessoas do Coordenador Prof. Dr. Fernando de Brito Alves, da secretária executiva do programa Maria Natalina da Costa e de todos os professores, por todo o crescimento pessoal, profissional e acadêmico.

Agradeço a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo apoio e confiança, sem os quais não poderia ter desenvolvido minha pesquisa. Ser bolsista de pós-graduação CAPES me possibilitou maior segurança e dedicação ao programa de pós-graduação e à pesquisa desenvolvida.

Agradeço, especialmente, meu orientador e amigo Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak por todo o auxílio não só quanto à elaboração dessa pesquisa, mas, principalmente, ao meu amadurecimento acadêmico, intelectual e pessoal. Muito obrigada por todo o incentivo e companheirismo ao longo desses mais de cinco anos.

Agradeço meus amigos da 16ª turma da linha de pesquisa Função Política do Direito por todo o companheirismo e troca de experiências. Especialmente, sou grata pela amizade e verdadeira parceria de Matheus Bello, Alessandra Brustolin e Tayana Caldonazzo.

Agradeço profundamente a minha família, principalmente minha irmã Bruna, minha mãe Adriana e minha vó Maria da Glória, por sempre apoiarem e incentivarem minha caminhada, e serem luz nos meus dias, ainda mais nesses períodos mais conturbados e nebulosos.

Agradeço meus amigos por todo o apoio e incentivo. Sobretudo, agradeço meu amigo Renan Cauê por ser mais que companheiro, inspiração, e Marina Rodrigueiro por ser amiga, irmã e confidente, pessoa primordial no primeiro ano de mestrado.

SILVA, Brenda Caroline Querino. **O fim da punição:** refutando a verdade por trás da prisão e das medidas punitivas. 2021. 123 páginas. Dissertação de Mestrado — Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho, 2020.

RESUMO

Adotando a perspectiva de que o sistema prisional é intrinsecamente uma violência aos direitos básicos dos seres humanos, manifesta-se a ideia que, para resolver os problemas do sistema criminal, é necessário, então, colocar um fim à essa instituição tão controversa que é a prisão. Contudo, nota-se que, para solucionar os problemas do sistema criminal, não basta apenas concentrar esforços no combate à pena privativa de liberdade e ao sistema carcerário, mas sim voltar o olhar para a punição, essa tecnologia de poder tão naturalizada na sociedade ocidental, que está disseminada por todas as relações sociais. Sendo assim, partindo da seguinte pergunta: “como tornar o sistema criminal mais humano e justo?”, apresenta-se como hipótese a noção de que não é possível torna-lo mais humano e justo porque o modelo de justiça penal estruturado sob a perspectiva da punição é intrinsecamente um mecanismo de repressão, coisificação e gerenciamento de corpos. Dessa forma, propõe-se como alternativa a criação de um novo modelo de justiça que não tenha a punição como mecanismo, a justiça pós-penal. Para tanto, partindo da perspectiva foucaultiana, é necessário compreender que a punição e a prisão, enquanto tecnologias de poder e verdades criadas pelas relações poder-saber do modelo penal, não são verdades absolutas e, portanto, podem ser desconstruídas e substituídas por novos saberes. Em segundo momento, cumpre observar que os modelos justificacionistas da pena, além de insuficientes para defender a manutenção da pena, demonstram que a punição enquanto pena no modelo de justiça atual não conseguiu alcançar suas finalidades e, sendo assim, deve-se buscar alternativas na lógica abolicionista para a construção de um novo modelo de justiça. Por derradeiro, através do método dedutivo e por meio de pesquisa bibliográfica, pode-se concluir que os caminhos traçados pela justiça pós-penal são grandes aliados para a solidificação dos intentos abolicionistas e para a concretização de um modelo de justiça não penal, ou seja, que não faça uso de perspectivas punitivas, o qual possui reais condições de garantir um modelo de justiça mais humano e justo.

Palavras-chave: Michel Foucault e as relações poder-saber. Modelos de justificação da pena. Abolicionismo penal. Justiça pós-penal.

SILVA, Brenda Caroline Querino. **The end of punishment:** refuting the truth behind imprisonment and punitive measures. 2021. 123 pages. Master's Dissertation - Stricto Sensu Graduate Program in Legal Science – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho, 2021.

ABSTRACT

Adopting the perspective that the prison system is intrinsically a violence to the basic rights of human beings, the idea is expressed that, to solve the problems of the criminal system, it is necessary, then, to put an end to this institution so controversial that it is the prison. However, it is noted that, to solve the problems of the criminal system, it is not enough to concentrate efforts on combating the deprivation of liberty and the prison system, but to turn to look at punishment, this power technology so naturalized in society western society, which is widespread in all social relations. Therefore, starting from the following question: “how to make the criminal system more human and righteous?”, the notion that it's not possible to make it more human and righteous is presented as a hypothesis, because the criminal justice model structured from the perspective of punishment is intrinsically a mechanism of repression, reification and management of bodies. Thus, it is proposed as an alternative the creation of a new model of justice that does not have punishment as a mechanism, post-criminal justice. Therefore, from the foucauldian perspective, it is necessary to understand that punishment and prison, as technologies of power and truths created by the power-knowledge relations of the penal model, are not absolute truths and, therefore, can be deconstructed and replaced by new knowledge. Secondly, it should be noted that the justificationist models of punishment, in addition to being insufficient to defend the maintenance of punishment, demonstrate that punishment as a penalty in the current justice model has failed to achieve its purposes and, therefore, alternatives should be sought in abolitionist logic for the construction of a new model of justice. Finally, through the hypothetical-deductive method and through bibliographic research, it can be concluded that the paths traced by post-criminal justice are great allies for the solidification of abolitionist intentions and for the realization of a non-criminal justice model, that is, that it does not use punitive perspectives, which has real conditions to guarantee a more human and righteous model of justice.

Keywords: Michel Foucault and power-knowledge relations. Models of justification of the penalty. Penal abolitionism. Post-criminal justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. VERDADE E PODER NA MODERNIDADE A PARTIR DE MICHEL FOUCAULT	14
1.1. O QUE É O PODER?	16
1.2. AS RELAÇÕES DE PODER-SABER	23
1.3. DO SUPLÍCIO À SOCIEDADE DE NORMALIZAÇÃO	26
1.3.1. O suplício como tecnologia de poder	27
1.3.2. Poder disciplinar.....	35
1.3.3. Biopoder e governamentalidade: a união complexa das tecnologias de poder	42
2. PUNIÇÃO: CARACTERÍSTICA INTRÍNSECA DO SISTEMA CRIMINAL	53
2.1. A PUNIÇÃO SOB O VIÉS ÉTICO-MORALISTA DE FRANCESCO CARNELUTTI	53
2.2. BEHAVIORISMO RADICAL E PUNIÇÃO: AS CRÍTICAS DE B. F. SKINNER... 57	57
2.3. MODELOS DE JUSTIFICAÇÃO DA PENA E DA PUNIÇÃO	61
2.3.1. As teorias clássicas da pena	62
2.3.1.1. Teorias absolutas da pena	62
2.3.1.2. Teorias relativas da pena	65
2.3.2. Modelos contemporâneos de justificação	71
2.3.2.1. Direito Penal Mínimo	72
2.3.2.2. Garantismo penal e contradição institucional do cárcere: a perspectiva de Luigi Ferrajoli	75
2.3.2.3. Garantismo Radical de Iñaki Rivera Beiras	79
3. SUPERANDO A PERSPECTIVA PUNITIVA	84
3.1. A INSUFICIÊNCIA DOS MODELOS DE JUSTIFICAÇÃO DA PENA	84
3.2. PROPOSTAS ABOLICIONISTAS.....	91

3.3. UMA JUSTIÇA PÓS-PENAL COMO FORMA DE SUPERAR A PERSPECTIVA PUNITIVISTA	98
3.3.1. A mediação.....	101
3.3.2. A vítima em foco.....	106
3.3.3. Decisões reparatorias.....	111
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	116

INTRODUÇÃO

Não há nada de novo no fato de que o sistema criminal brasileiro, norte americano e, na verdade, da grande maioria do contingente ocidental, encontra-se em ruínas. Os cárceres em condições insalubres são incapazes de garantir o mínimo necessário para uma vida digna e, no Brasil, inclusive, em 2015 já foi reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário.

Apesar de toda essa situação que se arrasta ao longo dos séculos, o cárcere como meio e fim para o (r)estabelecimento da ordem perdura sem sofrer significativas resistências no âmbito sócio-político. Isso se dá porque a lógica punitiva funda e investe todo o regime político, econômico, social e institucional da modernidade ocidental, de modo que a punição é encarada como verdade natural e irrefutável, impossibilitando que novas formas de justiça sejam se quer cogitadas.

Dessa forma, não há como buscar uma “melhoria” do cárcere, ou de modo mais amplo, do sistema penal, como almejado pelos defensores dos modelos que procuram atribuir finalidade à pena ou que, de algum modo acabam contribuindo com a perpetuação do sistema penal. Dado que o problema não é particularmente a pena privativa de liberdade ou o cárcere, mas sim a punição, ou seja, o próprio fundamento e cerne do sistema penal é o declínio do modelo de justiça atual.

Historicamente, a punição foi instituída como ferramenta de poder, ou seja, toda a lógica da punição e os saberes criados e reproduzidos em cima dela possuem unicamente o objetivo de assujeitar os corpos, transformar os sujeitos em coisas para que pudessem facilmente ser manipulados e governados de modo a nutrir a maquinaria do poder. Assim, a lógica punitiva, que está dentro das relações familiares, na escola, no trabalho e em todas as relações (institucionais ou não) do Estado, não beneficia ninguém, a não ser a própria manutenção da máquina autoritária que gerencia e dispõe dos corpos como bem entende.

Logo, a menos que aceitemos ser governados por essa lógica punitiva e “coisificadora”, devemos buscar por novas alternativas. Nesse sentido, tendo como problemática: “como tornar o sistema criminal mais humano e justo?”, este trabalho busca auxiliar a quebra dessa “verdade” punitiva com o auxílio de ferramentas práticas capazes de construir um novo modelo de justiça.

O presente trabalho pretende, portanto, através do método dedutivo e por meio de pesquisa bibliográfica, demonstrar que para se pensar em um sistema de justiça humano e

democrático é preciso ir além de tentativas de humanizar o sistema pré-existente, é preciso pensar em um sistema de justiça sob bases não punitivas. Por conta disso, é imprescindível que se tenha em mente que a punição não é única maneira de restabelecer a ordem e, assim, “*não precisamos punir*”.

Para tanto, busca-se em primeiro momento compreender, com base nos estudos de Michel Foucault, como funcionam as relações de poder-saber que permeiam toda a sociedade e a maneira com que a punição atua no gerenciamento dos corpos, desde a punição enquanto suplício, até a punição como ferramenta do biopoder. No mesmo sentido, tendo em vista o estado atual da sociedade de normalização, procura-se compreender a atuação da verdade da punição nessa condição em que as normas estão generalizadas por todo o corpo social e procuram regular minuciosamente toda a vida do indivíduo.

Posteriormente, parte-se para a análise da punição em variadas vertentes, uma vez que, para defender que a punição não é imprescindível, tampouco a melhor opção para o gerenciamento da sociedade, é preciso compreender, senão a totalidade de suas características e funções, certamente as mais consideráveis.

Com isso, pretende-se analisar os aspectos ético-morais conferidos à punição através dos ensinamentos de Francesco Carnelutti, quem traz contribuições importantíssimas para a análise jurídica além do tempo; as contribuições psicológicas da punição enquanto mecanismo de gerenciamento do comportamento, dadas pelo behaviorismo radical de B. F. Skinner¹ e, por fim, analisar a tentativa das teorias clássicas da pena em atribuir finalidade às penas e os modelos garantistas que, em que pese apresentem contribuições para melhorar o sistema penal, também por conta disso corroboram para a perpetuação desse modelo punitivo.

Por derradeiro, para atingir o objetivo geral deste trabalho, será tomada como base a trajetória abolicionista e todas as suas contribuições para a superação do modelo de justiça penal, bem como, será apresentada a “justiça pós-penal” como conjunto de elementos capazes de concretizar os ideais abolicionistas e retirar qualquer caráter utópico que se possa atribuir aos seus pressupostos.

O conceito introduzido por Clécio Lemos é apresentado neste trabalho como o caminho, não só para superar a justiça penal, mas para garantir a preservação da sociedade e dos laços sociais, o respeito e a proteção de cada membro do corpo social. A justiça pós-penal, diferentemente da forma de justiça por meio da pena, não se trata de um instrumento enrijecido

¹ São várias as lições do behaviorismo para a análise da aplicação da pena. Neste trabalho, opta-se por analisar especialmente o estudo de B. F. Skinner pela profundidade de sua pesquisa sobre a punição e suas desenvolturas no comportamento do indivíduo.

de poder, mas sim uma rede complexa de ações sócio-políticas que busca romper com o controle exercido sobre a população.

1. VERDADE E PODER NA MODERNIDADE A PARTIR DE MICHEL FOUCAULT

A modernidade foucaultiana é muito mais que uma época. O ser moderno, para Foucault, não é pautado pela adequação necessária de uma ideia determinada do “homem”, tampouco vinculado a uma ideia de racionalidade moldada pela ciência e dependente desta (CASTRO, 2018, p. 150). Na perspectiva foucaultiana, a modernidade é produto de várias construções históricas que correlacionam poderes e saberes, fruto da maneira com que, ao longo do tempo, poder-saber agiu nos indivíduos e nas sociedades.

A partir disso, Foucault “propõe elaborar a partir do que somos, histórica e contingentemente, a possibilidade de ser e pensar de outra maneira. Sabe que o aumento das capacidades racionais, técnicas e científicas, não implica necessariamente um aumento das liberdades” e, dessa maneira, não basta “ter só a coragem de saber, mas também a coragem da liberdade para poder ser e pensar de outra maneira” (CASTRO, 2018, p. 150).

Dessa forma, percorrendo uma trajetória acadêmica que segue três fases, quais sejam, a arqueologia, a genealogia e a ética, sem que, todavia, signifiquem rupturas em seu pensamento, “mas torções, movimentos em torno de um eixo”, pode-se dizer que o centro das pesquisas de Foucault está representado pela maneira com que o saber, o poder e o sujeito se correlacionam (CASTRO, 2018, p. 75).

Em uma entrevista sobre Poder e Saber localizada na coleção Ditos & Escritos IV, Foucault deixa claro que se ocupa com a problemática da relação do saber com o poder e da verdade com o poder, sendo que, para tanto, não utiliza um “método Foucault” e nem se preocupa em utilizar alguma metodologia específica em suas pesquisas, deixando claro não ser um estruturalista² (FOUCAULT, 2015, p. 223-224).

Quando questionado se “arqueologia” se tratava de um novo método, o filósofo se manifesta esclarecendo que utiliza essa expressão por algumas razões principais, como o fato da palavra “arquivo” demonstrar “como os elementos discursivos foram registrados e poder ser extraídos” (FOUCAULT, 2015, p. 251).

O termo “arqueologia” remete, então, ao tipo de pesquisa que se dedica a extrair os acontecimentos discursivos como se eles estivessem registrados em um arquivo. Uma outra razão pela qual utilizo essa palavra concerne a um

² “Os estruturalistas dos anos 1950, 1960, tinham essencialmente como alvo definir um método que fosse, senão universalmente válido, ao menos geralmente válido para toda uma série de objetos diferentes” (FOUCAULT, 2015, p. 224).

objetivo que fixei para mim. Procuo reconstruir um campo histórico em sua totalidade, em todas as suas dimensões políticas, econômicas, sexuais. Meu problema é encontrar a matéria que convém analisar, o que constitui o próprio fato do discurso. Assim, meu projeto não é o de fazer um trabalho de historiador, mas descobrir por que e como se estabelecem relações entre os acontecimentos discursivos. Se faço isso é com o objetivo de saber o que somos hoje. Quero concentrar meu estudo no que nos acontece hoje, no que somos, no que é nossa sociedade. Penso que há, em nossa sociedade e naquilo que somos, uma dimensão histórica profunda, e, no interior desse espaço histórico, os acontecimentos discursivos que se produziram há séculos ou há anos são muito importantes. *Somos inextricavelmente ligados aos acontecimentos discursivos. Em um certo sentido, não somos nada além do que aquilo que foi dito, há séculos, meses, semanas...* (FOUCAULT, 2015, p. 251-252, grifo nosso).

Com isso, enxergar a sociedade e os indivíduos na modernidade e buscar entender o “hoje” através da perspectiva foucaultiana significa adotar a ideia de que o que se sabe hoje e o que se tem como verdadeiro consistem no acúmulo de discursos, e estes, por sua vez, são envolvidos por inúmeras relações de poder.

As complexas relações de poder serão mais abordadas por Foucault em sua segunda fase de pesquisa. A genealogia³ busca, através dos saberes históricos, compreender as táticas atuais e fornecer condições para romper a ordem estabelecida. Assim, a genealogia não consiste em uma forma de ciência, pelo contrário, é considerada uma “anticiência” (FOUCAULT, 2010, p. 10).

Portanto, para a genealogia a história não é considerada única, com origem única e definida, mas sim um grande número de acontecimentos, sentimentos e consciência, e, dessa forma, exige “a minúcia do saber” (FOUCAULT, 2019, p. 56). Na perspectiva das genealogias, a ciência é uma hierarquização de conhecimentos que possui poder, o poder próprio da ciência, e a genealogia enquanto anticiência busca romper essa ordem de poder do discurso científico.

A genealogia seria, pois, relativamente ao projeto de uma inserção dos saberes na hierarquia do poder próprio da ciência, uma espécie de empreendimento para dessujeitar os saberes históricos e torna-los livres, isto é, *capazes de oposição e de luta contra a coerção de um discurso teórico unitário, formal e científico* (FOUCAULT, 2010, p. 13, grifo nosso).

Com isso, através da genealogia é possível traçar uma história que relaciona a alma construída pela modernidade e um novo poder de julgar: “uma genealogia do atual complexo

³ O termo “genealogia” apresenta-se como uma referência a Nietzsche e seus estudos, como demonstra Foucault no capítulo “Nietzsche, a genealogia e a história”, no livro *Microfísica do Poder*.

científico-judiciário onde o poder de punir se apoia, recebe suas justificações e suas regras, estende seus efeitos e mascara sua exorbitante singularidade” (FOUCAULT, 2014, p. 26).

Na terceira fase de sua pesquisa, Foucault investiga com maior foco a questão do sujeito, a construção de sua subjetividade e o “governo de si”, é nesse momento que fica mais clara em sua pesquisa a relação entre poder, saber e sujeito. Para Foucault, “subjetividade é a relação do eu consigo”, é o sujeito como agente e objeto da ação; “governo de si” ou “cuidado de si” consiste naquilo “que praticamos quando nos dispomos a fazer o trabalho duro de forjar uma relação com nós mesmos” (MCGUSHIN, 2018, p. 165).

Dessa forma, ao longo de todo o seu trabalho, Michel Foucault, ainda que não estivesse tratando especificamente sobre Direito, punição, pena e prisão, apresenta grandes caminhos e ferramentas necessários para compreender o estágio atual desses institutos e instituições, ao mesmo passo em que fornece base suficiente para que seja possível pensar e almejar uma perspectiva diferente da estabelecida.

Michel Foucault (2014, p. 26), diferentemente dos iluministas, não considera que a diminuição do sofrimento com o surgimento do poder de punir, quando comparado à severidade dos suplícios, seja um apelo de “humanidade”, mas sim que o deslocamento do objeto de punição está relacionado à um novo regime da verdade, um novo saber, técnicas e discursos “científicos” que são formados e se unem à prática do poder de punir.

Para o filósofo, a punição é uma função social complexa, uma ferramenta dos mecanismos de poder que não possuem apenas fins repressivos, mas também efeitos positivos e construtivos. Devendo-se:

Analisar os métodos punitivos não como simples consequências de regras de direito ou como indicadores de estruturas sociais; mas como técnicas que têm sua especificidade no campo mais geral dos outros processos de poder. Adotar em relação aos castigos a perspectiva da tática política (FOUCAULT, 2015, p. 27)

A partir de Michel Foucault, portanto, será possível compreender o estágio atual do sistema punitivo ocidental, os discursos que o formaram e possibilitaram essa etapa, bem como por meio de quais verdades e saberes a punição foi tão difundida socialmente e chegou a atingir esse estágio de verdade universal.

1.1.O QUE É O PODER?

“O que é o poder?” é exatamente a pergunta que Michel Foucault não pretende compreender e, em seus estudos, não busca responder. A formulação da respectiva pergunta concretiza a unificação das várias genealogias em uma única teoria, justamente o que a pesquisa foucaultiana busca combater. Assim, pretende-se focar não em uma teoria, mas em uma ideia de “analítica” do poder.

Por sua vez, cumpre esclarecer que a ideia de poder foucaultiana (ou relações de poder) não significa “o Poder”, ou seja, não diz respeito à concepção simplista de poder como um “conjunto de instituições e aparelhos garantidores da sujeição dos cidadãos em um Estado determinado”, tampouco “como modo de sujeição que, por oposição a violência, tenha a forma de regra” (FOUCAULT, 2020, p. 100).

Defende-se que “a maneira como o poder é exercido numa sociedade não é descrita de modo adequado por estruturas políticas como o regime constitucional”, isso porque os sistemas de poder não se resumem ao poder político, existe “todo um conjunto de focos de poder que podem ser as relações sexuais, a família, o emprego, a moradia” (FOUCAULT, 2015, p. 209).

Observa-se, com isso, a distinção entre os sistemas de poder e os aparatos estatais, bem como entre os sistemas de poder e as estruturas políticas. Não significa dizer que o Estado enquanto modelo político está apartado das relações de poder, mas sim que o poder não se resume a ele. Assim, “o aparato estatal é uma forma concentrada, ou mesmo uma estrutura de apoio, de um sistema de poder que vai muito além e bem mais fundo” (FOUCAULT, 2015, p. 209).

Concomitantemente, o poder não se configura como um sistema universal de dominação exercido por um grupo ou por alguém sobre os demais, gerando um estado de dominação que atravessa o corpo social inteiro; o poder, em verdade, é produzido a cada instante e encontra-se em toda e qualquer relação desde que haja o mínimo de liberdade (FOUCAULT, 2020, p. 101).

Liberdade é a característica primordial das relações de poder, pois, segundo Foucault (2004, p. 276), “se um dos dois estiver à disposição do outro e se tornar sua coisa, um objeto sobre o qual ele possa exercer uma violência infinita e ilimitada, não haverá relações de poder”, mas sim um estado de dominação do mais forte sobre o oprimido. Dessa forma, o autor diferencia as relações de poder do estado de dominação, também denominado de “poder estático”.

Os estados de dominação são, portanto, relações de poder tão fixadas e imutáveis que acabam sendo perpetuamente dessimétricas, possuindo uma margem de liberdade extremamente limitada dentro da relação, ou seja, sempre serão relações desiguais em que o elo

mais fraco e oprimido jamais terá liberdade e força para mudar sua situação dentro da relação (FOUCAULT, 2004, p. 277).

Dotado de liberdade e observável em todas as relações, fala-se da “onipresença do poder”, não porque ele englobe tudo a sua volta, mas sim porque o poder é proveniente e é reproduzido em toda parte. Assim, “o poder não é uma instituição nem uma estrutura, não é uma certa potência de que alguns sejam dotados: *é o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada*” (FOUCAULT, 2020, p. 101, grifo nosso).

Depreende-se, portanto, que para uma analítica do poder é necessário estabelecer quais são esses dispositivos de poder que se exercem por toda a sociedade, em seus variados níveis sociais e campos de incidência, bem como quais são os mecanismos desse poder, seus efeitos e suas relações (FOUCAULT, 2010, p. 13).

Para tanto, de prontidão Foucault distingue sua perspectiva de poder⁴ com a frequente ideia de poder associado ao direito ou à economia, o que ele denomina de “economismo” na teoria do poder. Desse modo, a ideia foucaultiana de relações de poder se distingue da teoria jurídica clássica do poder porque esta considera o poder um direito que se possui como se fosse um bem, podendo ser transferido ou alienado a alguém por meio de uma operação jurídica que toma forma através do contrato (FOUCAULT, 2010, p. 13-14).

No que tange à percepção de poder associado à economia, ou a considerada “concepção marxista geral do poder”, ou, ainda, denominada de “funcionalidade econômica” do poder, tem-se que é assim designada porque considera que “o papel essencial do poder seria manter relações de produção e, ao mesmo tempo, reconduzir uma dominação de classe que o desenvolvimento e as modalidades próprias da apropriação das forças produtivas tornaram possível” (FOUCAULT, 2010, p. 14).

A perspectiva do poder com função de manter o modo de produção confere uma condição de subordinação do poder, de modo que “o poder é sempre subordinado a um modo de produção que lhe é preliminar, se não historicamente, pelo menos analiticamente”. Todavia, muito mais que um garantidor de um meio de produção, “o poder é de fato um dos elementos constitutivos do modo de produção e funciona no cerne deste” (FOUCAULT, 2015, p. 210).

Tanto a concepção jurídica de poder que o considera algo que se possui e transfere a alguém, quanto a ideia de que seu papel seria essencialmente econômico são insuficientes e incapazes de explicar as relações de poder. Isso porque não é possível ignorar todas as relações

⁴ Ao longo de seu trabalho o filósofo usa as expressões “poder” ou “relações de poder” como sinônimas.

de poder que perpassam a sociedade, como em níveis íntimos e familiares, e dizer que o poder tem sua razão de ser na economia, que apenas serve à economia, tampouco que se dá meramente como operação jurídica.

Dispomos, primeiro, da afirmação de que o poder não se dá, nem se troca, nem se retoma, mas que ele se exerce e só existe em ato. Dispomos igualmente desta outra afirmação, de que o poder não é primeiramente manutenção e recondução das relações econômicas, mas, em si mesmo, primariamente, uma *relação de força* (FOUCAULT, 2010, p. 15, grifo nosso).

Pode-se dizer, ainda, que a analítica do poder deve-se afastar também da representação “jurídico-discursiva” do poder, uma vez que “é essa concepção que comanda tanto a temática da repressão quanto a teoria da lei, enquanto constitutiva do desejo” (FOUCAULT, 2020, p. 90). Foucault investiga essa representação do poder com relação ao sexo em seu estudo sobre a sexualidade, todavia, é possível estender tais percepções para demais níveis e relações de poder.

Nesse sentido, a concepção jurídico-discursiva do poder também se apresenta muito pobre e limitativa uma vez que, segundo esta, o poder seria essencialmente aquilo que dita a lei, que estabelece e reduz o objeto de aplicação do poder a um regime binário de lícito e ilícito, permitido e proibido, segundo a qual “a forma pura do poder se encontraria na função do legislador” (FOUCAULT, 2020, p. 91).

De acordo com esse modelo de representação do poder, existiria uma forma geral de poder que é o direito, este tomaria sua forma através do jogo entre o lícito e o ilícito, a transgressão e o castigo (FOUCAULT, 2020, p. 93):

Se esquematiza o poder sob uma forma jurídica e se definem seus efeitos como obediência. Em face de um poder, que é lei, o sujeito que é constituído como sujeito – que é “sujeitado” – e aquele que obedece. À homogeneidade formal do poder, ao longo de todas essas instâncias, corresponderia, naquele que o poder coage – quer se trate do súdito ante o monarca, do cidadão ante o Estado, da criança ante os pais, do discípulo ante o mestre –, a forma geral da submissão. Poder legislador, de um lado, e sujeito obediente do outro (FOUCAULT, 2020, p. 93).

Dessa forma, o modelo essencialmente jurídico de poder trazido pela noção jurídico-discursiva é centrado na lei e concentra todos os modos de dominação, submissão e sujeição ao propósito da obediência à esta. Essa concepção “se trataria de um poder pobre em seus recursos, econômico em seus procedimentos, monótono nas táticas que utiliza, incapaz de invenção e como que condenado a se repetir sempre” (FOUCAULT, 2020, p. 93-94).

Todavia, essa noção jurídica de poder é facilmente aceita na sociedade ocidental porque é mais fácil aceitar o poder visto como simples limite traçado à liberdade. Essa característica é histórica, visto que “o direito não foi, simplesmente, uma arma habilmente manipulada pelos monarcas; constituiu, para o sistema monárquico, o modelo de manifestação e a forma de aceitabilidade”. Assim, observa-se que “desde a Idade Média, nas sociedades ocidentais, o exercício do poder sempre se formula no direito” (FOUCAULT, 2020, p. 96).

Com isso, é preciso construir uma analítica do poder que não seja moldada exclusivamente pelo direito, tampouco que prevaleça a ideia de que o poder é uma representação jurídica e possui apenas mecanismos negativos de atuação. Deve-se deixar de considerar o poder em termos de lei (FOUCAULT, 2020, p. 99).

No mesmo viés, deve-se abandonar o prisma da apropriação do poder, “ou seja, a ideia de que o poder é algo que se possui, algo que numa sociedade alguns possuem e outros não”, assim como a ideia de que a burguesia seria a classe detentora do poder, visto que essa perspectiva pode até ter valor político, mas não tem utilidade para uma análise histórica, que é a proposta foucaultiana (FOUCAULT, 2015, p. 207).

Assim, ressalta-se que,

O poder nunca está inteiramente de um lado. Não existem aqueles que têm o poder e o aplicam brutalmente naqueles que não o têm de modo algum. A relação de poder não obedece ao esquema monótono de opressão, dado de uma vez por todas. Evidentemente, nessa espécie de guerra geral através da qual se exerce o poder, há uma classe social que ocupa um lugar privilegiado e, por isso, pode impor sua estratégia, conseguir diversas vitórias, acumulá-las e obter para seu proveito um efeito de superpoder, mas esse efeito não é da ordem de superposse (FOUCAULT, 2015, p. 207-208).

É comumente disseminada a ideia de que na sociedade a classe alta é detentora do poder e, por meio disso, oprime e sacrifica as classes mais baixas. Na perspectiva de poder de Foucault, essa movimentação social e essas relações entre classes não podem ser fundamentadas no fato de uma classe possuir o poder e as outras não, mas sim que no jogo complexo das relações de poder determinada classe social acaba sendo privilegiada, e, com esses privilégios, consegue ditar certas regras e discursos que movimentam a engrenagem social a seu favor.

Dito isso e abandonadas as perspectivas jurídica, econômica e jurídico-discursiva de compreensão do poder, é fundamental que se tenha em mente que o poder é um conjunto de forças, isto é, uma “multiplicidade de correlações de forças”. Nota-se, ainda, que nas interações sociais existem diferentes relações de força, de variados tipos, com características ou impactos

diferentes em âmbito público ou particular, todas se entrecruzando e se sobrepondo continuamente (FOUCAULT, 2020, p.100; LYNCH, 2018, p. 32).

Assim, tem-se que o poder “se exerce a partir de inúmeros pontos e em meio a relações *desiguais e móveis*” (FOUCAULT, 2020, p.102, grifo nosso), isso porque não deriva de um único foco central de soberania – como aconteceria sob a perspectiva do poder percebido como poder político, e o próprio Estado –, mas se reproduz em todos os lugares e é onipresente.

Compreender o poder significa adotar a perspectiva de que as relações de poder são imanes aos processos econômicos, relações de conhecimento, relações sexuais, familiares e demais tipos de relações. No interior dessas relações, o poder não atua simplesmente de maneira a proibir ou reconduzir ações, mas sim de maneira a produzir circunstâncias e atos, de modo que as relações de poder possuem um papel diretamente produtor nos demais processos e relações (FOUCAULT, 2020, p. 102).

Assim, a análise foucaultiana compreende que o poder atua tanto na repressão quanto na produção da vida dos sujeitos: o poder com seu viés totalizante, que atua nos processos reguladores institucionais, e o poder individualizante, atuando na ordem individual dos indivíduos (LEMOS, 2019, p. 40).

Fala-se então do poder como uma “rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir” (FOUCAULT, 2019, p. 45) e, com isso, constata-se que o poder não busca apenas reprimir, impedir ou obrigar, ele também tem sua própria “utilidade”, produz, induz e investe o corpo do sujeito (MENEGETTI; SAMPAIO, 2016).

No mesmo sentido, partindo da ideia de que o poder não é o Estado ou um estado de dominação, mas sim várias forças relacionando-se entre si e atuando no interior de demais relações, não se deve estudar o poder partindo de uma força hierarquicamente superior que atua sobre as forças inferiores, mas o contrário, deve-se pensar as relações de poder partindo das forças mais baixas, uma vez que são elas que possibilitam a atuação das maiores forças. Assim, compreende-se que “o poder vem de baixo” (FOUCAULT, 2020, p. 102).

Ao encarar a análise do poder “de baixo para cima”, não se pretende dizer que existe uma hierarquia de forças nas relações de poder, mas sim que existem forças que atuam em menor e maior escala, forças locais e forças globais, e, nesse sentido, para compreender as relações de poder é preciso ter sob ótica que as forças globais tem razão de ser e são sustentadas pelas forças locais.

Assim, para Foucault “as grandes dominações são efeitos hegemônicos continuamente sustentados pela intensidade de todos esses afrontamentos” locais (2020, p. 103), ou seja,

Que o poder venha de baixo significa que não podemos entender o poder olhando para monarquias ou estados, ou para o topo de qualquer cadeia de comando [...] O poder desenvolve-se, na primeira instância, em escolhas, comportamentos e interações específicas, locais e individuais. Estes se combinam em uma miríade de maneiras para constituir padrões sociais maiores e, eventualmente, produzir macroformas nas quais normalmente se pensa quando se pensa em “poder” (sociedades, estados, reis) – da mesma maneira que objetos cotidianos são constituídos por átomos e moléculas. Temos, portanto, um micronível de indivíduos (técnicas disciplinares do corpo) e um macronível de populações (biopolítica) (LYNCH, 2018, p. 35-36).

Todavia, isso não significa que o poder seja resultado “direto de qualquer ação ou escolha individual *particular*” (LYNCH, 2018, p. 37), isto é, “não quer dizer que resulte da escolha ou da decisão de um sujeito, individualmente” (FOUCAULT, 2020, p. 103). O poder em nível global, ou em um macronível, é resultado da junção de *várias* forças locais em um micronível.

Foucault denomina essas várias forças locais de “grandes estratégias anônimas”, uma vez que a racionalidade do poder não resulta daqueles que tomam as decisões mais importantes (como decisões econômicas ou políticas que geram impactos em toda a sociedade), mas sim tem origem no “cinismo local dos poderes” (FOUCAULT, 2020, p. 103).

O movimento da análise de Foucault aqui é do nível micro para o macro, do molecular para o cotidiano – de (1) relações de força específicas, individuais, passando por (2) seus processos de transformação e (3) pelas redes ou sistemas que a sua interação produz, até (4) as suas manifestações maiores, estratégicas, no Estado, na lei e em outras hegemonias, tais como a propriedade dos meios de produção (LYNCH, 2018, p. 40).

