

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE EDUCAÇÃO E HUMANIDADES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
DOUTORADO**

SILVIO COUTO NETO

**OS PROCESSOS DE CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO EM FOUCAULT E O
OPERADOR DO DIREITO PENAL**

CURITIBA

2022

SILVIO COUTO NETO

**OS PROCESSOS DE CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO EM FOUCAULT E O
OPERADOR DO DIREITO PENAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Filosofia, Escola de Educação e Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Filosofia.

Orientador: Prof. Doutor Cesar Candiotto.

CURITIBA

2022

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Sônia Maria Magalhães da Silva – CRB 9/1191

C871p
2022

Couto Neto, Silvio

Os processos de constituição do sujeito em Foucault e o operador do direito penal / Silvio Couto Neto ; orientador: Cesar, Candiottto. – 2022.
369 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba,
2022

Bibliografia: 354-369

1. Direito penal. 2. Biopolítica. 3. Neoliberalismo. 4. Poder (Ciências sociais).
5. Direito. I. Candiottto, Cesar. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 3. ed. – 341.5

**ATA DA SESSÃO PÚBLICA DE EXAME DE TESE N.º 58
DEFESA PÚBLICA DE TESE DE DOUTORADO DE**

Silvio Couto Neto

Aos dezoito dias do mês de março de dois mil e vinte e dois, às 09h, reuniu-se por videoconferência a Banca Examinadora constituída pelos professores: Prof. Dr. Cesar Candiotta, Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Jr., Prof. Dr. Fabiano Incerti, Prof. Dr. Helton Machado Adverse e Prof. Dr. Marco Antônio Sousa Alves, para examinar a Tese do doutorando do Programa de Pós-Graduação em Filosofia, **Silvio Couto Neto**, ano de ingresso 2017, intitulada OS PROCESSOS DE CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO EM FOUCAULT E O OPERADOR DO DIREITO PENAL. Após apresentação e defesa da Tese, o doutorando foi **aprovado com distinção** pela Banca Examinadora. Proclamados os resultados, o Presidente da banca **outorga** ao candidato o título de Doutor em Filosofia. A sessão encerrou-se às **13h**. Os avaliadores participaram da defesa por videoconferência e estão de acordo com os termos acima descritos. Para constar, lavrou-se a presente Ata, que vai assinada pelo Presidente da banca e pela coordenação do Programa.

Presidente: Prof. Dr. Cesar Candiotta – PUCPR/CNPq



Convidado Interno:

Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Jr. – PUCPR/CNPq Participação por videoconferência

Convidado Interno:


Prof. Dr. Fabiano Incerti – PUCPR Participação por videoconferência

Convidado Externo:

Prof. Dr. Helton Machado Adverse – UFMG Participação por videoconferência

Convidado Externo:

Prof. Dr. Marco Antônio Sousa Alves – UFMG Participação por videoconferência



Prof. Dr. Federico Ferraguto
Coordenador do Programa de
Pós-Graduação em Filosofia – *Stricto Sensu*



À Lidia, por todas as horas, dias, meses e anos que, de forma carinhosa, sempre esteve ao meu lado, imersa no silêncio que me impus, por necessário à construção deste trabalho.

Aos meus filhos Silvio Augusto e Ana Paula, dois dos principais motivos que me levam refletir, resistir e agir em busca de um mundo melhor.

Aos meus pais, Edite e Djalma, que, com sabedoria e dedicação, fundaram as bases sobre as quais hoje me apoio.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador e amigo, Professor Doutor Cesar Candiotto, que desde o início aceitou o desafio e foi fundamental não só na orientação deste trabalho (o que já é muito), mas esteve presente em toda a jornada da sua construção, ajudando a superar toda sorte de obstáculos e desafios (intelectuais e pessoais); incentivando, trazendo palavras, gestos e atitudes que auxiliaram, motivaram e sustentaram nos momentos mais escuros e difíceis, onde parecia não ser possível continuar. Continuamos...e conseguimos concluir. Enfim, todas as palavras seriam poucas para agradecer.

À Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PUCPR, pela concessão da isenção de mensalidade durante parte do curso de Doutorado decorrente de política de Bolsas de Projeto de Pesquisa aprovado junto ao CNPq, coordenado pelo Professor Doutor Cesar Candiotto.

Aos Professores Helton Adverse, Marco Antônio Sousa Alves e Oswaldo Giacoia Junior, que, dedicando seus tempos e conhecimentos, leram atenciosamente e comentaram esta tese por ocasião de sua qualificação, contribuindo significativamente com seu aprimoramento.

Ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCPR por proporcionar o apoio e as condições necessárias para a elaboração deste trabalho.

“Meu papel [...] é mostrar às pessoas que elas são muito mais livres do que pensam, que elas tomam por verdadeiros, por evidentes certos temas fabricados em um momento particular da história, e que essa pretensa evidência pode ser criticada e destruída. O papel de um intelectual é mudar alguma coisa no pensamento das pessoas.

Michel Foucault.

“O que constitui o interesse principal da vida e do trabalho é que eles lhe permitem tornar-se diferente do que você era no início.”

Michel Foucault.

SUMÁRIO

RESUMO	9
ABSTRACT	10
INTRODUÇÃO	11
PRIMEIRA PARTE	45
CAPÍTULO 1 – O DISCURSO E A PRÁTICA DO SISTEMA JURÍDICO- PENAL MODERNO	46
1.1 O SUJEITO QUE EXERCE O PODER LEGAL DE PUNIR.....	46
1.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A GENEALOGIA EM FOUCAULT.....	52
1.3 A CONCEPÇÃO DA PUNIÇÃO LEGAL COMO UM BEM À SOCIEDADE	62
1.4 REFLEXÕES SOBRE A IDEOLOGIA E O PODER EM FOUCAULT	66
1.5 O DISCURSO FORMAL DO DIREITO PENAL	73
1.6 A CENTRALIDADE DA PENA DE PRISÃO COMO FORMA PUNITIVA... 74	
1.7 A PUNIÇÃO LEGAL ANTES DA PENA DE PRISÃO	81
1.8 O SURGIMENTO DA PRISÃO COMO PENA	86
CAPÍTULO 2 – INSTRUMENTAIS PARA A APLICAÇÃO DAS DISCIPLINAS	97
2.1 A CONSTITUIÇÃO DE CORPOS ÚTEIS E DE SUBJETIVIDADES DOCILIZADAS	97
2.2 AS TÉCNICAS E TÁTICAS EMPREGADAS NA FABRICAÇÃO DE ALMAS.....	100
2.3 NORMA EM FOUCAULT E A NORMA PENAL.....	107
2.4 O OLHAR VIGILANTE NA SOCIEDADE DISCIPLINAR	115
CAPÍTULO 3 – DIREITO PENAL E A PRISÃO NA SOCIEDADE DISCIPLINAR	124
3.1 O GRUPO DE INFORMAÇÃO SOBRE AS PRISÕES	124

3.2 O CONTRADIREITO.....	131
3.3 O CONTRADIREITO PENAL	136
3.4 A PRISÃO, O PENITENCIÁRIO E A SOCIEDADE DISCIPLINAR.....	150
3.5 A INEFICIÊNCIA DA PENA DE PRISÃO E A GESTÃO EFICIENTE DOS ILEGALISMOS	158
3.6 O EFEITO DO APRISIONAMENTO NA CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO	172
3.7 PARA UMA SÍNTESE DA PRIMEIRA PARTE E CONCERTO DAS EXPOSIÇÕES E REFLEXÕES COM O OBJETO DA PESQUISA	176
SEGUNDA PARTE	182
INTRODUÇÃO À SEGUNDA PARTE	183
CAPÍTULO 4 – SABERES QUE SE ARTICULAM NA CONSTITUIÇÃO DOS SUJEITOS QUE OPERAM O SISTEMA PENAL	189
4.1. ANÁLISE ESQUEMÁTICA DA VALIDAÇÃO DO DIREITO PENAL PELA PERSPECTIVA DO MOVIMENTO ILUMINISTA	189
4.2 CRÍTICA AO DISCURSO CONTRATUALISTA E SUA RELAÇÃO COM AS PUNIÇÕES LEGAIS.....	207
4.3 A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO SOCIAL	211
4.4 A PRETENSA EVOLUÇÃO DO SABER PENAL	221
CAPÍTULO 5 – BIOPODER, GOVERNAMENTALIDADE E NEOLIBERALISMO.....	227
5.1 BIOPODER E PUNIÇÃO LEGAL	227
5.2 GOVERNAMENTALIDADE E LIBERALISMO	234
5.3 A GOVERNAMENTALIDADE NO NEOLIBERALISMO.....	247
5.4 NEOLIBERALISMO, A ILUSÃO DE UMA RACIONALIDADE POTENCIALMENTE LIBERTADORA	258
CAPÍTULO 6 – PUNIÇÃO LEGAL NO CONTEXTO DO NEOLIBERALISMO	276

6.1 A ARTICULAÇÃO DA IDEIA DE “INIMIGO SOCIAL” NA BIOPOLÍTICA.....	276
6.2 ESCORÇO SOBRE O “CIDADÃO DE BEM”	282
6.3 A MÍDIA DE MASSAS COMO INSTRUMENTO DE REFORÇO NO ASSUJEITAMENTO DOS OPERADORES DO DIREITO	288
6.4 A RACIONALIDADE NEOLIBERAL E SEUS DEDOBRAMENTOS NO DISCURSO DE SABER PENAL.....	307
6.5 GOVERNAMENTALIDADE NEOLIBERAL E AS PRÁTICAS PUNITIVAS LEGALIZADAS.....	329
CONCLUSÃO	341
REFERÊNCIAS	354

RESUMO

O presente estudo parte de um paradoxo que se observa entre as finalidades declaradas do saber punitivo e aqueles resultados efetivamente produzidos pelas práticas exercidas por seus operadores, mais especificamente, por aqueles profissionais que têm a função de realizar persecuções penais e julgar as questões submetidas a esse sistema legal. Ao contrário de obter a proteção de bens jurídicos importantes e paz social, o funcionamento do sistema de punições legais leva a efeitos negativos como a reprodução da criminalidade no interior das prisões, a marca indelével de delinquente em seus egressos, o aumento da violência na sociedade, entre outras consequências nocivas à maior parte da população; tudo isso, sem que a punição pelo aprisionamento obtenha os resultados programados. Apesar dessa constatação histórica que se apresenta a uma observação empírica simples, a maioria dos operadores do direito penal continua a atuar de maneira assujeitada e reproduzir as práticas punitivas no âmbito do regime de verdade em que está inserido. Para compreender essas práticas e apontar as contracondutas e as resistências que podem ser propostas pelos próprios agentes que participam dessa maquinaria política, utiliza-se neste trabalho a perspectiva metodológica de Michel Foucault, especialmente de sua estratégia genealógica, com o objetivo geral de analisar a constituição do sujeito que vem a desempenhar essa função de operador do direito penal. Nesse percurso, passa-se pelo estudo realizado pelo filósofo francês a respeito da introdução e funcionamento das disciplinas na sociedade burguesa, observando como através de suas técnicas e táticas é fabricada a “alma” do sujeito, normalizando-o e tornando-o dócil e útil àqueles que exercem o poder em posições estrategicamente privilegiadas. Analisa-se como se chegou à pena de prisão como forma central de castigo, apesar dos discursos dos reformadores, presentes no início da punição moderna, não indicarem essa pena como ideal. Observa-se o papel desempenhado pelas práticas institucionais na introdução e disseminação das disciplinas, com ênfase especial ao papel da prisão, que reflete a maneira de funcionamento das demais instituições e as justifica e desculpa. Segue-se nessa perspectiva de compreender os diversos dispositivos de poder que atuam nas práticas sociais e, articulados aos saberes que legitimam a punição, dando-lhe aparência de função necessária e justa, participam da produção do sujeito; assim, trata-se, criticamente, do contratualismo moderno como referência teórica que legitima a punição na sociedade burguesa e que permite ao operador do sistema punitivo acreditar que está produzindo um bem ao infligir punições; realiza-se o diagnóstico de tal teoria pela perspectiva genealógica de Foucault e mostra-se como ela dá origem à noção inimigo social. Foucault se afasta da concepção reinante de punição associada a um bem jurídico. Enfatiza a importância desempenhada pela biopolítica que age conjuntamente às disciplinas na constituição de sujeitos na Modernidade, e, ainda, da governamentalidade neoliberal contemporânea e o surgimento, com essa racionalidade, de um regime de verdade que, engendrado aos saberes analisados, atua sobre os operadores do direito penal e suas práticas punitivas, deslocando-as de suas finalidades afirmadas. Esses operadores, assim assujeitados, buscam resultados punitivos máximos, enxergando determinados setores da sociedade ou certos indivíduos como inimigos a serem, de qualquer forma, combatidos, moralizados e controlados; quando, na verdade, deveriam atuar no sentido de concretizar a proteção aos direitos subjetivos e com total respeito aos sujeitos de direito. Mostra-se, afinal, que, como já constatou Foucault, onde o poder se exerce sempre há resistência, sendo, por isso mesmo, possível e necessário que o operador do direito perceba que o regime de verdades em que se encontra inserido foi historicamente fabricado, podendo, assim, ser criticado e desconstruído.

Palavras-chave: Constituição do sujeito; operador do sistema punitivo; aprisionamento; inimigo social; normalização; biopolítica; governamentalidade neoliberal; resistência ao poder; Michel Foucault.