No mesmo sentido, considerando o poder como várias forças que se relacionam de maneira móvel e desigual, pressupõe-se que essa relação das forças é composta por mútuos embates entre elas. Para Foucault, são as chamadas resistências do poder que possibilitam “o caráter estritamente relacional das correlações de poder” (FOUCAULT, 2020, p. 104), de modo que:

Elas não podem existir senão em função de uma multiplicidade de pontos de resistência que representam, nas relações de poder, o papel de adversário, de alvo, de apoio, de saliência que permite a apreensão. Esses pontos de resistência estão presentes em toda a rede de poder. Portanto, não existe, com respeito ao poder, *um* lugar da grande Recusa [...] mas sim resistências, no plural (FOUCAULT, 2020, p. 104, grifo do autor).

Assim, “a resistência é, de fato, uma característica estrutural fundamental do poder” e, por meio dela, “as relações de poder podem sempre ser alteradas” (LYNCH, 2018, p. 38). Tal fato justifica a mobilidade das relações de poder e sua distinção dos estados de dominação.

Isto posto, tendo em vista que as relações de poder estão difundidas no corpo social e compõem todas as sociedades ao longo da história, compreender a punição e todos os mecanismos punitivos significa entender a maneira com que as relações de poder e os saberes construíram a perspectiva da punição ao longo dos séculos. Sendo assim, uma vez esclarecido o entendimento sobre o poder foucaultiano⁵, parte-se para o que vem a ser a verdade e o saber, esses poderosos formadores sociais.

1.2. AS RELAÇÕES DE PODER-SABER

Inicialmente, é preciso esclarecer o que vem a ser “verdade” para Michel Foucault, visto que a partir desse prisma será possível compreender o saber, ou melhor, os saberes e seu vínculo necessário com as relações de poder.

Para Foucault, “a verdade” não é algo natural, preexistente, tido de uma vez por todas; não é aquele conhecimento (por vezes, sobrenatural) que deve ser buscado espontaneamente e incansavelmente pelo sujeito. Não se trata de um conhecimento inquestionável que deve ditar tudo aquilo que se sabe e comanda as regras e os comportamentos, não há uma instância suprema da verdade.

Por verdade não quero dizer “o conjunto das coisas verdadeiras a descobrir ou a fazer aceitar”, mas o “conjunto das regras segundo as quais se distingue o verdadeiro do falso e se atribui ao verdadeiro efeitos específicos de poder”; entendendo-se também que não se trata de um combate “em favor” da verdade, mas em torno do estatuto da verdade e do papel econômico-político que ela desempenha (FOUCAULT, 2019, p. 53).

A verdade, então, é algo construído através de jogos de poder. O “Regime” da verdade é constituído por sistemas de poder que produzem, apoiam e reproduzem a “verdade”, e esta, por sua vez, induz as relações de poder (FOUCAULT, 2015, p. 54). Dessa forma, “a verdade

⁵ Michel Foucault não foi o primeiro estudioso a falar sobre poder, mas foi quem introduziu a perspectiva das relações de poder dispersas por toda a sociedade, nos mais diversos ramos e instituições, apartado de uma ideia unicamente economicista ou política. Por conta disso, fica claro que neste trabalho será adotada a perspectiva foucaultiana de poder e poder-saber.

não existe fora do poder ou sem o poder”, ela é produzida nas sociedades por meio de múltiplas coerções e, ao mesmo tempo, produz efeitos regulamentados de poder no corpo social (FOUCAULT, 2015, p. 52).

Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro (FOUCAULT, 2015, p. 52).

Assim, a parcela da sociedade que é privilegiada nos jogos de poder usa dessa vantagem para ditar aquilo que deve ser considerado verdadeiro e elabora as ferramentas que, através da verdade construída, gera as regras sociais e aquilo que deverá ser considerado “normal”.

Ao analisar o poder do sexo na construção das sociedades ocidentais, Foucault chega à conclusão de que o sexo é um aparelho para construir verdades, é um objeto que além de sensação e prazer, foi construído ao longo do tempo como um *objeto de verdade* (FOUCAULT, 2020, p. 62, grifo nosso).

Por meio do sexo, então, é dito aquilo que deve ser considerado verdadeiro e aquilo que deve ser falso, o que deve ser regra e normal e o que é contrário às regras sociais; o sexo e a sexualidade aceitos e as não aceitos. A verdade do sexo extrapola seu entorno para então ser um dos reguladores de toda a organização política e social complexa que vai do entorno familiar até escolas e instituições em nível macro.

Foi e é continuamente criada uma verdade sobre o sexo que interfere sobremaneira na vida dos indivíduos, fazendo com que o sujeito se adapte e tenha que viver baseado nessa verdade que não é natural nem indiscutível, mas sim criada por complexas relações de poder. Dessa forma, através do sexo como ferramenta social e política, é possível vislumbrar a maneira com que as relações de poder e a verdade se materializam no jogo social.

Tendo em vista a ideia de “verdade” de Foucault, Ellen K. Feder (2018, p. 77), em análise ao termo “poder/saber” (*pouvoir/savoir*), apresenta a ideia de que o “saber”⁶ foucaultiano consiste no conhecimento gerado por acontecimentos históricos que são tidos como verdade. Esse exame tem por base a genealogia proposta por Foucault e sua análise das

⁶ Ao longo de sua pesquisa, Michel Foucault acaba substituindo o termo “saber” por “verdade”.

condições e dos saberes históricos, inferindo que, assim como a verdade, os saberes, portanto, só podem existir por conta dos arranjos de poder.

É importante considerar que as relações entre poder e saber são recíprocas, ou seja, não se deve presumir que o poder interfere mais no saber, tampouco o inverso; ambos se relacionam de maneira mútua, de modo que o poder cria o saber e o reproduz, ao mesmo passo em que o saber produz e propaga o poder. Nas palavras do filósofo:

Temos antes que admitir que o poder produz saber (e não simplesmente favorecendo-o porque o serve ou aplicando-o porque é útil); que poder e saber estão diretamente implicados; que não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder. Essas relações de “poder-saber” não devem então ser analisadas a partir de um sujeito do conhecimento que seria ou não livre em redação ao sistema do poder; mas é preciso considerar ao contrário que o sujeito que conhece, os objetos a conhecer e as modalidades de conhecimentos são outros tantos efeitos dessas implicações fundamentais do poder-saber e de suas transformações históricas. Resumindo, não é a atividade do sujeito de conhecimento que produziria um saber, útil ou arredo ao poder, *mas o poder-saber, os processos e as lutas que o atravessam e que o constituem, que determinam as formas e os campos possíveis do conhecimento* (FOUCAULT, 2014, p. 31, grifo nosso).

Daniel Luis Cidade Gonçalves (2017, p. 110) observa que é comum utilizarmos uma verdade superior para questionarmos um poder ilegítimo, de modo que, conscientemente ou inconscientemente afirmamos que existe “uma verdade” ou certa “verdade universal”. Assim, afirma que “o que Foucault pretende fazer ao renunciar a esta tradição é mostrar como as relações de poder encontradas em nossas sociedades são responsáveis por definir aquilo que consideramos verdadeiro ou falso”.

Essa mudança do paradigma tradicional para o paradigma do saber-poder, possibilita a Foucault questionar a ideia de um sujeito livre destas mesmas relações que perpassam o contexto no qual ele nasce. Nós, enquanto indivíduos, nascemos em uma sociedade que possui uma configuração prévia. Esta sociedade possui relações de poder estabelecidas, diferentes formas de produzir conhecimento, de dizer que algo é verdadeiro ou falso, legítimo ou ilegítimo, certo ou errado. Um sistema político, classes sociais, ideologias, sistemas educacionais, normas éticas, leis, religiões, etc. Dentro destas relações os indivíduos que aí se encontram constituem-se como sujeitos. Uma autonomia completamente livre destas condições nas quais produzimos nossas políticas e verdades é apenas ilusória, ou no mínimo ingênua. Em um primeiro momento, podemos dizer que não é o sujeito livre que produz estas relações, mas que ele mesmo é produzido por elas. Um sujeito “sujeitado” ao contexto que se impõe previamente a ele. Somos “frutos de nossa época”, “constituídos socialmente” e ainda assim, “livres” (GONÇALVES, 2017, p. 111).

Quando se propõe a estudar as subjetividades mais a fundo, Foucault acredita que as relações de poder-saber interferem de tal forma no sujeito que a subjetividade é, na verdade, o resultado dessas relações, de modo que o sujeito de hoje é o produto das correlações de forças de poder e dos diversos saberes e verdades instituídos ao longo do tempo. O sujeito fruto das relações de poder-saber é produtor dos discursos e também produzido por eles.

Isto posto, sujeitos imersos em uma cultura punitivista segundo a qual as relações de poder-saber criaram uma perspectiva punitiva que está dispersa por todas as relações de poder, do nível micro ao macro como o Estado, acreditamos na “verdade” da punição. Para que seja possível desacreditá-la, será feito um percurso histórico do poder e a punição como uma de suas ferramentas mais essenciais.

1.3.DO SUPLÍCIO À SOCIEDADE DE NORMALIZAÇÃO

Em voga até meados do século XVIII, o maior espetáculo de horror das punições, o suplício, estava longe de ser a pena mais frequente, uma vez que as penas mais comuns à época eram de banimento e multa (FOUCAULT, 2014, p. 35-36). Todavia, essa técnica punitiva de aplicação de grande dor e sofrimento ao corpo dos indivíduos marcou notoriamente a história das punições.

O suplício não se tratava apenas do emprego desmedido de raiva e vingança em formato de sofrimento ao corpo dos sujeitados, mas sim, enquanto uma técnica punitiva, estava impelido a seguir “um código jurídico da dor”, de modo que a pena supliciante não acometia o corpo do indivíduo ao acaso, ela possuía regras para que sua aplicação fosse calculada de forma a atingir exatamente a quantidade de dor desejada a depender do caso e do indivíduo condenado (FOUCAULT, 2014, p. 36-37).

O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. Mas não é só: esta produção é regulada. O suplício faz correlacionar o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas (FOUCAULT, 2014, p. 37).

Embora não tivesse como função “purgar” o crime, o suplício também não buscava nenhuma forma de reconciliação (FOUCAULT, 2014, p. 37). Por meio do suplício penal

pretendia-se fazer triunfar a justiça e vingar o soberano que, por meio do crime, foi diretamente ultrajado.

Para alcançar o objetivo da justiça, o suplício devia ser ostentoso e o corpo perseguido “além de qualquer sofrimento possível”. Para tanto, o suplício não busca a morte, porque apenas na morte não há sofrimento, mas sim, quando almejar a morte, esta deve ser acompanhada previamente com demasiados castigos para causar a dor, configurando-se, assim, na “morte-suplício”, que é “a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em ‘mil mortes’” (FOUCAULT, 2014, p. 37).

Aos corpos que não sucumbem à morte devem ser deixadas cicatrizes que marquem as vítimas do suplício pra sempre, fisicamente e na memória, dos sujeitos suplicados e de todos os outros que assistiram ao espetáculo cruel e ostensivo que marcava a prática dos suplícios. Era na técnica do suplício que o poder de punir manifestava-se, e “nos ‘excessos’ dos suplícios se investia toda a economia do poder” (FOUCAULT, 2014, p. 38).

Concomitantemente ao suplício, tem início na segunda metade do século XVII uma nova dinâmica de poder, um poder que não mais se ocupa com a exuberância da violência do Estado, mas sim em gerir os indivíduos, maximizar suas potencialidades, garantir o equilíbrio social, a eficiência e preservação da vida.

Essa nova mecânica de poder é incompatível com as relações de soberania, o que não significa, todavia, que tenha substituído os demais mecanismos de poder, pelo contrário, será possível notar que suas ferramentas se difundiram pela sociedade e passaram a integrar a composição dos demais processos de poder. Pode-se dizer que nesse período são dados os primeiros passos rumo à sociedade de normalização.

1.3.1. O suplício como tecnologia de poder

Na visão foucaultiana o suplício possuía uma função jurídico-política, ou seja, consistia em “um cerimonial para reconstituir a soberania lesada”, tanto do direito quanto na perspectiva do soberano (FOUCAULT, 2014, p. 38).

No mesmo sentido, o filósofo não encara essa tecnologia do poder como uma “economia do exemplo”, de modo que o objetivo dos suplícios não seria fazer dos supliciados exemplo para o não cometimento de crimes, mas sim como uma “política do medo”. Dessa forma, o propósito dos suplícios seria “tornar sensível a todos, sobre o corpo do criminoso, a

presença encolerizada do soberano”, e, assim, “o suplício não restabelecia a justiça; reativava o poder” por meio da manifestação pública de força “que dá poder à lei” (FOUCAULT, 2014, p. 51-52).

Conquanto, no final do século XVIII e início do século XIX a aplicação da punição por meio dos suplícios é colocada em xeque quando a parcela da população que socialmente não possuía voz se demonstrava insatisfeita com essa tecnologia de poder. Muitas pessoas, ora participavam ativamente do castigo causando mais dor ao corpo supliciado, ora se compadeciam com a situação do sujeito (muitas vezes responsáveis por crimes menores como pequenos furtos) e se viravam contra o carrasco responsável por cumprir as ordens da punição.

Ao longo desse período cada vez mais o carrasco e os responsáveis pela aplicação do suplício foram considerados os “vilões”, ao mesmo passo em que as pessoas passaram a torcer para que o indivíduo sujeitado aos castigos conseguisse se livrar deles. O grande sofrimento dos suplícios já não era, então, mais visto de maneira positiva pelas pessoas do povo, magistrados e juristas e, assim, essa forma de punição já não se mostrava mais apta a garantir a soberania do Estado e da lei.

Por conseguinte, no final do século XVIII, conclui-se que “é preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco.” Parte-se para a percepção de que “é preciso que a justiça criminal puna em vez de se vingar” (FOUCAULT, 2014, p. 73-74).

Nessa nova conjuntura, o homem é tido como um “homem-medida” do poder, ou seja, o poder de punir encontra seu limite de atuação no próprio homem, não podendo violar a barreira daquilo que caracteriza o ser humano, ou seja, sua humanidade. Dessa forma, de início, a urgência do fim da punição através dos suplícios se dá sob a perspectiva de que mesmo “no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua ‘humanidade’” (FOUCAULT, 2014, p. 74).

Todavia, ainda que possa transparecer a ideia de que nesse momento surge um interesse por proteger a humanidade do indivíduo condenado, Foucault defende que o verdadeiro intuito dos reformadores era melhorar a economia do poder. Tendo em vista a correlação de forças imanentes ao poder de punir, tem-se que neste momento da história a ferramenta da punição sofre alterações e seus objetivos são reescritos.

Observa-se que, do final do século XVII até o decorrer do século XVIII, houveram alterações na ordem dos delitos e dos delinquentes motivadas pelo crescimento da burguesia e da organização econômica. Ao mesmo passo em que houve a diminuição de crimes de sangue

(crimes contra a vida) e delitos violentos, ocorreu o aumento de crimes contra a propriedade, como roubo e vigarice (FOUCAULT, 2014, p. 75), e essa alteração sistêmica modificou a maneira com que a punição deveria ser usada para garantir a ordem da sociedade.

Nesse sentido, tem-se que:

A passagem de uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude faz parte de todo um mecanismo complexo, onde figuram o desenvolvimento da produção, o aumento das riquezas, uma valorização jurídica e moral maior das relações de propriedade, métodos de vigilância mais rigorosos, um policiamento mais estreito da população, técnicas mais bem-ajustadas de descoberta, de captura, de informação: o deslocamento das práticas ilegais é correlato de uma extensão e de um afinamento das práticas punitivas (FOUCAULT, 2014, p. 77-78).

Dessa forma, da mesma maneira que as alterações quanto aos delitos modificaram as técnicas punitivas, estas interferiram diretamente no novo foco e roupagem das práticas delitivas da época, isso porque as relações de poder têm mútua interferência e estão em constantes modificações.

Nesse contexto, falar de uma melhor economia do poder significa combater o “superpoder” monárquico, o qual é centralizado na figura do soberano, incorporando o direito de punir em seu próprio poder pessoal. “Em uma palavra, fazer com que o poder de julgar não dependesse mais de privilégios múltiplos, descontínuos, contraditórios da soberania às vezes, mas de efeitos continuamente distribuídos do poder público” (FOUCAULT, 2014, p. 81).

Assim,

O verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir a partir de princípios mais equitativos; mas estabelecer uma nova “economia” do poder de castigar, assegurar uma melhor distribuição dele, fazer com que não fique concentrado demais em alguns pontos privilegiados, nem partilhado demais entre instâncias que se opõem; que seja repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda parte, de maneira contínua e até o mais fino grão do corpo social (FOUCAULT, 2014, p. 80).

Logo, os reformadores do século XVIII buscavam “punir melhor” e, para isso, o caminho era a generalização da punição. Almejavam “fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade” e, com isso, “punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir” (FOUCAULT, 2014, p. 81-82).

Para a generalização da punição por toda a sociedade de forma que ela seja “coextensiva ao corpo social e a cada um de seus elementos” (FOUCAULT, 2014, p. 89), Foucault evidencia a relação do crime, sociedade e criminoso inseridos na teoria geral do contrato, de modo que se supõe que todos os membros da sociedade (inclusive os transgressores), ao comporem o corpo social, aceitaram todas as leis a que estão submetidos, entre elas, a própria punição (FOUCAULT, 2014, p. 88)

Dessa situação, surgem duas relações diretas: o criminoso, ao descumprir as regras aceitas por todos e, com isso, o pacto social, passa a ser um perigo para a sociedade e um indivíduo indesejado por todos; no mesmo sentido, o indivíduo transgressor das normas, ao sofrer as sanções aceitas por todos, inclusive por ele, passa a ser um agente de sua própria punição (FOUCAULT, 2014, p. 89). Para Foucault, portanto, o criminoso trata-se de um “ser juridicamente paradoxal” (FOUCAULT, 2014, p. 88), porque aceita o pacto e participa de sua própria punição ao rompê-lo.

Salienta-se que, em termos de economia política, a primeira vez em que houve uma análise da delinquência foi na segunda metade do século XVIII, pelos fisiocratas⁷ (FOUCAULT, 2015, p. 43).

O que essa análise tem de especial é que fixa a posição, o papel e a função da delinquência, não em relação ao consumo, à massa de bens disponíveis, mas em relação aos mecanismos e processos de produção: por outro lado, no exato momento em que os fisiocratas definem o delinquente pelo ângulo da produção, também o caracterizam como inimigo da sociedade: *é a própria posição do delinquente relativamente à produção que o define como inimigo público* (FOUCAULT, 2015, p. 43).

Para compreender essa nova narrativa que parte da análise do transgressor das normas com base nos processos econômicos, Foucault parte do texto de Le Trosne⁸, segundo o qual, “o essencialmente punível é a vagabundagem⁹; o ingresso no mundo da delinquência está no fato

⁷ “Os Fisiocratas dirigem sua atenção para a estrutura ou sistema de relações comerciais, para uma fisiologia da sociedade econômica, e para processos e regras próprias às quais a política governamental deve adaptar-se, quando não se subordina. Fisiocracia, nome escolhido por Dupont de Nemours para indicar o ideal político da escola, ‘O governo da natureza’, pela submissão consciente a princípios necessários da ordem mais perfeita” (FREITAS, 2006, p. 180).

⁸ “*Mémoire sur les vagabonds et sur les mendiants*”, dissertação sobre vagabundos e mendigos publicada em 1764 (FOUCAULT, 2015, p. 43).

⁹ A punição da vagabundagem possui raízes históricas tão profundas que permanece marcando o ordenamento jurídico brasileiro até os dias atuais. Considerada uma contravenção penal, a vadiagem está disposta no art. 59 do Decreto n.º 3.688/41, segundo o qual “entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante

de vagabundar, de não estar fixado a uma terra, de não ser determinado por um trabalho” (FOUCAULT, 2015, p. 43), o que não significa que a vagabundagem seria uma “porta de entrada” para os demais crimes, mas sim a base para o crime, de modo que o crime não existiria sem a falta do exercício do trabalho e o ócio.

Dessa forma, o “vagabundo” não é apenas um indivíduo que não consome, ou seja, que por não ter “poder” de compra deixa de ser útil à sociedade, mas sim é alguém que perturba a produção e, por conta disso, transforma-se em alguém hostil em relação aos mecanismos normais de produção (FOUCAULT, 2015, p. 44).

Portanto, o vagabundo não é tanto aquele a quem falta subsistência e por isso é empurrado para fora; é mais aquele que, por livre e espontânea vontade, recusa a oferta de trabalho que a terra nos faz com tanta generosidade. Não é o desempregado coagido e forçado que, aos poucos, começa a mendigar e vagar, é aquele que *se recusa a trabalhar* (FOUCAULT, 2015, p. 45, grifo nosso).

A respeito da relação da vagabundagem com o sistema punitivo, é possível observar “o modelo de guerra de todos contra todos servindo de princípio à análise da delinquência”, uma vez que “os criminosos aparecem como inimigos sociais em virtude do poder violento que exercem sobre a população e de sua posição no processo de produção como recusa ao trabalho”. Desse modo, o inimigo da sociedade pode ser designado como “qualquer pessoa que seja hostil ou contrária à regra da maximização da produção” (FOUCAULT, 2015, p. 46-49).

Sob essa perspectiva, o criminoso passa a ser encarado como o inimigo de toda a sociedade e não mais como o sujeito que rompeu o pacto com o soberano. Nessa condição a punição aplicada ao delinquente é justificada, e, assim, observa-se que “o direito de punir se deslocou da vingança do soberano à defesa da sociedade” (FOUCAULT, 2014, p. 89). Nessa seara, é possível vislumbrar a maneira com que a ideia de uma “sociedade punitiva” é instaurada como ferramenta para o novo direito de punir.

Essa nova ideia de punição idealizada pelos reformadores além de superar o paradigma da punição como vingança do soberano, trazendo o direito de punir como garantia de segurança

ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses”, e é motivo de constantes críticas e discussões. Em 2012 a Defensoria Pública de Franca/SP ingressou com um *Habeas Corpus* coletivo em favor de moradores de rua da cidade que à época estavam sendo vítimas de constantes revistas policiais e, posteriormente, acusados de vadiagem. A defensoria alegou que a contravenção penal de vadiagem é discriminatória, pois é destinada apenas aos pobres, e, portanto, inconstitucional. Ao conceder o *Habeas Corpus*, o Tribunal de Justiça de São Paulo fomentou ainda mais a discussão sobre o tema e a necessidade de sua eliminação do ordenamento jurídico do país.

de toda a sociedade, pretende também se livrar da enorme publicidade do sofrimento dos suplícios.

Todavia, como apontado acima, essa possível ideia de “humanização das penas” não visa o sujeito criminoso, mas sim resguardar a imagem dos juízes e aplicadores da lei, que assim não seriam mais os responsáveis pela determinação dessas atrocidades, bem como busca resguardar a sociedade, a qual não deveria mais visualizar a brutalidade dos suplícios. Logo, nesse momento, a ideia de “punição humana” não busca efetivamente resguardar a humanidade do condenado, vislumbra os efeitos do poder de punir na sociedade.

Para alcançar esse feito, utiliza-se o princípio da moderação das penas, segundo o qual “o que se precisa moderar e calcular são os efeitos do retorno do castigo sobre a instância que pune e o poder que ela pretende exercer”, o que, pode-se dizer, trata-se da “racionalidade econômica” que guia a ideia da reforma penal, e “deve medir a pena e prescrever as técnicas ajustadas”. Dito isso, “‘humanidade’ é o nome respeitoso dado a essa economia e a seus cálculos minuciosos” (FOUCAULT, 2014, p. 90-91).

É preciso notar que, antes da reforma penal do século XVIII, uma das funções mais importantes da punição era a prevenção, e no contexto dos suplícios, buscava-se a prevenção dos crimes por meio do exemplo em grande manifestação do poder, ritual público extravagante que pretendia mostrar a todos o crime cometido, o delinquente e a atuação do poder soberano, a fim de que o medo atuasse de modo a prevenir os delitos (FOUCAULT, 2014, p. 92-93).

Mesmo que ainda se busque a prevenção, as técnicas punitivas na economia de poder atuam sob outra perspectiva, pois recorrem à punição através do exemplo da maneira mais discreta possível e promovem a ação do poder com grande economia (FOUCAULT, 2014, p. 92).

Assim,

Através dessa técnica dos sinais punitivos, que tende a inverter todo o campo temporal da ação penal, os reformadores pensam dar ao poder de punir um instrumento econômico, eficaz, generalizável por todo o corpo social, que possa codificar todos os comportamentos e consequentemente reduzir todo o domínio difuso das ilegalidades (FOUCAULT, 2014, p. 93).

Para tanto, Foucault aponta regras responsáveis para a instauração desse novo poder de punir, denominando-as de “semiotécnica das punições”. São elas: regra da quantidade mínima, regra da idealidade suficiente, regra dos efeitos laterais, regra da certeza perfeita, regra da verdade comum e regra da especificação ideal.

Segundo elas, atrelada ao crime deve estar a ideia de uma punição com desvantagem maior que qualquer vantagem que poderia ser obtida com a prática delituosa, e, assim, ponderando ambas, o sujeito preferiria não cometer o crime. A pena como desvantagem está associada à ideia de uma dor, ou seja, a desvantagem da prática criminosa está manifestada na representação de um sentimento de dor ligado à pena, e não a qualquer punição corpórea, de modo que “é a representação da pena que deve ser maximizada, e não sua realidade corpórea” (FOUCAULT, 2014, p. 93).

Dessa forma, para a pena ser economicamente ideal, deve ser “mínima para o que a sofre (e que, reduzido à escravidão, não poderá reincidir) e máxima para os que a imaginam”, ao mesmo passo em que as penas devem ser claras e as leis escritas e publicadas (FOUCAULT, 2014, p. 94), possibilitando a máxima amplitude da representação da pena por toda a sociedade e eficácia do peso da desvantagem.

A fim de que a ideia gerada pela pena surta o efeito desejado, é necessário que o monarca renuncie a seu direito de misericórdia e que todos os crimes cometidos sejam punidos, e, da mesma forma, é preciso “que os processos não fiquem secretos, que sejam conhecidas por todos as razões pelas quais um acusado foi condenado ou absolvido, e que cada um possa reconhecer as razões de punir” (FOUCAULT, 2014, p. 95).

No mesmo sentido, para a efetivação da economia do poder de punir, não é mais aceitável que o magistrado, ou o aplicador da justiça, seja o dono da verdade, pois a prática penal deve “se encontrar submetida a um regime comum da verdade, ou antes, a um regime complexo em que se misturam para formar a ‘íntima convicção’ do juiz elementos heterogêneos de demonstração científica, de evidências sensíveis e de senso comum” (FOUCAULT, 2014, p. 97).

Por último, a semiótica das punições prevê a amplitude de classificação de atos ilícitos, de tal forma que “todas as infrações têm que ser qualificadas; têm que ser classificadas e reunidas em espécies que não deixem escapar nenhuma ilegalidade”. Isso se dá por meio de um código que reúna todas as infrações de maneira clara, específica e que, portanto, dependerá de uma necessária individualização das penas (FOUCAULT, 2014, p. 97-98).

Já que o castigo quer impedir a reincidência, ele tem que levar bem em conta o que é o criminoso em sua natureza profunda, o grau presumível de sua maldade, a qualidade intrínseca de sua vontade [...] Vemos aí ao mesmo tempo a necessidade de uma classificação paralela dos crimes e dos castigos e a necessidade de uma individualização das penas, em conformidade com as características singulares de cada criminoso (FOUCAULT, 2014, p. 97-98).

Com isso, essa semiótica do poder – que traça os parâmetros para a economia do poder de punir –, pretende, de fato, controlar o poder de punir, e para alcançar tal feito, começa a surgir o interesse na figura do “próprio infrator, à sua natureza, a seu modo de vida e de pensar, a seu passado, à ‘qualidade’ e não mais à intenção de sua vontade”. Do exercício dessas táticas de poder surgem, assim, os processos de objetivação dos crimes e dos criminosos (FOUCAULT, 2014, p. 98-100).

Observa-se que, a fim de universalizar o poder de punir, “diminuir seu custo econômico e político aumentando sua eficácia e multiplicando seus circuitos” (FOUCAULT, 2014, p. 88) é necessário repensar o poder punitivo através da emergência de novas tecnologias de poder.

Nesse contexto, ressalta-se que a ideia transmitida pela prisão, embora acompanhe a história da punição como ferramenta de castigo para delitos específicos como “os que atentam à liberdade dos indivíduos (como rapto) ou que resultam do abuso da liberdade (a desordem, a violência)”, ou “como condição para que se possam executar certas penas (o trabalho forçado, por exemplo)”, não é bem quista pelos reformadores do século XVIII (FOUCAULT, 2014, p. 112).

Isso porque a prisão:

É incapaz de responder à especificidade dos crimes. Porque é desprovida de efeito sobre o público. Porque é inútil à sociedade, até nociva. Porque é difícil controlar o cumprimento de uma pena dessas e se corre o risco de expor os detentos à arbitrariedade de seus guardiões. Porque o trabalho de privar um homem de sua liberdade e vigiá-lo na prisão é um exercício de tirania [...] A prisão em seu todo é incompatível com toda essa técnica da pena-efeito, da pena-representação, da pena-função geral, da pena-sinal e discurso. Ela é a escuridão, a violência e a suspeita (FOUCAULT, 2014, p. 112-113).

Todavia, observa-se que a modernidade aceitou, reproduziu e adotou a prisão como forma geral de castigo e o mecanismo reprodutor da dor física, espiritual e psicológica causada pela punição, e tal feito se deu de maneira rápida, apesar dos embates dos reformadores.

Em todo caso em menos de vinte anos, o princípio tão claramente formulado na Constituinte, de penas específicas, ajustadas, eficazes, que formassem, em cada caso, lição para todos, tornou-se a lei de detenção para qualquer infração pouco importante, se ela ao menos não merecer a morte. Esse teatro punitivo, com que se sonhava no século XVIII, e que teria agido essencialmente sobre o espírito dos cidadãos, foi substituído pelo grande aparelho uniforme das prisões cuja rede de imensos edifícios se estenderá por toda a França e a Europa (FOUCAULT, 2014, p. 114).

Essa enorme disseminação do sistema punitivo pautado na prisão só foi possível graças a outra grande reviravolta na maneira de encanar o poder de punir e sua relação com o indivíduo e toda a sociedade. A punição assume outra dinâmica com relação ao corpo e isso se dá com o surgimento de uma nova tecnologia do poder, o poder disciplinar.

Por derradeiro, nota-se que as transformações relativas ao poder de punir e à punição estão sempre associadas a mudanças do mecanismo de poder predominante na sociedade à época. O suplício como forma de punição é ferramenta do poder soberano e tem forças politicamente e socialmente à medida em que o poder soberano impera. Por sua vez, a busca por uma nova economia do poder de punir está intimamente relacionada com a emergência do poder disciplinar como mecanismo de poder.

A necessidade da mudança de tecnologia de poder está atrelada à mudança da sociedade, bem como ao que se buscava com o poder de punir. Em determinado momento o corpo social passou a não mais suportar o suplício e suas atrocidades, e através do poder de punir não se almejava mais apenas garantir o poder do soberano, mas sim controlar os corpos e, para isso, é preciso que a punição passe por um processo de generalização e difusão por toda a sociedade.

Com essa mudança de interesses e perspectivas, novos saberes são criados ao mesmo passo em que as relações de poder vão pouco a pouco transformando o poder de punir à maneira que seria útil e necessário a essas novas intenções. O suplício enquanto tecnologia de poder não surgiu de repente e despreziosamente, as relações de saber e poder o criaram e esse, por sua vez, criou e reproduziu novas relações poder-saber a todo o tempo. Em determinado momento essas relações mudaram o foco e saberes e poderes passaram, então, a reproduzir novas tecnologias de poder.

1.3.2. Poder disciplinar

Nota-se que o poder se relaciona diretamente com o corpo do indivíduo, utiliza-se deste e por meio dele se reproduz em todas as relações e por toda a sociedade. Da mesma forma, por muito tempo a punição tinha como alvo o corpo, e mesmo quando passa a ter como objetivo a alma do infrator, é por meio do corpo que ela é externada.

O corpo é um investimento político que está cercado por diversas relações de poder das quais não consegue se desvencilhar, e através das quais é alvo de deveres, proibições e

restrições. Assim, não é possível encarar o corpo isoladamente, sem todas as relações de poder-saber que o originam e o moldam.

Nesse ínterim, tem-se que o poder disciplinar é aquele que mais se utiliza do corpo e interfere no mesmo, uma vez que se trata da tecnologia de poder que, através de suas variadas ferramentas, manifesta sua economia por meio da constituição do corpo útil, obediente e dócil.

É um tipo de poder que pressupõe muito mais uma trama cerrada de coerções materiais do que a existência física de um soberano, e define uma nova economia de poder cujo princípio é o de que se deve ao mesmo tempo fazer que cresçam as forças sujeitadas e a força e a eficácia daquilo que se sujeita (FOUCAULT, 2010, p. 31).

Portanto, por poder disciplinar compreende-se o poder que corresponde ao indivíduo, o qual, por sua vez, não se trata apenas de matéria-prima para essa forma de poder, mas sim um efeito dele; o indivíduo é uma construção do poder disciplinar, seu objeto, objetivo e instrumento (HOFFMAN, 2018, p. 42).

O poder disciplinar procura “adestrar” multidões de corpos e forças inúteis para formar individualidades úteis e fáceis de controlar, é uma modalidade de poder que busca:

Controlar meticulosa, exaustiva e continuamente as atividades dos corpos, de modo a constituí-los como portadores de uma relação altamente particular entre utilidade e docilidade, pela qual um acréscimo na utilidade corresponde a um acréscimo na docilidade e vice-versa [...] Este acréscimo implica o aumento das habilidades e aptidões dos corpos sem ao mesmo tempo permitir que essas habilidades e aptidões sirvam como uma fonte de resistência ao poder disciplinar. Esta forma de poder tenta assim resolver o problema das resistências suscitado pelos seus próprios investimentos incessantes no corpo (HOFFMAN, 2018, p. 42).

A ação do poder disciplinar só é possível por meio das “disciplinas”, que são suas ferramentas, a técnica do poder disciplinar. Trata-se de uma rede de relações que envolvem elementos como instituições, discursos, leis, enunciados científicos e busca certa finalidade estratégica, que está apta a sofrer alterações a depender da exigência de novos objetivos (CASTRO, 2018, p. 92-93).

As disciplinas não são uma invenção do século XVIII ou da Modernidade, todavia, foi no decorrer dos séculos XVII e XVIII que se tornaram “fórmulas gerais de dominação” (FOUCAULT, 2014, p. 135). Constituem-se em um tipo de poder, ou melhor, uma “anatomia” do poder, uma tecnologia que compreende instrumentos, técnicas e procedimentos por meio dos quais o poder disciplinar é exercido (FOUCAULT, 2018, p. 208). Essa anatomia política

“define como se pode ter o domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina” (FOUCAULT, 2018, p. 135).

Dessa forma, a disciplina fabrica corpos dóceis, “um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado” (FOUCAULT, 2014, p. 134). A disciplina busca realizar a economia do poder produzindo corpos a serem moldados por ela em busca da maior utilidade e da maior obediência.

Isso se dá por meio de quatro técnicas que almejam a individualidade do sujeito. Em primeiro momento, busca-se a criação de “quadros vivos”, ou seja, a repartição e distribuição dos corpos em lugares determinados, facilitando, assim, a observação e o controle dos corpos enquanto indivíduos e garantindo a ordem nos agrupamentos. Trata-se de uma repartição disciplinar e “celular”, como ocorre na distribuição dos alunos nas salas de aula, dos trabalhadores nas fábricas e dos encarcerados nos modelos de prisões.

Em segundo momento, trata-se da organização do tempo disciplinar para a criação de um corpo disciplinado que atue com a maior rapidez possível e, ao mesmo tempo, forneça os resultados mais eficientes. Assim “o tempo penetra o corpo, e com ele todos os controles minuciosos do poder” (FOUCAULT, 2014, p. 149), fazendo com que não só seja prevenida a ociosidade, mas também que o controle das atividades sob as técnicas disciplinares seja dado através do uso exaustivo do tempo, constituindo uma “individualidade orgânica” (HOFFMAN, 2018, p. 45)

O tempo, em terceiro momento, para atingir a economia do poder almejada pelas disciplinas, deve ser capitalizado, isto é, segmentado, organizado em um esquema de sequências de séries a serem realizadas por meio da técnica do “exercício”. Assim, através da “organização genética do tempo, mediante a segmentação da temporalidade de um processo e a serialização de atividades repetitivas e sucessivas” (CASTRO, 2018, p. 93), busca-se “um progresso perpétuo em direção a um fim ótimo” (HOFFMAN, 2018, p.45).

Por derradeiro, além da técnica de distribuição celular dos corpos, da individualidade orgânica e genética, as disciplinas atuam por meio da composição de forças, de forma que os corpos devem ser organizados e ajustados para unirem forças em prol do melhor e mais efetivo resultado, uma vez que, “a disciplina não é mais simplesmente uma arte de repartir corpos, de extrair e acumular o tempo deles, mas de compor forças para obter um aparelho eficiente” (FOUCAULT, 2014, p. 161).

Utilizando-se das técnicas disciplinares e individualizantes acima, para Foucault, projeta-se o sucesso do poder disciplinar em três instrumentos: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame.

Tradicionalmente, como se dava o poder soberano, o poder é bem visível e exuberante, ao mesmo passo em que os sujeitos alvo do poder são invisíveis. Todavia, quando se trata do poder disciplinar essas características são invertidas, o poder é disposto de maneira invisível e os sujeitos são visíveis, de modo que é essa visibilidade dos indivíduos que possibilita a plena aplicação das disciplinas, a criação e manutenção dos corpos disciplinados.

Meneghetti e Sampaio (2016), em análise ao poder disciplinar na perspectiva foucaultiana, observam que essa forma de poder – ou tecnologia de poder – não precisa se manifestar de forma violenta, uma vez que, buscando maior eficácia, o poder disciplinar pode atuar de forma leve e sutil através de uma vigilância generalizada que se dá por meio da extensão progressiva dos seus mecanismos.

Busca-se, para a eficácia desse mecanismo de poder, a visibilidade e vigilância dos indivíduos pois, para gerir o comportamento do indivíduo e, com isso, criar um corpo disciplinado, é necessário observá-lo, de certa forma compreendê-lo e assim conseguir modificá-lo de modo a tornar o corpo obediente, útil e capaz de atingir sua máxima eficiência.

Dessa forma são construídos os “observatórios humanos” – como os hospitais, as prisões (não simplesmente os modelos de enclausuramento, mas as prisões com certa abertura e transparência) e as escolas – sob uma arquitetura, uma máquina de visibilidade que age sobre o indivíduo, coloca-o em contato com os efeitos do poder, procura dominar seu comportamento e oferecer um novo conhecimento que é produto dessa tecnologia de poder e útil na modificação do sujeito. Assim, essa arquitetura hierarquizada de controle transforma o homem (FOUCAULT, 2014, p. 169-170).

Todavia, para garantir a visibilidade geral, constante e perpétua do corpo social é preciso, além dessa arquitetura, “a implementação de uma rede hierárquica dentro do grupo de indivíduos que ocupam um espaço arquitetônico particular” (HOFFMAN, 2018, p. 46), isto significa que, para que essa vigilância atinja diretamente o indivíduo, é necessária uma rede de relações multilaterais que propaga os efeitos do poder por todo o corpo social, hierarquicamente de cima a baixo e, inversamente, de baixo para cima, bem como lateralmente, de modo que essa rede se sustenta na ordem dos “fiscais perpetuamente fiscalizados” (FOUCAULT, 2014, p. 174).

Nessa perspectiva, “a disciplina faz ‘funcionar’ um poder relacional que se *autosustenta* por seus próprios mecanismos” através de um “jogo ininterrupto dos olhares calculados” (FOUCAULT, 2014, p. 174, grifo nosso) e, assim,

Permite ao poder disciplinar ser absolutamente indiscreto, pois está em toda parte e sempre alerta, pois em princípio não deixa nenhuma parte às escuras e controla continuamente os mesmos que estão encarregados de controlar; e absolutamente “discreto”, pois funciona permanentemente e em grande parte em silêncio (FOUCAULT, 2014, p. 174).

Para Foucault, além de manter todo o corpo social em constante vigilância, para o pleno funcionamento do poder disciplinar é preciso subsistir um julgamento do comportamento do indivíduo, e compete às disciplinas realiza-lo. Assim, tem-se que “na essência de todos os sistemas disciplinares funciona um pequeno mecanismo penal” (FOUCAULT, 2014, p. 175).

Contudo, esse julgamento não se dá na forma dos julgamentos criminais, mas sim, como procura atuar em todas as relações sociais, familiares e íntimas ditando o que deve ser considerado “normal”, trata-se de um julgamento infra penal. A punição que recai sobre o que é estabelecido por esse mecanismo de poder como “anormal” incide desde mínimas e íntimas situações como a maneira de ser do indivíduo e sua sexualidade, e seu castigo age por meio, inclusive, de humilhações.

Assim, todo comportamento e modo de ser do sujeito que difere da regra estabelecida pela disciplina deve ser punido de modo a corrigir os desvios e impedir que voltem a acontecer. A punição disciplinar corrige por meio da distribuição dos comportamentos entre a dicotomia do “bem” e do “mal”: o indivíduo que segue as regras recebe certa “gratificação” ao ser considerado uma pessoa boa, e, por outro lado, aquele que as desrespeita é punido quando é hierarquicamente rebaixado como uma pessoa ruim.

Em suma, a arte de punir, no regime do poder disciplinar, não visa nem a expiação, nem mesmo exatamente a repressão. Põe em funcionamento cinco operações bem distintas: relacionar os atos, os desempenhos, os comportamentos singulares a um conjunto, que é ao mesmo tempo campo de comparação, espaço de diferenciação e princípio de uma regra a seguir (FOUCAULT, 2014, p. 179).

A punição do mecanismo disciplinar por meio do “anormal” acentua as diferenças entre os sujeitos. Essa penalidade “compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza e exclui”, resumidamente, “ela *normaliza*” (FOUCAULT, 2014, p. 180, grifo do autor). Por meio das disciplinas, esse poder dado a norma, vista como um padrão de comportamento baseado na distinção dos “normais” e “anormais” e não sob um conceito estritamente legal (HOFFMAN,

2018, p. 47), produz um novo funcionamento punitivo, a “penalidade da norma”, um “funcionamento jurídico-antropológico que toda a história da penalidade moderna revela” (FOUCAULT, 2014, p. 180).

As técnicas de vigilância hierárquica e sanção normalizadora são combinadas no exame, uma técnica do poder disciplinar que o permite ser invisível ao mesmo passo em que torna os sujeitos visíveis, e essa prática se dá através de um mecanismo de objetivação. O exame, portanto, ao mesmo tempo em que se constitui em uma formação de saber, consiste em um exercício do poder disciplinar, pois transforma os sujeitos em objetos observáveis pelas técnicas disciplinares.

O exame enquanto formação de saber funciona como um “poder de escrita”, um acúmulo de informações detalhadas e minuciosas dos indivíduos observados por meio de anotações escritas e organizadas em um sistema de registro e variados documentos. Esse conjunto de anotações da individualidade dos corpos descreve as atitudes comportamentais, os desempenhos e características íntimas dos sujeitos, possibilitando não apenas a observação e o acompanhamento evolutivo do indivíduo enquanto um caso particular, mas também do indivíduo em aglomerações e episódios sociais.

Desse modo, ao tornar o sujeito um objeto a ser observado e tomar nota das particularidades do indivíduo, comparar as individualidades e os eventos comportamentais a fim de formar um saber disciplinar quanto ao sujeito e ao contexto social, o exame enquanto “um ‘poder de escrita’ é constituído como uma peça essencial nas engrenagens da disciplina” (FOUCAULT, 2014, p. 187) para a formação dos indivíduos disciplinados e da sociedade normalizadora.

O exame está no centro dos processos que constituem o indivíduo como efeito e objeto de poder, como efeito e objeto de saber. É ele que, combinando vigilância hierárquica e sanção normalizadora, realiza as grandes funções disciplinares de repartição e classificação, de extração máxima das forças e do tempo, de acumulação genética contínua, de composição ótima das aptidões. Portanto, de fabricação da individualidade celular, orgânica, genética e combinatória (FOUCAULT, 2014, p. 188).

Por derradeiro, o indivíduo e o conhecimento que se pode ter dele, a partir dos séculos XVII e XVIII, são originados por meio do poder disciplinar (FOUCAULT, 2014, p. 189). Esse mesmo poder de controle individual cujas técnicas individualizam os excluídos e, juntamente, criam exclusões por meio da individualização, pouco a pouco foi se difundindo por toda a sociedade e se tornando estrutura fundamental de instituições como escolas e prisões.

E é exatamente por conta da instauração e ampla difusão do poder disciplinar que a prisão, embora contraditória aos ideais dos reformadores do século XVIII, passou a ser o modelo de punição adotado até a contemporaneidade. Nesse contexto, apresenta-se o modelo panóptico, arquitetura e tecnologia de poder que aperfeiçoa o exercício do poder e atua de modo a intensificar qualquer aparelho de poder.

O modelo de prisão ideal de Jeremy Bentham, que instituiu o conceito de panóptico, é um ótimo exemplo de como o poder pode ser exercido de forma não violenta, o que se dá através de uma situação em que “uma sujeição real nasce mecanicamente de uma relação fictícia” (FOUCAULT, 2014, p. 196). Trata-se de um modelo arquitetônico de prisão que fornecia uma alternativa aos meios de correção, pois garantia uma vigilância constante com o mínimo de coerção física, buscando criar sujeitos dóceis e obedientes.

Tal modelo possui uma obsessão pela visibilidade total, baseando a segurança dos indivíduos em uma vigilância onipresente, de modo que “o poder devia ser visível e inverificável” (FOUCAULT, 2014, p. 195). A arquitetura circular da prisão ideal com uma torre e um vigilante ao centro possibilitavam aos guardas enxergar o comportamento de todos os presos em todos os momentos, ao mesmo passo em que os apenados não conseguiam enxergar se os agentes estavam os vigiando naquele momento, induzindo “no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder” e coloca os presos em “uma situação de poder de que eles mesmos são os portadores” (FOUCAULT, 2014, p. 195).

Estas características tornam o Panóptico uma magnífica máquina não apenas para sujeição, mas também para *autossujeição* [...] Notavelmente, o jogo de visibilidade facilitado por arranjos espaciais e iluminação é suficiente para tornar os presos os próprios *condutos* do mecanismo de poder corporificado no Panóptico (HOFFMAN, 2018, p. 50-51, grifos do autor).

Por meio dessa vigilância hierarquizada, mais que em um mecanismo de punição, os sujeitos encontram-se em observação, como em “uma espécie de laboratório de poder”. O panóptico, dessa forma, atua no comportamento dos homens e torna-se uma *fonte de saber*, que procura “se implantar em *todas* as frentes do poder, descobrindo objetos que devem ser conhecidos em todas as superfícies onde este se exerça” (FOUCAULT, 2014, p. 198, grifo nosso).

É possível falar em um panoptismo, uma maneira de obter poder que sem “perder nenhuma de suas propriedades, é destinado a se difundir no corpo social; tem por vocação se tornar aí uma função generalizada” das disciplinas (FOUCAULT, 2014, p. 201). Assim, o

panóptico, enquanto tecnologia de poder, vai muito além de um modelo de prisão ideal, esse mesmo princípio da racionalidade pregado pelo panóptico e os mecanismos disciplinares, encontra-se em diversas instituições como escolas, hospitais, fábricas e está difundido por toda a sociedade.

Logo, “o panoptismo é o princípio geral de uma nova ‘anatomia política’ cujo objeto e fim não são a relação de soberania, mas as relações de disciplina”, e o panóptico busca amplificar e organizar o poder não tendo por objetivo o próprio poder, nem pela salvação imediata de uma sociedade ameaçada, procura fazer crescer e tornar as forças sociais mais fortes aumentando a produção, desenvolvendo a economia, espalhando a instrução e elevando o nível da moral pública (FOUCAULT, 2014, p. 201-202).

Dessa forma, “entre as muitas lições do panopticismo está a de que o poder que parece focado em um indivíduo está de fato ‘distribuído’ por toda a estrutura, de modo que cada indivíduo é simultaneamente ‘objeto’ e ‘sujeito’ desde poder” (FEDER, 2014, p. 80), findando assim em uma sociedade disciplinar.

1.3.3. Biopoder e governamentalidade: a união complexa das tecnologias de poder

O poder disciplinar não consiste em um mecanismo que manifesta sua magnitude com o poder de dispor da vida dos sujeitos, como ocorre no poder soberano, pelo contrário, trata-se de um poder que quer extrair o máximo dos indivíduos, busca garantir a máxima eficiência dos corpos, pretende, pois, investir sobre a vida.

Nota-se, assim, que no contexto do poder soberano a manifestação do poder acontece por meio do direito de apreender as coisas, apreender o tempo e os corpos, ou seja, vigora o direito de subtração (FOUCAULT, 2020, p. 146; TAYLOR, 2018, p. 59). Cabe, portanto, ao soberano decidir sobre a vida dos sujeitos, a ele compete o poder de vida e de morte.

Todavia, essa decisão é pautada por uma relação desigual entre a vida e a morte, de forma que a morte tem um peso maior na balança, por assim dizer, “o efeito do poder soberano sobre a vida só se exerce a partir do momento em que o soberano pode matar” (FOUCAULT, 2010, p. 202). Assim, “o direito que é formulado como ‘de vida e morte’ é, de fato, o direito de *causar* a morte ou de *deixar* viver” (FOUCAULT, 2020, p. 146, grifos do autor), haja vista que o soberano não aplica nenhuma força para que o súdito possa viver, por outro lado, é na capacidade de causar a morte que seu poder atinge a grandiosidade.

Dessa forma, “em relação ao poder, o súdito não é, de pleno direito, nem vivo nem morto. Ele é, do ponto de vista da vida e da morte, neutro, e é simplesmente por causa do soberano que o súdito tem direito de estar vivo ou tem direito, eventualmente, de estar morto” (FOUCAULT, 2010, p. 202).

A partir do final do século XVII, com o poder disciplinar, é dado início a um novo tipo de poder, um mecanismo que, diferentemente da teoria clássica da soberania, apresenta-se como “um poder cuja função mais elevada já não é mais matar, mas investir sobre a vida, de cima a baixo” (FOUCAULT, 2020, p. 150), um poder sobre a vida, o biopoder.

Logo, o biopoder consiste em um poder de *fazer* viver e *deixar* morrer e, para isso, diferentemente do poder soberano, atua positivamente na vida dos sujeitos, promovendo-a. Com o biopoder, pela primeira vez na história, os fenômenos próprios da vida dos seres humanos estavam inseridos no campo das técnicas políticas, interferindo diretamente no saber e no poder (FOUCAULT, 2020, p. 153).

Ao longo de seu trabalho, Foucault tratou em alguns momentos o poder disciplinar e o biopoder como mecanismos distintos de poder, o que ocorre no início de seus trabalhos com *Em defesa da sociedade*; em outros momentos como em *História da sexualidade I: a vontade de saber*, o poder disciplinar e o biopoder são encarados como dois polos de um poder mais geral, o poder sobre a vida. Mais adiante em sua pesquisa, o filósofo trata o poder disciplinar como sendo um dos níveis do biopoder.

Para esse trabalho será adotada a perspectiva de que o biopoder, um poder sobre a vida, ao longo da história está dividido em dois níveis de poder: o poder disciplinar, instalado no final do século XVII e início do século XVIII, e a biopolítica, estabelecida no final do século XVIII. Dessa forma, o poder soberano (poder que se viabiliza com a capacidade de matar) dá lugar no cenário político, a partir da segunda metade do século XVII, ao biopoder (o poder que busca promover a vida), através da instauração do primeiro nível de biopoder, o poder disciplinar.

Vale ressaltar que essa conjuntura de mecanismos de poder não se trata de uma sucessão de poderes, de modo que o poder soberano teria sido superado pelo poder disciplinar, e este, posteriormente, pela biopolítica. Na verdade, como dito acima, tecnologias de poder como as disciplinas sempre existiram, o que ocorre é que em determinados momentos na história essas tecnologias prevalecem sobre as outras no cenário político.

Foucault esclarece que não se trata de identifica-los com determinadas épocas históricas, como se houvesse uma época arcaica, a da soberania; outra moderna, a das disciplinas; e outra contemporânea, a da segurança e da biopolítica. Historicamente, não há uma sucessão desses diferentes dispositivos, mas uma simultaneidade [...] Os dispositivos disciplinares e os

de segurança, em definitivo, existiram sempre, não são exclusivos da Modernidade. Contudo, por razões políticas e econômicas, na Modernidade eles adquirem maior relevância, ao estender-se por toda a sociedade (CASTRO, 2018, p. 110).

Dessa forma, tendo em vista a instalação do biopoder, assinala-se que a biopolítica enquanto nova tecnologia do poder, não supera ou exclui a disciplina, mas a integra, parcialmente a modifica e, principalmente, utiliza-se dela para conseguir se implantar na sociedade. A biopolítica não poderia suplantá-la pois ambas consistem em tecnologias de níveis diferentes: a primeira tem como alvo a multiplicidade dos homens, ou seja, a população; já as disciplinas têm como objeto os corpos individuais (FOUCAULT, 2010, p. 203-204).

A biopolítica tem como objetivo regular a vida, garantir a manutenção e o sucesso da espécie humana e, por conta disso, empenha-se em compreender e superar os problemas que afligem os seres humanos enquanto conjunto de indivíduos. Desse modo, “a biopolítica lida com a população, e a população como problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder” (FOUCAULT, 2010, p. 206).

Para regular a vida nessa magnitude, esse mecanismo de poder se ocupa de questões como de natalidade, morbidade, velhice, enfermidades, acidentes e anomalias, tendo em vista que, para a preservação e otimização da vida, o poder deve se preocupar com as situações que atingem permanentemente a população, prejudicam a efetividade no trabalho, atrasam a economia e aumentam os gastos públicos.

Assim,

Nos mecanismos implantados pela biopolítica, vai se tratar sobretudo, é claro, de previsões, de estimativas estatísticas, de medições globais; vai se tratar, igualmente, não de modificar tal fenômeno em especial, não tanto tal indivíduo, na medida em que é indivíduo, mas, essencialmente, de intervir no nível daquilo que são as determinações desses fenômenos gerais, desses fenômenos no que eles têm de global. Vai ser preciso modificar, baixar a morbidade; vai ser preciso encompridar a vida; vai ser preciso estimular a natalidade. E trata-se sobretudo de estabelecer mecanismos reguladores que, nessa população global com seu campo aleatório, vão poder fixar um equilíbrio, manter uma média, estabelecer uma espécie de homeostase, assegurar compensações; em suma, de instalar mecanismos de previdência em torno desse aleatório que é inerente a uma população de seres vivos, de otimizar, se vocês preferirem, um estado de vida (FOUCAULT, 2010, p. 207).

Fica claro, com isso, que ao buscar garantir a vida em seus níveis mais elevados, a biopolítica, ou melhor, o biopoder, abomina a ideia de morte. Aumentar a vida e sua qualidade

por meio dos mecanismos reguladores significa exatamente combater a morte e, por isso, diferentemente do poder soberano, o biopoder procura evitar a morte a todo custo.

Todavia, não há como negar que a morte ainda faz parte do contexto político do biopoder através da punição. A punição na biopolítica, assim como já se dava no poder disciplinar, recai sobre os anormais, os indivíduos que não seguem as normas ditadas pelas disciplinas, os quais constituem os corpos matáveis no biopoder.

Embora o criminoso ainda seja submetido à lei e possa ser punido, sob o poder disciplinar, seu caráter não é o único interesse desse mecanismo de poder. Busca-se, para impedir a reincidência do crime e do criminoso, conhecer as condições materiais e psicológicas que influenciaram a prática do crime. Por conta disso, a punição, mais que buscar a morte do criminoso, pretende controlar sua vida através de táticas como a prisão, o tratamento psiquiátrico, a liberdade condicional e a vigilância (TAYLOR, 2018, p. 62).

Para a biopolítica, no entanto, o crime está sob o enfoque da população e não do indivíduo, em razão disso, o poder se preocupa com as taxas de criminalidade, onde e porque estão aumentando ou diminuindo, bem como a maneira de controlá-las (TAYLOR, 2018, p. 62).

Assim, compreende-se que os esforços do biopoder estão concentrados em entender os motivos do crime e da criminalidade, controlar o criminoso por meio das técnicas disciplinares e proteger o bem-estar e a preservação da vida humana por meio da regulação da criminalidade. O emprego das forças tomadas pelo biopoder com relação ao crime caminham, portanto, em direção à punição e à morte daqueles que perturbam a ordem de manutenção da vida.

Dessa forma, no biopoder “a visão atual da punição é a de um ‘pagamento do débito que se tem para com a sociedade’, enquanto as execuções, onde ainda são permitidas, são justificadas em nome da segurança” (TAYLOR, 2018, p. 68). Ainda, para exercer o poder da morte em um sistema político centrado na preservação da vida, surge, como sustenta Foucault, a necessidade de uma justificação pautada no racismo.

Salienta-se que não se trata de dizer que o racismo surgiu nessa época, pelo contrário, o racismo existe há muito tempo, todavia, sustenta-se que foi no contexto do biopoder que o racismo se tornou um mecanismo fundamental do poder. À vista disso, é através do racismo que, no mecanismo de poder que gira em torno da manutenção da vida humana, o poder se sucumbiu e deve definir o corpo que tem que viver e o que tem que morrer (FOUCAULT, 2010, p. 214).

Sendo assim,

No contínuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças, a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo do biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros [...] Essa é a primeira função do racismo: fragmentar, fazer censuras no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder (FOUCAULT, 2010, p. 2014).

O racismo no biopoder atua de modo que “quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, quanto mais os indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação à espécie” e, dessa forma, “a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura” (FOUCAULT, 2010, p. 215).

Observa-se que o autor não trata a raça em sentido obrigatoriamente biológico, tampouco considera o racismo apenas com relação a cor da pele, o racismo é o meio pelo qual o Estado no biopoder está “autorizado” a eliminar aqueles que não seguem as normas. Observa-se mais uma vez que não se trata apenas da transgressão das normas juridicamente impostas, mas sim todos aqueles que atentem contra as regras para a maximização das capacidades humanas e evolução constante da espécie.

Assim, “tirar a vida, o imperativo da morte, só é admissível, no sistema de biopoder, se tende não à vitória sobre os adversários políticos, mas à eliminação do perigo biológico e ao fortalecimento, diretamente ligado a essa eliminação, da própria espécie ou da raça” (FOUCAULT, 2010, p. 215).

Acentua-se que falar em tirar a vida de alguém não significa apenas causar diretamente a morte, assassinar o indivíduo, mas sim a atitude do Estado em relação a tudo o que pode tirar a vida do sujeito, ou seja, “o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco da morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição” (FOUCAULT, 2010, p. 216).

Nesse ínterim, nota-se que os anormais, os transgressores das leis e todos aqueles a quem pode recair punição e a pena de prisão, constituem os corpos matáveis no biopoder. Assim, na perspectiva foucaultiana, “a especificidade do racismo moderno, o que faz sua especificidade, não está ligado a mentalidades, a ideologias, a mentiras do poder. Está ligado à técnica do poder, à tecnologia do poder” (FOUCAULT, 2010, p. 217).

Portanto, o racismo é ligado ao funcionamento de um Estado que é obrigado a utilizar a raça, a eliminação das raças e a purificação da raça para exercer seu poder soberano [...] vocês compreendem então, nessas condições, como e por que os Estados mais assassinos são, ao mesmo tempo, forçosamente os mais racistas (FOUCAULT, 2010, p. 217-218).

Resta observar que, a fim de garantir os objetivos do biopoder, poder disciplinar e biopolítica “estão necessariamente entrelaçados, uma vez que corpos compõem populações e populações são compostas de corpos individuais” (TAYLOR, 2018, p. 63), e, por conta disso, os dois níveis de biopoder são igualmente indispensáveis para o sucesso da manutenção da vida humana nas melhores condições possíveis.

Essa atuação conjunta entre as disciplinas e os mecanismos reguladores se dá através das normas, haja vista que “a norma é o que pode tanto se aplicar a um corpo que se quer disciplinar quanto a uma população que se quer regulamentar” (FOUCAULT, 2010, p. 213). Por conta disso, “o biopoder é capaz de acessar o corpo porque funciona através de normas em vez de leis, porque é internalizado por sujeitos em vez de exercido de cima mediante atos ou ameaças de violência, e porque está disperso por toda a sociedade” (TAYLOR, 2018, p. 61).

A atuação das normas no poder disciplinar e na biopolítica possibilitam a existência e manutenção do biopoder, tem relação direta com a perspectiva de punição nesses mecanismos de poder ao instaurar a dicotomia do “normal” e “anormal”, possibilitam a continuidade do poder de matar através do racismo e, por conta disso, estão responsáveis pelo gerenciamento de toda a sociedade. Portanto, no biopoder subsiste uma sociedade de normalização.

A sociedade de normalização não é, pois, nessas condições, uma espécie de sociedade disciplinar generalizada cujas instituições disciplinares teriam se alastrado e finalmente recoberto todo o espaço [...] A sociedade de normalização é uma sociedade em que se cruzam, conforme uma articulação ortogonal, a norma da disciplina e a norma da regulamentação. Dizer que o poder, no século XIX, tomou posse da vida, dizer pelo menos que o poder, no século XIX, incumbiu-se da vida, é dizer que ele conseguiu cobrir toda a superfície que se estende do orgânico ao biológico, do corpo à população, mediante o jogo duplo das tecnologias de disciplina, de uma parte, e das tecnologias de regulamentação, de outra (FOUCAULT, 2010, p. 213).

Na sociedade de normalização “a lei funciona cada vez mais como norma, e a instituição judiciária se integra cada vez mais num contínuo de aparelhos (médicos, administrativos etc.) cujas funções são sobretudo reguladoras” e, assim, “uma sociedade normalizadora é o efeito histórico de uma tecnologia de poder centrada na vida” (FOUCAULT, 2020, p. 156).

Por derradeiro, compreende-se que, na perspectiva foucaultiana, o poder de punir na modernidade é representado, por fim, na sociedade normalizadora, de forma que a ideia de punição aos anormais está difundida por toda a sociedade, em todas as instituições e relações de poder. Na escola, na família, no trabalho, subsiste a perspectiva de que as regras estão dispostas entre a dualidade do “bem” e do “mal”, os que seguem as regras são as pessoas

normais, os que não seguem são os anormais que “merecem” ser punidos moralmente, socialmente e juridicamente.

A relação poder-saber gerou uma conjuntura em que as normas estão em todos os lugares, compõem todas as relações de poder, instituições e círculos sociais, todas as forças de poder que moldam e gerenciam os indivíduos e o corpo social são normalizadas. Consequentemente, na sociedade de normalização a punição é tão natural que as pessoas não conseguem se desvencilhar desse poder de punir que reprime, sujeita e causa incontáveis vítimas; os saberes criados fazem com que a sociedade não consiga pensar em outra alternativa que não seja pautada na ideia de punição, visto que essa é tida como uma espécie de “verdade universal”.

Para tratar de maneira mais completa o poder na modernidade em toda a sua complexidade, Foucault apresenta o que ele chama de a “arte de governar”, ou “governamentalidade”, sendo esta compreendida através de três seguimentos. Em primeiro momento, Michel Foucault revela que entende por governamentalidade:

O conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer essa forma bem específica, bem complexa, de poder, que tem como alvo principal a população, como forma mais importante de saber, a economia política, como instrumento técnico essencial, os dispositivos de segurança (FOUCAULT, 2015, p. 296).

Esse termo também agrega a compreensão de todos os acontecimentos históricos no Ocidente que conduziram em direção a esse saber que o filósofo chama de “governo” sobre todos os outros, ou seja, a soberania e a disciplina. A constituição do “governo” propiciou o desenvolvimento de diversos aparelhos específicos da arte de governar e, com eles, a criação de diversos saberes (FOUCAULT, 2015, p. 296-297).

Assim, para Michel Foucault (2015, p. 297), “governamentalidade” é “o processo, ou melhor, o resultado do processo pelo qual o Estado de Justiça da Idade Média, tornado nos séculos XV e XVI Estado administrativo, encontrou-se, pouco a pouco, ‘governamentalizado’”. Pode-se visualizar, então, esse resultado no atual estágio do mundo ocidental.

E é verossímil que, se o Estado existe tal como existe hoje, foi graças precisamente a essa “governamentalidade” que é ao mesmo tempo interior e exterior ao Estado, já que são as táticas de governo que permitem, a cada instante, definir o que deve ou não ser referido ao Estado, o que é público e o que é privado, o que é estatal e o que é não estatal. Portanto, o Estado em sua sobrevida e o Estado em seus limites não devem ser compreendidos senão a

partir das táticas gerais da “governamentalidade” (FOUCAULT, 2015, p. 297-298).

As táticas e ferramentas da governamentalidade circundam à ideia de população, seus problemas e os mecanismos para sua sobrevivência e perpetuação. Pode-se dizer que foi através do desenvolvimento da ciência do governo que se chegou de maneira específica ao problema da população, ao mesmo passo, no entanto, é possível aludir que foram por meio dos problemas específicos advindos da população que o problema do governo pôde finalmente ser pensado e arquitetado fora do quadro jurídico da soberania (FOUCAULT, 2015, p. 291-292).

Assim como trazido acima, não é possível falar de biopoder e governamentalidade analisando as tecnologias de poder como sucessivas, de modo que a soberania tenha sido superada de uma vez por todas pelo biopoder ou pelo desenvolvimento da ciência do governo em complexas ferramentas que visem a manutenção da população.

A arte de governar esteve presente no Poder Soberano e só chegou à fase da governamentalidade enquanto ciência política após diversas relações poder-saber que possibilitaram a criação e reprodução de tecnologias de poder e novos saberes. Isso não significa, todavia, que a soberania foi superada e tenha chegado ao fim com o surgimento da ciência política.

Eu diria mesmo o contrário: que nunca o problema da soberania se colocou com tanta acuidade quanto nesse momento, pois se tratava, precisamente, não mais – como nos séculos XVI ou XVII – de tentar deduzir de uma teoria da soberania uma arte de governar, mas – dado que havia uma arte de governar e que ela se desdobrava – de ver que forma jurídica, que forma institucional, que fundamento de direito se poderia dar à soberania que caracteriza um Estado [...] Portanto, a soberania não é de modo algum eliminada pela emergência de uma arte nova de governar, uma arte de governar que, agora, ultrapassa o umbral de uma ciência política: o problema da soberania não é eliminado, ao contrário, ele é tornado mais agudo do que nunca (FOUCAULT, 2015, p. 294-295).

A ideia de população possibilitará esse avanço na arte de governar e na instauração da ciência política porque permitirá o afastamento definitivo do modelo de família mantido até então, concentrando essa noção de economia em outra coisa. A arte de governar não era pensada de outra maneira senão a partir do modelo da família, no entanto, pouco a pouco a mesma estatística usada no funcionamento da soberania, constata e demonstra que a população tem suas necessidades e características próprias; “a estatística, ao permitir quantificar os fenômenos próprios à população, faz aparecer sua especificidade irreduzível ao pequeno quadro da família” (FOUCAULT, 2015, p. 292).

Foucault (2015, p. 293) demonstra que a família, então, “de modelo, vai se tornar instrumento, instrumento privilegiado para o governo das populações, e não modelo quimérico para o bom governo”, e isso se dá porque, como a família se encontra perpassada pelas micro relações de poder, “quando se quiser obter alguma coisa da população quanto ao comportamento sexual, quanto à demografia, ao número de filhos, quanto ao consumo, é bem através da família que isso deverá passar”.

Por derradeiro, na governamentalidade:

A população aparecerá, por excelência, como sendo objetivo último do governo: porque, no fundo, qual pode ser seu objetivo? Certamente, não o de governar, mas o de melhorar o destino das populações, de aumentar suas riquezas, sua duração de vida, ou sua saúde. E os instrumentos que o governo se dará para obter esses fins que são, de algum modo, imanentes ao campo da população serão essencialmente a população sobre o qual ele age diretamente através das campanhas, ou então, indiretamente [...] a população aparecerá como sujeito das necessidades, de aspirações, mas também como objeto entre as mãos do governo, consciente diante do governo, do que ela quer, e inconsciente, também, do que lhe fazem fazer.

As relações de poder-saber resultam na governamentalidade e diversas técnicas e táticas absolutamente novas, bem como na criação de saberes. Nessa conjuntura, o “Estado de governo que se apoia essencialmente sobre a população e que se refere e utiliza a instrumentação do saber econômico, corresponderia a uma sociedade controlada pelos dispositivos de segurança” (FOUCAULT, 2015, p. 298).

Acentua-se que a governamentalidade e as tecnologias de poder do poder disciplinar e da biopolítica não surgiram de repente. Em que pese o governo das populações em toda a sua complexidade tenha trazido diversas novas tecnologias e ferramentas de poder, sua base e, por assim dizer, inspiração, pode ser encontrada há muito tempo, no Poder Pastoral.

Daniel Luis Cidade Gonçalves (2017, p. 38), em análise aos estudos de Michel Foucault sobre o Poder Pastoral, relata que essa forma de poder, de modo geral, tem em sua essência a perspectiva de que “a divindade, o rei ou o chefe é um pastor que deve ser seguido por um rebanho”. Observa que a história do pastorado começou com o cristianismo, uma vez que não existem relatos de nada parecido anteriormente.

Fala-se então em um período na história em que “uma instituição religiosa aspira ao governo dos homens em sua vida cotidiana, com o pretexto de leva-los à vida eterna, sem definir um grupo específico, mas visando toda a humanidade” (GONÇALVES, 2017, p. 38).

Essa forma de poder, portanto, é exercida sobre um rebanho e através de um pastor, ou uma figura que represente essa mesma ideia. Ao pastor cabe a importante tarefa de cuidar

do rebanho, organizá-lo de modo que ele não se perca no caminho e, com isso, consiga alcançar a almejada salvação. O rebanho, dessa forma, só existiria por conta do pastor, que o reúne, organiza e conduz à salvação, pois sem o pastor o rebanho necessariamente seria dispersado.