ABSTRACT

The present study starts from a paradox that is observed between the declared purposes of punitive knowledge and those results effectively produced by the practices exercised by its operators, more specifically, by those professionals who have the function of carrying out criminal prosecutions and judging the issues submitted to this legal system. Contrary to obtaining the protection of important legal interests and social peace, the functioning of the system of legal punishments leads to negative effects such as the reproduction of criminality inside prisons, the indelible mark of delinquents on their ex-employees, the increase of violence in society, among other harmful consequences for the majority of the population; all this, without the punishment for imprisonment obtaining the programmed results. Despite this historical finding, which is presented to a simple empirical observation, most criminal law operators continue to act in a subjugated way and reproduce punitive practices within the scope of the truth regime in which they are inserted. In order to understand these practices and point out the counter-conducts and resistances that may be proposed by the agents who participate in this political machinery, Michel Foucault's methodological perspective is used in this work, especially his genealogical strategy, with the general objective of analyzing the constitution of the subject who comes to play this role of operator of criminal law. In this way, we go through the study carried out by the French philosopher regarding the introduction and functioning of the disciplines in bourgeois society, observing how through his techniques and tactics the "soul" of the subject is manufactured, normalizing him and making him docile and useful to those who wield power in strategically privileged positions. It analyzes how the prison sentence was arrived at as a central form of punishment, despite the speeches of reformers, present at the beginning of modern punishment, not indicating this sentence as ideal. The role played by institutional practices in the introduction and dissemination of disciplines is observed, with special emphasis on the role of the prison, which reflects the way other institutions work and justifies and excuses them. It follows from this perspective of understanding the various devices of power that act in social practices and, articulated to the knowledge that legitimizes punishment, giving it the appearance of a necessary and fair function, participate in the production of the subject; thus, it is critically about modern contractualism as a theoretical reference that legitimizes punishment in bourgeois society and that allows the operator of the punitive system to believe that he is producing a good by inflicting punishments; the diagnosis of such theory is carried out through Foucault's genealogical perspective and it is shown how it gives rise to the notion of social enemy. Foucault moves away from the prevailing conception of punishment associated with a legal good. It emphasizes the importance played by biopolitics that acts jointly with the disciplines in the constitution of subjects in Modernity, and also by contemporary neoliberal governmentality and the emergence, with this rationality, of a regime of truth that, engendered by the analyzed knowledge, acts on the operators of criminal law and its punitive practices, displacing them from their stated purposes. These operators, thus subjected, seek maximum punitive results, seeing certain sectors of society or certain individuals as enemies to be, in any way, fought, moralized and controlled; when, in fact, they should act in order to materialize the protection of subjective rights and with full respect for the subjects of law. It is shown, after all, that, as Foucault has already noted, where power is exercised, there is always resistance, and for this very reason, it is possible and necessary for the operator of law to perceive that the regime of truths in which he is inserted was historically manufactured, thus being able to be criticized and deconstituted.

Keywords: Constitution of the subject; operator of the punitive system; imprisonment; social enemy; normalization; biopolitics; neoliberal governmentality; resistance to power; Michel Foucault.

INTRODUÇÃO

Platão (2010, p. 212) e Aristóteles (2002, p. 11) já sustentavam que toda busca de conhecimento, toda pesquisa, deve surgir a partir de um espanto com algo, uma admiração com um fenômeno que se pretende compreender melhor, explicar de forma mais adequada e, se possível, apontar caminhos que permitam a adoção da melhor postura em relação a um objeto determinado. Já Nietzsche (2007, p. 192)¹ afirmou que o conhecimento decorre do jogo de impulsos, como os de detestar e deplorar o objeto a ser conhecido.

O espanto que impulsiona esta pesquisa, ou o desvalor, em termos nietzschianos, que se nutre em relação ao seu objeto, decorre da indiferença, ou, ao menos, da inércia adotada por uma significativa maioria dos operadores do direito criminal², ao não assumir uma postura crítica e uma atuação questionadora, diante da flagrante e notória ineficiência do sistema penal, por suas técnicas e instituições, em cumprir seus fins afirmados.

O que se percebe ocorrer é exatamente o contrário ao que seria plausível e esperado. Mesmo diante dos graves problemas apresentados pelo funcionamento desse sistema punitivo, que produz resultados incompatíveis com os seus objetivos

¹ Afirma Nietzsche (2020, p. 198): “‘*Non ridere, non lugere, neque detestari, sed intelligere*’, diz Spinoza, com essa simplicidade e essa elevação que lhe são peculiares. Mas o que vem a ser, em última análise, este *intelligere* se não a forma pelo qual os outros três atos se tornam sensíveis de repente? Se não o resultado de diferentes instintos que se contradizem, do desejo de zombar, de se queixar ou de maldizer? Para que o conhecimento seja possível, é necessário que cada um desses instintos dê sua opinião parcial sobre o objeto ou acontecimento”. Esse pensamento de Nietzsche é retomado por Foucault (2013, p. 29) quando diz: “Nietzsche diz que só compreendemos porque há por trás de tudo isso o jogo e a luta dessas três paixões que são o rir, o deplorar e o detestar (o ódio).”

² Quando se menciona “operadores do direito penal” ao longo deste texto, compreende-se os profissionais que trabalham no sistema punitivo legal aplicando o direito penal. Entre eles, foca-se a análise, especialmente, nos membros da Magistratura (juízes de direito, desembargadores e ministros de tribunais superiores) e do Ministério Público (promotores de justiça e procuradores de Justiça e da República), e ainda, ao aspecto jurídico de algumas das funções desenvolvidas por delegados de polícia. Adota-se essa postura de enfatizar a pesquisa em tais profissionais por serem partes ativas responsáveis pela imposição dos castigos legais e para a produção dos efeitos da atuação do dispositivo punitivo (esses efeitos serão analisados ao longo deste texto, como aquilo que Foucault chama de gestão diferencial dos ilegalismos). Não é ressaltada a análise da atuação dos advogados ou dos defensores públicos vez que, apesar de serem também operadores do direito – isto é, profissionais que atuam no direito – sendo indispensáveis e importantíssimas suas funções no sistema penal (prevista a atividade dos advogados no art. 133 e, dos defensores públicos, no artigo 134, ambos da Constituição Federal [BRASIL, 2020b]), em regra, se dirigem à defesa, vale dizer, têm o escopo de evitar o exercício da punição legal. A advocacia e a defensoria pública podem ser consideradas, na verdade, resistências ou limites que se impõem ao exercício do poder punitivo legalizado.

declarados – como se procurará demonstrar na sequência – verifica-se uma forma de atuação de grande parte de seus profissionais que procura dar a máxima efetividade às persecuções no sentido de impor uma punição, e, não incomum, que busca o maior rigor nessas condenações.

Observa-se ainda, a acomodação de expressiva parcela desses profissionais na postura de assimilação acrítica do discurso de saber penal, constatável pela reiteração das doutrinas produzidas, que acabam reprisando, apenas com novas “cores e formatos”, o mesmo discurso que se mostra ineficiente há, pelo menos, dois séculos; e que, por isso mesmo, continuarão a gerar os mesmos efeitos, pela óbvia razão que uma mesma ação, realizada sob as mesmas condições, não pode produzir resultados diversos. Diante de tais constatações, pareceu não existir melhor instrumento para essa análise que o lúcido e complexo pensamento de Michel Foucault, aliado à sua grande produção intelectual.

Michel Foucault foi um filósofo e historiador - entre tantos outros adjetivos que podem ser utilizados para qualificá-lo – que se insere, sem a menor dúvida, entre aqueles pensadores que mais se preocuparam com a questão do exercício do poder e a constituição do sujeito. Estudou e demonstrou detalhadamente – para além de qualquer divisão por áreas de conhecimento – que o exercício do poder na sociedade se dá de maneira polimorfa, em rede, microfísica ou micromecânica; esclareceu seus campos de atuação, as instituições, técnicas e táticas pelas quais opera, não apenas para possibilitar obediência e reprimir, mas, principalmente, para produzir resultados desejados, tais como, para construir corpos úteis e mentes dóceis.

Nas pesquisas que desenvolveu, Foucault identificou e demonstrou, em sua vasta obra, que entre a constituição dos discursos dos saberes e o exercício do poder, há uma relação muito mais densa e complexa que aquela constatada, por exemplo, pelo marxismo, que se refere à relação entre infraestrutura e superestrutura; o pensador francês identifica uma imbricação muito mais intensa entre saber-poder de maneira que esses campos se condicionam diretamente, se retroalimentam, de tal forma que o exercício do poder produz campos de saber que, por sua vez, estabelecem o exercício desse poder; e essa relação constitui e condiciona os sujeitos, estabelecendo as verdades, os objetivos e formas de produção de novos saberes.

Dessa forma, explica Foucault (1999, p. 27), não é o sujeito que determina se produzirá saberes úteis ao poder ou, ao contrário, que irão resistir ao seu exercício, mas “são os processos e as lutas que o atravessam e que o constituem, que determinam as formas e os campos possíveis do conhecimento.” Poder e saber, portanto, “não são externos um ao outro. Ambos operam na história de forma mutuamente geradora.” (DREYFUS; RABINOW 1995, p. 127)

E entre as várias formas pelas quais o poder se exerce, o sistema da punição legal, especialmente através da pena de prisão e dos discursos que a acompanham, adotada centralmente pelo sistema punitivo legal desde o século XVIII, é uma das formas mais importantes nas quais o exercício do poder se apoia para “normalizar” a conduta dos indivíduos e sobre eles obter controle; e o saber diretamente conexo a essa prática encontra-se no discurso realizado pelo direito penal, que, por sua vez, está relacionado a vários outros discursos de saber.

Foucault dedicou vários anos de sua pesquisa para compreender e esclarecer como se dá a formação e a atuação desse dispositivo de poder punitivo legalizado; fez isso observando o funcionamento do castigo legal por meio das práticas discursivas e não discursivas nele empregadas; numa perspectiva histórica³ (sem contudo adotar a visão de continuidade e progresso desta), demonstra em que ele se apoia, como se exerce, traçando suas particularidades, complexidades, bem como aponta, a partir de determinado momento, as suas modificações, como ele se transforma, adequando-se ao modelo de exercício de poder que é predominante em determinada sociedade.

Mostra vários fatores que se somaram e se sustentaram, que eram condições para essa transformação e, por outro lado, os focos de resistência que sempre existiram, as discontinuidades, as lutas. Demonstra a conexão entre o discurso penal – o saber penal – ligado a outros saberes com os quais se relaciona, que se justificam e se suportam mutuamente, e o exercício da punição legal. Vale dizer, demonstra por meio do estudo da efetiva atuação do sistema jurídico-penal, a formação e mutações das relações entre as teorias jurídico-penais e outros ramos

³ Como observa Salma Tannus Muchail (2015, p. 20) “Foucault pensa filosoficamente praticando investigações históricas [...] Histórias circunscritas dentro de uma dada localização, no curso de determinados períodos e segundo certo ponto de vista”.

do conhecimento; o interesse de determinada categoria social dominante em dada época (interesses dos que exercem o poder com predominância) e a forma pela qual se dá o efetivo exercício da punição legal, quais resultados são produzidos e com que finalidade.

Apesar disso, no mundo jurídico, e especialmente nas teorias jurídicas de direito penal, embora o nome de Foucault seja muito respeitado e comentado, não se encontram abordagens mais profundas de seu pensamento a esse respeito; ao menos não é comum encontrarem-se na literatura dedicada ao estudo desse fenômeno social, que é a punição legal, uma análise sob a perspectiva foucaultiana⁴. Excetuando-se a obra *Surveiller et Punir: naissance de la prison (Vigiar e Punir: nascimento da prisão)*, que já se tornou um clássico e é conhecido, ao menos por ouvir falar, pela maioria dos acadêmicos de direito que se interessa por direito penal e tem um mínimo de dedicação nos estudos, não se vai além⁵; não se discute mais profundamente o pensamento de Foucault na academia de direito e quase não se encontram na bibliografia conectada, de alguma maneira, ao mundo jurídico, obras expondo suas pesquisas profundas a respeito do tema punição legal. O mesmo fenômeno de alienação intelectual se passa em relação aos demais pensadores que discutem de maneira crítica o saber penal, vale dizer, os criminólogos críticos: são quase ignorados pelos estudantes e pela maioria das academias de direito.

Analisando a forma pela qual atuam os profissionais incumbidos exercer o poder punitivo legal moderno, não se percebe efeito que neles tenham surtido as revelações foucaultianas; não se observa nenhuma preocupação em se desvendar as reais finalidades das estruturas punitivas, mesmo diante das trágicas consequências efetivas resultantes da atuação do sistema penal; consequências essas empiricamente perceptíveis por meio de um olhar para os acontecimentos, tais como se apresentam⁶. E seguem os operadores do direito atuando de acordo

⁴ Embora seja necessário registrar que existem pensadores na área do direito penal e, especialmente, da criminologia crítica – sobre a qual se falará mais adiante (item 1.4, nota 33) – que utilizam a filosofia de Foucault em suas obras. Para ficar em apenas dois exemplos utilizados no desenvolvimento deste trabalho, menciona-se os nomes de Eugênio Raul Zaffaroni e Juarez Cirino dos Santos.

⁵ E as exceções raríssimas – aqueles que efetivamente leem ao menos um trecho de *Vigiar e Punir* – o fazem necessariamente em contexto autodidático.

⁶ Consequências tais como uma explosão de número de encarcerados; da ausência da diminuição das taxas de criminalidade, mesmo em face desse aumento do aprisionamento; de uma atuação desigual da punição legal,

com os pressupostos e promessas do discurso penal, como se todo o contido nesse discurso se verificasse, efetivamente, em sua prática. Isso tudo ocorre, em grande parte, como – espera-se – poderá concluir-se ao final deste trabalho, pelas próprias razões mostradas pelo pensamento criterioso e atento de Michel Foucault.

Com fundamento na vasta e diversificada construção filosófico-histórica de Foucault, busca-se compreender como pode a sociedade seguir reiterando velhas práticas punitivas falidas e, especialmente, os motivos que levam aos executores do direito a seguirem atuando utilizando-se de saberes que parecem nunca conseguir justificar essa conduta; entender dogmas, técnicas e táticas punitivas, enfim, discursos e ações que, quando se pretendem reformados ou revistos, não passam de mais uma reposição das mesmas ideias e mesmas práticas, apenas dissimuladas ou douradas com outras tintas. Práticas e ideias que, como se mencionou acima, há mais de duzentos anos se demonstram ineficientes, ou pior, contraproducentes, de eficácia inversa aos objetivos manifestos da teoria penal.