Cabe ao pastor garantir a salvação do seu rebanho em uma relação de benevolência constante (pois o pastor prevê o sustento do seu rebanho), individualizador (pois o pastor cuida para que suas ovelhas sejam salvas sem exceção) e final (pois o pastor possui um plano para seu rebanho) (GONÇALVES, 2017, p. 38).

Assim, observa-se que o poder pastoral é uma tecnologia de poder ao mesmo tempo individualizante e totalizante, isso porque se importa e busca cuidar do rebanho em sua totalidade, mas também de cada indivíduo em sua própria singularidade. É um poder que tem a finalidade de governar os homens em seus variados aspectos e amplitudes, desde a vida cotidiana até suas particularidades, individualidades e pensamentos.

O poder pastoral, além de criar saberes e verdades em torno da ideia da salvação que todos os indivíduos precisam buscar, também cria verdades sobre cada um dos indivíduos, uma vez que o pastor, além de “ensinar a verdade, ele deve dirigir a consciência¹⁰” e, “pelo exame de consciência, o indivíduo vai formar sobre si mesmo, certo discurso de verdade” (GONÇALVES, 2017, p. 41).

Segundo Foucault (2008, p. 241) trata-se de um processo que gera uma individualização por sujeição, visto que “o indivíduo vai formar de si, a cada instante, pelo exame de consciência, certo discurso de verdade. Vai extrair e produzir a partir de si mesmo certa verdade, que vai ser aquilo através do que vai estar ligado aquele que dirige sua consciência”.

E aí está o “poder” dessa tecnologia de poder, sua inovação e “bem feitorias” que servirão de alicerce para o governo da população:

Não é a relação com a salvação, não é a relação com a lei, não é a relação com a verdade que caracteriza fundamentalmente, essencialmente o pastorado cristão. O pastorado cristão, ao contrário, é uma forma de poder que, pegando

¹⁰ Daniel Luis Cidade Gonçalves (2017, p. 41) distingue exame de consciência e direção de consciência, de modo que “o exame de consciência era uma forma de contabilizar cotidianamente o bem e o mal, com o intuito de medir os progressos no caminho da perfeição e o império sobre as próprias paixões.” Por sua vez, “a direção de consciência tomava a forma de conselhos dados em circunstâncias difíceis.” O pesquisador apresenta ainda que, segundo Foucault, o pastorado provocou grandes alterações nessas duas ferramentas de poder, de tal forma que “no exame de consciência, não se tratava apenas de cultivar a consciência de si, mas de revelar as profundezas da sua alma ao pastor; na direção de consciência, não se tratava mais de superar alguma dificuldade, mas de se deixar conduzir a cada instante.”

o problema da salvação em sua temática geral, vai introduzir no interior dessa relação global toda uma economia, toda uma técnica de circulação, de transferência, de inversão dos méritos, e é isso que é seu ponto fundamental [...] em relação à verdade, embora o cristianismo, o pastor cristão, de fato ensine a verdade, o pastorado cristão inova absolutamente ao implantar uma estrutura, uma técnica, ao mesmo tempo de poder, de investigação, de exame de si e dos outros pela qual certa verdade, verdade secreta, verdade de interioridade, verdade da alma oculta, vai ser o elemento pelo qual se exercerá o poder do pastor, pelo qual se exercerá a obediência, será assegurada a relação de obediência integral, e através do que passará justamente a economia dos méritos e deméritos (FOUCAULT, 2008, p. 241-242).

Dito isso, observa-se a maneira com que a relação poder-saber foi construída no poder pastoral, os mecanismos que em conjunto possibilitaram adentrar ao mais íntimo do ser humano e criar verdades sobre si e sobre os outros, criando ao mesmo tempo uma relação de dependência e obediência, o que Foucault chamará de “instância da obediência pura”, segundo a qual o indivíduo ou rebanho obedece não porque é obrigado ou convencido, mas sim porque crê que ser obediente é uma virtude.

Os mecanismos do poder pastoral são, em verdade, técnicas de governar. Assim, seguindo a perspectiva foucaultiana, o poder pastoral fez surgir a arte de governar os homens, a qual passará por transformações fruto de saberes e poderes criados e reproduzidos, tornando-se a governamentalidade observada hoje, com as técnicas do poder disciplinar e da biopolítica. Para Michel Foucault (2008, p. 219), quando a governamentalidade se torna efetivamente uma prática política calculada e refletida, é o momento em que se pode observar o nascimento do Estado moderno.

2. PUNIÇÃO: CARACTERÍSTICA INTRÍNSECA DO SISTEMA CRIMINAL

A punição é um dos pilares das sociedades ocidentais e, para a maioria, não é possível se quer imaginar a manutenção do Estado e da sociedade sem um sistema punitivo que garanta a ordem e reestabeleça a paz. Isso se dá porque somos nascidos e criados em uma cultura que reproduz a todo momento a verdade de que a punição e o encarceramento são os melhores, e muitas vezes os únicos, caminhos a serem seguidos.

Quando se fala em punição, instantaneamente vem à cabeça da maioria a ideia de pena enquanto penalidade juridicamente imposta, todavia, é preciso notar que a punição está dispersa por toda a sociedade, e as noções de “bem” e “mal”, “normal” e “anormal” são carregadas dessa punição social.

Seja punição social ou punição jurídica, é essencial que sua utilidade e/ou necessidade sejam analisadas de modo amplo, levando em considerações todas as vítimas dessa perspectiva que as relações poder-saber incrustaram nas sociedades e foram primordiais para a criação do homem moderno ocidental. Sendo assim, será possível desconstruir essa “verdade universal” da punição e pensar em uma realidade desvinculada dessa noção punitiva?

2.1.A PUNIÇÃO SOB O VIÉS ÉTICO-MORALISTA DE FRANCESCO CARNELUTTI

Punir, em regra, é o meio pelo qual se procura restabelecer a ordem sócio jurídica rompida com a violação da lei. Ao longo dos séculos é possível notar que a punição já buscou atingir especialmente o corpo do sujeito, sua alma, ou concomitantemente corpo e alma; nos sistemas punitivos contemporâneos em que a punição é representada, em sua maioria, pelo cumprimento da pena nos cárceres intrinsecamente desumanos e cruéis, punir alguém efetivamente significa punir seu corpo físico e seu espírito.

Para o jurista italiano Francesco Carnelutti, todavia, a punição, muito mais que um mecanismo para reestabelecer os laços sociais, trata-se de um meio para punir a alma daquele que abdica o bem em prol do mal, busca puni-lo de forma que sua moralidade seja refeita. Fala então de uma “punição moral” e no uso de ferramentas como a prisão voltadas, em primeiro lugar, à correção do condenado por meio de sua recuperação moral, e, com isso, o retorno da ordem natural das coisas.

É predominante nas concepções do jurista a ótica de uma dualidade natural do “bem” contra o “mal”, de tal forma que subsiste a noção de “identidade objetiva” dos males decorrente de uma “lei natural” que deve prevalecer. Compreende-se, nessa ideia, que é natural que alguém, ao ser ofendido, retribua da mesma maneira a ofensa recebida.

Soma-se, portanto, à concepção de identidade objetiva o fato de que persiste uma “lei natural da pena” segundo a qual “a um mal determinado pelo homem quando concorram certas características deve seguir outro mal proporcionado àquele” (CARNELUTTI, 2015, p. 33) e, por se tratar de uma lei natural, deve ser o fundamento das leis jurídicas, que, por conta disso, não podem existir se não de modo a reproduzir a lei natural.

Assim, “se nas leis da natureza, manifesta-se, aos homens, a ordem do universo que só através das leis eles conseguem compreender bem, quando uma lei atua, a ordem se cumpre” (CARNELUTTI, 2015, p. 34) e, por consequência, quando uma lei não é cumprida e ocorre o delito, desponta a desordem. Para que a ordem seja restabelecida emerge naturalmente a pena e, por meio desta, o sofrimento que é gerado ao sujeito através da desordem é eliminado quando a ordem natural é reconstituída.

Dessa forma, a punição satisfaz uma necessidade natural do indivíduo e, “por essa razão a pena, muito antes de medida de defesa social e prevenção, funções que assume acessoriamente, é repressão ao crime e restauração da ordem” (BARRETTO; GOMES, 2018, p. 108).

A prevenção como uma função acessória da pena, para Carnelutti, ocorre porque não é possível voltar no tempo e, por conta disso, aquilo que é feito não pode ser desfeito, todavia, a punição pode atuar no presente e impedir que um novo delito seja cometido. E, assim, deve atuar a punição, primeiramente de modo a *reprimir* crimes.

Porém, o autor fala de uma “repressão na prevenção”, pois “*por que se reprime, nós não saberíamos, em definitivo, responder senão porque reprimindo se previne um novo delito; mas assim, inadvertidamente, o pensamento desliza de um conceito a outro*” (CARNELUTTI, 2015, p. 36, grifos do autor).

Ainda sob a perspectiva de que não há como voltar no tempo e desfazer o crime cometido, Carnelutti adota a noção de tempo sob o campo do espírito, de maneira que se deve buscar com a punição – por meio da repressão – restaurar o *espírito* do sujeito e, através disso, restaurar a ordem. Nota-se que o foco é a restauração do espírito de quem deve ser punido porque, “se o dano como feito material não se presta a ser cancelado, outra coisa ocorre quanto ao delito como feito espiritual porque, para o espírito, que é eterno, não existe passado” (CARNELUTTI, 2015, p. 39).

Para explicar a correlação entre o delito e a pena¹¹, o autor traz, ainda, uma noção de fórmula matemática (se delito (d) – punição (p) = 0, ou seja, ordem restabelecida, então d = p), assim delito e pena são iguais, isto é, possuem a mesma medida e devem se anular. Ressalta-se que para possuir o caráter de punição, a pena deve sujeitar o indivíduo a ela, não podendo constar do ato de uma escolha.

É exatamente essa noção matemática que Carnelutti utiliza para questionar a antiga Lei do Talião, tendo em vista que a noção de identidade objetiva também está manifestada na fórmula do Talião. Ocorre que, para Carnelutti (2015, p. 48), não se trata, como ocorre com a Lei de Talião (uma fase primitiva do Direito) de somar dois males, mas sim, como exposto acima, de subtrair do mal do delito, o valor da punição. Salienta-se, ainda, que no direito penal moderno, ao mesmo passo em que cresce a multiplicidade de delitos, aumenta a uniformidade das penas (CARNELUTTI, 2015, p. 48), “mas sempre mantendo a identidade objetiva entre os dois males: crime e pena” (BARRETTO; GOMES, 2018, p. 107).

Um conceito bem peculiar de liberdade compõe o núcleo dos estudos de Carnelutti sobre a punição moral. Segundo ele, “a liberdade não é a abstrata possibilidade de escolher entre o bem e o mal, porém a concreta potência de escolher o bem” (CARNELUTTI, 2015, p. 53). Assim, o indivíduo exerce sua liberdade ao fazer o bem, do contrário, quando deixa de realizar o bem para praticar o mal, não é um ato de liberdade, mas um estado de servidão. Por conseguinte, “o delito não é, pois, exercício, mas o não exercício de liberdade” e “não só quando sofre a pena, mas já quando comete o delito, o homem não é livre, mas servo” (CARNELUTTI, 2015, p. 54-55)

Observa-se que “não há delito sem liberdade no sentido de que quem não pode fazer o bem tampouco pode fazer o mal, mas quem, acreditando fazer o bem, fez o mal, quer dizer que, sendo capaz de resistir, não resistiu” (CARNELUTTI, 2015, p. 54).

Através da noção de liberdade, resta claro o que o autor denominou de “homogeneidade do delito e da pena” e “heterogeneidade entre delito e pena”. Falar em uma homogeneidade entre delito e pena significa dizer que ambos são “o resultado de uma sujeição” (CARNELUTTI, 2015, p. 54), uma vez que a negação da liberdade por parte do delito significa que o espírito do indivíduo foi sujeitado pelo seu corpo: o corpo dominou o espírito, preferiu não exercer a liberdade e adentrou ao caminho da imoralidade.

¹¹ Compreende-se, nesse trabalho, o conceito de pena trazido por Carnelutti como uma ideia de punição e castigo de modo amplo e não qualquer *espécie* de pena, como a pena privativa de liberdade.

Por outro lado, a heterogeneidade resta demonstrada pois, quanto ao delito, o espírito foi dominado pelo corpo, ou seja, houve um processo de “autossujeição”; já no caso da pena, subsiste um procedimento de “heterossujeição”, pois o corpo do sujeito deixa de exercer a liberdade porque é submetido a um corpo alheio. Assim, “a pena, que é uma servidão, afeta a quem, em vez de agir como livre, preferiu agir como servo. Este é forçosamente retido na condição que espontaneamente se colocou” (CARNELUTTI, 2015, p. 57).

Nesse caminhar, nota-se que a punição é vista como algo benéfico ao ser humano, algo capaz de restaurar seu espírito e, por isso, nessa concepção moral de punição, a mesma deve ser encarada como uma virtude. Por meio da punição aqueles que abdicaram da liberdade ao escolher o mal e, portanto, tornaram-se servos, ao terem seu espírito restaurado voltam a exercer a liberdade.

A noção de restauração do espírito, por sua vez, ocorre principalmente por meio do arrependimento e do perdão. Assim, aqueles que são servos porque optaram pelo delito ao invés de exercer a liberdade e praticar o bem, por meio do arrependimento, “uma condenação de si mesmo”, têm seu pecado apagado, e voltam a ser livres, pois, “o espírito se projeta não só no futuro, mas também no passado; cada instante da sua vida absorve tudo o que o precede, de maneira que quem se fez livre nunca foi servo” (CARNELUTTI, 2015, p. 60).

À vista disso, “para responder à sua função, a pena deve resolver-se na imposição, ao réu, de um modo de viver, pelo qual ele possa, o mais rápido possível e o mais seguramente possível, alcançar o arrependimento e, com isso, readquirir a liberdade” (CARNELUTTI, 2015, p. 62).

Por isso o autor critica a pretensão de se reeducar socialmente o preso, quando o mais certo seria reeduca-lo moralmente. A pena dá liberdade e não a tira. Quem a tirou foi o próprio homem quando cometeu o crime. O sofrimento é necessário, então, para fazê-lo migrar da servidão à liberdade. Não o sofrimento no sentido da vingança, mas da redenção (BARRETTO; GOMES, 2018, p. 110).

Por derradeiro, para Carnelutti, a punição não é apenas uma resposta jurídica ao crime, ela possui um valor moral que se divide em: repressão e busca pela confissão ou arrependimento. Dessa forma, “o problema da pena é, antes de mais nada, um *problema moral*: todo o Direito, mas o Direito Penal em primeira linha, é um meio para *reduzir, à moral, a conduta dos homens*” (CARNELUTTI, 2015, p. 62, grifo nosso).

As perspectivas de uma “lei natural da pena” e da punição enquanto um problema moral são características que contribuíram não só para a formulação dos diplomas jurídicos

modernos, mas, de modo muito mais amplo, à construção social e política da noção de punição. O panorama da punição e do sistema punitivo atual estão calcados na certeza de que a punição (social ou jurídica) são naturais, estão postas e não podem ser mudadas; são uma verdade universal sem a qual uma sociedade não pode ser estruturada.

No mesmo patamar, a punição na qualidade de problema moral está intimamente relacionada com as concepções da pena enquanto meio de ressocializar o indivíduo transgressor das normas, bem como com a *verdade* do bem e do mal: o cidadão que não comete o delito e é vítima deste e aquele que cometeu o crime e merece ser punido, respectivamente.

Nota-se, portanto, que os pressupostos discutidos por Francesco Carnelutti se perpetuaram ao longo do tempo e, levando em conta alterações e adaptações necessárias às manobras das relações poder-saber, são parte da arraigada construção da noção de punição, pena e de todo o sistema punitivo.

2.2.BEHAVIORISMO RADICAL E PUNIÇÃO: AS CRÍTICAS DE B. F. SKINNER.

Compreende-se por “Behaviorismo”¹² a ciência que estuda as consequências do comportamento humano, por assim dizer, oferece uma explicação do comportamento, mas não busca esclarecer suas causas iniciais. A Burrhus Frederic Skinner, quem mais se destaca nessa ciência, é atribuído o chamado “Behaviorismo Radical”, a ciência que será tratada nesse tópico.

A importância dessa análise científica para a compreensão da punição e sua posterior superação encontra-se nas próprias palavras do autor:

Os maiores problemas enfrentados hoje pelo mundo só poderão ser resolvidos se melhorarmos nossa compreensão do comportamento humano. As concepções tradicionais têm estado em cena há séculos e creio ser justo dizer que se revelaram inadequadas. São, em grande parte, responsáveis pela situação em que nos encontramos hoje. O behaviorismo oferece uma alternativa promissora (SKINNER, 2006, p. 11).

Nesse sentido, importante começar esses estudos explicando que, apesar de crer em sua existência, Skinner não defende que estados internos como emoções, valores, crenças, maldade e agressividade explicam os comportamentos. Da mesma forma, entende que os

¹² O primeiro behaviorista explícito foi John B. Watson, que, em 1913, lançou uma espécie de manifesto chamado *A Psicologia tal Como a Vê um Behaviorista* (SKINNER, 2006, p. 8)

comportamentos dos seres humanos estão sendo controlados por variáveis que podem ser comprovadas cientificamente, mesmo quando subsiste a sensação de estarem livres.

Por conta disso, o autor acredita que os indivíduos não são responsáveis pelo seu comportamento, o que não significa, porém, que não devem ser responsabilizados pelos seus desvios, uma vez que, do ponto de vista científico, os desvios são originados através de uma falha cultural: a cultura não ensinou corretamente o comportamento desejado; já do ponto de vista ético, todos são responsáveis pelos seus atos.

Tendo isso por base, para compreender o comportamento, Skinner adota o modelo do “condicionamento operante”, segundo o qual o comportamento não é “eliciado”, ou seja, o comportamento não é provocado por certo estímulo, mas sim, dá-se por meio de uma resposta emitida que surge do histórico pessoal do sujeito e das experiências reforçadas do passado. Nota-se que uma experiência reforçada, isto é, o reforçamento da resposta, não dá causa ao comportamento, mas sim aumenta a probabilidade do comportamento se repetir no futuro (SKINNER, 2003, p. 68).

Assim, o mecanismo do condicionamento operante tem início com uma resposta do organismo (uma ação do organismo), que é reforçada pelo ambiente e, através desse reforçamento, as chances da mesma resposta ser emitida futuramente em circunstâncias semelhantes aumentam. Ressalta-se que “uma resposta que já ocorreu não pode, é claro, ser prevista ou controlada. Apenas podemos prever a ocorrência futura de respostas *semelhantes*” (SKINNER, 2003, p. 71, grifo do autor).

Em outros termos, “no condicionamento operante ‘fortalecemos’ um operante, no sentido de tornar a resposta mais provável ou, de fato, mais frequente” (SKINNER, 2003, p. 72), e assim, um comportamento é repetido pelo sujeito quando é recompensado; a repetição, por sua vez, leva ao reforçamento, e este leva a mudanças no comportamento.

Qualquer comportamento que tende a aumentar a probabilidade de sobrevivência do indivíduo ou qualquer comportamento que seja inclinado a evitar ou reduzir situações prejudiciais à sua sobrevivência, são propensos a ser reforçados, e isso se dá porque é do interesse do organismo. Salienta-se que o reforçamento pode fortalecer o comportamento do sujeito e/ou gratificar a pessoa, todavia, nota-se que nem sempre um reforço é gratificante.

Existem duas formas de reforço, o reforço positivo e o reforço negativo. Para Skinner (2003, p. 252), os reforços positivos são estímulos que ao serem adicionados a uma situação aumentam a probabilidade de um comportamento se repetir futuramente. Trata-se de situações que geram condições benéficas ao organismo.

Já o reforço negativo diz respeito a situações que amenizam condições prejudiciais, ou seja, condições aversivas. Assim, o reforçamento negativo é o processo por meio do qual um estímulo aversivo é removido de determinada situação (ou provoca o abrandamento da intensidade), aumentando a possibilidade de que o comportamento que gerou esse “alívio” se repita futuramente (CARO; LUNA, 2018, p. 145; SKINNER, 2003, p. 201).

Nota-se que “nenhum estímulo aversivo é, por si só, aversivo. É apenas na relação dele com um operante que ele pode ser definido como tal” (CARO; LUNA, 2018, p. 145), da mesma forma, não é difícil determinar quais consequências são reforçadoras para determinada pessoa, pois depende do histórico de experiências de cada indivíduo.

Outra variável de controle do comportamento humano é a punição, e essa é, por sua vez, “exatamente o contrário do reforço” (SKINNER, 2006, p. 56), pois tanto a punição positiva – que ocorre quando uma variável aversiva é acrescentada à situação de modo a punir o comportamento – quanto a punição negativa – que se verifica quando uma variável gratificante é removida da situação também como forma de punir o comportamento –, procuram “remover um comportamento de um repertório, ao passo que o reforço negativo”, comumente confundido com a punição, “gera comportamento” (SKINNER, 2006, p. 56, grifo nosso).

Para Skinner, “punição é entendida como um procedimento popularmente utilizado para tentar eliminar uma conduta indesejada (ou induzir alguém a se comportar de uma forma específica)” (GONGORA; MAYER, 2011, p. 48) e esta, por sua vez, possui três efeitos capazes de levantar o questionamento de sua aplicabilidade.

Em primeiro momento, observa-se que, embora exista uma inibição do comportamento desejado através da punição, este é meramente transitório e não tem capacidade de perpetuar seu efeito a longo prazo, uma vez que através da punição foi possível observar “uma supressão temporária do comportamento, não uma redução no número total de respostas” (SKINNER, 2003, p. 200).

Mesmo sob punição severa e prolongada, a frequência de respostas aumentará quando cessar a punição, e embora sob essas circunstâncias não seja fácil mostrar que todas as respostas originalmente possíveis finalmente aparecerão, tem-se verificado que depois de certo tempo a frequência de respostas não é mais baixa do que seria se não houvesse acontecido a punição (SKINNER, 2003, p. 200-201).

Dessa forma, para um efeito duradouro da punição seria necessário punir de maneira permanente, o que faz com que a punição seja um mecanismo altamente custoso que exija uma vigilância permanente do comportamento (CARO; LUNA, 2018, p. 154-155). Observa-se que,

no contexto de uma sociedade normalizadora, como disposto por Foucault, a punição é um dos pilares essenciais para a manutenção da ordem e está disseminada por toda a sociedade, assim como a vigilância geral e constante dos corpos.

O segundo efeito da punição apresentado por Skinner diz respeito ao fato de que a punição provoca o condicionamento de sentimentos negativos, uma vez que um comportamento que é punido com grande frequência gera no indivíduo continuamente estímulos aversivos, de modo que o próprio sujeito se torna reprodutor de sua punição (CARO; LUNA, 2018, p. 155; SKINNER, 2003, p. 204). Com isso, “fortes *predisposições* emocionais são também vividas pelos primeiros passos de um comportamento severamente punido. São o principal ingrediente daquilo que chamamos de culpa, vergonha, ou sentimento de pecado” (SKINNER, 2003, p. 204), são os chamados subprodutos da punição.

O terceiro efeito da punição diz respeito à generalização das aversões provocadas pela punição, de tal forma que “qualquer comportamento que reduza essa estimulação aversiva condicionada será reforçado” (SKINNER, 2003, p. 206). Assim, o indivíduo além de criar uma aversão ao comportamento que gerou a punição, também sentirá aversão a quem ou ao instrumento que provocou a ação punitiva.

Tal fato irá gerar um desejo de contra-atacar quem ou o que motivou sua punição gerando violência, de tal forma que a “coerção induz mais do que apenas o ato agressivo em si mesmo. Depois de ser punido, um sujeito fará qualquer coisa que possa para ter acesso a outro sujeito que ele possa então atacar” (SIDMAN, 2001, p. 221).

Todavia, caso o ambiente não permita que o sujeito reaja à punição, impossibilitando sua fuga ou revolta, ou seja, quando extingiram-se os esforços do indivíduo contra a punição, ocorre a resistência passiva, segundo a qual, o sujeito simplesmente deixa de se comportar em conformidade com os procedimentos de controle, como se entrasse em um estado permanente de “greve” contra tais procedimentos (SKINNER, 2003, p. 392).

Dessa forma,

Nessas condições extremas, a vida torna-se algo desinteressante, pouco promissora. O ambiente converte-se em algo que não inspira ação, melhoramento, transformação. Não há porque melhorar um ambiente que sistematicamente pune. A coisa mais promissora que se pode esperar dele é que ele se encerre, que ele dê alguma trégua. Uma cultura que “generaliza” o risco, a ameaça, tende a gerar pessoas apáticas, temerosas e com baixíssima inclinação em agir de modo a contribuir para a cultura. O que elas fazem é fugir, é procurar um lugar seguro, antes de tudo, para si mesmas (CARO; LUNA, 2018, p. 156).

À vista disso, levando em consideração os subprodutos da punição: “a) o desengajamento social do indivíduo punido; b) o contra-ataque à fonte punidora; c) a produção de comportamento violento, muitas vezes dirigido à indivíduos não relacionados à situação; e d) a produção de respostas emocionais ou esqueléticas perturbadoras (como ansiedade)” (GONGORA; MAYER, 2011, p. 52), é possível notar a maneira escancarada com que Skinner se posiciona negativamente à prática da punição.

Todavia, não é possível dizer que o autor se posiciona de maneira definitivamente contrária a qualquer uso da punição, visto que em seus trabalhos observa-se uma crítica mais incisiva com relação ao uso indiscriminado e constante do estímulo aversivo, bem como do uso da punição para favorecer o agente punidor, ou seja, a maneira com que a sociedade utiliza-se da punição (GONGORA; MAYER, 2011, p. 54-55).

O que fica claro é que Skinner assume a posição de que a melhor maneira de gerir o comportamento dos seres humanos, tendo em vista todos os efeitos controversos, prejudiciais e pouco rentáveis da punição, é por meio do fortalecimento de respostas, tanto através dos reforços positivos quanto dos reforços negativos. Dessa forma, mais eficaz que remover um comportamento apresenta-se promover um comportamento de modo a agregar à sociedade.

Notável é a contribuição que o Behaviorismo Radical pode trazer aos estudos do sistema punitivo e, de modo mais amplo, da punição enquanto ferramenta das relações de poder. Todavia, ter em mente que a punição e o sistema punitivo são verdades naturais e irrefutáveis dificultam, ou até impossibilitam, a importante aproximação e assistência da ciência do comportamento na construção de um modelo de justiça mais justo e humano com base nos preceitos fundamentais.

2.3. MODELOS DE JUSTIFICAÇÃO DA PENA E DA PUNIÇÃO

A punição enquanto tecnologia de poder está dispersa por toda a sociedade, nas relações mais capilares nota-se a grande influência do viés punitivo no pensar e no modo de ser de todas as pessoas, todavia, é no Direito Penal e no Sistema Criminal que a punição se manifesta de maneira mais gritante e violenta.

Por conta disso, várias foram as tentativas de justificar a punição na seara criminal, desde os modelos que se ocuparam, de modo especial, em fundamentar a finalidade da pena no âmbito criminal, até os modelos que, por mais que critiquem a pena ou algumas de suas funções

estabelecidas, justificam a existência ou reprodução do sistema penal, em especial o sistema carcerário.

Adotando alguns preceitos já debatidos por Carnelutti, encontram-se enraizados nas teorias justificacionistas fortes sentimentos ético-moralistas que, pautados na punição como verdade insuperável, tentam a todo custo manter vivo o sistema violento e autoritário que tem como base a pena. Nesse contexto, buscar a superação da pena depende, inicialmente e necessariamente, do estudo das teorias clássicas da pena e das principais teorias críticas do modelo penal que, ao mesmo tempo que criticam, traçam caminhos que o mantêm vivo.

2.3.1. As teorias clássicas da pena

As teorias da pena¹³ buscam responder à pergunta: “por que punir?”, e ao longo do tempo foram oferecendo ao direito e à toda a sociedade argumentos para justificar a imposição desse mal ao transgressor das regras. A depender do momento histórico e de todos os saberes criados e repetidos, determinada fundamentação ganha mais espaço e se torna referência, todavia, é possível notar que todas influenciaram os códigos penais modernos e contemporâneos. Ainda que não seja a máxima pregada pelas legislações, como a punição meramente retributiva, os traços dessa perspectiva subsistem até hoje e influem na atuação das leis penais.

2.3.1.1. Teorias absolutas da pena

As teorias clássicas da pena podem ser divididas em teorias absolutas (ou retributivas) e teorias relativas (ou utilitaristas). Para Ferrajoli (2002, p. 204, grifo nosso), as teorias absolutas são as doutrinas que compreendem a pena como um fim em si própria, ou seja,

¹³ Salo de Carvalho chama a atenção para a diferença entre a penologia (teoria da pena em sentido amplo) e as teorias da pena enquanto fundamentação da pena (teorias da pena em sentido estrito). A penologia se dá através da análise das penas em conjunto com as demais teorias do direito penal, e se ocupa de quatro questões centrais atinentes às penas e às medidas de segurança: 1) fundamentação da pena (as teorias da pena em sentido estrito); 2) aplicação da pena; 3) execução da pena e 4) extinção da punibilidade (CARVALHO, 2015, p. 49). Neste trabalho serão abordadas apenas as teorias da pena em sentido estrito.

justificam a aplicação do castigo, a reação social, a reparação ou retribuição do crime no valor axiológico intrínseco à pena. Assim, a pena não é um meio para a obtenção de um fim ou um custo necessário, mas sim um *dever ser metajurídico* que se fundamenta nela mesma.

A vingança (*ex parte agentis*), a expiação (*ex parte patientis*) e o reequilíbrio entre delito e pena são as três ideias fundamentais em que as teorias retributivas se baseiam, ambas de caráter religioso, mais especificamente na tradição cristiana e católica de São Paulo, Santo Agostinho e Santo Tomás até Pio XII. Essas três ideias sempre estiveram presentes no pensamento político reacionário e, por certo, ainda se encontram presentes na cultura penalística (FERRAJOLI, 2002, p. 205).

As teorias absolutas encontram seu maior apoio no modelo iluminista do contrato social, onde o delito é encarado como uma violação à obrigação contratual igualmente aceita por todos e, assim, deve ser penalizado para que o mal praticado seja devidamente indenizado (CARVALHO, 2015, p. 57).

Todavia,

Em crise na época do iluminismo, viram-se relançadas no século XIX graças a duas versões laicas, quais sejam a tese de origem kantiana segundo a qual a pena é uma *retribuição ética*, que se justifica por meio do valor moral a lei penal violada pelo culpado e do castigo que conseqüentemente lhe é imposto, e aquela de ascendência hegeliana, segundo a qual a pena é uma *retribuição jurídica*, justificada pela necessidade de restaurar o direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que reestabeleça o ordenamento legal violado (FERRAJOLI, 2002, p. 205, grifos do autor).

Assim, acentua-se que, dentre as principais teorias retributivas da pena, Kant e Hegel se destacam, diferindo-se quanto ao valor atribuído à retribuição penal, moral e jurídico, respectivamente.

Kant (2013, p. 28) considera a lei penal indispensável pelo que objetivamente representa e não por possuir alguma finalidade, é o que o autor chama de “imperativo categórico”. A pena, para Kant, não pode ter qualquer utilidade, assim, “os objetivos de melhorar ou corrigir o homem delinquente (prevenção especial positiva) ou de intimidar ou de persuadir os não delinquentes a não praticar crimes (prevenção geral negativa) seriam ilegítimos” (CARVALHO, 2015, p. 59).

Mais que ilegítimos, utilizar a pena para finalidade diversa da retribuição do mal injusto ocasionado pelo crime seria imoral. Kant (2013, p. 119) parte de um viés ético segundo o qual apenas o direito de retaliação “*ius talionis*” é capaz de acarretar a exata medida de igualdade entre o mal injusto praticado por um indivíduo a seu semelhante e o mal retribuído

ao praticante do ato, de tal forma que o mal injusto praticado pelo sujeito a outrem sinalizasse um mal praticado a ele próprio.

Assim, a pena criminal “teria como exclusivo objetivo a imposição de um mal decorrente da violação do dever jurídico, encontrando neste mal (violação do direito) sua devida proporção e a sua própria justificação” (CARVALHO, 2015, p. 59). A visão kantiana apresenta o crime como “transgressão ao direito de cidadania, cuja pena a ele deve corresponder, medida por uma espécie de talião jurídico” (MARQUES, 2016, p. 125).

O filósofo, portanto, ao considerar o *ius talionis* o único meio de garantir a devida justiça à sociedade violada e ao infrator, nega toda e qualquer instrumentalização do homem; defende que o homem é um fim em si mesmo e utilizá-lo como *meio* para alcançar um *fim* faria da sanção imoral, bem como violaria a condição humana e a dignidade do indivíduo (CARVALHO, 2015, p. 59; KANT, 2013, p. 208).

Nesse contexto, considerando a retribuição um meio de justiça, único caminho para a moralidade e salvaguarda da dignidade humana, Kant demonstra que a pena afastaria todo e qualquer sentimento de vingança e retribuição irracional, admitindo a pena de morte como sanção, visto que seria o único meio de punir justamente o crime de homicídio. Na visão kantiana, a pena retributiva afasta o sentimento de vingança e sanções irracionais porque é o meio ideal de garantir a justiça à sociedade e ao indivíduo violado, bem como *proteger* o transgressor de todo e qualquer ato e justificativa que não fosse a mesma medida do mal injusto praticado por ele.

Também defendendo a pena apenas como retribuição, porém adotando um *viés jurídico*, haja vista que, diferentemente de Kant, “entende fundamental deslocar o problema dos valores morais e éticos (bem e mal) para o debate jurídico, para a consideração objetiva da justiça” (CARVALHO, 2015, p. 60), Hegel (1997, p. 87) defende que a retribuição jurídica é o único meio para se alcançar a justiça. Segundo a filosofia hegeliana, a violência só é eliminada com a atuação de outra violência, sendo esse o objetivo legítimo do direito: eliminar a primeira lesão. O direito age, portanto, de modo a suprimir a violação do Direito.

Ora não se trata desse mal ou desse bem; o que está em questão é o que é justo e o que é injusto. Naqueles pontos de vista superficiais oblitera-se a consideração objetiva da justiça, que é o que permite apreender o princípio e a substância do crime [...] Nesta discussão apenas se trata do seguinte: o crime, considerado não como produção de um mal, mas como violação de um direito tem de suprimir-se, e, então, qual é a existência que contém o crime e tem de suprimir-se? Esta existência é que é o verdadeiro mal que importa afastar e nela reside o ponto essencial (HEGEL, 1997, p. 88-89).

Para Hegel (1997, p. 88-90) o crime consiste na negação do Direito, devendo a pena negar o crime e, com isso, reafirmar o Direito e alcançar a justiça. A pena é a negação da negação do Direito, e quando aplicada, a conjuntura violada do Direito é recomposta por ela mesma. “A lógica dialética permite, pois, a reafirmação e o restabelecimento da ordem jurídica por meio da sanção criminal” (CARVALHO, 2015, p. 60).