Parece espantoso haver contribuições ao pensamento crítico do sistema penal moderno conhecidas em todo o mundo há várias décadas, como as de Michel Foucault, inigualáveis em profundidade e alcance, bem como ainda tantos outros pensadores que já mostraram, de alguma forma, o funcionamento desse sistema, como George Rusche e Otto Kirchheimer, Alessandro Baratta, Massimo Pavarini, Lola Aniyar de Castro; Eugenio Raúl Zaffaroni, Loïc Wacquant, François Ewald, Juarez Cirino dos Santos, Nilo Batista (para mencionar apenas alguns daqueles principais que fundamentam o pensamento do autor deste trabalho)⁷, e que mesmo

que alcança com prevalência assustadora uma classe social ou um grupo étnico – os mais débeis – e só ocasionalmente incide sobre outros; da prevalência de interesses na penalização de condutas que interessam a determinados segmentos sociais evitar; da geração de violência provocada pela própria atuação do sistema penal; etc. Esse tema será abordado com maior profundidade no decorrer da primeira parte deste trabalho.

⁷ Menciona-se, exemplificativamente, obras desses autores mais emblemáticas de seus pensamentos críticos, e que são utilizadas neste texto. Assim, em relação a George Rusche e Otto Kirchheimer lembra-se de *Punishment and Social Structure* (“Punição e estrutura social”, 2004); já Alessandro Baratta, escreveu, entre outras, *Criminologia crítica e crítica del diritto penale* (“Criminologia crítica e crítica do direito penal”, 1999); em Massimo Pavarini encontra-se *La criminologia* traduzido, do italiano para o espanhol como *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, 2002), e ainda, em parceria com Dario Melossi, *Carcere e fabbrica: alle origini del sistema penitenziario* (Cárcere e fábrica: a origem do sistema penitenciário, 2006); de Lola Aniyar de Castro lembra-se *Criminología de la reacción social* (“Criminologia da reação social”, 1983); entre tantas obras de Eugenio Raúl Zaffaroni, menciona-se de *En busca de las penas perdidas* (Em busca das penas perdidas, 2001); em Loïc Wacquant pode-se referir a *Les prisons de la misère* (“As prisões da miséria”, 2001); do pensamento de François Ewald destaca-se *La norme et le droit* (“A norma e o direito”, 1993); em Juarez Cirino dos Santos lembra-se de “A criminologia radical”, 2008; e, de Nilo Batista pode-se mencionar “Introdução crítica ao direito penal brasileiro”, 1990.

assim, a atividade prática do sistema penal, o exercício do poder punitivo, especialmente naquela parte que cabe aos operadores do direito, como delegados de polícia, promotores de justiça, juízes de direito e até mesmo setores da advocacia, continue sendo exercida, dia após dia, como se tudo estivesse bem com os resultados obtidos por esse sistema.

É difícil deixar de indagar-se: de que maneira pode ser razoável ler como se fosse a realidade cotidiana presente o discurso do saber penal – repetido nas academias, fóruns e tribunais, etc. – exaltando fórmulas garantidoras de direitos individuais que raramente alcançam concretude prática? Como crer nas promessas de igualdade, proteção, justiça, recuperação de indivíduos? Tudo isso como se essas práticas discursivas fossem a mais exata reprodução da realidade, quando se percebe, da mais comezinha observação empírica, que tais postulados estão muito longe daquilo que se pratica e que se produz. Como se pode repeti-los nos livros, nas aulas, nas petições, nos pareceres e nas decisões, como se não se constatasse que essa é uma pretensa expectativa que nunca se realizou e não tem possibilidade de efetivar-se?

E, por outro lado, como é concebível receber os discursos críticos como os de Foucault, que retratam com a crueza e dureza da realidade que se mostra, a cada instante a quem tiver o cuidado para vê-la, como se fossem uma fantasia? Essa percepção e demonstração da distância existente entre os enunciados do discurso jurídico-penal e o concreto exercício do poder punitivo, são tratados cotidianamente nos meios jurídicos como se fossem uma divagação apenas para ser analisada teoricamente em discussões acadêmicas, sem nunca serem utilizadas nas práticas jurídicas, no procedimento das imposições de castigos legais.

Para se realizar uma síntese em uma frase do espanto e aversão em relação ao fenômeno aqui pesquisado: como os operadores do sistema penal podem tratar o imaginado como se fosse a realidade e a realidade como se fosse uma fantasia?

Por conta desse estado de coisas que se procurou elaborar este trabalho, para buscar a compreensão de como isso pode ocorrer tão “normalmente” (e esta parece mesmo ser a palavra), em nossa sociedade; e também para tentar despertar o mesmo espanto e aversão naqueles que vierem a ter contato com este texto; pretendendo contribuir para que a percepção daquilo que se exerce e que ocorre na normalização destas práticas judiciárias prevaleça sobre a racionalidade que a

justifica e, por isso mesmo, permite sua aplicação; e que, a partir dessa crítica, possam ser vislumbradas mudanças que possibilitem, de alguma forma, alterar sistemas de verdades que produzem injustiça, desigualdade e sofrimento há duzentos anos.

Dessa forma, definiu-se como objeto desta análise a constituição do sujeito operador do direito penal, pois, o sistema penal seria inerte e nada produziria não fosse sua atuação prática. São os profissionais do direito que atuam na área penal os responsáveis por dar concretude ao sistema penal e que produzem ou legitimam as prisões e suas consequências – já mencionadas e que serão ainda detalhadas ao longo deste trabalho. Quando agem a partir da normalização à qual são submetidos e das técnicas que os constitui como sujeitos, efetivando práticas punitivas, produzem e reproduzem um efeito bastante diferente do declarado pelo saber penal, materializam as distorções.

Como e por que ocorre esta prática que produz a transformação entre os fins assumidos do saber penal e os resultados efetivamente produzidos, somente pode ser entendido com o estudo das táticas que constituem esses profissionais e faz com que eles assumam tais formas de atuar. Como expõe Michel de Certeau (1991, p. 111), são “maneiras de pensar investidas em maneiras de fazer [que] constituem um caso estranho – das relações que tais práticas mantêm com teorias.” Trata-se de práticas fundadas e permeadas por “detalhes tecnológicos, processos ínfimos e decisivos. Acabam vencendo a teoria [...] se instala em toda a parte o ‘penitenciário’ no lugar da justiça penal.” (Idem, p. 112)

A importância da investigação sobre a constituição do sujeito que por meio de suas práticas profissionais produz as acusações e as condenações do sistema punitivo legalizado, parece ser bastante justificada, principalmente, em face do que afirma Foucault (2006, pp. 337-338) ao comentar, em uma mesa redonda, a respeito de seu livro “Vigiar e punir”, quando refere que

Nesse trabalho sobre as prisões, como em outros, o alvo, o ponto de ataque da análise eram não as “instituições”, as “teorias” ou uma “ideologia”, mas “práticas – e isso para apreender as condições que em um momento dado as tornaram aceitáveis: sendo a hipótese de que os tipos de práticas não são apenas comandados pela instituição, prescritos pela ideologia ou guiados pelas circunstâncias – seja qual for o papel de uns e outros – mas que eles tem, até certo

ponto, sua própria regularidade, sua lógica, sua estratégia, sua evidência, sua “razão”. Trata-se de fazer a análise de um ‘regime de práticas’ – as práticas sendo consideradas como o lugar do encadeamento do que se diz e do que se faz, das regras que se impõe e das razões se dão, dos projetos e evidências.

Na intenção de alcançar esse escopo, na primeira parte, primeiro capítulo, trabalha-se a ideia do sujeito como constructo da relação entre saberes e poderes atuantes em uma determinada época, utilizando-se principalmente das lentes proporcionadas pela análise genealógica foucaultiana; a partir desse ponto, expõe-se a distância existente entre os objetivos programáticos do discurso penal moderno em relação àqueles obtidos em seu efetivo funcionamento e, como os fatores envolvidos nessa atividade e os mencionados resultados que produz, podem ser fatores fundamentais na constituição dos próprios sujeitos que põem em funcionamento esse dispositivo de poder, nele operando.

Para tanto, pareceu inafastável a exposição sobre o aparecimento da prisão e sua utilização, em substituição aos suplícios, como pena central do sistema punitivo contemporâneo; fenômeno este que parece não decorrer das ideias expressas pelos chamados reformadores do século XVIII. Pretendeu-se compreender e mostrar quais são os interesses que estão envolvidos nessa adoção, que não se cinge a uma mera forma de castigar, mas sim, atender a uma plêiade de interesses muito mais complexos, reunindo em uma até então inusitada forma institucional de pena, o exercício de funções que seriam alheias à ideia inicial de punição, tais como: a possibilidade de objetificação do homem e seu estudo e, principalmente, a fabricação de uma “alma” nos indivíduos, sua docilização e a maneira mais efetiva torná-los úteis e produtivos⁸.

Já no segundo capítulo, demonstra-se que essa nova modalidade de poder punitivo legal se utiliza das estratégias da disciplina como tecnologia política, através de suas táticas de vigilância, controles, ordenações, exames, que atuam sobre o corpo do indivíduo e se inserem insidiosamente nas mais diversas instituições, expandindo-se para a sociedade como um todo, a partir do século XVIII,

⁸E aqui já aparece o primeiro grande diferencial da análise de Foucault, que percebe não apenas a conexão da punição com os mecanismos de produção material, como fazem os demais críticos do sistema penal, mas vai além, observando o exercício microfísico do poder sobre os corpos dos indivíduos.

reconfigurando-a completamente, de cima a baixo e lateralmente. Estuda-se ainda, a norma no sentido foucaultiano, que se afasta do conceito jurídico de norma; demonstra-se que na filosofia de Foucault, norma é, em um primeiro momento, uma maneira de produzir separação entre o que se pretende seja considerado “normal” e “anormal” (sejam objetos, sujeitos, comportamentos); e, em um segundo momento, uma maneira de, a partir dessas separações, produzir comportamentos, sujeitos, conhecimentos, enfim, é uma estratégia de funcionamento positivo, produtivo da norma, tem-se então a “normalização”.

Finalmente, e por consequência, cuida-se de analisar o Panóptico, ideia que foi trazida por um dos reformadores, Jeremy Bentham, como modelo ideal de edificação para contenção e observação de indivíduos; esse modelo é utilizado por Foucault como demonstração de uma perfeita construção para instituições disciplinares, onde aqueles que exercem o poder estrategicamente teriam muito mais possibilidades de ver, vigiar, sem serem vistos, além de obterem informações para a formação de saberes. Demonstra-se ser o Panóptico, também, uma metáfora da atuação das disciplinas na sociedade, que aos poucos saem das instituições e se capilarizam nas relações sociais.

Entre os vários aspectos dessas práticas disciplinadoras e normalizadoras estão as funções da pena de encarceramento e da instituição penitenciária, como alguns dos mais importantes instrumentos produtores de divisões sociais e de assujeitamento dos indivíduos⁹.

Dessa forma, chega-se ao terceiro e último capítulo dessa primeira parte. Inicia-se analisando o estreito relacionamento pessoal que Michel Foucault teve com as prisões, os prisioneiros e seus familiares. Demonstra-se que isso ocorreu por meio do Grupo de Informação sobre as Prisões - GIP, movimento em relação ao qual Foucault foi um dos fundadores e ativo militante. Por meio dessa militância agrega-se à sua técnica de investigação filosófica um amplo conhecimento prático da realidade prisional; esse conhecimento impacta profundamente Foucault. Como se demonstra no trabalho, o grupo, iniciado para dar publicidade à situação de prisioneiros políticos, acaba voltando sua ação para os prisioneiros comuns e

⁹ Vale ressaltar que Foucault teve um estreito contato com a realidade prisional, a partir de sua ativa participação na fundação e por sua militância no *Groupe d'Information sur les Prisons* (Grupo de Informação sobre as Prisões- GIP) no começo dos anos 1970.

provocando uma grande modificação na visibilidade e nas condições das prisões, dando voz aos prisioneiros e às suas famílias.

Na sequência, estuda-se o que Foucault chama de “contradireito”, onde as disciplinas se implantam arditamente no direito e pautam a sua aplicação, sob o discurso de uma forma legalista que estaria apoiada nas ideias da soberania política, mas que, em verdade, subvertem essa teoria, e que dá existência, como se entende neste trabalho, ao “contradireito penal”. O contradireito penal, com seu conteúdo disciplinar de caráter moralizante, trata-se de uma instrumentalização do direito penal que, em grande parte, determina as práticas judiciárias penais modernas, nas quais aparecem decisões que não se atêm ao caráter de punição – teoricamente aquele inerente à pena. Por meio do contradireito penal, muitas vezes, o agente do Ministério Público faz a persecução penal e o juiz julga não apenas o ato considerado penalmente ilícito e sua lesividade social, mas exercem esses operadores do direito penal funções de censores da moral, convertem-se em gestores diferenciais dos ilegalismos. O juiz criminal, em muitas ocasiões, apoiado em opiniões de psicólogos, psiquiatras, etc, sentencia com a finalidade de “curar” ou “corrigir” moralmente um comportamento.

Valendo-se do exame realizado por Foucault a respeito das ilegalidades e ilegalismos, procura mostrar-se a existência de uma divisão de condutas entre aquelas toleradas e até estimuladas na sociedade burguesa, embora sejam vedadas pela lei, e outras fortemente reprimidas, num jogo da “economia” da punição que interessa à classe que exerce o poder em situação estrategicamente privilegiada; também são demonstradas algumas consequências concretas geradas pela penitenciária sobre os indivíduos, os reais interesses que movem o sistema penal e, decorrendo disso, como a ideia de seu insucesso, na verdade, é uma constatação equivocada, vez que os escopos efetivamente pretendidos, mas não confessados, são obtidos através dessa atuação acrítica de seus operadores e dos resultados efetivos que produz.

Dessa maneira, procura-se deixar visível, nessa primeira parte, como funcionam as tecnologias disciplinares, úteis à classe que detém posições estrategicamente privilegiadas no exercício do poder das sociedades burguesas modernas. Essas tecnologias que incidem sobre todos os indivíduos de uma sociedade, também alcançam – por evidente – os operadores do direito que dessa

sociedade são recrutados, apresentando-lhes as verdades produzidas por esta racionalidade imanente a estas práticas divisórias e construindo suas almas e, por isso mesmo, conduzindo suas atuações.

Passa-se, então, para a segunda parte do trabalho. Em seu quarto capítulo, partindo da constatação de Foucault (2018a, p. 22) que não se pode exercer o poder sem uma correspondente economia de discursos e produção da verdade, demonstra-se a legitimação conferida ao direito penal por outros discursos teóricos, para além do saber penal; isso, ainda antes mesmo das práticas punitivas legalizadas serem exercidas. As práticas penais discursivas e não discursivas, quando se veem materializadas na realidade social, contam, no sistema punitivo moderno, com a adesão de saberes como a medicina, a psiquiatria, a psicologia, entre outros, a lhes dar suporte e a legitimá-los, aspecto já demonstrado na primeira parte. Porém, ainda enquanto discurso, pode constatar-se que outros saberes têm grande importância no sentido de validar o discurso penal a priori, fundamentando logicamente o sistema punitivo. Parafraseando Candioto (2020, p. 144), é possível dizer que, da mesma maneira que os poderes políticos buscam sua justificação e seu fundamento em uma doutrina filosófica, também o poder punitivo legalizado se apoia filosoficamente. Entre esses discursos, que são vetores na produção da verdade e, por isso mesmo, participam na constituição do sujeito que vem a ser operador do sistema penal, destacam-se pensamentos políticos-filosóficos como o movimento Iluminista e a teoria contratualista.

Por isso, sempre lembrando mostrar Foucault (1999, p. 183) que as luzes trouxeram em seu subsolo as disciplinas, analisa-se, figurativamente, alguns aspectos do movimento Iluminista surgido a partir de ideias filosóficas, racionalistas e científicas dos séculos XVI e XVII, expressando-se, completamente, no século XVIII. No aspecto filosófico-político destaca-se o fato de romper com as ideias de origem divina do poder soberano. Kantorowicz (1998, pp. 305-306) mostra que, segundo o pensamento de origem teológica em relação ao poder do soberano, eram atribuídos dois corpos ao rei, um corpo físico e finito, e outro corpo político e imortal, advindo de sua coroação e que se transmitia a seu sucessor. O Iluminismo postula a necessidade de serem superadas as trevas desse tipo de pensamento místico, que deveria ser iluminado pela razão. Seu apelo político mais importante foi no sentido da necessidade de serem abolidos os governos absolutistas e os privilégios

de classes deles decorrentes, que separavam a sociedade em estamentos, havendo vantagens para a nobreza e o clero, e ônus para o estamento majoritário, o povo.

Como mostra Foucault (2011, p. 279), o primeiro discurso contra a suposta origem divina do direito dos monarcas absolutistas encontra-se no livro “O Príncipe”, de Maquiavel (2020, pp. 96-101), obra que marca uma dissidência de pensamento que surgia. A burguesia mostra-se como a principal força social a encampar os postulados iluministas, pois, a superação do modelo estamentário, com a aplicação dos princípios de liberdade, igualdade e direito de propriedade eram importantes para o desenvolvimento de seus negócios; contou com a adesão do povo para sustentar seu movimento. A partir da união desses pensamentos políticos-filosóficos com as forças materiais, desencadearam-se várias revoluções, das quais, a mais importante, pela sua repercussão internacional que expande os postulados iluministas para o mundo, foi a Revolução Francesa. Seu conhecido lema era: *Liberté, Égalité, Fraternité* (Liberdade, Igualdade, Fraternidade). Observa-se no trabalho, contudo, que a liberdade preconizada pelos intelectuais e burgueses que foram vitoriosos nessa revolução, tratava-se de mera liberdade negativa; que consiste, conforme Bobbio (1997, p. 49), na liberdade de fazer tudo o que a lei não proíbe, não significando liberdade material, autonomia. Já a igualdade proposta, refere-se, tão somente à igualdade formal, vale dizer, igualdade “perante a lei”, em nada se aproximando de uma igualdade material, de condições de vida. O conceito de fraternidade constante do lema, como se verá do texto, é estranho aos postulados burgueses, consistindo em um elemento catalisador de adesão da população à Revolução.

Percebe-se que os operadores do sistema repressivo moderno assimilam, como fundamentos discursivos que informam suas práticas, os referidos princípios iluministas de igualdade e liberdade, e exatamente em seus sentidos restritos e já explicitados; assim como a defesa da propriedade. Dessa forma, efetuam um funcionamento do sistema punitivo que propicia proteção ao capitalismo e, portanto, à burguesia. Protegendo apenas liberdade negativa e defendendo a igualdade meramente formal, bem como garantindo, incondicionalmente, a propriedade privada, asseguram esses profissionais que se concretize a repressão à maior parcela do povo, que não dispõe de condições materiais suficientes para uma vida digna. Em outras palavras, realizam o gerenciamento das desigualdades materiais

presentes na população por meio do sistema penal. Essas práticas, nas sociedades capitalistas modernas, dão ensejo à manutenção e expansão dessa flagrante ausência de isonomia material, às custas de uma grande carga de sofrimento imposta à população mais frágil.

Como essas condutas dos operadores do direito ocorrem por falta de adoção de uma atitude crítica, ainda no item que se discute o Iluminismo, lembra-se que um de seus mais destacados pensadores, Kant (2008, p. 88), em seu texto *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung* (“Respondendo à pergunta: o que é esclarecimento”), afirma, em síntese, que o Esclarecimento, ou Iluminismo, “é a saída do homem da condição de menoridade autoimposta.” Em seguida, traz-se a análise de Foucault (2018c), quando de sua palestra proferida na Sociedade Francesa de Filosofia *Qu’est-ce que la critique? Critique et Aufklärung* (O que é a crítica? Crítica e *Aufklärung*); nela o pensador francês mostra que, mesmo nesse texto kantiano que propõe ao homem a saída da menoridade pelo uso dos saberes, podem ser encontrados obstáculos ao exercício da crítica. Isso pode dar-se pelo excesso de confiança depositado nos saberes formais, que produzem a verdade; assim como pelo excesso de poder produzido a partir desses saberes.

Exatamente essa é a posição que se procura demonstrar no presente trabalho, nesse ponto, quando se fala da influência do iluminismo na prática punitiva desenvolvida pelos profissionais do direito penal: o excesso de confiança dos operadores do direito nos discursos de saber e o excesso de poder punitivo que decorre dessa confiança excessiva, que leva a uma prática sem o exercício da atitude crítica.

Resta esclarecer, desde logo, que a atitude crítica esperada do operador do direito penal – a qual se mencionará ao longo de todo o trabalho – refere-se à adoção, como mostra Foucault (2018c, pp. 3-4), de “uma sorte de forma cultural geral, ao mesmo tempo atitude moral e política, maneira de pensar etc, e que eu chamaria simplesmente arte de não ser governado ou ainda arte de não ser governado assim e a esse preço. E eu proporia então, [...] esta caracterização geral: a arte de não de tal forma governado”. Essa maneira de pensar, de dizer, de agir para não ser governado de determinada forma, devem consistir em esforços a serem exercidos por esse profissional para que se oponha, ou para que trave lutas, como diz Foucault (1995, p. 235)

contra as formas de dominação (étnica, social e religiosa); contra as formas de exploração que separam os indivíduos daquilo que eles produzem; ou contra aquilo que liga o indivíduo a si mesmo e o submete, desse modo, aos outros (lutas contra a sujeição, contra as formas de subjetivação e submissão).

No caso do operador do direito penal, para que atue de modo crítico – como se pretende contribuir com este trabalho – parece prevalecer a necessidade das lutas contra a sujeição dos processos de normalização. Para essa finalidade, ele necessita identificar as técnicas e táticas disciplinares que atuam na sociedade; mas não só, precisa também não se deixar governar da maneira que interessa aos segmentos privilegiados; ou por determinados agentes; ou ainda, sob o regime de verdade que se pretende ver estabelecido em dada sociedade. Em outras palavras, que reconheça e se oponha à governamentalidade; contra esses pontos de exercício de poder ofereça resistência; especialmente, que reflita sobre os limites que devem ser observados para as práticas do poder político punitivo. A atitude crítica pode ser, portanto, uma *techné*, uma arte ou técnica plural que envolve uma contraconduta ou contra-comportamento diante de uma normalização disciplinar assim como ou de uma regulação biopolítica; uma forma de resistência que se furte ou se subtraia aos propósitos dessas estratégias de exercício do poder. Exercendo a atitude crítica, o profissional do sistema punitivo não participará, sem questionar, da maquinaria da normalização disciplinar, como se não houvesse outra possibilidade, senão segui-la. Jamais se acomodará a um excesso de obediência às regulações biopolíticas, chegando, inclusive à contraconduta da desobediência. Essas são algumas formas de adoção de atitude crítica, atitude essa em relação à qual se pretende estimular e contribuir com o presente trabalho.

Assim, consignado o esclarecimento sobre o que significa atitude crítica em seu sentido adotado neste texto e, retornando à sequência do trabalho, observa-se que concluída a reflexão a respeito do Iluminismo para os fins necessários neste texto, no item subsequente aborda-se a teoria contratualista. Embora esse tema seja tangenciado na primeira parte, isso é feito apenas na medida necessária para iluminar o assunto específico que ali se comenta. Já na segunda parte o estudo do contratualismo é feito de maneira um pouco mais detida, por tratar-se de pensamento que fundamenta teoricamente a existência das sociedades civis

organizadas e com forte presença na legitimação do discurso do saber penal. Segundo o contratualismo, um suposto pacto social firmado livremente entre os componentes de dada sociedade daria causa ao nascimento dessa. Aduzem ainda os teóricos desse pensamento que, antes disso, haveria o que denominam de estado de natureza.

Foucault (2015, p. 31) mostra essa perspectiva da punição sob os pressupostos contratualistas, e especialmente sob a perspectiva rousseauiana¹⁰, quando fala sobre a ideia, surgida a partir do século XVIII, do criminoso como “inimigo social” e do crime como “aquilo que prejudica a sociedade, ou seja, de que é um gesto por meio do qual o indivíduo, rompendo o pacto social que o liga aos outros, entra em guerra com sua própria sociedade.” De maneira que, dessa análise esquemática dos principais postulados do contrato social, percebe-se sua importância na produção da verdade que informa a prática dos operadores do direito penal moderno. Esse regime de verdade, ressaltando as proposições contratualistas que afirmam a liberdade e igualdade de todos, permitindo compreender o indivíduo que comete crime como alguém que, livre e espontaneamente, rompe o pacto, merecendo, portanto, a punição, é um dos fundamentos de atuação dos operadores do direito.

Observa-se, ainda, que dessa verdade produzida, emerge como possível utilizar-se o sistema penal como dispositivo de controle social, dando lugar ao que Foucault (2015, p. 129) chamou de “sociedade punitiva”. Esse discurso também permite a instituição da ação penal pública manejada obrigatoriamente pelo procurador contra o “inimigo social”, pois este, como mencionado, agiria não em prejuízo apenas de uma vítima específica, mas contra toda a sociedade (FOUCAULT, 2015, p. 35). Lembrando-se da lição de Foucault (2015, p. 153), no sentido que mais importante que os enunciados dos discursos, são suas consequências materiais, conclui-se pela importância estratégica que possui a teoria contratualista ao orientar a prática dos operadores do direito.

¹⁰ Para Rousseau (1999, pp. 101-102) o Estado tem o direito de punir, inclusive com a morte, aquele que comete crimes pois, segundo o pensador suíço, o indivíduo que assim procede é um traidor da pátria, rompe o pacto social, declara guerra à sociedade e torna-se um inimigo público, sendo sua existência incompatível com a conservação do Estado.

Realiza-se, na sequência, o exame mais detido do surgimento do “inimigo social”. Os discursos a esse respeito, que se iniciam ainda na época do liberalismo clássico, permitem estimular e justificar a reação da sociedade, na forma de punição ou eliminação, contra aquele indivíduo que supostamente a agride; vale dizer, essa figura valida o discurso de contraguerra em relação àquele que estaria promovendo guerra à sociedade.

Foucault (2015, p. 46) demonstra surgirem, entre os fisiocratas¹¹, ideias de qualificar o “vagabundo” – representados por aqueles indivíduos sem trabalho definido e sem residência fixa – como os inimigos que prejudicavam a economia e, portanto, a sociedade; por isso, mereceriam ser caçados e eliminados. O inimigo social, entendido como um ser errante, prejudicial e violento, permite a articulação dos discursos utilitaristas dos reformadores com a paradoxal adoção da pena de prisão, com seu conteúdo penitenciário, disciplinador e moralizante, como bem identifica Foucault (2015, p. 61). Essa articulação se dá por ser útil ao funcionamento capitalista, possibilitando, especialmente, a gestão diferencial dos ilegalismos (FOUCAULT, 2015, p. 138).

Passa-se, então, ao quinto capítulo da segunda parte. Nesse, expõem-se e analisam-se as questões do biopoder e da governamentalidade e suas relações com as práticas punitivas. Para tanto, inicia-se tratando dessa outra técnica da economia de poder, indispensável ao desenvolvimento do capitalismo e desvendada por Foucault (2005, p. 132), que surge sucessivamente às disciplinas e a elas se acrescenta e incide de maneira correlata: o biopoder. Por meio do biopoder o aspecto biológico entra no campo do político, atuando agora não mais sobre o indivíduo isoladamente, mas sobre uma população, uma sociedade tomada em seu conjunto e, mais especificamente, sobre os fenômenos da vida dessa população.

Utiliza-se o biopoder de mecanismos tais como as estatísticas, os cálculos, a vigilância, para regular e transformar a vida dessa massa populacional sobre a qual incide. Mostra-se que, enquanto pelas disciplinas atua-se numa “anátomo-política

¹¹ Importante lembrar que “os fisiocratas, também conhecidos com a denominação de primeiros ‘economistas’, formavam um grupo de pensadores favoráveis ao livre-câmbio, à liberdade de comércio de grãos e, de modo mais geral, ao liberalismo econômico. Sua designação é um neologismo que, como símbolo de seu fundamento ideológico, expressa a ideia de um reino (-*crat*) da ordem natural (-*phiso*). Provém da coletânea publicada por Pierre-Samuel Du Pont de Nemours em 1768, *Physiocratie ou Constitution naturelle du gouvernement le plus avantageux au genre humain*, Liden-Paris, Merlin, 1768.” (FOUCAULT, 2015, p. 53)

do corpo humano”, por meio do biopoder e seus controles reguladores dos processos de vida de uma coletividade, realiza-se a “biopolítica da população”. Com o biopoder, esclarece Foucault (2005, p. 130), “o velho direito de *causar a morte* ou *deixar viver* foi substituído por um poder de *causar a vida* ou *devolver à morte*.” – Grifos originais.