Com relação ao criminoso, a pena consiste em uma maneira de assegurar a liberdade do sujeito, visto que seu direito enquanto pessoa só é possível através da existência do Direito enquanto conjunto de normas, e este é, na verdade, protegido e reafirmado pelas penas (HEGEL, 1997, p. 89). Assim, prevalece a ideia de que a questão importante é “saber se a pena é justa em si e para si” (HEGEL, 1997, p. 89).

Segundo Ferrajoli (2002, p. 205-206), Kant e Hegel, apesar de adotarem posições aparentemente distintas (retribuição moral e retribuição jurídica, respectivamente), ambos possuem concepções atreladas à moralidade, visto que Hegel, em última análise, baseia-se no valor moral atrelado ao ordenamento jurídico lesado.

Ferrajoli (2002, p. 205-206) observa que as teses retributivas associam antigas crenças mágicas baseadas na confusão entre direito e natureza, as quais encaram a pena como remédio ou reafirmação de uma ordem natural violada, ao mesmo passo em que sustentam a concepção religiosa de que o castigo é o meio de purificação do delito. Ainda, as teorias absolutas assentam-se em perspectivas naturalistas e ontológicas de que a culpa e a “maldade” do réu são presumidas subjetivamente na moral e no direito.

2.3.1.2. Teorias relativas da pena

Diferentemente dos apoiadores das teorias retributivas, que veem na pena um fim em si mesma e justificam a aplicação da pena no passado, os defensores das teorias relativas da pena (conhecidas também como teorias preventivas) enxergam na pena um *meio* para a prevenção futura dos delitos.

A concepção da pena enquanto meio, em vez de como fim ou valor, representa o traço comum de todas as doutrinas relativas ou utilitaristas, desde aquelas da emenda e da defesa social àquelas da intimidação geral, daquelas da neutralização do delinquente àquelas da integração dos outros cidadãos (FERRAJOLI, 2002, p. 208).

Neste ínterim, “se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinquir” (BITENCOURT, 2011, p. 132, grifo do autor).

Segundo Ferrajoli (2002, p. 204, grifos do autor), as teorias utilitaristas são subdivididas, em um primeiro momento, considerando *a quem o fim preventivo da pena é direcionado*. Assim, divididas em especial e geral, as teorias da prevenção especial atribuem a finalidade preventiva à pessoa do delinquente e as teorias da prevenção geral atribuem o fim preventivo da pena aos cidadãos de modo geral.

Ambos os subgrupos das teorias preventivas são divididos em doutrinas de prevenção positiva e doutrinas de prevenção negativa. A teoria da prevenção positiva ocorre por meio da correção do delinquente ou da integração disciplinar de todos os cidadãos; de maneira contrária, a teoria da prevenção negativa justifica a aplicação da pena por meio da neutralização do delinquente ou da intimidação dos cidadãos (FERRAJOLI, 2002, p. 204-205).

Zaffaroni e Batista (2006, p. 115), analisam as teorias relativas da pena a partir de dois grandes discursos de legitimação: as teorias da prevenção geral, as quais defendem que a pena deva atuar sobre aqueles que não cometeram crimes; e as teorias da prevenção especial, que se fundamentam na ação da pena sobre os transgressores das normas. As teorias da prevenção geral se subdividem em: negativas ou dissuasórias e positivas ou reforçadoras, da mesma forma que as teorias da prevenção especial se subdividem em: negativas ou neutralizantes e positivas ou ideologias re (tem por finalidade reproduzir um valor positivo na pessoa).

A teoria da prevenção geral negativa, isto é, o modelo de dissuasão ou intimidação, foi idealizado primeiramente por Beccaria, segundo o qual, o fim das penas não é infligir dor a um indivíduo, tampouco desfazer um delito que já foi cometido, mas sim impedir um criminoso de cometer outros danos aos membros da sociedade e, ao mesmo tempo, inibir os demais sujeitos de cometer os mesmos erros (BECCARIA, 2020, p. 47).

Para lograr êxito, no modelo de intimidação as penas e o método de sua aplicação “devem ser escolhidos de modo a causar, guardada a proporção, a impressão mais eficaz e mais durável no ânimo dos homens e o menor tormento no corpo do criminoso” (BECCARIA, 2020, p. 47).

A pena deve intimidar os indivíduos a não cometerem crimes, de modo que, a aplicação da pena a um indivíduo faz com que os demais membros do conjunto social ponderem

as perdas e ganhos antes de praticar qualquer infração penal, servindo o apenado, na verdade, como *exemplo* aos seus pares (GRECO, 2009, p. 146-147, grifo do autor).

A ideia de ponderação entre o “mal” ocasionado pela pena e o “bem” que pode ser obtido com o delito, segundo Beccaria (2020, p. 87) não deve se valer da crueldade das penas, mas de sua infalibilidade, haja vista que “a certeza de um castigo, ainda que moderado, fará sempre maior impressão do que o temor de um castigo mais terrível unido à esperança da impunidade.”

Dessa forma, “para que uma pena obtenha o seu efeito, basta que o seu mal exceda ao bem que nasce do delito, e nesse excesso de mal deve ser contabilizada a infalibilidade da pena e a perda do bem que o delito produziria. Todo o restante é supérfluo e, por isso, *tirânico*” (BECCARIA, 2020, p. 88, grifo nosso).

Feurbach, responsável pela teoria da coação psicológica, continua e expande as pesquisas de Beccaria sobre o modelo de prevenção geral negativa. O filósofo é responsável pela ideia presumida de que o homem é um ser capaz de calcular de forma racional as vantagens e desvantagens na prática de cada ato de sua vida (MARQUES, 2016, p. 174).

Tal compreensão é imprescindível para as bases do modelo de dissuasão, visto que só é possível se valer da pena como meio de intimidação social, agindo psicologicamente em cada indivíduo se, em primeiro momento, considera-se que o sujeito tem a *capacidade* de realizar racionalmente essa ponderação.

Nota-se que,

A punição não é direcionada, em nenhum momento, ao indivíduo que praticou o delito (prevenção especial). Inexiste, pois, nas teorias justificadoras da pena da primeira modernidade penal¹⁴, qualquer fim educativo ou moral. A ideia estritamente jurídica de sanção exclui a prevenção particular, negando qualquer conteúdo pedagógico ou perspectiva de melhoramento moral do autor do ilícito. Orientada pelo sentido *laico* da política (criminal), a pena é imunizada das pretensões correccionalistas¹⁵ (CARVALHO, 2015, p. 69, grifo do autor).

De modo diferente, a teoria da prevenção geral positiva possui cunho ético positivo, já que não encara a pena com uma função intimidadora, mas sim um *meio* de reafirmar a

¹⁴ Para Salo de Carvalho (2015, p. 68), o discurso dissuasório é o modelo que mais se identifica com o projeto político-criminal da primeira modernidade penal.

¹⁵ Os correccionalistas defendem que a pena deve agir como um remédio, agindo psicologicamente e moralmente no criminoso, uma vez que o crime consiste em um sintoma da anormalidade psíquica e moral. Dessa forma, para buscar o bem-estar do criminoso e de toda a sociedade, a pena deve atuar de modo a *corrigir* o mais íntimo do indivíduo transgressor das normas (MARQUES, 2016, p. 146-150).

consciência social da norma ou confirmar sua vigência (MARQUES, 2016, p. 175). Dessa forma, considera que “mesmo após a prática da infração de uma norma, esta continua a vigorar, caso contrário estaria abalada a confiança nas relações sociais. Daí a necessidade da pena, pelo seu aspecto positivo de reafirmar tal vigência” (MARQUES, 2016, p. 175).

Para a teoria da prevenção geral positiva a norma tem o objetivo de atuar no processo de formação do povo, de forma que a finalidade da pena é estimular os sujeitos a cumprir a norma ao mesmo passo em que assimilam os valores básicos da sociedade (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 132).

Dessa forma, o viés positivo possui “forte conotação educativa: a pena, portanto, e o juízo de valor que antecede sua imposição, contribuem de modo decisivo para formar a consciência ética, valorativa, da coletividade” (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 357).

Para Roxin (2006, p. 47),

É claro que todos os dispositivos penais almejam não só impedir e punir determinados delitos, como também atuar sobre a consciência jurídica da população. Quando o Estado se dispõe a proteger a vida, a integridade física, a propriedade etc, tenta ele fortalecer na população o respeito por estes valores. Nisto não há nada de problemático. Esta prevenção geral positiva é, muito mais, uma das finalidades reconhecidas do direito penal.

Em suma, para a teoria da prevenção geral positiva, a pena atua como instrumento de motivação, tendo em vista que o exemplo dado pela punição seria capaz de resolver as carências da socialização dos membros do corpo social. Através do exemplo pregado pela aplicação da pena, a consciência dos indivíduos seria capaz de reconhecer a importância do cumprimento da norma e, com isso, seus impulsos criminais seriam reprimidos (GUIMARÃES, 2006, p. 258-259).

A teoria da prevenção geral positiva encontra em Günter Jakobs um grande defensor, mais especificamente em uma de suas subdivisões, a linha fundamentadora, que procura “*fundamentar* a intervenção penal” (MARQUES, 2016, p. 176). Segundo ele,

Uma infração normativa é, portanto, uma desautorização da norma. Essa desautorização dá lugar a um conflito social na medida em que se põe em tela de juízo a norma como modelo de orientação [...] não se pode considerar missão da pena evitar lesões de bens jurídicos. Sua missão é reafirmar a vigência da norma, devendo se equiparar, para este efeito, vigência e reconhecimento [...] Resumindo: a missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação social (JAKOBS, 1995, p. 13-14, tradução nossa).

Para a teoria de prevenção geral positiva fundamentadora, a norma atua em causa própria e sua violação causaria um grave abalo na confiança institucional por parte dos cidadãos. Dessa forma, a violação da norma penal é *socialmente disfuncional* (GUIMARÃES, 2006, p. 260-261, grifo nosso).

Em análise aos ensinamentos de Jakobs, Guimarães (2006, p. 261) nota que, nessa seara, “nenhum objetivo será alcançado através do desrespeito à norma, vez que o ordenamento jurídico-penal não admitirá a quebra das expectativas que ele objetiva, primordialmente garantir.”

É possível notar grande semelhança entre a perspectiva de Jakobs e a retribuição jurídica de Hegel, o próprio Jakobs admite que sua ideia em pouco se diferencia da proposta hegeliana (JAKOBS, 1995, p. 22-23). Observa, no entanto, que Hegel fundamenta a pena exclusivamente no conceito de Direito, o que é incapaz de manter as condições de existência da sociedade atual, diferentemente do que ocorre com a proposta das teorias de prevenção geral positiva (JAKOBS, 1995, p. 23).

Outra linha da teoria da prevenção geral positiva, a teoria da prevenção geral positiva limitadora, é defendida, em especial, por Claus Roxin, segundo o qual a pena encontra seu limite na culpabilidade do transgressor das normas (ROXIN, 1993, p. 36). Assim, essa linha teórica “busca um ponto de equilíbrio na aplicação das penas” (GUIMARÃES, 2006, p. 263).

Nesse contexto, a finalidade da pena, apoiada nos princípios de intervenção mínima, proporcionalidade, ressocialização e culpabilidade, consiste em limitar o direito de punir do Estado, “sob pena de se tornar um poder arbitrário, impondo, de maneira coativa, determinados padrões éticos” (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 132).

Em desacordo com as teorias acima apresentadas e alinhadas com a nova roupagem socioeconômica advinda do avanço e da consolidação do capitalismo, as teorias da prevenção especial ganham espaço e materializam a pena na ideia da interdição do delinquente e sua posterior recuperação (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 137).

As teorias da prevenção especial caracterizam-se, ou melhor, diferenciam-se das teorias de prevenção geral – cujos fins são a intimidação ou o fortalecimento dos valores éticos-sociais da sociedade via respeito às normas penais pela generalidade dos cidadãos – por visarem ao delinquente em particular, dirigindo seus fins para a correção ou neutralização deste, em um sentido positivo e negativo, respectivamente (GUIMARÃES, 2006, p. 151).

A teoria da prevenção especial também possui subdivisões: neutralização (viés negativo) e ressocialização (viés positivo), de modo que “justificam a pena atribuindo-lhe o

interesse social, em caso de neutralização, ou uma função positiva de melhoramento do próprio infrator, no caso de ressocialização” (GUIMARÃES, 2006, p. 152).

A teoria da prevenção especial negativa busca:

Levar a efeito a neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com a sua segregação no cárcere, retirando o agente momentaneamente do convívio social, impedindo-o de praticar novas infrações penais, pelo menos na sociedade da qual foi retirado. A neutralização do agente, como se percebe, somente ocorre quando a ele for aplicada pena privativa de liberdade (GRECO, 2009, p. 148).

Nota-se que a teoria da prevenção especial negativa age em prol do bem-estar geral da sociedade e parte da ideia de *maior felicidade para o maior número de pessoas*, uma vez que a sociedade teria o direito de neutralizar os indivíduos que a fere. Assim, à sociedade cabe o direito de eliminar os indivíduos que violam as normas e não demonstram possibilidade de ressocialização (GUIMARÃES, 2006, p. 156).

À vista disso, considerando que se busca neutralizar os sujeitos que aparentem continuar violando as normas impostas pelo sistema penal, pressupõem-se que este já delinuiu ao menos uma vez, ou seja, a teoria da prevenção especial manifesta-se no fracasso da ideia pregada pela prevenção geral negativa (GUIMARÃES, 2006, p. 156).

Com isso, o objetivo dessa teoria é impedir que crimes sejam cometidos, e não modificar moralmente o criminoso, alvo este da outra vertente da teoria da prevenção especial. Assim, as teorias da prevenção especial positiva, também denominadas de teorias da emenda ou correccionalistas, objetivarão, sobretudo, a reforma moral do criminoso (CARVALHO, 2015, p. 79).

Segundo Salo de Carvalho (2015, p. 79), essas teorias adquirem, portanto, “sentido essencialmente profilático (medicinal) pois o *homo criminalis*, objeto de intervenção do controle social formal, constitui-se como um indivíduo deficitário (*undersocialized*).”

Trata-se (o criminoso) de uma pessoa com marcantes carências de natureza orgânica ou moral, as quais se tornam passíveis de medição, quantitativa ou qualitativa, por meio da intervenção do laboratório criminológico. A ciência criminológica objetiva, portanto, desenvolver um instrumental tecnológico capaz de diagnosticar estes déficits e supri-los por meio da pena criminal, cujo caráter e natureza são gradativamente aproximados aos das medidas de segurança (CARVALHO, 2015, p. 79-80).

A ressocialização, para a teoria da prevenção especial positiva, pode-se valer de qualquer mecanismo capaz de impedir com sucesso o delinquente de reincidir a prática delitiva.

Dessa forma, os defensores dessa teoria apontam que se pode alcançar a ressocialização tanto com a internalização da moral e dos bons costumes, quanto pela instalação do medo de uma nova condenação no infrator (GUIMARÃES, 2006, p. 203).

Observa-se que para a teoria da prevenção especial positiva “as causas do delito se encontram no próprio delinquente, sendo obrigação da sociedade, representada pelo Estado, reabilitar o mesmo, segundo os preceitos da igreja, da escola ou da própria sociedade, elevada então à condição de ente moral” (GUIMARÃES, 2006, p. 228).

O Estado, a quem cabe decidir o que é melhor para todas as pessoas, possui legitimidade de modificar a essência do indivíduo e impor à sociedade seu modelo de ser humano ideal (GUIMARÃES, 2006, p. 211). Assim, “a pena representaria, então, um bem para o condenado, quer no âmbito moral, quer no psicofísico, vez que o delito aparece como sintoma de inferioridade, mas poderá ser sanado através do Estado pelo benefício do *remédio social* da pena” (GUIMARÃES, 2006, p. 210, grifo nosso).

Dessas teorias, surge a denominada teoria mista ou unificadora, com o objetivo de conciliar as finalidades retributivas e preventivas da pena, diante da insuficiência de que cada uma possa surtir efeitos isoladamente. Nessa linha de raciocínio, o caráter retributivo da pena, por exemplo, não afasta a necessidade de segregação do delinquente nem sua possível socialização. Além disso, permanece na pena sua função preventiva, pela intimidação dirigida à coletividade (MARQUES, 2016, p. 170).

A teoria unificadora destina-se a demonstrar que as perspectivas defendidas pelas teorias absolutas e preventivas da pena contêm pontos de vista aproveitáveis, todavia, não devem ser convertidos em concepções absolutas (ROXIN, 1998, p. 26). A teoria mista possui duas correntes principais: a corrente mais conservadora prioriza o aspecto retributivo da pena, demonstrando que a proteção da sociedade por meio da pena se dá através do caráter retributivo da pena, sendo secundários os fins preventivos; já para a corrente progressista a finalidade preventiva da pena possui maior importância para a defesa da sociedade, devendo a retribuição ser limitada pela prevenção de novos crimes com limites traçados na culpabilidade (MARQUES, 2016, p. 170-171).

2.3.2. Modelos contemporâneos de justificação

Não mais buscando atribuir finalidade e justificativa à pena, teorias mais recentes buscam amenizar os efeitos do sistema punitivo e até “melhorá-lo”. Por conta disso, embora observem que a criação e aplicação das penas precisam se orientar por novos pressupostos, a fim de que o sistema penal seja pautado pelos princípios e direitos fundamentais, aceitam o modelo punitivo e propõem técnicas que vão legitimá-lo. Assim, apresentam-se como modelos que justificam a existência não só da pena e do sistema punitivo, mas, por derradeiro, justificam a punição.

2.3.2.1. Direito Penal Mínimo

Também denominado de “Direito Penal do Equilíbrio”¹⁶, a corrente que defende o Direito Penal Mínimo prega a mínima interferência do direito penal, ou seja, que este se ocupe apenas das questões socialmente mais relevantes, “dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade” (GRECO, 2009, p. 24).

Ao mesmo passo em que para o minimalismo a pena é inevitável, visto que em certos casos é preciso que o sistema penal intervenha, defende que não existe uma “necessidade penal”, ou seja, “afasta a visão rígida da pena como obrigação absoluta” (CHRISTIE, 2013, p. 131).

Nota-se que essa vertente pode ser considerada “equilibrada” por buscar minimizar as atrocidades geradas pelo sistema penal, defendendo a aplicação da pena apenas para os casos inevitáveis, sem, contudo, deixar de legitimar o direito penal e sua atuação imprescindível à sociedade.

Por meio de princípios norteadores, o Direito Penal Mínimo busca orientar o legislador e os aplicadores da sanção penal a procederem através de uma:

Abordagem crítica e seletiva das condutas tipificadas e retirar do ordenamento penal aquelas que podem ser suficientemente controladas pelos demais ramos jurídicos [...] sendo punidas apenas as condutas que venham a atingir ou colocar em perigo concreto de lesão os bens jurídicos mais importantes para a sociedade (KAZMIERCZAK, 2009, p. 73).

¹⁶ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2009.

Rogério Greco elenca aqueles que seriam os princípios indispensáveis para a perspectiva “equilibrada” do Direito Penal, sendo a dignidade humana seu princípio norteador, uma vez que para se alcançar um Direito Penal menos danoso, o homem deve ocupar o centro das atenções do Estado (GRECO, 2009, p. 24).

Do mesmo modo, a fim de atingir a natureza subsidiária do direito penal, com sua atenção e tutela apenas dos bens mais importantes para a sociedade, o princípio da intervenção mínima é considerado o coração do Direito Penal Mínimo, possuindo a missão de orientar o legislador na criação ou revogação dos tipos penais (GRECO, 2009, p. 25).

Também com o fim de orientar o legislador, o princípio da adequação social e o princípio da lesividade são imprescindíveis para tornar o direito penal compatível com as constantes transformações sociais, bem como para que a criminalização de condutas não atinja os comportamentos restritos à esfera individual do agente (GRECO, 2009, p. 25-26), já que essas condutas meramente subjetivas revelam-se incapazes de lesionar o bem jurídico (KAZMIERCZAK, 2009, p. 76).

No mesmo íterim, o Direito Penal do Equilíbrio abarca princípios que, mais que orientar o legislador, como os princípios apresentados acima, devem conduzir o legislador e o aplicador da norma a uma interpretação garantista. São estes: o princípio da insignificância; princípio da individualização da pena; princípio da proporcionalidade; princípio da pessoalidade ou intranscendência da pena; princípio da limitação das penas; princípio da culpabilidade e princípio da legalidade (GRECO, 2009, p. 26-28).

Com todo esse aparato de princípios que devem instruir a criação, continuidade e interpretações das normas penais, o movimento proposto pelo Direito Penal Mínimo busca:

Operacionalizar perspectivas de políticas legislativas descriminalizantes, promover uma orientação de políticas de segurança pública não interventora, mas participativa e articuladora dos movimentos comunitários e, relativamente ao Direito Penal, radicalizar a proposta de torna-lo o espaço da racionalidade do sistema penal ou construí-lo como forma de garantia positiva dos direitos fundamentais, a fim de conter a violência punitiva e seletiva do próprio sistema penal. Neste sentido, o programa minimalista consiste numa ampla e rigorosa política de descriminalização, e numa perspectiva final, na superação do atual sistema de justiça penal e sua substituição por formas mais adequadas, diferenciadas e justas de defesa dos direitos humanos (KAZMIERCZAK, 2009, p. 81).

Resta claro, portanto, que o objetivo do Direito Penal Mínimo é transformar o sistema penal em um mecanismo de garantia da dignidade dos seres humanos e seus direitos fundamentais, garantindo a segurança e proteção dos bens primordiais dos indivíduos e, com

isso, impedindo que a penalidade atinja esferas que não sejam estritamente necessárias. Dessa forma, reafirmando o direito penal em suas bases constitucionais, o Direito Penal do Equilíbrio pretende minimizar as dores ocasionadas pelo sistema penal.

Assim,

Postular pela intervenção mínima não é afirmar que haverá uma destipificação em massa, mas é assegurar que os postulados constitucionais estejam presentes na hermenêutica penal com a finalidade de assegurar uma legitimação desta ciência com o texto fundamental (KAZMIERCZAK, 2009, p. 82).

O Estado deve, desse modo, “fazer valer o seu *ius puniendi* sem agir como tirano, ofendendo a dignidade de seus cidadãos” (GRECO, 2009, p.29) e, para tanto, o direito penal “deve interferir o mínimo possível na vida das pessoas e na solução de conflitos, tendo em vista que seu instrumento de atuação, a sanção penal, é extremamente invasiva e estigmatizante” (SANTOS, 2017, p. 146).

A fim de auxiliar a interpretação do direito penal em prol da garantia dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, José Eduardo Lourenço dos Santos (2017) apresenta a *Derrotabilidade* como uma ferramenta do Direito Penal Mínimo, isto é, um mecanismo segundo o qual uma lei pode ser *derrotada* por um princípio.

Na prática é possível notar que, mesmo não havendo expressa menção à teoria da derrotabilidade, nos casos em que a lei apresente prejuízos desnecessários, por meio de um princípio norteador, como o da insignificância, a lei deixa de ser aplicada, até mesmo o próprio ordenamento jurídico penal apresenta exceções à aplicação da norma. A teoria da derrotabilidade busca “difundir” essa perspectiva, ou seja, que seja comum, durante a análise caso a caso, o aplicador da lei considerar a possibilidade de certa norma não ser aplicada ao caso concreto, tendo como norte o princípio da intervenção mínima.

Derrotar uma lei, todavia, não significa revogar uma norma, mas sim constatar que, no caso em análise, a aplicação da lei penal, embora positivada, é prescindível e danosa demais, devendo prevalecer o princípio fundamental que melhor resguarde o cidadão, bem como observar o princípio da intervenção mínima e a qualidade de *ultima ratio* do direito penal.

Salienta-se que o intérprete, ao deixar de aplicar uma norma positivada, pode incorrer na determinação de uma decisão *contra legem*, todavia, a teoria da derrotabilidade defende que, por se tratar de uma exceção motivada pela força de um princípio norteador, a decisão acaba por ser suficientemente justificada e fundamentada (SANTOS, 2017, p. 69).

Dessa forma, os princípios apresentam-se como ferramenta de interpretação em busca de um Direito melhor e, tendo em vista que a decisão estará amparada ao menos por uma norma e um princípio, esta estará devidamente fundamentada e não comprometerá a segurança jurídica (SANTOS, 2017, p. 69).

Por efeito,

A derrotabilidade mostra-se como uma teoria perfeita para a correta aplicação do direito penal, como exceção e interpretação, no que se refere à atuação do princípio da intervenção mínima, fundamentando sua aplicação em prol de um direito justo, de mínima interferência, apenas possível quando indispensável à própria manutenção do mínimo necessário para a dignidade e liberdade do homem, e, porque não dizer, na preservação de sua autonomia (SANTOS, 2017, p. 159).

Com isso, resta claro que o minimalismo penal e a derrotabilidade almejam um Direito Penal pensado e aplicado nas bases fundamentais da dignidade humana, de modo que a pena seja utilizada apenas quando estritamente necessário para a manutenção da ordem e do bem-estar da sociedade, devendo, contudo, observar os interesses e os direitos fundamentais do sujeito que transgrediu a norma.

2.3.2.2. Garantismo penal e contradição institucional do cárcere: a perspectiva de Luigi Ferrajoli

Garantismo penal ou também chamado “utilitarismo reformado” de Luigi Ferrajoli é um modelo de justificação da pena que, retomando pressupostos iluministas, busca, assim como o minimalismo penal, limitar a ação do poder punitivo. Dentre os diversos tipos e significados de garantismo, o garantismo penal encontra-se no prisma do garantismo liberal, buscando a defesa dos direitos de liberdade, principalmente a liberdade pessoal, frente as intervenções policiais e judiciais arbitrárias (FERRAJOLI, 2006, p. 10).

Segundo Ferrajoli (2006, p. 11), garantismo penal pode ser considerado sinônimo de direito penal mínimo, correspondendo a um modelo teórico e normativo de direito penal capaz de minimizar a violência da intervenção punitiva, compondo-se de limites estritos impostos à tutela dos direitos das pessoas. Todavia, é possível notar que, ainda que o direito penal mínimo e o garantismo penal possuam objetivos similares, a teoria garantista apresenta-se mais ambiciosa e abrangente.

“Garantismo” significa a tutela de todos os valores fundamentais cuja satisfação, ainda que contra o interesse da maioria, é o fim justificador do Direito Penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e castigos, a defesa dos fracos mediante a regra do jogo igual para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, por conseguinte, a garantia de sua liberdade mediante o respeito também de sua verdade. É precisamente a garantia desses interesses fundamentais a que parece ser aceitável para todos, inclusive para a minoria dos réus e dos imputados, ao Direito Penal e ao mesmo princípio minoritário (FERRAJOLI, 1997, p. 336).

Sabe-se que as teorias utilitárias da pena, em todas as suas ramificações, buscam como fim máximo o bem-estar da sociedade, ou seja, dos indivíduos que não cometeram crimes. Seja por meio da pena como meio de intimidar o não cometimento de novos crimes ou mesmo para “melhorar” o transgressor das normas, o objetivo final do utilitarismo é sempre o bem da maioria que não violou as normas.

Com isso, ao buscar a garantia dos direitos fundamentais dos transgressores das normas a partir do argumento da pena mínima necessária, mesmo contra os interesses da maioria, o garantismo penal de Luigi Ferrajoli é considerado um modelo de *utilitarismo reformado*¹⁷ (CARVALHO, 2015, p. 119).

Para o garantismo penal, o fim do direito penal é a proteção do mais fraco contra o mais forte, isto significa dizer que tanto o indivíduo ofendido ou ameaçado pelo delito, quanto o sujeito transgressor das normas e, por conta disso, ofendido ou ameaçado pela vingança da sociedade ou do Estado, merecem e devem ser protegidos (FERRAJOLI, 1997, p. 335).

Em cada uma das situações subsiste o lado mais fraco que precisa de proteção do direito penal, e mesmo que não seja interesse da sociedade proteger o infrator, quando este está ameaçado pela vingança social, deve ser protegido pelo direito penal, sendo a mínima pena necessária o meio ideal para resolver a situação e impedir que, através da mera vingança, o infrator sofra danos além dos necessários. Nesse ponto encontra-se o garantismo penal, por meio da pena, o direito penal irá proteger o transgressor das normas da vingança desmedida.

Em análise à teoria de Ferrajoli, Casari e Giacóia (2016, p. 256) apontam que “a perspectiva garantista retira do Estado Democrático de Direito o poder de punir de forma desmedida, exercido como uma nefasta forma de vingança pública”. No mesmo sentido, asseveram que, no que tange ao sistema de execução penal, um sistema “efetivamente garantista deverá determinar-se pela redução dos danos causados pela aplicação da pena privativa de

¹⁷ À premissa utilitarista clássica Ferrajoli adiciona um segundo aforisma, não relacionado ao objetivo de garantir a felicidade das pessoas que não cometem crimes, mas voltado à defesa dos direitos dos indivíduos que violaram as leis, isto é, os destinatários da pena (CARVALHO, 2015, p. 117-118).

liberdade, visando preservar os demais direitos fundamentais e especialmente a dignidade daquele que cometeu uma conduta criminosa.”

Assim,

Um sistema penal somente está justificado se a soma das violências – delitos, vinganças e castigos arbitrários, - que está em condições de prevenir é superior ao das violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas estabelecidas por eles. Naturalmente, um cálculo desse tipo é impossível. Pode dizer-se, no entanto, que a pena está justificada como mal menor – o que tanto quer dizer somente se for menor, isto é, menos aflitivo e menos arbitrário – com relação a outras reações não jurídicas, que é lícito supor que se produziram na sua ausência; e que, mas em geral, o monopólio estatal do poder punitivo está tanto mais justificado quanto mais baixos sejam os custos do Direito Penal com relação ao da anarquia punitiva (FERRAJOLI, 1997, p. 336).

Nessa seara, partindo da conjectura de uma sociedade democrática como plano de fundo, Ferrajoli aponta “o dever ser da pena carcerária em sociedade baseada nos valores da democracia” (2006, p. 20), analisando a democracia política como incapaz de sustentar uma axiologia democrática e garantista do direito penal.

Sob esse viés, compreende-se a democracia política como a que ampara “o poder e vontade do povo, e, portanto, da maioria”, segundo a qual, dessa forma, estaria autorizado o direito penal máximo, ou seja, máximo repressivo e privado de limites e garantias, uma vez que, como instrumento da maioria, o direito penal torna-se uma ferramenta de defesa social contra as minorias desviadas (FERRAJOLI, 2006, p. 20).

Tudo isso significa que entre garantismo penal e democracia política, entre segurança e liberdade, entre defesa social e direitos dos acusados e depois processados e detidos, existe uma antinomia. Na batalha pelo garantismo penal, escreveu Norberto Bobbio, tem sido sempre uma “batalha de minorias” (FERRAJOLI, 2006, p. 21).

Nesse sentido, observa-se que, sob o viés do garantismo penal, a perspectiva social sobre a punição exacerbada e a busca pelo sofrimento do transgressor das normas como meio de satisfazer o sentimento de vingança que acomete o ideário popular, contrariam o que se busca com o direito penal mínimo, incorrendo, em verdade, a um direito penal máximo e a instituições carcerárias totalitárias.

Destarte, existe uma dimensão diferente de “democracia” que, segundo Ferrajoli (2006, p. 21), complementa o sentido de “democracia política” e permite compreender os fundamentos axiológicos e conjuntamente os limites do direito penal e da pena: a democracia

constitucional, segundo a qual não é relevante quem tem legitimidade para decidir, no caso, a maioria, mas sim, o que não é legítimo decidir por nenhuma maioria, ainda que por unanimidade.

Nesse sentido, pode-se compreender que não seria legítimo decidir sobre questões de interesse da maioria se, com isso, direitos das minorias tenham que ser severamente sacrificados. Portanto, na perspectiva da democracia constitucional, o direito penal não pode ser ferramenta de controle social nas mãos da maioria, deve buscar proteger a todos os cidadãos, sejam eles desviantes das normas ou não, de modo que a busca pela segurança e bem estar dos cidadãos de “bem” não pode jamais justificar os males causados pela pena privativa de liberdade.

Com isso, observa-se que os cárceres são instituições totais incompatíveis com a democracia constitucional, bem como que a pena privativa de liberdade é meio e fim para se alcançar a máxima felicidade para o maior número de pessoas, ainda que para isso tenha que violar os direitos fundamentais dos indivíduos encarcerados, estes, em verdade, encarados socialmente e pelas instituições como um amontoado de *ninguéns*.

Nessa conjectura, considerando os pressupostos do garantismo penal, Ferrajoli (2016, p. 4) refuta a instituição carcerária. Questiona se as violações de direitos dos presos são tão intrínsecas ao cárcere a ponto de serem inevitáveis ou se o problema consiste na falta ou na impossibilidade de garantias idôneas. Assim, questiona se o cárcere é “ontologicamente, por sua mesma natureza de prática de segregação, uma violação dos direitos fundamentais e da dignidade das pessoas e então uma *patologia irreformável* do Estado de Direito” (FERRAJOLI, 2016, p. 4, grifo nosso).

Relembra, ainda, que a pena carcerária enquanto pena principal do sistema punitivo foi concebida como fator de minimização, racionalização e humanização do direito penal há pouco mais de dois séculos pelo pensamento iluminista. A pena carcerária mostrava-se como uma alternativa às penas corporais, penas infames e aos suplícios, devendo restringir-se a liberdade pessoal do agente, não violando demais direitos fundamentais como o direito à integridade física e ao não sofrimento de tortura e maus tratos (FERRAJOLI, 2016, p. 4).

A reclusão carcerária está inevitavelmente em contraste com todos os princípios – de legalidade, de igualdade e de respeito à dignidade da pessoa – sobre os quais se funda o Estado de Direito. A causa de seu caráter de instituição total, o cárcere não é – porque não pode ser – simples limitação da liberdade pessoal de circulação, como o princípio da legalidade e da taxatividade exigiram, sendo que é uma instituição produtora de milhares de

aflições diversas, inevitavelmente distintas entre um cárcere e outro, entre um preso e outro (FERRAJOLI, 2016, p. 6).

Fala-se então no cárcere como uma *contradição institucional*, uma instituição pública dirigida à custódia dos cidadãos, criada pela lei e na qual deveria haver controle total do Estado, todavia, finda em um local incapaz de garantir os direitos fundamentais mais elementares, em cujo interior inexistem controle e regras, apenas a lei do mais forte: a lei da força pública dos agentes penitenciários e a força privada dos presos mais prepotentes e organizados (FERRAJOLI, 2016, p. 7).

Ressalta-se que os pressupostos pregados pelo garantismo penal consideram que,

Ainda sendo um mal, contudo, a pena é justificável se (e somente se) se reduz a um mal menor com relação a vinganças ou a outras reações sociais e se (e somente se) o condenado obtém com ela o bem de que se subtrai dos castigos informais imprevisíveis, incontrolados e desproporcionais (FERRAJOLI, 1997, p. 337).

Dessa forma, a pena de reclusão carcerária, por sua natureza, contraria o critério de justificação da pena como minimização da violência punitiva, segundo o qual o Estado ocupa a posição de regulador das relações sociais, devendo impedir as penas arbitrárias aplicadas por particulares. Contraria, com isso, o modelo teórico e normativo da pena privativa de liberdade como pena igual e taxativamente determinada pela lei, bem como os princípios do respeito à dignidade da pessoa humana e a finalidade reeducativa da pena, positivamente estabelecida em muitas Constituições (FERRAJOLI, 2016, p. 8).