O biopoder, contudo, como dito acima, não substituí as táticas disciplinares, mas com elas combina-se; são como duas faces de uma moeda, atuando de maneira simultânea, concertando os instrumentos de controle. Servindo-se como exemplo do castigo penal, Foucault (2008b, p. 11) mostra que o surgimento e predominância de uma determinada forma de controle não faz com que as mais antigas desapareçam, mas incorpora-as, tornando-se assim mais complexa, mais eficiente e útil. Pelo ajuste dessas técnicas o poder incide, como observa Oswaldo Giacoia Junior (2008, p. 188) sobre a “vida em geral, com o polo do corpo e o polo da população.”

Trata-se, ainda nesse item, do fato que, ao contrário das disciplinas, o biopoder não atua em instituições fechadas, mas incide em campo aberto, buscando os padrões mais favoráveis, procurando aumentar os pontos que sejam positivos e diminuir os que sejam negativos ao seu exercício pela classe dominante. Por isso mesmo, no âmbito do biopoder a norma não existe previamente; padrões de normalidade aceitáveis são definidos a partir da observação da população e, com base nos dados obtidos, estabelece-se o normal, realiza-se a normalização.

O biopoder tem como seu instrumento principal os mecanismos de segurança e, por isso, ele dá lugar à sociedade de segurança. É, de regra, exercido pelo Estado – mas não exclusivamente. Discute-se, então, o surgimento do que Foucault (2008b, p. 119) chama de “governo do Estado” ou “governo sob sua forma política”; busca-se nesse pensador as explicações do surgimento de um modelo que, deixando a forma primitiva adotada na Idade Média, passa a preocupar-se com o governo focado no Estado. Constata-se surgir o governo político do Estado a partir do “desenvolvimento de uma ciência de governo e uma concepção diferente da economia, não mais centradas no modelo da família” (CANDIOTTO, 2010, p. 38), mas que incorpora técnicas de estatística no controle de fenômenos próprios das populações, como nascimentos, doenças, mortes, etc.

Nessa nova forma emerge uma razão que orienta os governos, chamada por Foucault (2008a, p. 432) de governamentalidade, no sentido de “princípio e método de racionalização do exercício do governo”. Identifica Foucault (idem, p. 431) ter sido no liberalismo que esses problemas de governo de populações, de “conjunto de viventes [...] apareceram e adquiriram sua acuidade”; assim, as questões de governamentalidade são vinculadas, principalmente, a razão de governo liberal.

Antes de tratar especificamente do liberalismo, Foucault (2008b, p.145) define as três grandes formas de exercício de poder do Ocidente: as sociedades de leis, ainda numa territorialidade de tipo feudal; o Estado administrativo, como uma territorialidade de fronteiras e uma sociedade marcada por regulamentos e disciplinas e; finalmente, os Estados de governo da massa da população, não sendo mais a territorialidade o objeto essencial, mas, sim, a população e suas relações, que é operada pelo saber econômico e controlada pelos dispositivos de segurança.

Quando surge, por volta do final século XVII e início do XVIII, a governamentalidade é orientada como razão de Estado, fundamentada juridicamente no contratualismo, tendo por objetivo a melhor forma de existência do Estado; este é a finalidade do governo. Com o objetivo de promover o fortalecimento e melhora do Estado, a governamentalidade desse período, chamada por Foucault (2008a, p. 433) de “razão de Estado”, dá-se em dois aspectos: nas relações externas e na administração interna. Em relação às questões externas, surgem as diplomacias permanentes e exércitos fortes, buscando uma limitação das relações internacionais. Já no aspecto interno, a atuação é no sentido de melhorar as condições de vida da população; visa também aumentar e fortalecer essa população. Para tanto surge a instituição da polícia, que não era vinculada ao judiciário, mas sim, uma forma do rei intervir diretamente na vida dos seus súditos. Conforme menciona Foucault (2008b, pp. 439-440), a polícia abrangia um domínio que ia do “viver ao mais que viver. [...] Consolidar e aumentar a força do Estado, fazer bom uso das forças do Estado, proporcionar a felicidade dos súditos, é essa articulação que é específica da polícia”.

Esse modelo de governamentalidade, contudo, passa ser questionado pelos economistas, especialmente pelos fisiocratas, que se contrapõem a essa racionalidade política, contestando a ideia de a população ser considerada um fim em si mesma e divergindo da interferência que se realizava no sentido de melhorar

as condições dela; eram contrários, também, à prática do controle de preços; e, ainda, à pretensão de se tomar o fortalecimento e desenvolvimento do Estado como o objetivo principal. Postulavam que o Estado deveria ser apenas um ente que garantisse as livres trocas comerciais sendo a população a única responsável por sua própria felicidade, sem intervenção estatal. Dessa forma, com fundamento nos princípios de economia política e buscando-se “nas leis naturais de mercado” o local de “veridicção”, pretendem impor limites ao poder do Estado e ao governo, dando lugar ao surgimento daquilo que Foucault (2008b, p. 84-85) identifica como governamentalidade liberal. E o liberalismo é, como identifica Foucault (2008a, p. 30) e menciona Senellart, (2008, p. 442), a “condição de inteligibilidade da biopolítica”.

O governo liberal não administra coisas em si, mas gere interesses com o fim de realizar ações úteis. Isso ocorre, inclusive, no campo das punições, como mostra Foucault (2008a, p. 63), a punição deve fundamentar-se apenas no jogo dos interesses dos outros, da sociedade; devem ser feitas perguntas como: “Interessa punir? Que interesse há em punir? Que forma a punição deve ter para que seja interessante para a sociedade? Interessa supliciar ou o que interessa é reeducar? E reeducar como, até que ponto, etc., quanto vai custar?”

Nesse tipo de razão de governo a instituição de polícia deixa de ter a atuação ilimitada e com finalidade de propiciar as melhores condições de vida à população e assume suas características apenas negativas, de vigilância e repressão, as quais se mantêm até os dias atuais. De se destacar, finalmente, que o modelo liberal para possibilitar o funcionamento de seus dispositivos de vigilância e segurança precisa criar uma cultura do perigo, necessita fomentar o medo das mais diversas naturezas, medo de doenças, da degenerescência, da criminalidade. Coloca os indivíduos em situação na qual sentem-se em perigo constante. Todos esses aspectos do liberalismo são fatores que participam na produção da verdade que, entre outros efeitos, informa a prática jurídica-penal. Na prática punitiva, tem o efeito de aumentar sua incidência e intensificar seu rigor, potencializando seus efeitos deletérios sobre as parcelas populacionais vulneráveis, como se demonstra no trabalho, quando da análise dos aspectos da punição em sociedades neoliberais.

O tema do neoliberalismo é analisado seguindo os passos de Foucault (2008a, pp. 179 e ss.), que demonstra ter surgido a partir do pensamento de teóricos alemães que publicavam seus trabalhos por meio da revista *Ordo*, sendo por isso

chamado de ordoliberalismo. Além das restrições às intervenções do governo no mercado, como já preconizava o liberalismo, essa nova razão governamental pretende que as ações estatais se resumam a regular e ordenar o mercado, sem fazer qualquer intervenção na dinâmica social, abstendo-se de intervir, por exemplo, em situações de desemprego ou preocupar-se com os efeitos nocivos que o mercado venha a produzir na sociedade. Preconiza a adoção da forma empresa para toda a sociedade.

Já o neoliberalismo americano é analisado por Foucault (2008a, pp. 297 e ss.) sob o aspecto do desenvolvimento do capital humano e da criminalidade. Mostra o pensador que o indivíduo, considerado como *homo oeconomicus*, é tomado como a grade de inteligibilidade do funcionamento da sociedade. No aspecto do capital humano, segundo essa racionalidade, o indivíduo deve investir em suas potencialidades e considerar suas possibilidades de gerar renda, prospectando situações presentes e futuras que possam influenciar na variação dessa renda; deve levar em consideração, inclusive, o investimento no capital humano de seus descendentes, considerando aspectos como as uniões com vistas à reprodução, a relação familiar, a educação e a saúde dos filhos, etc. Isso, segundo percebe Foucault (2008a, p. 314) pode gerar influências geneticistas e racistas nesse planejamento. Essa forma de pensar o governo e a sociedade, como se analisa no texto, influi na forma pela qual se dá a constituição dos operadores do direito como sujeitos, pois estes veem-se premidos a adequar-se a essa perspectiva de *homo oeconomicus*.

Do ponto de vista da análise da criminalidade, que se vincula de maneira mais próxima ao objeto problematizado neste trabalho, Foucault (2008a, p. 339) parte da constatação que os liberais clássicos pretendiam obter finalidades utilitárias e econômicas com a punição constituindo a figura do *homo penalis*, sobre o qual a punição recairia simplesmente pela aplicação da lei. Tal objetivo, contudo, se viu distorcido com a introdução de outros saberes nas práticas penais, dando lugar ao surgimento do *homo criminalis*, passando-se a tratar mais do indivíduo em si que do ato ilícito cometido; com isso, perdeu-se celeridade, eficácia e aumentou o custo da punição.

Refere-se o filósofo, então, ao pensamento do neoliberal Gary Becker, o qual afirma ter sido equivocada a postura dos reformistas pelo fato de terem esses

pretendido realizar a punição por seu aspecto jurídico; para Becker o exercício punitivo deve ser realizado simplesmente utilizando-se dos princípios que informam o mercado, vale dizer, observando-se simplesmente o indivíduo e sua conduta do ponto de vista econômico. De maneira que se deve considerar o indivíduo, também para efeitos de punição, apenas como *homo oeconomicus*, que faria o cálculo dos riscos da prática de um crime em relação aos benefícios que esse lhe traria; nessa perspectiva, propõe a governamentalidade neoliberal aquilo que Foucault (2008a, p. 350) chama de “enforço da lei”¹², referindo-se a uma “otimização” das punições, a serem aplicadas com maior celeridade e rigor; da mesma forma, a execução desses castigos legais deveria ser realizada com a máxima eficiência e dureza. Essas ações teriam como objetivo “onerar” a prática de ilícitos e, assim, desestimulá-los nesse jogo de custo-benefício. Essa visão simplista de Becker e dos neoliberais é criticada neste trabalho, quando se aborda a teoria da punição neoliberal.

Os efeitos supostamente libertadores apresentados pela teoria neoliberal, porém, nunca se realizaram. O neoliberalismo que veio a se implantar de maneira prática no mundo em período quase coincidente com a morte de Foucault – à exceção do que ocorreu no Chile, contudo, sem impacto no panorama mundial – não correspondeu, como se demonstra, às ideias de concretização de maior liberdade e menos punição. O neoliberalismo em sua forma real, nem se aproximou dos postulados teóricos difundidos por um dos expoentes dessa razão de governo, que foi Friedrich von Hayek. Esse teórico neoliberal falava em valores como a luta pela liberdade de conduzir a vida de acordo com as próprias ideias; a conquista da liberdade política a partir da liberdade econômica, entre outros valores supostamente emancipatórios dos indivíduos (HAYEK, 2010, pp. 32-42).

¹² Foucault (2008a, p. 348) explica o termo “enforço da lei”, que ele mesmo admite ser um neologismo, nos seguintes termos: “Esses instrumentos de ‘enforço’ da lei’ - perdoem-me o neologismo dessa transcrição - vão ser o que? Pois bem, vão ser a quantidade de punição prevista para cada um dos crimes. Vão ser a importância, a atividade, o zelo, a competência do aparelho encarregado de detectar os crimes. Vão ser a importância, a qualidade do aparelho encarregado de acusar os criminosos e fornecer as provas efetivas de que cometeram o crime. Vão ser a maior ou menor rapidez dos juízes em julgar, a maior ou menor severidade dos juízes nas margens que lhes são dadas pela lei. Vão ser também a maior ou menor eficácia da punição, a maior ou menor invariabilidade da pena aplicada, que a administração penitenciária pode modificar, atenuar, eventualmente agravar. E todo esse conjunto de coisas que constitui o enforço da lei, tudo o que por conseguinte vai responder a oferta de crime como conduta, de que lhes falei, com o que se chama de demanda negativa. O enforço da lei é o conjunto de instrumentos de ação sobre o mercado do crime que opõe à oferta do crime uma demanda negativa.”

Ao contrário das promessas contidas nos seus princípios declarados, as consequências concretas advindas da adoção prática dessa razão de governo foram bastante diversas. Como mostra David Harvey (2008, p. 26), o neoliberalismo proporcionou a acumulação de riqueza nas mãos de pequenos grupos, gerando uma posição extremamente privilegiada aos componentes desses segmentos minoritários que, seguindo a lógica da iniciativa privada e do capitalismo, passaram a exercer o poder em benefício próprio, sem preocupações com o bem comum. A partir dessa situação material excepcionalmente favorável, criaram-se *think tanks* para gerar e dissimular saberes úteis ao exercício do poder pela racionalidade neoliberal; com fundamento em tais saberes e como resultado das práticas com eles articuladas, constituiu-se uma nova “verdade” que estabelece ser o neoliberalismo a única forma racional e eficaz de governar.

Esse modelo, além de concentrar riquezas e, como consequência, aumentar a pobreza nas sociedades onde foi adotado, fomentou o individualismo, a competitividade, a desconfiança e o medo, debilitando, como observam Pierre Dardot e Christian Laval (2016, p. 9), sentimentos de solidariedade e de cidadania. O Estado viu-se minimizado para efeitos de prestações sociais positivas, como políticas públicas de saúde, educação, habitação, entre outras; difundiu-se a ideia de que o Estado não poderia intervir na sociedade. Contudo, continuou havendo intervenção e auxílio estatal, com a injeção de enormes montantes de recursos públicos, para “salvar” grandes conglomerados econômico-financeiros que se encontrassem em dificuldades.

Diante dessa realidade em que alguns poucos já muito ricos aumentam suas fortunas e a maioria do povo empobrece, passando dificuldades cada vez maiores, observa-se a maximização da repressão e da punição legal estatal, em uma atitude frontalmente oposta ao discurso neoliberal, que preconiza um Estado mínimo. Como mostra Harvey (2008, p. 30), criou-se um Estado penal forte e coercitivo, visando a contenção e opressão aos naturais distúrbios sociais surgidos com essa nova configuração social. Percebe-se, assim, que um dos resultados efetivos da racionalidade neoliberal acabou sendo a coexistência de um Estado social mínimo com um Estado penal máximo.

Chega-se à conclusão, por tudo que se examina, que o neoliberalismo não apenas proporciona postulados e instrumentos econômicos que se aplicam ao

governo, configurando uma nova e perversa forma de distribuição de renda; mais que isso, ele dá lugar a uma nova normatividade social. Conforme mostram Dardot e Laval (2016, p. 14), dispendo que a forma empresa deve ser seguida por todos os indivíduos em dada sociedade, estimulando a competição e a luta econômica, a razão neoliberal cria uma norma que obriga seja seguida e constitui subjetividades.

Finalmente, observa-se que a democracia não é um valor fundamental para o neoliberalismo, sendo comum, como constata Candiotta (2020, p. 21) a combinação da “insidiosa economização da vida neoliberal” com o autoritarismo. Nesse sentido, vale lembrar que já afirmou Hayek, em entrevista ao jornal chileno *El Mercurio*, entender que, por vezes, a ditadura poderia ser necessária para o neoliberalismo, e ainda, que preferia uma ditadura liberal que uma democracia sem liberalismo¹³; isso à época em que o Chile se encontrava sob a sangrenta ditadura de Pinochet.

No sexto capítulo da segunda parte, o último do trabalho, cuida-se de analisar a articulação do neoliberalismo com os discursos e as práticas do sistema punitivo e demonstrar como esse imbricamento se apresenta importante no processo de subjetivação ao qual são submetidos os operadores do direito penal. Contudo, antes de ingressar-se no estudo desses engendramentos, pareceu importante coadunar o tema do inimigo social no contexto de uma sociedade onde se exerce o biopoder, como tratado no capítulo anterior. Mostrou-se a possibilidade que ele traz para o poder de exercer a violência em uma sociedade biopolítica, onde o Estado se propõe não a matar, mas a fazer viver.

Nesse contexto, para permitir o exercício da violência e da morte contra determinados segmentos populacionais, desenvolve-se o discurso do racismo que identifica grupos supostamente nocivos à sociedade, que podem e devem ser legitimamente eliminados. Segundo esse discurso, tais parcelas da população “constituem uma espécie de perigo biológico para os outros.” (FOUCAULT, 2005, p. 130). O conceito de racismo, elaborado a partir de uma acepção biologista ampliada, de luta de espécies e vitória do mais adaptado, articula-se muito bem com as ideias

¹³ Ver: “Extracts from an Interview with Friedrich von Hayek (El Mercurio, Chile, 12 April 1981, Santiago de Chile)”. Disponível em: < <https://puntodevistaeconomico.com/2016/12/21/extracts-from-an-interview-with-friedrich-von-hayek-el-mercurio-chile-1981/>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

de inimigo social, como aquelas enunciadas por Le Trosne, citado por Foucault (2015, p. 46), onde o inimigo social era visto como parte de um grupo estranho inserido no interior da sociedade na qual vivia; ou ainda, às ideias de G. Target, para quem havia uma parte ordeira da sociedade que era perturbada por outra, degenerada; estrangeiros porque delinquentes dentro da sociedade (FOUCAULT, 2015, p. 150).

Esses discursos se impõem sobre os demais, estabelecem uma ordem separando a sociedade entre os “cidadãos de bem” e os “vagabundos”; são amplamente difundidos e dão lugar ao “regime de verdade em que vivemos” (CANDIOTTO, 2020, p. 31). Articulando-se com as concepções de racismo e estabelecendo separações sociais, discursos como esse que trata do inimigo social, têm efeito de assujeitamento sobre os indivíduos inseridos nessa sociedade. Dessa forma, a “verdade” sobre o inimigo social é um daqueles elementos que se combinam para a constituição dos operadores do direito penal que exercem suas práticas punitivas sobre a sociedade.

O discurso do inimigo social tem, ainda, como outra de suas consequências a emergência do personagem que se concebe como “cidadão de bem”, cujos valores são referenciados na verdade produzida por esse discurso. Os conceitos de “certo” e “errado” desses indivíduos que se compreendem como “de bem”, se amoldam aos interesses subjetivos que lhe sejam mais convenientes. Separando a sociedade, como percebe Loïc Wacquant (1999, p. 45), entre “eles” e “nós” e entre “bem” e “mal” o “cidadão de bem” não define, de maneira objetiva, o que seja o bem e o mal, mas fixa-se em valores conservadores e reacionários, vendo-se sempre do lado daquilo que ele entende ser “o bem”, exigindo ou, por vezes, exercendo práticas agressivas contra os que considera “do mal”. Pouco lhe importa se essas práticas estão dentro da esfera da legalidade ou não. A ficção do “cidadão de bem” é outra característica que está inserida na verdade que orienta o profissional do sistema punitivo legalizado.

Tais discursos, produtores de regimes de verdade e constituintes dos sujeitos, têm seus enunciados veiculados, como vai se observar ao logo deste trabalho, pelas mais diversas formas possíveis; essa difusão se dá desde a família, passando por toda a trama social, até chegar às academias e a às instituições onde os indivíduos situam-se como profissionais. Há, contudo, mais uma forma de

propagação de enunciados discursivos que merece a análise específica neste trabalho, tal como se fez em relação a outras (como as táticas disciplinares; os discursos de saber, em especial aos discursos políticos-filosóficos; a biopolítica e o neoliberalismo). Trata-se da mídia de massas e sua imensa capacidade de penetração social e produção de verdade.

Como identifica Foucault (1999, p. 237) simultaneamente à adoção da centralidade da forma prisão como punição legal, surge uma imprensa que traz cotidianamente notícias dos crimes ocorridos, estimulando a ideia de perigo e o medo, facilitando a aceitação da fiscalização policial e judicial e criando a imagem da necessidade de uma guerra contra os inimigos; essa imprensa fala sobre os “perigos” dos crimes e as eventuais “vitórias” obtidas. A narrativa da imprensa além de alarmista, é, ainda, reducionista; como observa Alberto Silva Franco (2000, p. 112), reduz a ideia de violência àquela de criminalidade violenta, criando ou aumentando uma sensação de pânico social. Essa narrativa midiática dirige o medo e o ódio gerado na sociedade contra aqueles mesmos grupos já identificados como “inimigos sociais”, compostos pelos segmentos econômico e socialmente vulneráveis, em relação aos quais cria a ideia de necessidade de neutralização, destruição, pois, tal como já entendeu Carl Schmitt (2008, pp. 48-49), em relação ao inimigo não há possibilidade de acordo, a única possibilidade é aniquilá-lo.

O papel da mídia massiva e seus noticiários sobre a criminalidade são fundamentais em uma sociedade biopolítica, onde já não se pretende apenas adestrar e docilizar os indivíduos, mas controlar as massas populacionais. Isso se faz por meio da criação do medo, do funcionamento dos dispositivos de segurança, mas também pela criação de padrões de desejos, sentimentos e comportamentos em amplos segmentos populacionais. A mídia de massas obtém esse efeito, como observa Maurizio Lazzarato (2006, p. 76), agindo a distância, conectando os cérebros como em uma rede e produzindo “o homem enquanto mente”. Mais que divisões de classes, religiosas, etc, as pessoas, agora, formam públicos (LAZZARATO, 2006, p. 78).

Mas esse discurso midiático que fabrica o medo e difunde o ódio contra grupos, que conecta cérebros em rede e forma públicos, não ocorre apenas por meio dos noticiários sobre a criminalidade, seus perigos e sua violência. Como já constataram, na década de 1940, Theodor Adorno e Max Horkheimer, em sua obra

Dialektik der Aufklärung, Philosophische Fragmente (Dialética do Esclarecimento, fragmentos filosóficos, 1985, p. 99), os economicamente mais fortes valem-se também da indústria cultural, por meio de obras de arte para consumo das massas, para propagar o discurso de perigo do crime e necessidade de guerra contra a raça nociva, constituída pelos inimigos sociais. Assim, filmes, seriados, novelas, entre outras formas ficcionais de entretenimento massivo, transportam a mesma mensagem. Não por acaso, a maior parte dessas peças tem um enredo e linguagem simples, padronizados, de fácil entendimento; com uma divisão clara entre o “bem” e o “mal” e com finais previsíveis, onde o que é estabelecido como “bem” sempre triunfa. Ainda quando são obras de gênero não policial propõe a necessidade da luta do que se pretende seja visto como “bem” contra aquilo que é estabelecido como o “mal”.

Todos esses enunciados somam-se, apoiam-se e potencializam-se no sentido de padronizar mentes, pensamentos e condutas, em produzir a verdade que gera um assujeitamento útil ao funcionamento da sociedade de maneira que seja favorável à classe dominante. Essa também é a perspectiva de Lazzarato (2006, p. 171), quando demonstra que esses discursos são instrumentos do poder econômico, assemelhados ao uso que o nazismo fazia do rádio, gerando “microfascismos” por meio de “fluxos de imagens e de sons, capazes de banhar cada gênero de células da sociedade”

Finalmente, lembra-se no trabalho o avanço da internet, celebrada quando de seu surgimento como um espaço virtual livre, onde acreditava-se que as minorias poderiam expressar suas opiniões, dar visibilidade e lutar por suas causas. Essa era a opinião que prevalecia, podendo-se lembrar que assim pensava, por exemplo, Lazzarato quando, em 2004, publicou *Les révolutions du capitalisme* (“As revoluções do capitalismo”) sustentando que a internet viria para libertar os discursos que haviam sido aprisionados e homogeneizados pelas demais formas de comunicação. Se isso de fato aconteceu no início, entretanto, como sempre ocorre no sistema capitalista, também a rede mundial de computadores acabou sendo colonizada por grandes empresas que dão visibilidade apenas aos enunciados produzidos a partir de conglomerados com forte capacidade econômica, tornando invisíveis as manifestações de segmentos populacionais socialmente minoritários.

Dessa forma, a internet acaba potencializando a penetração das notícias e formas de arte massivas portadoras dos discursos interessantes às classes dominantes, as mesmas que já eram veiculadas pelos meios de comunicação em massa tradicionais. Mas a capacidade de produção de verdade pelo discurso da mídia de massas é amplificada pela internet; isso se dá tanto por sua enorme penetração junto à população, quanto pela possibilidade que esse meio massivo desenvolveu de coletar de dados pessoais, utilizando-se de uma série de aplicativos personalizados, como rede sociais, pesquisas de opinião, etc.

Pela rede mundial de computadores tornou-se possível a obtenção de informações individualizadas e privadas a respeito dos públicos formados por seus usuários. Essa possibilidade, engendrada ao posterior tratamento desses dados obtidos, mediante a aplicação de saberes, tais como técnicas estatísticas, algoritmos e inteligência artificial, possibilita a posterior veiculação de enunciados “personalizados” e direcionados “ao gosto” de grupos de consumidores específicos dessas mensagens. Essas técnicas, aliadas à forma pessoal de circulação dos enunciados (que muitas vezes se replica entre conhecidos, parentes ou grupos com afinidades), torna-os portadores de uma capacidade muito maior de convencimento, persuasão e produção de verdade.

Caminhando-se para a conclusão da análise a respeito dos diversos discursos que se tramam na produção da verdade e subjetivação dos operadores do direito penal, compreende-se que há uma complexa combinação das técnicas e táticas disciplinares e biopolíticas, numa governamentalidade neoliberal e com instrumentos de vigilância fornecidos pela tecnologia mais avançada. A presença e atualidade dessas formas trazem a percepção de que as exposições foucaultianas oferecem os melhores instrumentos de análise e compreensão das formas sociais e meios de subjetivação.

A partir dessa perspectiva, ingressa-se nos tópicos derradeiros, onde são analisadas a teoria e a prática do sistema punitivo em época neoliberal. Como já foi demonstrado pela genealogia de Foucault, especialmente em “Vigiar e punir” (1999) e no curso “Sociedade punitiva” (2015), a forma de punição está sempre vinculada às necessidades materiais de dada sociedade, não decorrendo apenas das teorias que as justificam; assim, essa análise pareceu indispensável na compreensão da

constituição da subjetividade do profissional responsável pela imposição dos castigos legais.

O resultado que aparece desse estudo é que, com a drástica piora nas condições de vida e o empobrecimento da maior parte da população, a concentração de riqueza nas mãos de poucos e o desmantelamento dos instrumentos estatais de intervenção em favor de prestações sociais positivas, ocorre um recrudescimento nas práticas repressivas e punitivas. A poder penal mais que nunca é utilizado como gestão da pobreza, dando lugar a um Estado punitivo considerado o mais cruel em tempos de democracia.

Relembra-se, então, a análise da teoria da punição neoliberal realizada por Foucault (2008a, p. 339) e mencionada acima, que percebe terem os ideólogos dessa racionalidade preconizado a utilização do conceito de *homo oeconomicus* também nos critérios definidores da punição, considerando que o crime seria tão somente uma conduta individual voluntária que expõe seu protagonista ao risco de punição; propõe eles que a atuação do Estado, nesse “jogo” de criminalidade e sanção, se dê como uma forma de piorar o custo-punição em face da perspectiva de benefício-lucro do crime. Essa racionalidade simplifica completamente a ideia de criminalidade, dificultando a possibilidade de correta compreensão do fenômeno social “crime”, bem como cria sérios obstáculos para a aplicação das normas jurídicas garantidoras dos direitos individuais e dos princípios limitadores à atuação do Estado-punidor.

As teorias produzidas pelo neoliberalismo no campo do saber criminológico ignoram ou desprezam as descobertas das teorias críticas, que demonstram as diversas determinações e sobredeterminações envolvidas no surgimento do fenômeno social denominado “crime”. Como revelado pela genealogia foucaultiana e pela crítica criminológica os fatores a serem considerados na criminalidade estão muito além da mera deliberação pessoal em assumir determinado comportamento. Foucault traz esse conhecimento nas obras acima mencionadas, nas quais realiza a analítica do poder pelo viés da punição; estudiosos da criminologia crítica, como Rusche e Kirsheimer (2004); Melossi e Pavarini (2006); Zaffaroni (2001); Baratta (1999); Santos (2008), entre outros, reiteram essa compreensão do crime como fenômeno social complexo.