2.3.2.3. Garantismo Radical de Iñaki Rivera Beiras

A fim de combater o hiperpunitivismo e a pena privativa de liberdade como núcleo do sistema criminal, Iñaki Rivera Beiras (2019, p. 65) aposta em uma estratégia de transformação radical e reducionista da opção segregativa através de um garantismo radical, ou seja, a transformação da perspectiva carcerária pautada no “estrito respeito aos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade”.

Para tanto, o autor parte da ideia de contradição institucional do cárcere pregada por Ferrajoli, da redução do emprego das penas privativas de liberdade com base nas demandas das

peças afetadas e do prisma de que a reintegração dos presos não pode ser alcançada através da prisão, mas sim, que se deve persegui-la apesar da prisão (RIVERA BEIRAS, 2019, p. 66-67).

Dessa forma, a proposta pregada pelo garantismo radical não pretende “realizar outra reforma prisional, uma vez que, tradicionalmente e desde as instituições oficiais, nunca se levou verdadeiramente em conta as pessoas afetadas pela privação de liberdade” (RIVERA BEIRAS, 2019, p. 67), mas sim, busca um modelo de justiça em que haja um processo de desencarceramento pautado, sobretudo, no rígido respeito aos direitos fundamentais dos presos.

O “problema da prisão” não será resolvido “na” prisão, senão, em todo caso, no exterior da mesma, na própria sociedade que cria, produz, alimenta e reproduz a prisão. Sem uma profunda convicção disso, haveria o risco de cair, novamente, em opções reformistas que acabam legitimando a instituição carcerária e, assim, contribuem para a sua perpetuidade. Nesse sentido, é óbvio (ainda que talvez necessário) salientar que a melhor opção nunca pode ser “melhorar” uma instituição tão selvagem e violenta como a prisão, mas pensar em cada vez “menos prisão”, buscando verdadeiras estratégias de contenção dos novos ingressos, primeiro, de redução, depois, e de radical eliminação, finalmente (RIVERA BEIRAS, 2019, p. 69).

Dessa maneira, tendo em vista as atrocidades cometidas pelo cárcere, bem como a discrepância com o modelo de Estado Democrático de Direito, pode-se dizer que o garantismo radical constata que o sistema carcerário e a pena privativa de liberdade são verdadeiros fracassos da humanidade. Pensar em investimentos na área de infraestrutura das penitenciárias seria um caminho de perpetuação do horror que lá acontece, bem como deste modelo criminal antidemocrático.

Da mesma forma, modelos de ressocialização que coexistam com a pena de prisão são insuficientes e incapazes de restaurar a humanidade daquele que foi vítima do caos carcerário, tampouco restabelecer seus laços sociais. Almeja-se, portanto, traçar caminhos que desde já reduzam as inserções no ambiente inóspito das penitenciárias, evitando, com isso, que mais vítimas do sistema sejam formadas e que sejam dados os primeiros passos para o fim do sistema penal pautado na pena carcerária.

O garantismo radical pretende criar um local para que todos os indivíduos afetados pelo cárcere tenham voz, e, dessa forma, “presos, familiares, operadores penitenciários, representantes da administração penitenciária e de caráter municipal bem como de organizações de direitos humanos comprometidas com a problemática penitenciária” (RIVERA BEIRAS, 2019, p. 83) possam em conjunto decidir democraticamente sobre os rumos da realidade carcerária.

No mesmo viés, o trabalho deve ser oferecido não apenas como caminho à ressocialização, mas sim como direito fundamental da população presa, buscando uma capacitação efetiva dessas pessoas que um dia retornarão à liberdade, a fim de suprir, de alguma maneira, o efeito da perda econômica, pessoal e familiar advindas do encarceramento, bem como buscar a continuidade do trabalho quando o sujeito alcançar sua liberdade (RIVERA BEIRAS, 2019, p. 97).

Ainda no sentido de efetivar as garantias fundamentais dos presos, imprescindível que o Estado e toda a sociedade voltem seus olhares e preocupações à saúde desses sujeitos, os quais passam anos em ambientes totalmente inapropriados à vida, amontoados com tantos outros e apartados de todo o convívio social. Dessa forma, várias são as doenças físicas e psíquicas advindas das péssimas condições encontradas no cárcere.

Com isso, tendo em vista que garantismo radical defende que, para solucionar as violações de direitos do sistema penitenciário, não basta melhorar o sistema, mas sim erradicá-lo, Iñaki Rivera Beiras aponta a liberação dos presos enfermos como mais uma finalidade de sua teoria.

Nota-se que é esperado que tal atitude gere inquietações sociais, tendo em vista a perspectiva da sociedade sobre o criminoso, todavia, como observado na democracia constitucional trazida por Ferrajoli, também para o garantismo radical os direitos fundamentais dos encarcerados devem prevalecer aos ataques sociais.

Para tanto, Iñaki Riveira Beiras (2019, p. 103) assevera que deverá haver uma mudança de linguagem a respeito do assunto, assim, deve-se:

Deixar de conceber a presos enfermos (binômio virtual do qual prevalecem as condições penitenciárias sobre as sanitárias) e começar a encarar seriamente o fato de que se está na presença de pessoas enfermas que, ademais, estão presas (fazendo prevalecer critérios estritamente médicos sobre os de caráter regimental).

Assim, deve ser coordenada legalmente a liberdade a todas as pessoas que padeçam de sérias doenças, e não esperar que tais doenças sejam tão graves a ponto de “retirarem” qualquer periculosidade do preso, de modo que esse, de tão doente, não seja mais perigoso para a sociedade (RIVERA BEIRAS, 2019, p. 104).

Dessa forma, deverão se pronunciar a respeito do estado de saúde dos presos não apenas os médicos que integram os quadros da penitenciária, mas sim médicos que não se encontram no contexto penitenciário, capazes de avaliarem a saúde do preso em igualdade de condições com os cidadãos que vivem em liberdade (RIVERA BEIRAS, 2019, p. 104).

A despeito de demais iniciativas apresentadas por Iñaki Rivera em seu trabalho e não minimizando a importância de nenhuma delas para a concretização de um garantismo penal que alcance o patamar de um direito criminal mais humano e justo, ou seja, o garantismo radical proposto pelo autor, nota-se que um grande diferencial de sua proposta é a importância dada à mudança de perspectiva da sociedade quanto ao crime e ao criminoso.

Assim, para o garantismo radical “é a sociedade que cria, mantém e reproduz a prisão – e os presos – que temos. Por conseguinte, deve ser essa mesma sociedade que deve buscar fórmulas para sua superação” (RIVERA BEIRAS, 2019, p. 154). Com isso, um caminho essencial para alcançar o sucesso do garantismo penal radical é através da mudança de perspectiva social quanto ao cárcere e seus sujeitos, tornando a sociedade, dessa forma, mais uma força de poder quanto às reivindicações de respeito aos direitos fundamentais dos presos.

Para tanto, pretende-se “‘abrir a prisão à sociedade’, e, ao mesmo tempo, ‘abrir a sociedade à prisão’” através de conselhos Municipais e seus conselhos de bairro, pois há experiências que mostraram resultados notáveis, como a arrecadação de fundos para ajudar as famílias dos presos, quando essas administrações se comprometeram a ajudar seus presos (RIVERA BEIRAS, 2019, p. 158).

Com isso,

Pretende-se a intersecção institucional e social entre a prisão e a sociedade. Todas as iniciativas nesse sentido, educacionais, políticas, de luta pelos direitos etc., que passam pela “entrada na prisão” de vários setores sociais e profissionais, podem contribuir, em última análise, para modificar possivelmente a percepção de afastamento e alienação com a qual, quase sempre, essa realidade é transmitida (RIVERA BEIRAS, 2019, p. 161).

Uma ferramenta para a abertura da prisão à sociedade são as novas tecnologias, internet e a aquela denominada de *mass media*, a mídia de grande veiculação social. Tais meios devem ser utilizados para “tornar visível na sociedade uma quantidade imensa de vivências, sucessos e iniciativas, que, normalmente, vivem (também) ‘encerradas’ no isolamento da prisão”, a fim de “provocar uma consciência social relacionada a uma realidade que não pode ser ignorada” (RIVERA BEIRAS, 2019, p. 162).

A difusão do universo carcerário no corpo social almeja o envolvimento da sociedade nos acontecimentos carcerários, ultrapassando as costumeiras notícias que veiculam tão só os atos criminosos e a violência praticada por esses sujeitos, expondo o cenário das vítimas do sistema, suas famílias, suas vulnerabilidades. Busca-se, com isso, a compreensão social quanto

às atrocidades e ao crime humanitário violento vivido nos cárceres das sociedades modernas e suas consequências irreparáveis.

Que as suas vozes sejam ouvidas pode constituir um caminho válido para a sociedade escutar uma *opinião nunca publicada*, e sirva para modificar atitudes preconceituosas e estereotipadas que, conseqüentemente, traduzem uma percepção dos problemas prisionais muito distantes da realidade. Se realmente se almeja que a sociedade mude suas atitudes em relação a esse problema, isso necessariamente exigirá uma (prévia) tarefa de informação real, verdadeira, sobre o que acontece em tal parcela a mesma sociedade. Sem informação prévia, ninguém pode modificar substancialmente os seus pré-julgamentos adquiridos (RIVERA BEIRAS, 2019, p. 163, grifos do autor).

Movimentar-se de modo a ampliar projetos locais de abertura do cárcere à sociedade e impulsionar a divulgação dos mesmos por meio da rede mundial de computadores e das vinculações midiáticas, é um dos meios trazidos por Iñaki Rivera Beiras como capazes de trazer a sociedade para a luta pelo respeito aos direitos fundamentais dos encarcerados, bem como a perspectiva de um garantismo radical como meio de concretização dos preceitos pregados pelo Estado Democrático de Direito.

3. SUPERANDO A PERSPECTIVA PUNITIVA

É inegável que, com o passar do tempo, a dignidade humana e os direitos fundamentais dos transgressores das normas ganharam cada vez mais espaço e atenção nas teorias voltadas à pena e ao sistema punitivo, de modo que os estudos têm aproximado o sistema penal aos pressupostos garantidos pelo Estado Democrático de Direito.

Todavia, o que se observa é que as várias tentativas de atribuir finalidade à pena e justificar a justiça penal foram frustradas, isso porque nem ao menos conseguiram atingir seus objetivos principais. Dessa forma, vislumbra-se que, para alcançar um modelo de justiça mais justo e humano, é preciso superar a perspectiva punitiva e construir um novo modelo de justiça não pautado na punição.

Para tanto, será possível notar que as teorias destinadas a reformar e melhorar o sistema atual não são suficientes, visto que, em verdade, elas inserem o sistema penal em um ciclo vicioso no qual se tenta salvar um modelo de justiça que não pode ser salvo e, ao mesmo tempo, move ações para mantê-lo vivo e operante em seus fracassos.

Nesse interim, busca-se superar a perspectiva punitiva através dos pressupostos abolicionistas, principalmente do abolicionismo penal libertário, o qual aparenta ser mais pertinente com as perspectivas foucaultianas. A partir desse ponto, será possível criar um modelo de justiça diferente da justiça penal com propostas práticas e concretas?

3.1.A INSUFICIÊNCIA DOS MODELOS DE JUSTIFICAÇÃO DA PENA

Inicialmente, cabe avaliar os pressupostos pregados pelas teorias clássicas da pena e sua incapacidade de conferir finalidade à pena. Assim, as teorias retributivas, ao atribuírem a finalidade da pena como meramente uma retribuição ao agente do delito pelo mal injusto praticado por ele, deixa de conferir ao sujeito transgressor das normas as garantias fundamentais inerentes à sua condição de pessoa.

Ainda que os pressupostos pregados por Kant e Hegel defendam a retribuição como caminho mais justo à sociedade e ao sujeito transgressor, bem como sua proteção contra a vingança social desmedida, conferir ao *ius talionis* a correta proporção e justificação das penas

não parece ser suficiente para justificar a ação intrinsecamente violenta da punição e de todo o sistema punitivo, bem como afastar o prisma da vingança.

Ferrajoli sustenta que todas as doutrinas absolutas estão estruturadas sobre a máxima de que é justo impor (retribuir) o mal pelo mal. O autor lembra que este postulado atua como um mecanismo de rememoração de sistemas punitivos primitivos baseados na vingança de sangue, situação que mantém o direito penal impregnado de uma lógica repressiva que exerce fascínio sobretudo ao pensamento político reacionário (CARVALHO, 2015, p. 62).

Na prática, defender o caráter meramente retributivo da pena significa conferir um grau elevado de importância à sociedade violentada pelo crime em detrimento exacerbado do autor do delito e seus direitos fundamentais basilares. Sustentar a finalidade retributiva da pena significa voltar a atenção total à sociedade não criminosa e tapar os olhos para as violências advindas da pena e do sistema punitivo.

A pergunta que deve ser enfrentada é a da validade ou da plausibilidade de uma fundamentação de pena estruturada em um princípio de vingança que se instrumentaliza em um cálculo sempre impreciso que é o da justa retribuição pelo dano causado. Desde esta perspectiva, é possível perceber a baixa intensidade do princípio da retribuição como critério limitador da pena. Pelo contrário, o ideal retributivo pode legitimar, sobretudo em sociedades imersas na cultura punitivista, a aplicação de penas extremas e cruéis, se efetivado a partir de uma operação simplificadora de adequação ou de identificação entre a extensão do dano e a intensidade da pena (princípio taliônico) (CARVALHO, 2015, p. 63-64).

Dessa forma, apenas pregar a justa retribuição do mal ocasionado pelo delito é evidentemente insuficiente para justificar a punição jurídica e a aplicação da pena na conjuntura dos direitos fundamentais inerentes à condição de pessoa, veemente defendidos nas constituições modernas. Mais que insuficientes, são contraditórios aos preceitos fundamentalmente estabelecidos.

O utilitarismo, ou seja, as teorias relativas da pena, ganharam bastante relevância no que tange à superação das teorias meramente retributivas. Seus defensores e críticos do retributivismo encontram na função de prevenir crimes futuros a devida justificação da pena.

Todavia, em que pese seja notável o avanço com relação às críticas à crueldade das penas e à necessidade de penas proporcionais que gerem um menor dano ao indivíduo, conjuntura dos estudos defendidos por Beccaria, tanto as teorias de prevenção geral quanto as teorias de prevenção voltadas ao indivíduo transgressor, a prevenção especial, buscam o bem-estar da sociedade.

É possível notar que essa busca por bem-estar seleciona seus alvos, de tal forma que “a prevenção geral é sempre seletiva. Os perigosos são tidos como anormais, subversivos, assaltantes, pobres, etnias diversas, pessoas, grupos ou classes tidos como *intoleráveis*” (PASSETTI, 2012, p. 21-22). E mais, “a prevenção geral é seletiva e *a seletividade é a política do sistema penal*: não há crime que não seja político” (PASSETTI, 2012, p. 27, grifo nosso)

Beccaria, ao sustentar que uma pena eficaz em seu objetivo de intimidação é aquela segundo a qual o mal que ocasiona é maior que o bem que advém do delito, levando em consideração a proporcionalidade na sua aplicação para que cause o menor dano necessário ao indivíduo, critica a crueldade das penas, todavia, admite que a pena gera um mal ao indivíduo e ainda assim o aceita, pois não considera nenhum outro caminho que não seja a justiça penal.

Ademais, no que tange à sua efetividade, “a história demonstra que a função de prevenção geral negativa jamais funcionou. A ameaça, mediante leis penais, não evita a formação de conflitos ou a prática das condutas qualificadas como crimes” (KARAM, 2012, p. 79). Maria Lúcia Karam observa, ainda, que além de não funcionar, o efeito dissuasório nunca foi comprovado:

Ao contrário, é clara a sinalização de que a aparição de crimes não se relaciona com o número de pessoas punidas ou com a intensidade das penas impostas, bastando pensar um pouco para verificar, em relação a nós mesmos, que não é a ameaça da pena que conduz à abstenção da prática de crimes, como não é nenhuma espécie de ameaça o que nos faz deixar ou não de realizar qualquer comportamento que apareça, para nós ou para terceiros, como um comportamento negativo (KARAM, 2012, p. 79).

Pontua-se que, se de fato a função dissuasória da pena fosse efetiva, os índices de encarceramento não seriam tão grandes nem em fase de crescimento contínuo. O aumento constante de crimes e o conseqüente alargamento da sensação de insegurança social demonstram que, enquanto tentativa de prevenir crimes futuros, a função preventiva geral negativa da pena é uma utopia.

No mesmo degrau encontram-se as demais teorias utilitaristas, as quais tentaram justificar a ação penal valorando as conseqüências sempre em favor da sociedade e em sacrifício do bem-estar e garantias dos sujeitos que delinquiram. Ao mesmo passo, demonstrando-se falácias, foram incapazes de diminuir o cometimento de crimes, tampouco aumentar a proteção da sociedade (com relação a insegurança gerada pelos delitos).

Na prevenção geral positiva,

A função da pena se direciona, prioritariamente, para o restabelecimento da confiança e a reparação ou prevenção dos efeitos negativos que a violação da norma produz para a estabilidade do sistema e para a integração social e não para a ressocialização do sujeito criminoso [...] a prevenção geral positiva, em última instância, traz como função da pena a afirmação da validade da norma, efluindo de tal posição a *clara preocupação com a manutenção do sistema de poder em voga e dos valores por este impostos à sociedade* (GUIMARÃES, 2006, p. 265, grifo nosso).

Já as teorias da prevenção especial, ao não questionarem em momento algum a superestrutura econômica ou ideológica que possibilitou a construção das contradições sociais, demonstram-se incapazes de atingir qualquer alcance político e, portanto, serem de fato eficazes. Apenas acabam “contribuindo para a manutenção da realidade da injustiça social e da perpetuação de uma sociedade classista extremamente vertical, egoísta e, dessa forma, injusta” (GUIMARÃES, 2006, p. 231).

Seguindo a perspectiva de Maria Lúcia Karam (2012, p. 80), as teorias de prevenção especial “somente se sustentam em seu limite mais desavergonhadamente perverso e totalitário, fundado na ideia de inocuidade.” Nota-se que,

Em sua vertente mais civilizada, que trabalha com a ideia de ressocialização, a inviabilidade da prevenção especial mostra-se evidente, notadamente em um sistema que faz da pena privativa de liberdade o seu centro. A ideia de ressocialização, a pretender concretizar o objetivo de evitar que o autor do crime volte a delinquir, através de suas reeducação e reintegração à sociedade, é absolutamente incompatível com o fato da segregação. Um mínimo de raciocínio lógico repudia a ideia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-a dela (KARAM, 2012, p. 81).

Dessa forma, vislumbrando na pena uma finalidade ético-educativa de incentivo à noção de certo e errado na sociedade (prevenção geral positiva), ou buscando neutralizar o indivíduo transgressor das normas no cárcere (prevenção especial negativa); ou, ainda, pretendendo a ressocialização daquele que delinuiu (prevenção especial positiva), ambas almejam, com a aplicação da pena com base nessas variadas finalidades, o bem geral da sociedade.

Na prática, no entanto, além da punição enquanto prejuízos irreparáveis aos que delinquiram pouco ser notada e ponderada, a finalidade máxima de proteger os cidadãos “de bem”, seja apenas por meio da vingança, incutindo um mal na mesma medida àquele que delinuiu, ou buscando prevenir a delinquência futura e melhorar o sujeito transgressor das normas, ambas as teorias são incapazes de atingir sua finalidade.

Todas estas teorias legitimadoras, fundadas nas irrealizáveis ideias de retribuição e prevenção, servem para esconder o fato de que a pena, na realidade, só se explica – e só pode se explicar – em sua função simbólica de manifestação de poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução deste poder (KARAM, 2012, p. 82).

Apesar disso, as teorias utilitaristas e retributivas moldaram os sistemas penais modernos, principalmente calcados na ideia da pena enquanto intimidação ao não cometimento de crimes futuros e na enorme segregação dos que delinquiram nos cárceres. Conjuntamente, está sedimentada nas constituições a importância da ressocialização dos apenados como meio imprescindível de bem-estar, tanto daqueles que delinquiram, quanto da sociedade que irá recebe-lo depois de cumprida sua pena.

Como inúmeras pesquisas e dados demonstram que, dadas as condições do sistema carcerário¹⁸, não é possível que seja efetivado um ideal de ressocialização, tampouco que se vislumbre uma condição de bem-estar mínimo aos encarcerado, teorias mais recentes como o Direito Penal Mínimo e o Garantismo Penal buscam não mais atribuir uma finalidade à pena, mas sim propor técnicas capazes de minimizar as atrocidades do sistema penal, ou seja, reduzir o danos.

Nesse contexto, embora louváveis os pressupostos trazidos pelo minimalismo penal e seu intuito de limitar a atuação penal, norteado pelo princípio da dignidade humana e por princípios indispensáveis para a atuação do legislador e aplicador da norma penal, para essa teoria, assim como o mecanismo da derrotabilidade, ainda é razoável que o sistema penal continue fazendo vítimas.

Na mesma perspectiva, é possível notar que Luigi Ferrajoli, em suas amplas discussões sobre a ideia de um *utilitarismo reformado* e a defesa da democracia constitucional, chega à conclusão de que também é dever do Direito Penal defender os interesses e o bem-estar dos sujeitos desviantes, ainda que não sejam os mesmos interesses da sociedade enquanto maioria que apresenta ser. Ainda, contesta a instituição carcerária e a considera uma inevitável contradição ao Estado Democrático.

Todavia,

¹⁸ Neste trabalho adotamos a perspectiva de Ferrajoli quanto ao cárcere fundamentalmente e inerentemente desumano e incapaz de satisfazer os preceitos do Estado Democrático. Isso se dá porque, tendo em vista os estudos trazidos por Michel Foucault, a construção do ideário punitivista e do sistema carcerário por meio das variadas relações poder-saber ao longo do tempo, nunca objetivaram fazer do cárcere uma ferramenta socialmente benéfica de valorização e restauração de humanidades e da condição de pessoa do sujeito. Pelo contrário, o panoptismo demonstra que o cárcere enquanto ferramenta de poder é, na verdade, um mecanismo de sujeição.

A composição de Ferrajoli para justificar a pena a partir da cisão do modelo relativo em duas formas distintas de prevenção (prevenção dos injustos delitos e prevenção dos castigos desproporcionais) não elide as possibilidades de conversão de um pretense sistema minimalista em um modelo maximalista de intervenção punitiva (CARVALHO, 2015, p. 121).

Da mesma forma, por pautar-se no máximo bem-estar dos não desviantes e no mínimo mal-estar *necessário* dos desviantes, não há como evitar a conclusão de que Ferrajoli afetivamente justifica o exercício do poder punitivo (KHALED JR., 2018, p. 62, grifo nosso) e, embora questione veemente o cárcere e sua razão de ser no Estado Democrático de Direito, aceita conscientemente ou intuitivamente que ele é necessário.

O Garantismo Radical, dentre as teorias e modelos apresentados nesse trabalho, apresenta-se como o maior passo dado em direção à efetivação de um modelo capaz de garantir o bem-estar e os direitos basilares de todas as pessoas, os que não delinquiram e os que transgrediram as normas.

Iñaki Rivera Beiras apresenta um modelo bem estruturado com o passo a passo teórico e prático para a efetivação da dignidade humana dos encarcerados e a diminuição da prisão. Da mesma forma, deixa claro que, através das medidas que devem minimizar de imediato os dados da prisão e a incidência da pena privativa de liberdade, busca a eliminação final e radical da prisão.

Todavia, admite que, no contexto do garantismo radical e sua busca pela descriminalização e despenalização de condutas, existem situações e casos específicos em que seja imprescindível a pena privativa de liberdade:

Primeiro, deverá enfrentar a imprescindível tarefa descriminalizadora de numerosas condutas que não sejam tão graves para merecer uma inclusão nas leis penais. Segundo, devem ser introduzidas – no momento da criação do direito – outras fórmulas de sanções, compensações, alternativas restauradoras, indenizações etc., que erradiquem (*salvo em situações verdadeiramente graves e excepcionais*, como as representadas pelos delitos dos estados e dos mercados, de imenso dano social) a possibilidade de que os juízes castiguem os delitos com penas privativas de liberdade (BEIRAS, 2019, p. 71-72, grifo nosso).

Dessa forma, assim como Ferrajoli, o Garantismo Radical de Iñaki Rivera Beiras acaba justificando e legitimando não só o sistema penal, mas sim o sistema carcerário e as penas cruéis por eles tão criticadas.

Contudo, não é possível, tampouco justo, negar a enorme relevância das teorias do Direito Penal Mínimo, o Garantismo Penal, o Garantismo Radical e o mecanismo da

Derrotabilidade para a luta por um modelo de justiça mais humano e justo, bem como o mérito de suas ferramentas pautadas nos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Salienta-se que, acabar com o sistema punitivo não consiste em um objetivo dos defensores das teorias aqui tratadas. Embora possam parecer, em alguns momentos, entusiastas de perspectivas abolicionistas, todos, cada qual com sua peculiaridade, buscam justificar a pena e o sistema punitivo.

Tanto as teorias que buscam especialmente atribuir uma finalidade à pena e ao sistema penal, objetivo das teorias clássicas da pena, quanto as teorias que possuem em sua essência o interesse de tornar o direito penal e a aplicação das penas mais humano, justo e adequado aos direitos fundamentais de todos os seres humanos, conjuntura do minimalismo, do mecanismo da derrotabilidade, do garantismo penal e garantismo radical, ambas acabam por justificar a existência e atuação do sistema punitivo, ratificando sua necessidade social e sua legitimidade.

Isso se dá porque, mesmo com expectativas essenciais de salvaguarda dos direitos de todas as pessoas e da necessidade de acabar com o sofrimento desmedido das penas (ou minimizar esse sofrimento), essas ideias não conseguem se desvincular do modelo punitivo. Todas as alternativas e ferramentas propostas buscam, de certa forma, apenas “melhorar” o sistema criminal, acabam por traçar mecanismos que inevitavelmente legitimam e justificam a pena e a punição porque estão intimamente vinculadas apenas à perspectiva de um sistema penal *necessário*.

Uma vez que, para esses pensadores, seja impossível ou, pelo menos, improvável conceber uma concepção de sociedade apartada da noção de “imprescindibilidade do sistema punitivo”, resta apenas aceitar que, mesmo somente na minoria dos casos, a pena carcerária seja inevitável. Por consequência, aceitar o sistema punitivo como única opção não só limita os projetos que aspiram um modelo social mais adequado à garantia dos direitos fundamentais, também ignora que o modelo de justiça penal se trata de uma construção e não de uma verdade absoluta.

Nesse caminho, percebendo que condutas negativas ou indesejadas não desaparecem por conta do rigor punitivo, percebendo que somar ao dano do crime a dor da pena é multiplicar danos, será preciso romper com a concepção formal de crime, compreendendo-se a natureza política e artificialidade de sua definição. *Será preciso romper com os sentimentos de medo, de vingança e de culpa, que sustenta o clima emocional do sistema penal; romper com o maniqueísmo que, dividindo as pessoas entre boas e más, impulsiona o desejo da punição e a busca de bodes expiatórios, de culpados individualizados e demonizados; romper com a monopolizadora, enganosamente satisfatória e violenta reação punitiva. Se acreditamos na construção futura de sociedades mais justas, mais solidárias, mais livres, mais iguais, se acreditamos que um*

outro mundo é possível, temos que nos libertar do destrutivo sentimento de vingança [...] Se acreditamos na construção futura de sociedades mais justas, mais solidárias, mais livres, mais iguais, se acreditamos que um outro mundo é possível, não podemos mais nos dividir em bons e maus, superiores e inferiores, “cidadãos de bem” e “criminosos” [...] Sociedades mais justas, mais solidárias, mais livres, mais iguais não de se pautar pela satisfação das necessidades básicas e pelo respeito aos direitos de todos os que as povoam (KARAM, 2012, p. 106-107, grifo nosso).

Seguindo a lógica foucaultiana das relações poder-saber e as conjunturas históricas em que a punição foi, e a maneira com que ainda é, utilizada como tecnologia de poder, não só é possível acreditar na construção de um novo modelo social, como é possível colocar em prática desde já mecanismos que irão desconstruir a verdade da punição e do sistema penal, ao mesmo tempo em que irão construir novos saberes capazes de moldar uma nova forma de justiça e, com ela, um novo modelo de sociedade. Para tanto, de maneira não utópica, propõem-se o caminho da abolição do sistema punitivo.

3.2. PROPOSTAS ABOLICIONISTAS

Considerando que os reformadores penais, em que pese constatem o fracasso da prisão, buscam melhorá-la, fica claro que as tentativas de reforma penal apenas são capazes de manter o ciclo da prisão fracassada. Até mesmo nas tentativas de melhorar o sistema prisional através das penas alternativas foi possível notar o efeito inverso ao pretendido e a elevação de encarceramentos resultantes diretamente dessas medidas¹⁹.

Com isso, as propostas abolicionistas apresentam-se como mais capazes de superar o sistema prisional, e não mais apenas tentar reformar o irreformável. Quando entrevistado, Gustavo Noronha de Ávila ressalta que é possível falarmos em “abolicionismos”, tendo em vista que não existe uma teoria do abolicionismo penal, mas sim percursos abolicionistas que devem ser construídos diariamente. Tais percursos possuem em comum a perspectiva de que o direito penal não nos leva à paz e, portanto, ainda que percorram seus caminhos com estratégias diversas:

¹⁹ Ver importante trabalho de Salo de Carvalho: “Substitutivos penais na era do grande encarceramento”, disponível em: <https://www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2010/05/artigo-salo.pdf>, último acesso em 27 jan. 2021.

A principal denúncia das perspectivas abolicionistas, então, é a ineficácia do sistema penal e a exposição de suas vísceras, ao desmascarar as finalidades da pena como *inatingíveis*. Além disso, como o sistema penal instrumentaliza a vítima. Muitas vezes, a vítima precisa muito mais de suporte emocional, por exemplo, do que uma punição imposta ao seu algoz (ÁVILA, 2017, p. 145, grifo nosso).

Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis (2005, p. 247, grifos dos autores) fundamentam a perspectiva abolicionista por meio de duas proposições: “1) o sistema penal, longe de resolver os problemas que se propõe enfrentar, cria outros novos: é, de fato, um *mal social*; 2) mecanismos paralelos de solução de conflitos mostram que *uma sociedade sem sistema penal já existe, aqui e agora.*”

Com relação à primeira proposição, em se tratando de um mal social, “utópico é o sistema penal. Este aprofunda as feridas das vítimas, criminaliza as populações mais vulneráveis (pobres e negros) e ainda aprisiona mulheres e homens em condições deploráveis. É impossível obter paz tratando violência com mais violência” (ÁVILA, 2017, p. 151).

Por conseguinte, considerar que uma sociedade penal já existe significa enxergar que dada a complexidade e o volume de conflitos sociais, nem todos, talvez a minoria, é de fato levada à seara penal. Isso se dá porque nem todas as demandas são de interesse do sistema penal, dada sua característica seletiva; nem todos os conflitos são formalmente de competência do juízo criminal; grande parcela dos conflitos não chegam ao seu conhecimento, uma vez que em muitos casos as vítimas não denunciam por medo ou porque não acreditam na “justiça” para resolver seus problemas; ou, ainda, porque muitas situações são solucionadas por meio de outros mecanismos de resolução de conflitos (HULSMAN;CELIS, 2005, p. 254-256).

Na realidade, uma análise um pouco mais profunda das situações nas que se encontram aqueles que não recorrem à justiça mostra que os problemas classificados como de tipo penal, que não chegam a alimentar as engrenagens do sistema, permanecem à margem devido, normalmente²⁰, *à vontade expressa das pessoas diretamente envolvidas* (HULSMAN;CELIS, 2005, p. 256, grifo dos autores).

No caso dos conflitos resolvidos por outras vias e mecanismos, ganha espaço o exemplo do direito civil, no qual “importantes acontecimentos vitimizantes são observados, a

²⁰ “Sem negar a existência — compreensível — de casos nos quais os sentimentos de retribuição são explicitamente, e por vezes violentamente, expressados, pesquisas coincidentes realizadas em diferentes países a partir de uma ótica de vitimização, mostram que as pessoas que se consideram vítimas de uma desgraça — que pode ser atribuída, segundo elas mesmas, a um indivíduo concreto, *não recorrem normalmente à via penal*; desejam geralmente *obter reparação*, mais do que saber que se castiga ao autor, isto é, desejam entrar num *processo de conciliação*” (HULSMAN;CELIS, 2005, p. 258, grifos dos autores).

partir de uma *aproximação não estigmatizante*, pelas pessoas que apresentam uma demanda contra alguém, apelando para o princípio da responsabilidade denominada ‘civil’ e para a noção de risco” (HULSMAN;CELIS, 2005, p. 259).

Também com o fito de fundamentar o abolicionismo penal e, com isso, combater qualquer visão utópica, Vera Maria Guilherme (2017, p. 133) apresenta a perspectiva do abolicionismo penal como um enfrentamento à coisificação da vida. Partindo de um prisma sobre “pensar fora da caixa”, apresenta “o abolicionismo penal, em suas múltiplas possibilidades, como essa construção de uma nova lente” (GUILHERME, 2017, p. 135).

Nessa conjuntura, entende-se que vivemos dentro dessa “caixa” onde só existem como opção (e verdades absolutas) a punição e o *assujeitamento* dos indivíduos. Dentro dessa caixa somos *coisificados*, isto é, fomos e somos constantemente transformados em objetos vivendo à mercê do que nos é dado como verdadeiro. Ao sermos coisificados, sujeitados pelas tecnologias de poder, dentre elas a punição, perdemos a compreensão de que somos sujeitos da história e deixamos de oferecer qualquer risco de reação, ou seja, qualquer interesse em “sair da caixa” e buscar novos saberes e alternativas. O abolicionismo penal se apresenta, então, como “uma proposta de resistência a essa coisificação generalizada” (GUILHERME, 2017, p. 139).

Para Vera Maria Guilherme (2017, p. 141), diversas situações utilizadas para questionar a eficácia e possibilidade do abolicionismo penal, como o terrorismo, tráfico de drogas, tráfico de pessoas, tráfico de armas e violência doméstica, são resultado da “naturalização do processo de coisificação da vida”, e caso isso permaneça despercebido, “continuaremos sem enfrentar a questão ou oferecer propostas concretas”.

Com atenção especial ao caso da violência doméstica, comumente as ideias abolicionistas são associadas à naturalização ou não reprovabilidade desse tipo de violência, como se o abolicionismo penal defendesse a ausência de qualquer reprovabilidade do ato e o aceitasse como algo bem-vindo no convívio social.

A verdade é que, buscar a não criminalização ou não punição do agressor não significa abdicar de qualquer reprovabilidade do ato, não demonstra que para o abolicionismo penal casos como o de violência doméstica são aceitáveis, apenas que o percurso abolicionista nega a punição enquanto vingança social e quaisquer situações que dela gerem humilhações e degradações do ser humano.