Já no pensamento neoliberal são simplesmente desconsiderados fatores há muito conhecidos como indispensáveis ao estudo do que se denomina criminalidade, tais como a análise da elaboração legislativa e a decisão de criminalizar determinadas condutas; a inserção do indivíduo em grupos sociais mais fragilizados e a atuação seletiva de órgãos responsáveis pela criminalização; a produção do delinquente pelo cárcere e o interesse das classes dominantes nessa produção; os aspectos materiais envolvidos nos comportamentos; a gestão dos ilegalismos; a produção da verdade que rege as condutas, entre outros. Tudo isso foi “esquecido” pelas novas teorias neoliberais que reduzem a criminalidade a uma decisão individual; essa decisão estaria supostamente pautada tão somente num raciocínio calculista a respeito do custo-benefício de uma conduta que se entende livremente assumida. A criminologia neoliberal retoma aquela postura que se verifica quando do surgimento da forma punitiva moderna, de mera legitimadora do sistema penal vigente (FOUCAULT, 2011, p. 138).

Isso não ocorre por acaso. É que tais teorias têm perfeita aplicação às necessidades da classe dominante nas sociedades de segurança já identificadas previamente por Foucault (2008b, p. 15), que percebia a utilização de mecanismos de controle social, utilização essa que se exacerba nas sociedades neoliberais, onde ocorre, como já se mencionou, um encolhimento ou desaparecimento do Estado social, prestador de assistências, serviços e proteção social, e um agigantamento do Estado repressor e punidor. Assim, surge a política criminal atuarial, cujo nome foi cunhado por Malcolm Feeley e Jonathan Simon (2020), em trabalho que publicam originalmente em 1992, intitulado *The New Penology: notes on the emerging Strategy of corrections and its implications*. Como mostra Maurício Dieter (2012, p. vi), essa teoria utiliza-se de instrumentos e saberes biopolíticos, como estatísticas, probabilidade, risco; e ainda, de técnicas gerenciais como eficiência, metas, produtividade. Com a adoção desse enfoque, esvanece a preocupação com direitos, garantias e limitações ao poder de punir, sendo substituída pelos discursos de riscos e perigos existentes e a necessidade de evitá-los a todo custo. Essa também é a percepção de David Garland (2008, p. 369), que observa surgir, a partir desses discursos, toda uma nova tecnologia para prevenir a criminalidade e agir contra os possíveis criminosos, dando lugar, inclusive, a atuação do setor privado na repressão.

Esse novo discurso criminológico produz o saber penal do neoliberalismo, que, por sua vez, direciona teoricamente as práticas dos profissionais encarregados das punições. Esse saber, fundamentado nos postulados da criminologia atuarial e, obviamente, também constituído sob o domínio da racionalidade neoliberal, igualmente coloca em primeiro plano a eficiência punitiva e a prevenção de riscos, deixando em segundo plano ou mesmo desprezando as questões relativas às garantias individuais frente ao Estado punidor. Nesse sentido, lembra-se a teoria do “direito penal do inimigo” de Günter Jakobs (2007), que fala em um direito penal de duas velocidades ou de duas tendências. Em uma delas seu funcionamento deve se dar com o respeito às limitações e garantias, sendo dirigida aos supostos “cidadãos de bem”; e, outra “velocidade” deveria imprimir-se ao direito penal utilizado contra os “inimigos públicos”, sem a observação das restrições legais impostas pelas normas jurídicas e princípios limitadores, mas como uma guerra a ser travada contra aquele que agrida ou ameaça a sociedade. Nas palavras de seu idealizador, Jakobs (2007, p. 29), o direito penal do inimigo “é Direito em ‘outro sentido’. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos.”

Esse tipo de teoria, além de permitir aos que exercem de maneira privilegiada o poder de impor um tratamento mais rigoroso contra as parcelas populacionais indesejadas, inúteis ou incômodas, ainda dão sustentação à manutenção da centralidade da pena de prisão, tão útil à sociedade capitalista neoliberal como se demonstra ao longo do trabalho. Esse aporte teórico para a preservação do castigo legal da prisão se mostrou importante porque, a partir de constatações como as de Foucault, especialmente em “Vigiar e punir” (1999), no sentido de que a prisão nunca cumpriu seus objetivos declarados, e outras, como as de Robert Martinson (2020), em artigo publicado em 1974, *What works? Questions and answers about prison reform*, concluindo que nada funciona em relação à pena de prisão, houve a possibilidade, como mostra Wacquant (2001, p. 81), que se realizassem estudos propondo a substituição dessa forma de punição.

Tal, contudo, logo foi objeto de reação na sociedade burguesa pois, estando o exercício do poder engendrado à produção dos saberes, não se daria espaço para o desenvolvimento de um saber que deslegitimasse essa prática punitiva fundamental para o funcionamento da sociedade disciplinar-capitalista. De maneira

que se produziram saberes penais de cunho utilitarista, de resto já concebidos desde o liberalismo clássico, mas agora refinados e aprofundados por teorias como a mencionada criminologia atuarial e a teoria do direito penal do inimigo, possibilitando não só a manutenção, mas a expansão e o recrudescimento da pena de prisão. Como menciona Wacquant (2001, p. 81), nessa época de neoliberalismo as finalidades assumidas pelo saber penal, mesmo teoricamente, não se prendem mais à ressocialização ou qualquer outro efeito positivo das penas, mas direcionam-se à segregação pura e simples, durante o maior tempo possível, daquele que se considera indesejável à sociedade.

Os discursos criminológicos e as teorias do direito penal produzem o regime de verdade que informa a prática dos operadores desse direito, responsáveis pelas perseguições e condenações, que se refletem nas consequências materiais do sistema penal neoliberal, aumentando as populações carcerárias a níveis nunca vistos nesta época de punição moderna. Diante desse panorama, constata Wacquant (2001, p. 83) que a maioria dos encarcerados é composta de pequenos delinquentes e não de perigosos malfeitores, como acredita a população. A força dessa nova verdade punitiva que vem se impondo, pode ser observada, ilustrativamente, em práticas como a revisão, pela Corte Suprema americana, da decisão que, desde 1972, proibia a aplicação da pena de morte nos Estados Unidos da América; com a nova orientação, os Estados Unidos passaram a ser o único país das Américas a executar a pena capital contra menores.

Também podem ser percebidas as consequências concretas de tais teorias na atuação de políticos, que se utilizam do discurso de guerra ao crime como plataforma eleitoral e, quando eleitos, colocam em prática tais postulados, refletindo-se tal postura no endurecimento de legislações. Exemplo flagrante desse tipo de legislação pode ser trazido com a referência às leis chamadas de “three strikes”, que permitem dobrar, triplicar ou, até mesmo, transformar em prisão perpétua a pena daqueles que cometem pequenas infrações penais, bastando que sejam reincidentes; essa espécie de lei, como mostra Dieter (2012, p. 90), encontra-se vigente na maioria dos estados norte-americanos.

No Brasil a tendência de endurecimento da legislação penal é igualmente perceptível, havendo uma ruptura na sequência de atenuação que ocorrera até a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2020b). A partir de 1990,

inicia-se uma sequência de enrijecimento e ampliação da legislação penal, com a criminalização de diversas condutas antes atípicas e a edição de leis como a Lei dos Crimes Hediondos; a Lei de repressão ao crime organizado; o estabelecimento do Regime Disciplinar Diferenciado-RDD, que mantém o preso isolado na cela, em presídios de segurança máxima (essa última norma jurídica é considerada por Dieter, 2012, p. 199, uma forma de neutralização do ser humano e uma “pena dentro da pena”). Lembra-se, mais recentemente, a edição da lei 13.964/2019, conhecida como “pacote anticrime”, apenas para mencionar, exemplificativamente, algumas alterações ocorridas no ordenamento jurídico-penal que recrudesceram as punições legais.

Além disso, menciona-se, embora não constitua o tema problematizado neste texto, a truculência e preconceitos envolvidos nas práticas repressivas policiais, em forma de execuções sumárias, torturas, desaparecimentos, aprisionamentos por estereótipos, etc, que, como constata Wacquant (2001, p. 9), além de serem informadas pela nova verdade punitiva estabelecida pelo neoliberalismo, são potencializadas por uma concepção histórica de separações sociais presentes na sociedade nacional, sendo muito mais trágicas no Brasil que a atuação de órgãos de segurança em países de capitalismo central.

Voltando-se à observação das práticas jurídicas orientadas pelas teorias desta época neoliberal, percebe-se o surgimento de novas técnicas de investigação e persecução penal, fundadas em uma suposta emergência daquilo que é intitulado de “crime organizado” e que, como menciona Zaffaroni (2019, p. 62), nada mais é que acomodação das práticas delitivas às práticas organizacionais vigentes no modelo de governo neoliberal, onde se visa a eficiência e o lucro como finalidades principais. Expõe Zaffaroni (idem), que no próprio funcionamento das empresas que atuam em uma zona considerada dos “negócios legais”, por vezes, os gestores são premiados a ingressar em zonas cinzentas entre o lícito e o ilícito para a obtenção da eficiência máxima e resultados financeiros maiores. Essa forma de tentativa de “gestão eficiente” também acaba replicada nas práticas da chamada criminalidade comum.

O professor argentino percebe que na sociedade dos dias atuais, existem formas de criminalidade que se tornam mais complexas, pela própria complexidade do funcionamento social, contudo, entende ser inadmissível que o sistema penal,

sob a justificativa de combater uma criminalidade supostamente organizada, empregue instrumentos idênticos aos utilizados pelos autores de crimes, ou que remontam ao sistema penal da Idade Média, como investigações secretas, infiltração de agentes autorizados a cometer ilícitos para dissimularem-se nas chamadas organizações criminosas, etc.

Identifica Zaffaroni (2019, p. 64), finalmente, que o conceito de crime organizado, artificialmente construído, uma vez instrumentalizado por aqueles a quem interessa e divulgado reiteradamente pelos meios de comunicação em massa, tem a capacidade de mobilizar a opinião pública e fomentar verdadeiras “caça às bruxas”, com potencial de derrubar chefes de Estado; essas campanhas, contudo, vinculam-se muito mais aos interesses de garantir o lucro de investidores estrangeiros em países periféricos que promover um saneamento das contas públicas ou combater a corrupção nesses países.

Na mesma perspectiva de Zaffaroni, quanto a produção de efeitos sociais concretos junto à opinião pública, por essa forma de exercício do poder punitivo pelo sistema penal aliada aos discursos veiculados pela imprensa, é a observação de Candiotta (2020, p. 37), quando afirma que, em suas práticas, o judiciário “não se limita a julgar, mas a produzir politicamente a separação entre o verdadeiro e o falso, a constituir efeitos de realidade que influenciam, decisivamente, a vontade coletiva.” Conclui Candiotta (idem, p. 38) que, em associação com a mídia de massas, esse tipo de prática judicial obtém a condenação social antecipada de indivíduos que sequer são, efetivamente, sujeitos passivos de ações penais ou, pelo menos, não estão, ainda, formalmente condenados.

De todo o exposto, percebe-se que a razão de governo neoliberal produz um novo regime de verdade penal, que se impõe aos agentes públicos, exigindo que juízes e promotores de justiça sejam, como menciona Wacquant (1999, p. 46) “duros contra o crime”. Essa verdade constitui-se em mais um importante fator na subjetivação dos profissionais mencionados, orientando suas práticas discursivas e não discursivas, concretizando um panorama de punição cada vez mais duro contra as parcelas mais vulneráveis da sociedade.

Tal conduta, rigorosa contra os crimes e os segmentos populacionais que interessa aos setores dominantes ver punidos, passa a ser a norma a partir da qual

são avaliadas as condutas de tais profissionais que, em sua maioria, adequam-se a elas, normalizados que estão.

Esse é o caminho percorrido na pesquisa e que se espera possa trazer conclusões e reflexões que agucem a crítica sobre esse personagem que, até então, ao que se nota, não havia sido submetido a uma investigação genealógica de sua constituição como sujeito: o operador do direito criminal. E que essa crítica permita a multiplicação das resistências ao poder, que, como mostra Foucault, sempre existem.

PRIMEIRA PARTE

CAPÍTULO 1 – O DISCURSO E A PRÁTICA DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL MODERNO

1.1 O SUJEITO QUE EXERCE O PODER LEGAL DE PUNIR

De observação empírica que se faça, percebe-se que o exercício do poder de punir legalizado, nos últimos duzentos anos – mesmo, portanto, a partir de sua suposta humanização – vem causando dor, sofrimento, estigmatização, entre outros fenômenos que podem ser considerados negativos para a maior parte da sociedade; e, por outro lado, não cumpre seus fins propostos, como proteção; pacificação social; ressocialização de criminosos; etc (como se analisará mais detidamente adiante). Apesar dos seus efeitos deletérios e de não realizar os objetivos afirmados, esse poder punitivo continua sendo aplicado como verdade, com algumas modificações que se dão em seu discurso de tempos em tempos, sem que tais mudanças alterem efetivamente o seu exercício e suas consequências.

O aspecto mais espantoso é que isso tudo se dá sob uma absoluta indiferença de grande parte dos profissionais que atuam dando efetividade a esse exercício¹⁴, pois seguem operando o direito de punir como se seus efeitos correspondessem àquilo que seu discurso promete; as poucas ilações críticas que eventualmente se pode observar no âmbito do desempenho dessas funções, são tidas como circunstâncias casuais que devem ser discutidas na esfera acadêmica, não podendo, de maneira alguma, interferir na efetivação das punições, que são aplicadas regularmente, apesar da contradição existente. Diante desse comportamento parece bastante adequado lembrar-se o que menciona Foucault (2018a, p. 12), a respeito da recepção das críticas às ciências, quando diz que “as coisas são tais que esses fragmentos de genealogia que foram feitos continuam aí, cercados de um silêncio prudente.”