Nesse sentido, para o abolicionismo existe a responsabilização pelo ato, “e aqui é importante dizer que esse termo vem sendo usado como sinônimo de punição, o que não é a noção defendida pelo abolicionismo penal” (GUILHERME, 2017, p. 143).

Diante de pessoas que foram coisificadas inclusive em suas relações familiares, como não discutirmos essa coisificação como ponto de partida para a construção de alternativas que lidem com a violência doméstica? – E aqui falo tanto da coisificação da vítima quanto da coisificação do agressor. De uma coisa já sabemos: a mera criminalização não resolveu a questão, ao contrário do que foi prometido (GUILHERME, 2017, p. 143).

Com isso, nota-se que a busca pela resolução de problemas sociais complexos como o terrorismo e o estupro está em perseguir alternativas que não mais nos “coisifiquem”, isto é, não retirem nossa condição de “pessoa”, criando rótulos com base punitiva e autoritária, bem como nossa liberdade²¹. Sabe-se que o sistema penal não é a solução, pelo contrário, ele constrói e reproduz “coisificações”, assim, cabe agora ao percurso do abolicionismo penal cumprir seus objetivos e buscar alternativas não “coisificadoras”.

Por se tratar de um percurso e não uma resposta encerrada e definitiva, um primeiro passo a ser dado pelo abolicionismo penal, segundo Vera Maria Guilherme (2017, p. 144, grifo nosso), “está em nos descoisificarmos, em descermos da escada da arrogância repetitiva e ousarmos pensar, com a humildade de que *não estamos inventando a roda, mas buscando alternativas que não sejam coisificadoras*”.

Retornando ao fato de que se deve considerar “abolicionismos” no plural, de maneira especial, ressalta-se a perspectiva do abolicionismo penal enquanto prática de liberdade, por se tratar de um percurso que se dá por meio de um conjunto de ações capazes de desestabilizar a ordem político-social vigente e seus modelos e verdades ditas “universais” (PASSETTI, 2012, p. 15). Assim, o chamado abolicionismo penal libertário (ou anarquista), representado por Edson Passetti, demonstra-se em grande harmonia com o pensamento foucaultiano apresentado nesse trabalho.

Dessa forma, seguindo Edson Passetti (2012, p. 11, grifo nosso), “o abolicionismo²² penal é uma prática anti-hierárquica que não se limita ao sistema penal. Trata da *demolição* de costumes autoritários difundidos na cultura ocidental, ancorados na autoridade central de comando com o direito de dispor dos corpos.” O abolicionismo penal libertário é assim denominado porque, ao não se limitar a críticas em torno da mera existência das prisões e se voltar ao campo macro da cultura autoritária que possibilita a existência das prisões, aposta em uma *cultura libertária* (PIRES, 2020, p. 13, grifo nosso).

²¹ Nesse ponto não pretendemos tratar apenas (ou de modo específico) a liberdade cerceada pelas penas privativas de liberdade, mas sim toda e qualquer liberdade; liberdade durante a resolução de conflitos, liberdade para buscar alternativas à perspectiva punitiva.

²²Embora trate apenas como “abolicionismo”, neste trabalho compreendemos que o abolicionismo penal defendido por Edson Passetti é o denominado “abolicionismo penal libertário”.

Como regra, as formas de assujeitamento dão conta de converter cada cidadão em extensão da razão de governo, energizando processos de subjetivação problemáticos, que engendram sujeitos que policiam, controlam, castigam e desejam governar; que desejam e que legitimam a repressão; que desprezam a horizontalidade e veneram a verticalidade, tomando como natural a brutal assimetria de poder existente, e reproduzindo a marcha fúnebre do mundo das autoridades ao invés de inventar dissoluções e abolições singulares, potentes, diferentes (PIRES, 2020, p. 12).

Apostar em uma cultura libertária significa, então, romper com as formas de assujeitamento, pensar em estratégias capazes de libertar a sociedade das amarras do autoritarismo e da punição. Em síntese, “o abolicionismo penal pretende estancar os efeitos das vigilâncias e punições derivadas do direito penal *moderno* e da prisão e demais instituições repressoras que compõem o arquipélago carcerário” (PASSETTI, 2020, p. 21, grifo do autor)

Pode-se dizer, então, adotando o viés foucaultiano, que o abolicionismo penal é uma *força de resistência* contra as forças punitivas e autoritárias que moldam a sociedade moderna. Portanto, tendo em vista que o poder não é estático e que as relações de poder são compostas por várias forças relacionando-se entre si, uma apresentando-se como resistência à outra, pode muito bem, percorrendo caminhos e utilizando técnicas efetivas, a força abolicionista resistir, combater e superar as punitivas.

Guilherme Moreira Pires (2020, p. 15-16) apresenta essa “força de resistência” do abolicionismo penal como sendo uma *educação menor*. Nesse sentido, o abolicionismo penal libertário é uma educação menor na medida em que é uma forma de resistência à educação maior, ou seja, à máquina de controle.

No abolicionismo penal libertário enquanto educação menor (e devir menor), se nota uma valorização da micropolítica, uma valorização dessa superfície e das diferenças (contra os fluxos pré-estabelecidos); valorização da singularidade que não precisa ser absorvida, administrada e governada para existir, dispensando guias iluminados com manuais filiados à arte de governar. *No abolicionismo penal libertário, insisto que importa a arte de não ser governado*, algo muito distinto da arte de governar (PIRES, 2020, p. 15, grifo nosso).

Por derradeiro, compreender o abolicionismo penal significa ter em mente que o percurso abolicionista é dado por meio da “situação-problema” e sua “resposta-percurso” respectiva. Ou seja, o percurso abolicionista nega a generalização e engessamento das soluções

de conflitos dadas pelo sistema penal, defendendo que cada situação, cada conflito deva ser encarado com todas as suas particularidades, como em uma *situação-problema*.

Uma *situação-problema* é aquela onde dois ou mais se encontram diante de um evento entre forças que não se equivalem e se produz perda. Diz respeito ao que se pode acertar entre os envolvidos *sem a submissão a um inquérito*, ao teatro do tribunal e à pena onde as vontades são sempre sequestradas por aqueles que falam pelos envolvidos (de advogados a técnicos) a uma autoridade superior (o juiz), mediado ou não por um júri que segue procedimentos relativos às provas e à moralidade da convencional conduta culposa ou dolosa (PASSETTI, 2020, p. 19, grifo nosso).

No modelo convencional punitivo, as demandas advindas dos delitos são resolvidas dentro do contexto institucional penal, com as partes envolvidas ocupando posições em movimento de hierarquia, estando, claro, os “agentes da justiça” nos patamares mais altos. As demandas são resolvidas, ainda que haja certa discricionariedade judicial, seguindo um padrão previamente estipulado e engessado, nos quais as situações reais precisam se adequar, e de onde resultará o culpado com o título de criminoso e a vítima que deverá estar satisfeita.

O abolicionismo penal libertário busca a resolução dos conflitos por meio da conversação e liberdade entre todos os envolvidos, em que cada caso seja resolvido considerando suas peculiaridades e os interesses de cada envolvido no caso concreto, sem que o caso concreto tenha que se adaptar a uma ou mais circunstâncias previamente estipuladas. Considera-se que as relações sociais são complexas demais, de modo que não é possível prever todas as situações de conflito e engessá-las em padrões.

Por sua vez, o percurso do abolicionismo vê no direito civil um caminho para a resolução de conflitos de maneira mais justa e adequada a ambas as partes, importa do direito civil o princípio da conciliação. Ressalta-se que “não se trata de colocar os envolvidos em um diálogo com mediação, mas de uma *conversação* entre as partes envolvidas e as autoridades na qual todos se encontram na mesma condição: equacionar a *situação-problema* em questão” (PASSETTI, 2020, p. 23).

Assim,

Lidar com uma *situação-problema* hoje em dia é estancar as delegacias, agilizar o procedimento, situar infrator, vítima, promotores, advogados, técnicos e juízes em uma relação horizontal, procurando encontrar **uma resposta-percurso para cada caso**, sem o uso da cadeia ou dos monitoramentos pessoais ou eletrônicos, afastando o sequestro violento dos corpos envolvidos nessa situação. É também indenizar a vítima e principalmente produzir redução de custos do Estado com o sistema penal (o que seria invejável à racionalidade neoliberal, mas ela prefere a continuidade

dos encarceramentos porque isso é também sua *renda moral*). Importa tão somente o acontecimento especial que envolveu as pessoas enredadas em uma *situação-problema* e sua *resposta-percurso*, o que, definitivamente, acarreta o fechamento das prisões (PASSETTI, 2020, p. 23, grifos do autor).

Nesse contexto, surgem críticas a respeito da relevância das situações, de modo que as técnicas do âmbito civil não seriam suficientes para resguardar os bens jurídicos mais relevantes, devendo estes ficar a encargo dos métodos punitivos do sistema penal. Em resposta a isso, voltamos à perspectiva de que o sistema penal é incapaz de se sustentar em seus próprios fundamentos, “e feito isso, não há mais espaço para o direito penal” (PASSETTI, 2020, p. 22).

O abolicionismo penal libertário, por conseguinte, é uma reviravolta na linguagem punitiva, está nas mobilizações sociais voltadas para esta finalidade, no gesto livre, e principalmente na abolição do castigo em cada um, em uma existência livre do corpo heterotópico. Está na casa, no bairro, na dissolução do tribunal; está em outra maneira de enfrentar a infração desvencilhada dos discursos de poder e saber, ou seja, está na produção de uma *verdade* a ser levada adiante e que começa na educação de crianças, na atenção com jovens; está em considerar a infração apartada da história de vida do infrator e dos sistemas de proteção seguros individuais, da polícia voltada para a estigmatização, do cidadão-polícia delator em nome da ordem, da lei, da segurança. Para os abolicionistas penais libertários, como *minoría potente*, interessa em qualquer evento provocar o equacionamento da *situação-problema* (PASSETTI, 2020, p. 26, grifos do autor).

Logo, “o fim da punição começa em cada um, não é uma meta, não é uma utopia: este é enunciado abolicionista penal a partir das práticas antipunitivas realizadas por indivíduos em situações problemáticas reais, mas não reconhecidas pela sociedade” (PASSETTI, 2020, p. 22, grifo nosso).

Edson Passetti (2020, p. 22, grifo do autor) apresenta a ideia de que “o fim da punição em cada um está na *heterotopia de percurso* anarquista”. Pode-se compreender, partindo das análises de Passetti (2020, p. 22) a perspectivas foucaultianas²³, que heterotopias são contraposicionamentos, lugares e situações de oposição à posicionamentos hegemônicos, onde as utopias são colocadas em prática. Nesse sentido, é possível encarar o abolicionismo penal como uma *heterotopia de percurso*, ou seja, um movimento que vai contra os posicionamentos hegemônicos da prisão e do controle.

Trata-se de considerar o abolicionismo penal como uma *heterotopia de percurso*, e não como uma *utopia*, na medida e na desmedida em que também

²³ Edson Passetti traz ponderações importantes feitas por Michel Foucault em um pequeno escrito intitulado “Outros espaços”, de 1967.

intercepta a prisão na moralidade e produz uma reviravolta nas subjetividades. Do contrário, sempre aparecerá alguém a perguntar: o que colocar no lugar da prisão, do direito penal, do castigo? *Não há lugar a ser preenchido, mas sim como produzir e ocupar o vácuo* (PASSETTI, 2020, p. 23, grifo nosso).

Considerando o contexto social que estamos inseridos e as verdades universais a respeito da punição, bem como as práticas punitivas dispersas por toda a sociedade, desde as micro relações como as familiares, até as relações macro do sistema prisional, questionamentos e incredulidade a respeito das propostas abolicionistas são normais e inevitáveis.

A importância dos estudos abolicionistas está justamente em nos libertar das pressões autoritárias e da falsa certeza de que não é possível pensar em uma forma de justiça diferente da penal, e, por conta disso, devemos nos ater aos intuítos reformistas. Para Michel Foucault, uma vez que os saberes são construções, é possível sim criar novos saberes desvinculados da perspectiva punitiva.

Todavia, será possível estabelecer saberes totalmente livres da perspectiva autoritária da punição? Para Guilherme Moreira Pires (2020, p. 17-18), nunca seremos totalmente desconstruídos, ou seja, livres por completo da cultura autoritária e punitiva que nos atravessa por meio das relações de poder, esse é um processo constante que é preciso começar agora e em nós mesmos.

É preciso, ainda, tornar o abolicionismo penal mais concreto e visível, a fim de suprimir qualquer noção de que as propostas abolicionistas são utópicas e “românticas” demais. Por conta disso, considerando que não é objetivo abolicionista criar um modelo fechado e definido, tampouco os pressupostos foucaultianos de constante construção e desconstrução de saberes permitiriam, resta necessário apresentar propostas praticáveis de um novo modelo de justiça.

3.3.UMA JUSTIÇA PÓS-PENAL COMO FORMA DE SUPERAR A PERSPECTIVA PUNITIVISTA

A concepção de “justiça pós-penal” é dada por Clécio Lemos em sua tese de doutorado, posteriormente transformada em livro sob o título *Foucault e a justiça pós-penal: críticas e*

propostas abolicionistas. Em primeiro momento, a justiça pós-penal consiste em um modelo²⁴ de justiça que, diferentemente do modelo de justiça penal atual, não opera por meio da punição.

Falar em uma justiça pós-penal não deve significar de modo algum a ideia de um “melhoramento” da justiça penal, ou que se trate de um modelo de justiça que use de pressupostos e técnicas do modelo penal para então “superá-lo”. Trata-se de um modelo novo de justiça que se abstém por completo da punição enquanto técnica. É importante “pôr em voga o ponto central de onde parece desejável partir a demanda por uma nova justiça: o conflito e a resolução *não* punitiva” (LEMOS, 2019, p. 195, grifo nosso).

Dessa forma,

A justiça penal se construiu sob o fundamento de que era indispensável para prevenir crimes, criando para si uma posição de proeminência dos seus instrumentos (as penas) como forma de promover a boa convivência social. Pensar uma nova justiça não deve partir destas mesmas questões, ela deve já partir do pressuposto de que a conflitividade social é fruto de um processo complexo, e que um único instrumento judicial seria muito pouco para resolver a questão. As políticas sociais como um todo (estatais e não estatais) devem se somar para levar a cabo um projeto racional de boa convivência humana (LEMOS, 2019, p. 192).

Para alcançar tal finalidade, pautado pelos pressupostos foucaultianos, Clécio Lemos pretende alcançar o fim da justiça penal através do rompimento com as lógicas sustentadas e fomentadas pela perspectiva punitiva e, por seguinte, mediante a criação de novos saberes e outras individualidades (LEMOS, 2019, p. 189).

Para implantação desse modelo de justiça, o autor defende que se deve partir de concepções abolicionistas, mas não qualquer abolicionismo, e sim um abolicionismo que não só critique a ordem vigente, pelo contrário, que proponha novas possibilidades. Assim, sua ferramenta será o denominado “abolicionismo propositivo”, isto é, uma trajetória abolicionista que além de notar e criticar os mecanismos da justiça penal, propõe meios concretos para colocar em prática já hoje uma justiça não penal. Assim, a justiça pós-penal apresenta-se como uma prática seguramente não utópica.

Considerando as relações de poder multifacetadas propostas por Michel Foucault, pode-se, sem dúvidas, considerar os caminhos propostos pela justiça pós-penal como resistências às verdades e assujeitamentos instituídos pela justiça penal. Assim,

²⁴ Nota-se que, tendo por base a perspectiva foucaultiana e os pressupostos abolicionistas, compreende-se “modelo” apenas como diretrizes traçadas, caminhos a serem seguidos, ausente qualquer construção que remeta a uma estrutura engessada que deve ser seguida da maneira estipulada, assim como o modelo penal.

As resistências não são formas de promover o retorno à verdade perdida, as resistências são formas de construir novos saberes, poderes e sujeitos. Se toda relação entre pessoas é um exercício de poder (ação sobre ação), o caminho das mudanças políticas demanda a criação de novas relações de poder. Considerando o conceito “positivo” de poder, não é possível a extinção das relações de poder (nem produzir saberes sem poder), mas é viável sim a construção de outras relações com características e efeitos completamente diferentes (LEMOS, 2019, p. 190).

Com isso, a justiça pós-penal enquanto resistência aos padrões autoritários impostos pela justiça penal, segue as orientações abolicionistas e busca uma estrutura mais maleável para a resolução dos conflitos. Assim, considerando que a padronização e engessamento da justiça penal com relação aos crimes e os meios de resolução da demanda são prejudiciais à efetiva justiça e satisfação das partes, visto que são incapazes de antecipar e prever todos os conflitos originados pela complexidade social, o pós-penal busca, atuando em uma “rede macro de construção de uma convivência pública mais respeitosa, pacífica e democrática”, respeitar a complexidade dos conflitos sociais (LEMOS, 2019, p. 192).

Ressalta-se que, para o estabelecimento dessas políticas inovadoras, considerando o poder simbólico das palavras e sua carga histórica, deve-se abandonar expressões tradicionais da justiça penal²⁵ que remetam ao poder punitivo moderno, tais como “crime”, “pena” e suas derivações (LEMOS, 2019, p. 567). Promove-se, então, o uso de expressões como “resoluções de conflitos” e “decisões reparatórias”.

Enquanto o cerne do sistema penal é o acusado, sendo todo o aparato punitivo desenvolvido para localiza-lo a todo custo e garantir a justiça por meio de sua punição, a justiça pós-penal tem como ponto central a vítima, de modo que se organiza e traça caminhos para se alcançar a justiça através da satisfação do ofendido, sem contudo, extrapolar limites intransponíveis com relação ao ofensor.

Dessa forma, considerando que a punição é incapaz de beneficiar²⁶ qualquer uma das partes, talvez apenas nutrir algum sentimento de vingança que acometa a vítima ou demais interessados, em um paradigma que busque satisfazer os interesses da vítima, não há espaço

²⁵ Partindo de perspectivas traçadas por Hulsman e Celis (1993, p. 96), o autor ressalta que buscar essa alteração de linguagem, por si só não é suficiente, ou seja, sozinhas, novas palavras não seriam capazes de alterar a mecânica da justiça. Dessa forma, “a alteração da linguagem é uma forma de auxiliar na instrumentalização de uma mudança substancial” (LEMOS, 2019, p. 194).

²⁶ Destaca-se que a punição apenas beneficia a máquina de poder que busca coisificar os corpos, sujeitá-los e manipulá-los para proveito próprio de automanutenção. Como ensina Michel Foucault, a punição é uma ferramenta (talvez a mais importante) para governar os corpos, e no pós-penal busca-se, pouco a pouco, a arte de não ser governado.

para a punição. Deve-se buscar alternativas para resolver os conflitos de maneira concreta, satisfatória, tendo como foco a vítima e sem valer-se de interesses punitivos.

A justiça pós-penal, então, propõe a resolução dos conflitos de duas maneiras: primeiro através do diálogo e consenso entre as partes, fomentando sempre essa resolução conciliatória, e, caso não seja possível essa forma como solução, parte-se então para as decisões reparatórias.

As decisões reparatórias são aquelas que, diferentemente das decisões punitivas, as quais buscam em primeiro lugar punir o infrator e raras vezes de fato reparam o dano sofrido pela vítima, têm como fim único reparar o dano do ofendido. Devem ser decisões que levam em consideração os interesses da vítima e limitam-se a eles, contudo, adequando-se às reais condições do réu

Dessa maneira, tendo como foco “o auxílio aos cidadãos em busca da resolução de conflitos”, a justiça pós-penal está centrada em três eixos: “1) mediação; 2) foco na vítima; e 3) decisões reparatórias” (LEMOS, 2019, p. 196-197).

3.3.1. A mediação

Inicialmente, insta salientar que a mediação, assim como a justiça restaurativa, não é sempre aceita pelos abolicionistas, que muitas vezes não enxergam compatibilidade desses modelos com a trajetória abolicionista. Como já mencionado acima, para Edson Passetti só é possível alcançar a horizontalidade das partes na resolução do conflito por meio da conciliação, nesse caso, a figura do mediador seria prejudicial.

No mesmo sentido, com relação à justiça restaurativa, Edson Passetti defende que a restauração proposta por esta não deve ser o caminho seguido pelos abolicionistas, visto que:

Não está em questão como definir a restauração de uma situação normalizada anterior por meio da punição consensual ou do diálogo mediado por uma autoridade superior entre vítima e agressor, ou seja, produzir certo manejo que reitera o interesse na construção do sujeito resiliente voltado à adaptação e ao retorno a uma situação normal. Para a justiça restaurativa permanece a punição como normal, e em estilo coerente com a racionalidade neoliberal, revestido de *punir mais e melhor* (PASSETTI, 2020, p. 21, grifo do autor).

Todavia, considerando a mediação “como termo abrangente para toda hipótese em que o diálogo e resolução entre as partes seja de alguma forma assistida por um terceiro

profissional” (LEMOS, 2019, p. 197), Clécio Lemos não crê que o mediador, tampouco os mecanismos propostos pela justiça restaurativa, são capazes de afastar a horizontalidade da resolução consensual de conflitos.

Para tanto, apresenta cautelas a serem tomadas para que a horizontalidade na resolução dos conflitos não se perca:

É desejável que haja uma atenção especial também na escolha e eventual formação de mediadores, para que estes não se tornem figuras de autoridade e funcionem direcionando a conclusões insatisfatórias às partes, enfim, não repercutindo os moldes que decorrem das pessoas versadas no modelo jurídico atual. A horizontalidade deve ser sempre o dado fundamental, e o mediador deve estar preparado para incentivar o livre consenso e recordar a necessidade de se criar relações mais fraternas (LEMOS, 2019, p. 201).

Com relação à justiça restaurativa, nota-se que o autor não a trata como sendo o melhor modelo (modelo ideal) de resolução de conflitos, mas sim a considera, dados seus pressupostos e mecanismos apartados da verdade punitiva, como grande aliada na construção de um modelo de justiça não penal.

Considerado por alguns o “avô” da justiça restaurativa, Howard Zehr, em poucas palavras demonstra por que esse modelo de resolução de conflitos – que tem como pilares: dano e necessidade, obrigações e engajamento – tem muito a oferecer à justiça pós-penal:

A Justiça Restaurativa visa ajudar os ofensores a reconhecer o dano que causaram e encorajá-los a reparar o dano na medida do possível. Em vez de obsessão em relação ao castigo que os ofensores merecem receber, a Justiça Restaurativa focaliza a reparação do dano causado pelo crime e o envolvimento dos indivíduos e dos membros da comunidade nesse processo (ZEHR, 2015, p. 100).

Ainda que seu foco seja no dano cometido, a justiça restaurativa não se afasta do intuito em priorizar os interesses da vítima, muito pelo contrário, “ao colocar o foco no dano, surge uma preocupação inerente com as necessidades da vítima e o seu papel no processo” (ZEHR, 2015, p. 38). Dessa forma, é possível notar que o centro da justiça restaurativa, assim como da justiça pós-penal, é a vítima, de modo que, “para a Justiça Restaurativa o ‘fazer justiça’ começa na preocupação com a vítima e suas necessidades. Ela procura, tanto quanto possível, reparar o dano – concreta e simbolicamente” (ZEHR, 2015, p. 38).

Primeiro preocupa-se com a vítima, em seguida, a justiça restaurativa volta sua atenção ao dano vivenciado pelo ofensor e pelas comunidades envolvidas, de maneira que “focar no

dano” significa se preocupar com o dano de modo amplo²⁷, considerando as perdas de todos os envolvidos e oferecendo uma experiência reparadora a ambos (ZEHR, 2015, p. 39).

A fim de reparar o dano, esse método de conciliação, assim como a justiça pós-penal, promove a resolução não por meio da imposição de punições, mas sim por meio da *responsabilização* daqueles que causaram os danos. Assim, não significa que prevalecerá a “impunidade” e que as infrações serão livremente aceitas na sociedade, os danos resultam em obrigações e responsabilização dos envolvidos.

O processo de responsabilização da justiça restaurativa, diferentemente do proposto pela justiça penal e de acordo com o caminho proposto pela justiça não penal de Clécio Lemos, é realizado por meio da ativa e direta participação das partes, de tal forma que “a Justiça Restaurativa promove *engajamento ou participação*”, isto é, “o princípio do engajamento sugere que as partes afetadas pelo crime – aqueles que foram vitimados, aqueles que ofenderam e membros da comunidade – desempenham papéis significativos no processo judicial” (ZEHR, 2015, p. 40, grifo do autor).

Embora a Justiça Restaurativa em geral reconheça a necessidade de autoridades externas e, em alguns casos, decisões cogentes, ela dá preferência a *processos colaborativos e inclusivos* e, na medida do possível, *desfechos que tenham sido alcançados por consenso, ao invés de decisões impostas*. Normalmente a Justiça Restaurativa admite a abordagem adversarial, reconhece o papel dos profissionais envolvidos e do Estado. No entanto, destaca a importância da participação daqueles que estão diretamente envolvidos, sofreram o impacto, ou têm outro interesse legítimo no evento lesivo ou delito (ZEHR, 2015, p. 42, grifo do autor).

Dessa forma, observa-se que, também em concordância com os processos propostos pela justiça pós-penal, a justiça restaurativa incorpora o auxílio de mediadores e profissionais institucionais, quando necessário, priorizando as resoluções consensuais e, em qualquer das situações, promover responsabilizações não punitivas.

A fim de garantir um resultado não punitivo e adequado aos pressupostos necessários de uma justiça não penal, a justiça pós-penal considera que “os acordos devem ser cercados de cuidados básicos, atentos sobretudo para: a responsabilidade mútua, a atuação coletiva e a liberdade de pactuar” (LEMOS, 2019, p. 205).

²⁷ Nota-se que, considerar os vários reflexos do dano leva a justiça restaurativa a “contemplar as causas que deram origem ao crime” (ZEHR, 2015, p. 39), motivo divergente dos trajetos propostos pelos abolicionistas, principalmente os abolicionistas liberais, visto que, para estes, voltar suas atenções e energias para a análise das causas do crime pode fomentar estigmas e perpetuar perspectivas não apoiadas na noção de que o crime e demais simbologias punitivas são ferramentas do poder punitivo.

Nota-se que, ter como princípio básico a liberdade das partes para consentir remete às condições necessárias para a conciliação e mediação no direito civil brasileiro atual, sendo essa atuação já concreta, assim como lembrado por outros abolicionistas, uma segurança de que os modelos consensuais de resolução de conflitos ainda hoje são possíveis e colocados em prática.

Assim, considerando que já existe uma forma de justiça não penal eficaz, admitindo essas características do direito civil conjuntamente com demais percursos e garantias abolicionistas, como, por exemplo, os pregados pela justiça pós-penal e também pela justiça restaurativa, não é utópico concretizar uma justiça não penal.

Todavia, não se pode negar, muito menos desconsiderar que o saber punitivo disseminado e enraizado pela sociedade não deixará de existir de uma hora pra outra, de modo que pensar em uma forma de justiça diferente da penal deve levar em conta que seu percurso pode ser contaminado pela perspectiva punitiva, e incorre no risco “de se criar comunidades tão ou mais repressivas por meio de procedimentos flexíveis” (LEMOS, 2019, p. 207).

Para que isso não ocorra, são necessários alguns cuidados que impeçam atitudes punitivas por meio das partes envolvidas nas resoluções de conflitos.

Deve haver um cuidado sobre como as conciliações podem ser direcionadas e quais os limites do que se pode pactuar, para que a liberdade de resolução seja efetiva e não leve a consequências aviltantes à dignidade tanto da vítima quanto do agressor [...] De nada adiantaria promover encontros informais cooptados pela lógica penal, de forma que a atuação comunitária fosse subserviente às punições. Por isso também é importante que as mediações não sejam incluídas apenas como uma “fase preliminar” do processo penal²⁸, pois assim a ameaça sancionatória continua a pender sobre o caso. Uma ameaça de tal tipo vicia a atuação das partes e nega toda a lógica de liberdade que deve operar prioritariamente por consenso. Os mecanismos de mediação devem ser *autônomos* e fomentar soluções *não danosas*, e para tanto deve haver um *compromisso com a opção por pactos que não envolvam punição*. A ideia é um *comprometimento coletivo que dispensa a vingança*, em que haja voluntariamente na decisão e no cumprimento dos possíveis efeitos pactuados (LEMOS, 2015, p. 207, grifo nosso).

Importante considerar que, para a justiça restaurativa, as obrigações do ofensor, geradas pela responsabilização por seus atos, devem, tanto quanto possível, buscar “medidas concretas para reparar o dano causado à vítima (e possivelmente à comunidade afetada)” (ZEHR, 2015, p. 45). Contudo, a justiça restaurativa considera que:

²⁸ Clécio Lemos (2019, p. 207) observa que Raffaella Pallamolla em seu livro “Justiça restaurativa: da teoria à prática”, “narra, por exemplo, que muitos entusiastas defendem que a Justiça Restaurativa seja apenas complementar, não demandando a extinção do modelo criminal”.

Em casos como os de assassinatos, obviamente, o dano não pode ser reparado; no entanto, passos simbólicos (incluindo o reconhecimento da responsabilidade ou a indenização) poderão ajudar os familiares e seres queridos sobreviventes – covítimas, e são responsabilidade do ofensor (ZEHR, 2015, p. 45).

Será possível observar logo a frente que a justiça pós-penal, assim como a justiça restaurativa, atenta-se para o teor simbólico das decisões judiciais e as considera nos processos para a implementação concreta de uma justiça não penal, acentuando-se, no entanto, que nos moldes da justiça não penal não serão aceitas resoluções consensuais, tampouco decisões judiciais que adotem ou promovam qualquer resultado punitivo.

Uma das críticas abolicionistas à justiça restaurativa consiste na utilização desse modelo em conjunto com a justiça penal, o que ocorre hoje, de modo que a justiça restaurativa acabaria mais fomentando a perpetuação do modelo penal do que contribuindo para a sua derrocada.

No entanto, considerando os objetivos pleiteados pela justiça restaurativa e suas ferramentas, nota-se que esse modelo de resolução de conflitos pautado pelo afastamento da punição e do maior envolvimento das partes, tem muito a oferecer para o fim do sistema punitivo e para o fim da punição como verdade absoluta absorvida e reproduzida há tanto tempo pela sociedade ocidental.

E mais, considerando apenas os caminhos propostos pela justiça restaurativa, é perceptível que esse modelo possui muitas semelhanças com as ideias fomentadas pela justiça pós-penal e, portanto, tem muito a contribuir com a implantação de uma justiça não penal.

Por derradeiro, fica claro que, seja por meio da justiça restaurativa ou demais modelos de mediação e conciliação, a justiça pós-penal almeja mecanismos que promovam a resolução de conflitos por meio do diálogo, do protagonismo das partes envolvidas e da reparação dos danos de maneira não punitiva.

Isso não significa uma posição ingênua de que em todos os conflitos as partes sairão plenamente felizes da mediação, que um entendimento recíproco e acordo são sempre efetivados. Entretanto, representa a abertura de uma porta onde o uso da autoridade não seja o guia fundamental, e que ao menos as pessoas sejam incentivadas a se entenderem e buscarem um resultado benéfico para todos (LEMOS, 2019, p. 204).

Para os casos em que a mediação não surta os efeitos pretendidos e não seja “o bastante para oferecer respostas adequadas” (LEMOS, 2019, p. 209), a justiça pós-penal apresenta a

resolução de conflitos por meio das decisões reparatórias, onde estarão presentes as estruturas judiciárias, todavia, claro, de forma não engessada e ausentes das marcas autoritárias e punitivas da justiça penal.

Tanto na hipótese de mediação bem-sucedida quanto na resolução por meio das vias judiciais, a vítima será o centro dos procedimentos da justiça pós-penal. Ainda, tendo em vista a maior instrumentalização da resolução de conflitos por meio do judiciário, talvez seja possível considerar que, para a concretização das decisões reparatórias na justiça pós-penal, o olhar prioritário na vítima deve ser ainda mais lembrado.

3.3.2. A vítima em foco

Partindo da trajetória abolicionista que busca, através das situações-problema e respostas-percurso para cada caso, colocar um fim ao procedimento da justiça penal que gera o distanciamento da vítima ao conflito, a justiça pós-penal pretende priorizar a vítima em três momentos essenciais: quanto ao início e manutenção do processo; quanto à concessão de medidas de urgência e quanto aos limites e objetos da decisão judicial.

Segundo a justiça pós-penal:

Remontar a uma prioridade da vítima quanto ao início do processo significa que ela deve ter a voz definitiva sobre a existência ou não de atividade judicial. Sendo reconhecido que a vítima é quem foi diretamente afetada pelo dano, é desejável que caiba a ela (acima de qualquer pessoa ou instituição) a opção de se deflagrar a análise e atuação de terceiros com relação ao que lhe ocorreu (LEMOS, 2019, p. 209).

Dessa forma, a justiça pós-penal nega o pressuposto penal de que certos conflitos mais graves necessitam da intervenção do Estado e devem ser judicializados, já que ofendem a sociedade e, por isso, é de interesse público que a contenda seja solucionada. Não significa ignorar que certos conflitos atingem a sociedade, mas sim sopesar que a maior vítima no conflito será sempre a pessoa diretamente atingida e, por conta disso, cabe apenas a ela decidir se deseja resolver o problema e, caso deseje, como fazer isso²⁹.

²⁹ Clécio Lemos observa que essa resolução “privada” tende a incomodar muito os penalistas, já que a ideia clássica penal prega que “os danos mais graves possuem um caráter de violação da paz pública”. Contudo, deixa

Tendo em vista, portanto, que “o processo deveria ser considerado uma opção da vítima, um direito acima do poder institucional de interceder”, é preciso que a justiça pós-penal dê início a “um direito à não intervenção”, a um direito subjetivo da vítima de “autorizar ou vetar tanto no início quanto o seu prosseguimento” (LEMOS, 2019, p. 209-210).

Novamente pleiteando aspectos do direito civil, assim como na seara cível é o ofendido que tem o poder de decidir sobre o prosseguimento ou não da ação, “podendo optar por desistir do feito a qualquer tempo, caso conclua que o procedimento não lhe é mais vantajoso por qualquer motivo” (LEMOS, 2019, p. 210), deve-se levar em conta, também na justiça não penal, que nem sempre é o maior desejo da vítima revolver aspectos do conflito que a afetou e levá-lo para o contexto judicial, independente da gravidade da contenda.

Contudo, observa-se que, da mesma forma que é preciso cautela durante as mediações de conflitos, no contexto judicial:

Evidentemente, é preciso que seja resguardado este direito da vítima por meio de garantias, de forma que a abstenção ou desistência da ação não seja viciada por qualquer tipo de coerção. Esta já é uma preocupação também típica do processo civil, e aqui nada se acrescentaria de diferente quanto à necessidade de se tutelar a verdadeira liberdade da parte em não utilizar a atividade judicial (LEMOS, 2019, p. 210).

Tomando as precauções necessárias, sabendo a vítima³⁰ que possui a palavra final quanto ao início e permanência do processo, espera-se, inclusive, que as partes sejam ainda mais incentivadas a resolver o conflito por meio de acordo mútuo, ao mesmo passo, naturalmente se espera que a vítima se sinta mais satisfeita com a solução judicial do seu problema, visto que sabe ter em mãos a condução do processo (LEMOS, 2019, p. 10).

Nesse contexto, Clécio Lemos propõe que, na justiça pós-penal,

Tratando-se de conflitos graves, talvez fosse louvável facilitar a ação da vítima, por exemplo, com a não cobrança de custas processuais ou ônus de sucumbência. Ainda, para incentivar as demandas, não se vê aqui problema

claro que optar por uma resolução “privada” não impede que a solução da contenda também tenha “efeito simbólico de caráter público”. Dessa forma, “nada convence de que o direito da sociedade de ver a resolução do caso esteja acima do direito da vítima de não desejar o processo. Pelo contrário, sendo a vítima aquela mais afetada pelo ocorrido, a prioridade sobre a existência de uma atuação institucional deve ser claramente dela” (LEMOS, 2019, p. 210).

³⁰ Ressalta-se que, “tratando-se de casos onde a vítima direta não se encontra em posição de decidir pela existência do processo (ex: morte, mudança de país, doença grave), seria interessante pensar em formas de participação de familiares e da comunidade local para versar sobre a conveniência de atuação institucional com fins preventivos [...] consequentemente, nestes casos também seria necessário pensar em como o grupo atuaria no processo, mas sendo claro que a medida em conclusão do processo deve ser de *caráter reparatório*, ou seja, *que gera benefício concreto à coletividade*” (LEMOS, 2019, p. 210-211, grifo nosso).

em permitir que algum órgão estatal exerça o papel de advogado da vítima, a fim de que esta também não esteja sujeita a arcar com o custo de um representante privado. No entanto, esta representação deve ser uma faculdade, preservando o direito do ofendido em optar pelo uso de um advogado particular (LEMOS, 2019, p. 210).

Priorizar a vítima e posicioná-la no foco da justiça pós-penal significa, ainda, e pode-se até dizer que principalmente, protegê-la. De modo diferente do que normalmente ocorre na justiça penal, onde busca-se a todo custo punir o infrator e menospreza-se a necessidade da vítima em ser protegida, em um modelo de justiça não penal deve-se priorizar a proteção da vítima por meio das medidas de urgência (LEMOS, 2019, p. 211).

Ressalta-se que “em inúmeras hipóteses, já se constatou que as vítimas de ofensas graves buscam a autoridade estatal mais por uma necessidade de proteção urgente do que propriamente pelo desejo de um procedimento do qual decorra punição” (LEMOS, 2019, p. 211).

Observa-se que, no contexto das medidas de urgência, no direito brasileiro o Código de Processo Penal dispõe sobre medidas cautelares do art. 311 ao art. 320, totalizando onze medidas, das quais nove são diversas da prisão. Dentre todas, apenas uma é diretamente capaz de proteger a vítima: a proibição de manter contato com a pessoa determinada³¹. Percebe-se que o intuito do legislador, no que tange às demais medidas cautelares, é impedir que o infrator ofereça riscos à sociedade ou se exima de cumprir sua pena.

De modo inverso, a justiça pós-penal busca valer-se das medidas cautelares apenas para beneficiar e proteger a vítima, rejeitando qualquer objetivo meramente punitivo ou coercitivo. Contudo, o pós-penal não nega a necessidade de, a depender das circunstâncias, a justiça fazer uso de medidas coercitivas, porém traça caminhos para que essas medidas não ultrapassem o razoável e permitido por uma perspectiva não punitiva.

É preciso, dessa forma, que se incentive o uso de medidas cautelares efetivas, as quais não necessariamente devem ser de caráter coercitivo sobre o acusado. Por exemplo, a demanda por proteção eventualmente pode ser efetivada tanto pelo direcionamento da vítima a um abrigo quanto pela imposição de uma medida de restrição sobre o agressor. As cautelares do processo penal brasileiro, percebe-se, utilizam exclusivamente medidas de natureza coercitiva sobre o acusado, obviamente porque seu foco sempre esteve mais em controlar o acusado do que proteger a vítima (LEMOS, 2019, p. 211).

³¹ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

Ótimo exemplo prático de medidas cautelares efetivamente capazes de resguardar a vítima são as medidas protetivas de urgência (MPU) dispostas na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06). Nela, buscando a proteção da mulher em situação de violência doméstica, “o legislador brasileiro apresentou dois formatos de cautelares: as que obrigam o agressor (art. 22) e as de proteção à ofendida (arts. 23 e 24)” (LEMOS, 2019, p. 212).

É possível observar que, a respeito das disposições da Lei Maria da Penha, de modo interdisciplinar e atendendo às necessidades sociais, físicas, psicológicas e patrimoniais, as medidas protetivas de urgência, quando colocadas em prática em conjunto com a rede de proteção também estipulada pela lei, tem condições suficientes de proteger a mulher vítima de violência doméstica e oferecer todo o apoio necessário para que ela se sinta acolhida e se reestabeleça.

No que tange à justiça pós-penal, “a ideia inicial poderia ser ampliar tais medidas para todos os casos de conflito grave, alargando as possibilidades de tutela judicial destas situações” (LEMOS, 2019, p. 212). Evidentemente não é preciso, tampouco viável, existir um rol fechado e determinado de medidas cautelares.

Tendo como norte o avanço legislativo brasileiro com as disposições da Lei Maria da Penha, o ideal é que uma justiça não penal promova, analisando caso a caso, medidas cautelares também interdisciplinares e com uma rede adaptada e pronta para atender as necessidades da vítima e protegê-la³². Dessa forma, é ideal que se busque “o desenvolvimento de políticas públicas de assistência social às vítimas³³”, “ponto fundamental para o desenvolvimento de uma nova justiça” (LEMOS, 2019, p. 213).

Salienta-se que, como já apontado em análises às medidas cautelares da Lei Maria da Penha, e como em todos os passos de uma nova justiça que não busque a punição, é necessário se precaver para que as novas medidas não se tornem punições disfarçadas, “de forma que sejam sempre guiadas pelo respeito à efetiva necessidade do caso concreto e pelo uso da menor coerção possível” (LEMOS, 2019, p. 212).

Uma das formas de se tentar efetivar uma proteção contra esse fundado receio de uso punitivo das cautelares é fazer com que as coerções mais veementes sobre o acusado sejam sempre condicionadas a uma prévia quebra de uma cautelar mais leve. Além disso, seria útil prever na legislação competente uma

³² “Também é perfeitamente possível vislumbrar que o efeito desejado pela vítima, portanto, em muitas hipóteses pode ser atendido simplesmente por medidas protetivas. Eis uma outra forma de ajudar a resolver conflitos” (LEMOS, 2019, p. 214).

³³ A despeito de possíveis críticas de cunho econômico e orçamentário, como destaca Clécio Lemos (2019, p. 213), “sem dúvidas, os custos hoje direcionados a gerir a máquina punitiva seriam suficientes para ajudar a construir medidas assistenciais, e obviamente com muito maior eficácia e menos efeitos negativos”.

priorização das já mencionadas “cautelares de proteção” da vítima, que não comportam coerção ao agressor (a exemplo do art. 23 da Lei 11.340/06). Havendo necessidade de uma cautelar mais veemente de contenção do ofensor, fundamental seria garantir ainda que ela estivesse cuidadosamente controlada para não ultrapassar o limite demandado. Por exemplo, no caso de uso de privação de liberdade (certamente o maior problema), fundamental seria que houvesse sempre prazo máximo fixado em lei (ex: 30 dias), funcionando apenas pelo período suficiente até que se conseguisse preparar condições para a vítima não se ver novamente no mesmo grau de risco (LEMOS, 2019, p. 213).

O terceiro aspecto principal da priorização da vítima na resolução dos conflitos da justiça pós-penal é, assim como já ocorre na seara cível, fazer com que os desejos do ofendido sejam o direcionamento principal do processo. Desse modo, os pleitos da vítima devem servir de “parâmetro máximo para a determinação da resposta a ser dada sobre o conflito grave”, ou seja, “o interesse da vítima deveria ser *vinculante*, ainda que nem tudo se possa deferir para atender aos seus anseios” (LEMOS, 2019, p. 215, grifo nosso).

Importante, no entanto, que uma justiça não penal, por mais que tenha influências bem-vindas do direito civil brasileiro, a elas não se limite. À vista disso, como a justiça pós-penal tratará de casos mais graves que a área cível, deve buscar por reparações mais maleáveis dos que as orientadas pelo direito civil, de modo que a vítima tenha mais liberdade para expor seus interesses (LEMOS, 2019, p. 215).

Nesse sentido, “por exemplo, não parece absurdo que a vítima requeira que o condenado preste determinados serviços a ele, desde que respeitada a capacidade do réu e um tempo razoável da atividade” (LEMOS, 2019, p. 215), bem como que, por óbvio, não se trate de nenhum serviço humilhante que viole as garantias do indivíduo.

Levando em consideração os caminhos propostos pela justiça pós-penal, assentada na trajetória abolicionista, os quais são defendidos nesse trabalho:

O resgate do interesse da vítima no momento da sentença teria o condão de fortalecer a conexão entre o ato danoso e as consequências práticas geradas por ele no mundo concreto. Sendo a solução do caso uma resposta que frisa a existência de um laço entre o agressor e sua vítima, favorece-se a ideia de responsabilização que conecta o dano a seus efeitos. *Eis uma boa lógica a se encampar em favor de uma sociedade mais interativa e tolerante. Que ninguém possa dizer em nome da vítima, e que se dê o efetivo suporte às suas necessidades. Agindo assim, certamente o conteúdo decisório teria maior tendência a satisfazer a vítima, ao contrário da pena (cuja essência não beneficia a vítima), e os pedidos por punição provavelmente decairiam* (LEMOS, 2019, p. 215, grifo nosso).

Isto posto, trazido como pressuposto da justiça restaurativa e da justiça pós-penal, trazer a vítima, quem é diretamente afetada pelo dano, ao centro dos processos de resolução de conflitos, parece ser o reflexo de um modelo de justiça que busca resolver as contendas sociais de maneira mais inclusiva, justa e humana. Portanto, planejar mecanismos de recepção, garantia de bem-estar e proteção da vítima, bem como sua ativa participação para a solução do problema que lhe afetou, sem, contudo, agir de maneira punitiva contra o agressor, parecem os caminhos que um novo modelo de justiça não penal deva seguir.

3.3.3. Decisões reparatorias

Um dos fatores que mais tornam a justiça pós-penal factível ainda no presente, não se tratando de um caminho condicionado a grandes mudanças estruturais sociais que deve ser traçado apenas futuramente, é o fato desse modelo considerar a complexidade das relações sociais e, portanto, dos conflitos, observando que nem todos os problemas poderão ser resolvidos por meio de comum acordo entre as partes.

Ao considerar essas circunstâncias da vivência social juntamente com a realidade impregnada da cultura punitivista e propor decisões judiciais capazes de finalmente corresponder aos anseios da vítima sem, no entanto, fazer uso de medidas punitivas, a justiça pós-penal deixa de romantizar soluções desejáveis pelos não punitivistas que, todavia, são dificilmente praticáveis. Para isso apresenta as decisões reparatorias como resposta aos conflitos mais complexos.

Antes, contudo, imprescindível esclarecer que, para satisfazer os objetivos da justiça pós-penal, a qual possui o foco de auxiliar os cidadãos na resolução de conflitos, este caminho deve ocorrer por meio do estabelecimento de uma *competência especial* para lidar com conflitos mais graves. Esses conflitos, em um primeiro momento, podem ser divididos em: “grave violência física, grave violência moral e grave ameaça” (LEMOS, 2019, p. 196).

Importante, ainda, que não se busque enrijecer esse sistema através das várias tipificações de delitos, como ocorre no modelo penal, mas sim estabelecer “indicativos mais abrangentes e menos rígidos”, visto que “a maior preocupação deve ser como desenvolver ferramentas jurídicas para auxiliar as múltiplas situações de grave conflito” (LEMOS, 2019, p. 196-197).

Para o autor,

A título de “grave violência física” pode-se pensar em conflitos que são deflagrados a partir de atos sobre a integridade corporal de outrem, tais como tentativa/consumação de lesões corporais, homicídios e estupro. A “grave violência moral” envolveria casos em que há forte ofensa social à imagem da pessoa, tais como divulgação pública de vídeos íntimos ou humilhações de larga escala em redes sociais. Por último, “grave ameaça” poderia abarcar conflitos que decorrem de uma promessa séria de mal relevante tanto da ordem física quanto moral (LEMOS, 2019, p. 197).

Com isso, para casos em que a mediação não seja suficiente para resolver o conflito, uma justiça não penal deve “pensar como uma instituição (estatal ou não) poderia intervir sobre os conflitos de forma não punitiva” (LEMOS, 2019, p. 217). Isso demonstra que, abolir a punição da resolução de conflitos e buscar por alternativas mais inclusivas e benéficas para as partes e toda a sociedade não significa dizer que a justiça pós-penal e os pressupostos abolicionistas almejam “uma completa desregulamentação” ou um simples “não fazer nada” (LEMOS, 2019, p. 217).

Pelo contrário, a justiça pós-penal enxerga a importância de sentenças institucionais e que “de fato, muitas vezes é preciso que haja um órgão que regule a solução de conflito por meio da imposição de uma medida contrária à vontade do agressor”. Ressalta-se, contudo, que “o conteúdo decisório deve indicar uma obrigação (de dar ou fazer) do condenado em favor da vítima ou de quem por ela indicado, e nunca simplesmente um dano ao condenado (pena)” (LEMOS, 2019, p. 217-218).

Assim sendo, considerando o objetivo das “resposta-percurso” enquanto análise individual dos casos apartada de engessamentos legislativos e institucionais, bem como tendo os processos judiciais como foco a vítima e suas necessidades, devem as decisões reparatórias ser limitadas também pelos interesses do ofendido, valendo “aqui invocar a utilização das clássicas regras processuais civis de vedação de sentença infra petita, ultra petita, extra petita” (LEMOS, 2019, p. 218).

Do mesmo modo que já demonstrado acima, o fato da justiça pós-penal, assim como pressupostos também apresentados pelo modelo da justiça restaurativa, colocar a vítima no centro da resolução de conflitos não significa esquecer por completo daquele que a ofendeu. Dessa forma, ressalta-se que é imprescindível que, para o êxito das decisões reparatórias, além de não considerar qualquer medida capaz de gerar punição, deve atentar-se para as condições reais do ofensor e pautar-se por suas garantias intransponíveis.

O evidente caráter simbólico das sentenças judiciais é um fator categórico para a relevância das decisões reparatórias. Por consequência, almejar uma justiça não penal

executável não poderia dispensar o uso das decisões judiciais e sua influência ante o imaginário popular, vez que é comum que as partes tenham mais segurança e respeito por soluções de conflitos que provenham de sentenças impositivas.

Entretanto, atribuir toda essa relevância às sentenças judiciais condenatórias não significa presumir que as decisões judiciais precisam impor uma pena, pelo contrário, é perceptível que “as ordens de cunho reparatório são mais frutíferas” que as imposições exclusivamente de dano ao condenado, incapazes de beneficiar alguém (punição). Assim, “a declaração de certo ou errado, ou sobre qual parte é vencedora, não remete necessariamente” ao dever de causar dano ao acusado para que atinja sua efetividade (LEMOS, 2019, p. 219).

De certa forma, toda decisão é artificialmente simbólica, pois nunca há um retorno no tempo para a condição prévia do dano. O que se pode fazer em verdade é prezar para que o conteúdo da decisão³⁴ remeta à construção de um novo estado de maior satisfação, com menores efeitos “colaterais” negativos, e certamente são as medidas compensatórias que atendem melhor esses requisitos (LEMOS, 2019, p. 219).

Nesse viés, Clécio Lemos, partindo dos estudos de Mosconi, chama atenção para o fato de que “o abolicionismo não é uma filosofia que dispensa o fim da prevenção, ela apenas se utiliza de outras formas de prevenção que não a pena, meios estes mais hábeis” (LEMOS, 2018, p. 220).

Destaca-se que as finalidades preventivas atribuídas à pena não foram eficientes em seu propósito de evitar crimes futuros, de modo que apenas infligir dor ao condenado não foi suficiente para alcançar o fim dos crimes pelo medo ou (re)educação do indivíduo e da sociedade. Em razão disso, e por todos os benefícios³⁵ oferecidos pela reparação, os quais a pena nunca conseguiria atingir, buscar a prevenção dos conflitos por meio da efetiva reparação do dano demonstra-se mais capaz de lograr êxito.

Como já foi dito, a justiça pós-penal não parte da romantização da resolução de conflitos, portanto não considera que todas as decisões reparatórias serão simplesmente e facilmente cumpridas apenas através de seu teor impositivo. Logo, esse modelo de justiça

³⁴ “E não se diga que o caráter reparatório da medida dificulta a quantificação da resposta necessária, nada comprova que as coerções de natureza punitiva teriam vantagens quanto a esse ponto. A bem da verdade, como a reparação é uma medida que visa satisfazer a vítima, uma ordem sobre o ofensor visando este fim teria até mesmo maior probabilidade de ser quantificada proporcionalmente ao dano provocado” (LEMOS, 2019, p. 220).

³⁵ Destaca-se: o efetivo bem-estar e segurança da vítima e a responsabilização do ofendido pelos seus atos (não simplesmente uma medida que lhe cause dor e não possibilite seu engajamento para solução do mal por ele causado).

também considera a relevância das medidas coercitivas para a efetivação da resposta ao conflito.

Todavia, para que não ocorram os excessos de tais medidas, e de coerções acabem se tornando punições, é preciso que seja observado um caminho cauteloso para o uso das coerções. Para tanto, Clécio Lemos propõe, logo de início, que as medidas coercitivas sejam aplicadas atendendo um *caráter progressivo*, “de forma que se utilize uma escala de coerção sempre condicionada ao não cumprimento de uma ordem anterior”, isto é, “um nível coercitivo mais grave só poderia ser utilizado em caso de quebra da ordem prévia” (LEMOS, 2019, p. 221).

No mesmo sentido, como no pós-penal “as coerções são pensadas *exclusivamente* como forma de efetivar uma ordem que visa beneficiar a vítima”, “deve-se prezar para que seja sempre utilizada a menor coerção possível, e somente quando estritamente necessário”. Em respeito a isso, propõem-se que seja dado um prazo para o cumprimento da decisão judicial reparatória antes da imposição de uma medida coercitiva, bem como que tais medidas, respeitado seu caráter progressivo, sejam imediatamente extintas quando o condenado efetivar o cumprimento da medida reparatória imposta pela sentença judicial (LEMOS, 2019, p. 222, grifo nosso).

Destarte,

Levando-se a sério a fixação de reparações que estejam à altura de satisfazer efetivamente o grave dano provocado à vítima, e igualmente utilizando-se meios hábeis para coagir o condenado a cumprir a ordem³⁶, não há motivos para se pensar que decisões reparatórias tenham menor efetividade e gerem menor efeito preventivo sobre novos conflitos (LEMOS, 2019, p. 222).

Na justiça pós-penal não se utilizam penas, mas sim decisões reparatórias, decisões que realmente possam satisfazer a vítima e reparar o dano sofrido, não apenas punir o agressor, atitude que não gera benefício algum à vítima, à sociedade, muito menos ao infrator. Ainda assim, a justiça pós-penal não pretende evitar e resolver todos os conflitos sociais³⁷ sozinha. Pensar em uma justiça não penal deve considerar que o percurso para a resolução dos complexos

³⁶ Ainda que em muito a seara cível possa contribuir com as decisões reparatórias e possíveis medidas coercitivas, ressalta-se que, “como se está tratando de conflitos mais graves, parece razoável permitir que as coerções em questão sejam mais gravosas das que normalmente são utilizadas no processo civil (ex: privação de liberdade por curto tempo fixado)” (LEMOS, 2019, p. 222). Claramente, não perdendo o foco das medidas sem cunho punitivo, bem como que “os atuais moldes de privação de liberdade deveriam ser imediatamente extintos”, não devemos considerar que a privação de liberdade seja realizada em instituições autoritárias como a prisão, mas sim, por exemplo, através da prisão domiciliar (LEMOS, 2019, p. 221).

³⁷ Da mesma forma que a justiça penal claramente também não alcançou tal êxito mesmo em tanto tempo de execução.

conflitos sociais necessita também de mecanismos no plano político-social e do auxílio direto e indireto de toda a população.

Além das ferramentas e trajetória acima expostas, nota-se que, alcançar um modelo de justiça mais justo, inclusivo e benéfico a todos os cidadãos “exigirá que se pense de forma muito mais pormenorizada” a respeito da “elaboração de normas de caráter material e procedimental”. Da mesma forma, “a implementação de uma justiça não-penal para lidar com conflitos graves dependerá dos esforços de muitos colaboradores, e um trabalho exaustivo sobre todos os mecanismos necessários extrapola” as diretrizes traçadas pelo autor em sua obra (LEMOS, 2019, p. 222).

Logo, é importante observar que, para o autor, “pensar uma justiça pós-penal foi a forma de *inaugurar* um esforço que escape dos problemas inerentes ao modelo penal, oferecendo indicadores preliminares que orientem à construção de uma nova seara jurídica” que, mais do que uma pretensa forma de resolução de conflitos, atue de modo a auxiliar a redução “das mais severas conflitividades sociais”. Assim sendo, a perspectiva de uma justiça pós-penal não deve ser encarada como o fim das mudanças necessárias, mas sim um meio para tanto (LEMOS, 2019, p. 223, grifo nosso).

Pensar em uma justiça pós-penal, muito mais que criticar o modelo punitivo atual e oferecer perspectivas de um futuro melhor, significa combater os negacionismos e as verdades impostas, oferecer um norte palpável contra as punições e a possibilidade de serem fomentadas mudanças não somente amanhã, mas hoje. À trajetória abolicionista faltava uma estrutura concreta para auxiliar na batalha contra os questionamentos de base utópica e romântica, uma perspectiva acompanhada por ferramentas prontas para serem colocadas em prática.

A justiça pós-penal, dessa forma, além de se demonstrar um modelo de justiça deveras mais humano e justo que a justiça penal, contribui com um grandioso aparato de novos saberes e possibilidades na luta contra o modelo autoritário e catastrófico vigente. Dessa forma, dada a importância dos ensinamentos de Michel Foucault³⁸ (2019, p. 54), segundo o qual, “o problema não é mudar a ‘consciência’ das pessoas, ou o que elas têm na cabeça, mas o regime político, econômico, institucional de produção de verdade”, a justiça pós-penal mostra-se como uma categórica ajuda para se atingir essa mudança.

³⁸ Ainda segundo o filósofo, “não se trata de libertar a verdade de todo o sistema de poder – o que seria quimérico à medida que a própria verdade é poder –, mas de desvincular o poder da verdade das formas de hegemonia (sociais, econômicas, culturais) no interior das quais ela funciona no momento” (FOUCAULT, 2019, p. 54).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percorridos os caminhos acima, é possível chegar à conclusão de que o modelo de justiça pautado pela punição, mecanismo que transcorreu tantos séculos e culminou na justiça penal, é definido por sujeitar os indivíduos, reprimir os mais fracos e excluir aqueles que não se adequam às normas estabelecidas.

Ficou demonstrado que a punição, tanto sob seu viés ético-moral, comportamental e jurídico, não possui justificações suficientes para confirmar que sua manutenção, enquanto meio de gerenciamento da vida do indivíduo e de toda a sociedade, é mais favorável do que prejudicial. Pelo contrário, por meio das experiências trazidas pelo behaviorismo radical de Skinner, emerge a evidência de que a punição como método de controle do comportamento do indivíduo não só não é capaz de produzir efeitos verdadeiramente benéficos, como não é apta a produzir efeitos duradouros, gerando apenas enormes gastos ao Estado e nocivos efeitos ao indivíduo submetido a esse estímulo aversivo.

Da mesma forma, as críticas abolicionistas sustentam a noção de que a pena privativa de liberdade e o sistema penal não podem ser justificados, na mesma medida em que, apesar de todas as tentativas, é possível observar que as próprias finalidades atribuídas a eles não foram efetivadas. Ou seja, o sistema penal não tem condições de se justificar, à não ser apenas como manutenção da máquina autoritária que coisifica e assujeita os indivíduos.

Por sua vez, em que pese suas variadas tentativas de justificar a pena, as teorias clássicas da pena, o minimalismo penal, garantismo penal de Luigi Ferrajoli e o garantismo radical de Iñaki Rivera Beiras erram exatamente porque, apesar de por vezes admitirem que a punição ou a pena privativa de liberdade em si seja extremamente violadora de direitos, aceitam que, de uma forma ou outra, em maior ou menor incidência, esse mal recaia sobre o indivíduo.

Muitas concepções pecam ao defender que, em prol do bem-estar maior da sociedade, o mal que aflige o transgressor, por maior que seja, é justificado; outras perdem a razão de ser pelo ceticismo em aceitar que uma nova ordem não pautada na punição possa ser estabelecida de modo eficaz.

De qualquer forma, a soma de todas as faces da punição trazidas no trabalho são suficientes para defender que, tendo sempre em mente as ideias foucaultianas sobre a possibilidade constante de alteração das relações de poder e a criação de novos saberes, não se deve aceitar a punição com todos os seus problemas inerentes apenas porque considera-se que, sem essa ordem estabelecida há tanto tempo, a humanidade parece não poder subsistir.

Michel Foucault e todos os seus ensinamentos sobre a concepção de poder, a maneira com que as relações de poder estão dispersas na sociedade e fazem parte da constante formação e transformação dos saberes, bem como o papel das relações de poder-saber na formação e controle dos corpos dos indivíduos e manutenção da vida humana, oferece todas as ferramentas necessárias não só para que seja possível compreender a constituição da modernidade ocidental, mas, principalmente, para tornar factível a mudança dos mecanismos de poder que gerenciam a sociedade moderna.

Através disso, então, não se torna mais plausível simplesmente aceitar o sistema punitivo e a justiça penal, é fundamental que busquemos ainda hoje um modelo de justiça que gerencie vidas sem, no entanto, sujeita-las, elimina-las ou discrimina-las. Um modelo de justiça pós-penal pautado em valores e princípios que restabeleçam os laços sociais, buscando ter como foco a vítima, sem, contudo, deixar de respeitar e resguardar o ofensor; que não busque punir, mas sim reparar efetivamente o dano.

Ficou claro que a plausibilidade e concretude dos caminhos propostos pela justiça pós-penal a tornam uma realidade presente. Da mesma forma, não devemos ignorar as propostas anteriores que possibilitem, ao mesmo tempo em que as medidas pós-penais são colocadas em prática, a redução dos malefícios gerados pelo trágico sistema criminal.

Nesse contexto, em especial, as medidas sugeridas por Iñaki Rivera Beiras são importantes ferramentas para agir no agora contra o encarceramento em massa, uma vez que, considerando a desumanidade em que os apenados estão inseridos, propõe práticas desencarceradoras capazes de minimizar os danos do sistema carcerário, valorizar os presos e suas famílias, e, principalmente, ainda que seja apenas um pequeno passo em favor do fim da verdade da punição, trazer à consciência da população que a pena privativa de liberdade não é o caminho para a solução dos problemas sociais.

Importante ressaltar que, em que pese seu enorme acréscimo à efetivação dos caminhos abolicionistas rumo a uma justiça mais humana e justa, bem como ao rompimento da lógica punitiva naturalizada, a justiça pós-penal, como bem apontado por Clécio Lemos, não é uma proposta acabada e definitiva, mas sim um caminho; inaugura importantes discussões a respeito de uma concreta justiça que não se valha da punição e seja mecanismo na luta contra as formas de poder autoritárias e funestas.

Para discussões futuras, essencial que seja considerado o quanto as demais ciências podem auxiliar na efetivação de um melhor modelo de justiça, fazendo-se uso de um conjunto interdisciplinar de mecanismos a favor da valorização e bem-estar da vida. Nesse ponto, o

behaviorismo proposto por Skinner mostra-se importante contributo, tanto no contexto da resolução de conflitos consensual quanto para decisões reparatorias realmente eficazes.

Por fim, resta demonstrado que a punição não é a melhor, tampouco a única escolha enquanto mecanismo para administrar comportamentos e vidas. Embora não pareça fácil, considerando o contexto de saberes e verdades consolidadas hoje, imaginar o Estado, instituições e, de um modo geral, sociedades inteiras sobrevivendo e não sucumbindo ao caos sem a ação da punição, é necessário que deixemos que subsistam esses novos saberes como instrumento para que as amarras da punição possam ser rompidas de uma vez por todas.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Gustavo Noronha de. Uma breve introdução aos abolicionismos penais: entrevista com Gustavo Noronha de Ávila. In: GUILHERME, Vera Maria; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Abolicionismos penais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 145-151.
- BARRETTO, Vicente de Paulo; GOMES, Abel Fernandes Gomes. *A ética da punição*. São Leopoldo/RS: Ed. UNISINOS; Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris Editora, 2018.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de: Matheus Coutinho Figuinha. Petrópolis/RJ: Vozes, 2020.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco. *O problema da pena*. Tradução de Ricardo Pérez Banega. São Paulo: Editora Pillares, 2015.
- CARO, Daniel de Moraes; LUNA, Sergio Vasconcelos de. *Sistematização da crítica de B. F. Skinner à cultura contemporânea ocidental*. [S. L.]: Publicação Independente, 2018.
- CARVALHO, Salo de. “Substitutivos penais na era do grande encarceramento”. *Res Severa Verum Gaudium: Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS*, v. 2, n. 2, p.1-30, nov. 2010. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2010/05/artigo-salo.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CASARI, Camila Maria Rosa; GIACÓIA, Gilberto. “A violação dos direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro à luz da teoria do garantismo penal”. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm*, [s.l.], v. 11, n. 1, p.249-274, 28 jun. 2016. Universidad Federal de Santa Maria. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369420816>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- CASTRO, Edgardo. *Introdução a Foucault*. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães. 1. ed.; 3. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018.
- CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- FEDER, Ellen K., Poder/saber. In: TAYLOR, Dianna (ed.). *Michel Foucault: conceitos fundamentais*. Petrópolis: Vozes, 2018. p. 76-93. Tradução de: Fábio Creder.
- FERRAJOLI, Luigi. “Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional”. *Crítica penal y poder*, núm. 11. Observatorio del sistema penal y los derechos humanos, Universidad de Barcelona: 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Vários tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FOUCAULT, Michel. A ética do cuidado de si como prática da liberdade. In: *Ditos & Escritos V - Ética, Sexualidade, Política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 264-287.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 10. ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz e Terra, 2020.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização de Roberto Machado. 10. ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz e Terra, 2019.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão: tradução de Raquel Ramallete*. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FREITAS, Luís Fernando Alcoba de. *O excedente econômico*. 2006. 372 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Economia, Programa de Pós-graduação em Economia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/10774/000600121.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 jun. 2020.

GONÇALVES, Daniel Luis Cidade. *Da obediência à liberdade: a filosofia como um modo de vida em Michel Foucault*. 2017. 442 f. Tese (Doutorado) - Curso do Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/183419/349809.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 dez. 2020.

GONGORA, Maura Alves Nunes; MAYER, Paulo César Morales. Duas formulações comportamentais de punição: definição, explicação e algumas implicações. *Acta Comportamentalia*, Guadalajara, v. 19, n. 4, p. 47-63, jan. 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-81452011000400003. Acesso em: 25 jul. 2020.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2009.

- GUILHERME, Vera Maria. O abolicionismo penal enquanto enfrentamento à coisificação da vida. In: GUILHERME, Vera Maria; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Abolicionismos penais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 133-144.
- GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HOFFMAN, Marcelo, O poder disciplinar. In: TAYLOR, Dianna (ed.). *Michel Foucault: conceitos fundamentais*. Petrópolis: Vozes, 2018. p. 41-57. Tradução de: Fábio Creder.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal. *Revista Verve*, n. 8, p. 246-275, 2005. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5088/3616>. Acesso em: 18 fev. 2021.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes: parte I e II (pensamento humano)*. Tradução de Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.
- KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Por um sistema penal não excludente: uma releitura constitucional do direito penal*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP: Jacarezinho, 2009. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1937-luiz-fernando-kazmierczak/file>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- KHALED JUNIOR, Salah H. *Discurso de ódio e sistema penal*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- LEMONS, Clécio. *Foucault e a Justiça pós-penal: críticas e propostas abolicionistas*. Belo Horizonte: Letramento, 2019.
- LYNCH, Ricard A., A Teoria do Poder de Foucault. In: TAYLOR, Dianna (ed.). *Michel Foucault: conceitos fundamentais*. Petrópolis: Vozes, 2018. p. 23-40. Tradução de: Fábio Creder.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.
- MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? *Revista Verve*, n. 4, p. 80-111, 2003. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/4964/3512>. Acesso em: 18 fev. 2021.
- MCGUSHIN, Edward. A teoria e a prática da subjetividade de Foucault. In: TAYLOR, Dianna (ed.). *Michel Foucault: conceitos fundamentais*. Petrópolis: Vozes, 2018. p. 165-184. Tradução de: Fábio Creder.

MENEGHETTI, Gustavo; SAMPAIO, Simone Sobral. A disciplina como elemento constitutivo do modo de produção capitalista. *Katál*, Florianópolis, v. 19, n. 1, p.135-142, jun. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2QwFx70>. Acesso em: 03 mar. 2020.

PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: PASSETTI, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 13-33.

PASSETTI, Edson. Abolicionismo penal libertário. In: PIRES, Guilherme Moreira (org.). *Abolicionismos: vozes antipunitivistas no brasil e contribuições libertárias*. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 19-31.

PIRES, Guilherme Moreira Pires. Abolicionismo penal libertário: linhas de fuga e educação menos. In: PIRES, Guilherme Moreira (org.). *Abolicionismos: vozes antipunitivistas no brasil e contribuições libertárias*. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 11-18.

RIVERA BEIRAS, Iñaki Rivera. *Desencarceramento: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical*. Tradução de Bruno Rotta Almeida e Maria Palma Wolff. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

ROXIN, Claus. “Sobre a evolução da política criminal na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial”. In: VALDÁGUA, Maria da Conceição (Org.). *Problemas fundamentais de direito penal: colóquio internacional de direito penal em homenagem a Claus Roxin*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002, pp 11-24.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Tradução Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Tradução de: Ana Paula dos Santos e Luís Ntscheradetz. Lisboa: Veja, 1993.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *A Derrotabilidade como mecanismo para um Direito Penal Mínimo: em respeito aos direitos fundamentais e a um estado democrático de direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIDMAN, Murray. *Coerção e suas implicações*. São Paulo: Editora Livro Pleno, 2001, p. 32-245.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SKINNER, Burrhus Frederic. *Ciência e comportamento humano*. Tradução de João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SKINNER, Burrhus Frederic. *Sobre o behaviorismo*. Tradução de Maria da Pena Villalobos. 10. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

TAYLOR, Chloe. Biopoder. In: TAYLOR, Dianna (ed.). *Michel Foucault: conceitos fundamentais*. Petrópolis: Vozes, 2018. p. 58-75. Tradução de: Fábio Creder.

TERNES, José. Michel Foucault e o nascimento da modernidade. *Tempo Social*, v. 7, n. 1/2, p. 45-52, ago. 1995. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/85134/88024>. Acesso em: 30 maio 2020.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2015.