Tudo isso conduz ao questionamento a respeito de que tipo de condicionante

¹⁴ Reitera-se, portanto, que a análise a se realizar enfoca aqueles profissionais que atuam ativamente para produzir as condenações e as prisões pelo sistema penal, como afirmado na nota 2, na introdução deste texto.

pode levar tantos profissionais a agirem dessa forma, a assumirem com espantosa naturalidade esse comportamento não reflexivo; esse fenômeno chega a despertar uma indagação sobre a sensibilidade e a capacidade de empatia desses profissionais em relação ao restante da humanidade (ou pelo menos com a parcela atingida diretamente pelo sistema penal, que não é a única a sofrer seus efeitos, como se verá).

São pessoas teoricamente dotadas de inteligência pelo menos razoável, possuem formações técnicas para o desempenho de suas funções punitivas e, portanto, parece que deveriam perceber que algo não vai bem no resultado produzido pelo desempenho de suas atribuições de impor o castigo jurídico-legal. E não parece razoável conceber-se que uma parte expressiva desses profissionais seja portador de alguma disfunção orgânica que os torne insensíveis.

Daí a dificuldade em compreender esse comportamento majoritário e continuado dos operadores do sistema penal – e se não fosse majoritário o dispositivo punitivo não funcionaria da maneira que funciona, vez que ele só pode produzir seus resultados a partir da conjugação de seu discurso com seu efetivo exercício.

Não parecendo admissível atribuir a tantas pessoas uma maldade intrínseca ou a satisfação em produzir sofrimento, surgem indagações que levam a ponderar sobre alguns fatores que poderiam produzir, ou contribuir para a produção, desse comportamento. Assim, seria plausível atribuir-se essa forma de atuação a condicionantes tais como: a existência de distorções na formação acadêmica desses indivíduos, que levam a um comportamento padronizado e acrítico; ou a força dos veículos de comunicação em massa moldando comportamentos e manipulando opiniões; às desigualdades sociais e aos discursos políticos que as justificam e as mantêm. Tudo isso certamente contribui para essa forma de agir, como se verá no decorrer do trabalho, porém, não parece conseguir explicar satisfatoriamente e em sua completude o comportamento aqui comentado.

Passando-se por várias teorias críticas que procuram esclarecer as distorções existentes entre discursos, as práticas, e os resultados encontrados no funcionamento do sistema jurídico-penal em sua efetiva aplicação, chega-se às reflexões de Michel Foucault. Por isso mesmo, para utilizar-se do neologismo criado por Foucault, pretende-se “problematizar” esse comportamento dos operadores do

sistema penal que permite tais distorções. Problematizar, no sentido que menciona Foucault (2018b, p. 213), de investigar a “história das maneiras que as coisas se constituem como problemas [...] a genealogia dos problemas”; ou, inicialmente, no primeiro dos sentidos que Frédéric Gros (2015, p. 296) entende atribuir Foucault a esse termo, de

inquietar as certezas e de adotar uma atitude de recuo crítico relativamente às evidências sociais. A modalidade maior de problematização é evidentemente a historicização (exemplos: a loucura não foi sempre considerada como uma doença mental, não se puniu sempre as pessoas encarcerando-as, etc.). A “problematização” consiste, então, em um método de interrogação do presente a partir de uma atitude crítica que considera que a experiência dos homens é construída historicamente.¹⁵

Encetada a pesquisa, e a partir do contato com o pensamento de Foucault, percebe-se que para compreender as práticas punitivas (ou de outras atividades humanas, como a medicina, a psiquiatria, a psicologia, etc.), e os discursos que lhe são conexos, é necessário ir além das análises já realizadas pelas chamadas ciências humanas e sociais; mais que isso, não se pode aceitar passivamente as propostas e conclusões desses saberes, buscando muito mais profundamente – mas também com atenção aos fatos normalmente desconsiderados que estão na superfície – as origens daquelas práticas; nas formas pelas quais se exercem os poderes em cada época de maneira predominante e suas relações com os saberes que lhe são conexos; observando-se nas discontinuidades históricas, seus conflitos, lacunas, avanços e recuos o aparecimento de novos tipos de práticas e de verdades.

Por meio dessa observação crítica se pode identificar a constituição de

¹⁵ Gros (2015, p. 296), continua sobre outras acepções da problematização em Foucault, que também se apresentam na investigação realizada neste trabalho, afirmando que “ela designa também aquilo que é preciso pesquisar, um domínio de objetos a descrever. [...] Não se trata de descrever o que as pessoas puderam fazer ou pensar, mas de formas históricas de problematização a partir das quais se desdobram práticas e discursos igualmente como soluções diversificadas. Trata-se finalmente de encontrar, por trás dos atos e dos pensamentos, matrizes de problematização. [...] Uma outra formulação, em Foucault, consiste em caracterizar seu trabalho de pensamento crítico como a descrição do momento histórico em que “algo” (a loucura, o crime, o prazer etc.) é “problematizado”, isto é, em que se articula em torno dele formas de veridicção (códigos sociais, científicos, literários etc.) e de juridicção (códigos sociais, aparelhos legislativos, sistemas de interdição), que o fazem entrar no campo do pensamento e o implementam como elemento de uma relação consigo a partir da qual o sujeito constrói a experiência de si mesmo. [...] Enfim, Foucault pode dar a este termo um sentido mais restrito, particularmente em sua *História da sexualidade*. Recusando ver no interdito uma grade de leitura eternamente pertinente”.

diferentes sujeitos relacionados à realidade temporal em que estão imersos e, essa, parece ser a chave para a compreensão do comportamento dos operadores do direito¹⁶. Só desse modo é possível entender esse sujeito de maneira mais complexa do que aquela que se percebe em uma primeira reflexão. A partir desse ponto, começa-se a descobrir que todos aqueles fatores antes mencionados exemplificativamente, são alguns dos que influenciam as suas atividades punitivas, além de muitos outros que adiante serão visitados; mas eles não são meros condicionantes de sua forma de agir, são formas de constituição de seu ser.

Para cumprir tal objetivo, apresenta-se como necessário compreender que o sujeito deve ser visto de uma forma diferente daquela pela qual foi considerado na tradição filosófica dos últimos séculos, pelo menos desde Descartes, Kant, entre outros grandes pensadores¹⁷. Não se trata mais, portanto, de entendê-lo como alguém a-histórico e com uma identidade preexistente, sobre quem o acúmulo das condições sociais, dos conhecimentos, da política, entre outras – e que o precedem – exerce apenas algum condicionamento; não se trata, por isso mesmo, de acompanhar a ideia segundo a qual o sujeito é uma base principal, universal, e, a partir disso, teria a liberdade de buscar, desvendar, alcançar o conhecimento e a verdade. Foucault não compartilha a ideia de um “sujeito da verdade”, como considera Gros (2012, pp. 320-321) quando diz que

poder-se-ia aqui construir uma primeira oposição entre o sujeito de verdade e o sujeito da verdade. O sujeito da verdade seria este sujeito tal como foi definido, determinado pela filosofia moderna, e o sujeito de verdade aquele, ao contrário, que Foucault tenta reencontrar ou reconstruir [...]. Poder-se-ia dizer que o sujeito da verdade é aquele que, de Descartes a Kant ou Husserl, é definido como a priori capaz de verdade.

O sujeito, ou mais exatamente, o sujeito que é constituído, para Foucault, é

¹⁶ E aqui se fala em crítica no sentido de crítica da verdade vigente, que pode ser compreendida, com o auxílio de Candiotto (2013, p. 22), como sendo a elaboração da “história das regras e mecanismos produtores de verdade que o sujeito está disposto a aceitar, a recusar e a mudar em si mesmo em nas suas circunstâncias.

¹⁷ Como observa Gros (2012, p. 317) “se as noções de subjetividade e de verdade são noções fundamental e imediatamente filosóficas, o que a filosofia fundamental e imediatamente recusa é considerar que suas relações sejam históricas. Ao tomar textos-referência sobre a reminiscência, como os de Platão, ou as Meditações, de Descartes, ou ainda A Crítica da Razão Pura, de Kant, percebe-se claramente que eles situam a relação entre sujeito e verdade numa dimensão a-histórica.”

algo muito mais complexo que o verificado pela filosofia moderna. Como constata o filósofo francês, as práticas sociais e os saberes com elas engendrados no transcurso histórico podem fazer surgir não apenas novas estratégias, técnicas e táticas; novas verdades e outras compreensões da realidade; mas, também, novas formas de sujeito. Assim, examinar a constituição do sujeito trata-se, para Foucault (2013, p. 20), de ver

como se dá, através da história, a constituição de um sujeito que não é dado definitivamente, que não é aquilo a partir do que a verdade se dá na história, mas de um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado pela história.

Como observa Paul Veyne (2009, p. 18), analisando o pensamento foucaultiano, “o homem, o sujeito de que os filósofos falam, não é sujeito soberano: não domina o tempo nem a verdade. ‘Cada um só pode pensar como se pensa no seu tempo’”.

Essa forma radical de analisar a constituição do sujeito proposta por Foucault é o método que consiste em fazer a genealogia do sujeito moderno, por meio do “estudo de sua constituição nas práticas históricas” (CANDIOTTO, 2013, p. 19). Trata-se de considerar a relação do sujeito com a verdade de seu tempo.

Foucault faz a genealogia do sujeito com apoio nas ideias de Nietzsche, que também não admite a preexistência de um sujeito em relação a determinada forma de saber. Propõe o filósofo alemão que os valores, os ideais e o próprio conhecimento foram inventados, fabricados, sem nenhuma solenidade. Como informa Foucault, para Nietzsche o conhecimento não é um dom natural do homem, não faz parte dos instintos humanos, tem como base esses instintos, mas

“é como um lance de sorte, ou como resultado de um longo compromisso”. [...] Não há, no fundo, segundo Nietzsche, nenhuma semelhança, nenhuma afinidade prévia entre conhecimento e essas coisas que seria necessário conhecer. [...] Eis a grande ruptura com o que havia sido a tradição filosófica ocidental, quando até mesmo Kant foi o primeiro a dizer explicitamente que as condições de experiência e do objeto de experiência eram idênticas. [Para Nietzsche temos] uma natureza humana, um mundo, e algo entre os dois que se chama o conhecimento, não havendo entre eles nenhuma afinidade, semelhança, ou mesmo elos de natureza.

(FOUCAULT, 2013, p. 26)

Em não havendo esse vínculo natural entre natureza e o sujeito, entre o conhecimento e aquilo que deve ser conhecido, rompe-se com a tradição, que sustentava essa pretensa relação harmônica, especialmente fundamentada a partir da ideia do divino, que a garantiria. E se não há uma conexão natural entre os instintos humanos e o conhecimento, mas uma relação constituída nos embates, nos avanços e retrocessos históricos, no jogo das relações de poder, também não é mais admissível a ideia de um sujeito central cognoscente.

Por isso mesmo, Foucault demonstra que o meio mais adequado de buscar compreender a forma de subjetivação, o conhecimento, as verdades de cada época, não se dá por meio dos sistemas de pensamento filosóficos, mas em vez disso, deve-se efetivar pela análise da política e suas relações de luta e poder, nessa forma que as coisas ocorrem, porque “os homens entre si se odeiam, lutam, procuram dominar uns aos outros, querem exercer, uns sobre os outros, relações de poder” (FOUCAULT, 2013, p. 31). Não há, como diz Foucault (2013, p. 32), ser em si e nem conhecimento em si, não há uma natureza ou essência do conhecimento, mas este é um efeito da história.

Essa visão nietzschiana, ampliada e adequada por Foucault¹⁸, se apresenta como a perspectiva de análise mais eficaz para a compreensão do comportamento dos operadores do direito que, afinal, são sujeitos históricos, constituídos a partir das verdades produzidas na época em que se inserem e submetidos às táticas de poder e discurso de saber que lhes são contemporâneos.

Mostra bem a adequação do aporte teórico centrado na filosofia de Foucault e ora adotado para a linha de pesquisa eleita para este trabalho, a afirmação desse pensador quando menciona que as práticas judiciárias regulares e a maneira pelas quais ela opera, impondo soluções a conflitos de interesses, punições, etc, parecem ser uma “das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade.” (FOUCAULT, 2013, p. 21)

¹⁸ Conforme mostra Candiottto (2013, p. 19) “A investigação de Michel Foucault também pode ser situada nessa tentativa de *saída* da filosofia do sujeito, sobretudo de sua vertente fenomenológica. Seu caminho, contudo, é diferente. Trata-se de elaborar a ‘genealogia do sujeito moderno’ (FOUCAULT, 1994d, p. 170), mediante o estudo de sua constituição nas práticas históricas.”; diz ainda Candiottto (2013, p. 62): “Foucault tece suas elaborações a partir de domínios próprios. À diferença de Nietzsche, não se contenta em discutir teses filosóficas a respeito da verdade do sujeito, mas examina as práticas sociais em meio às quais ela emerge, se transforma e desaparece.”

A análise dessa subjetivação é realizada por Foucault a partir dessa genealogia que, como se verá no decurso do texto, tem dupla aplicação na elucidação do objetivo pesquisado neste trabalho: ao mesmo tempo que permite ver como se constituem os sujeitos, também descortina as táticas empregadas no exercício do poder; expõe as finalidades reais, o modo efetivo de funcionamento e o que produz o sistema penal, especialmente por meio da pena de prisão¹⁹.

1.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A GENEALOGIA EM FOUCAULT

A partir do que se afirmou acima, resulta como indispensável realizar-se algumas considerações sobre em que consiste o método²⁰ genealógico aplicado por Michel Foucault em suas investigações a respeito do exercício do poder, seu entrelaçamento com o saber e os diversos efeitos resultantes dessa articulação. Por meio da técnica foucaultiana, tais efeitos podem ser observados nas estruturas e práticas sociais, nos regimes discursivos, na constituição de saberes e enunciados de verdade e nas formas pelas quais realizam assujeitamentos.

Já há mais de cinquenta anos desde que esse filósofo francês, partindo de elementos que retira do pensamento abstrato de Nietzsche sobre a relação do sujeito com o conhecimento e os conjugando com o exame da construção histórica da verdade, aplica-os, como um instrumento, sobre uma dada realidade sensível para, retrospectivamente, elaborar a investigação do funcionamento social a ela

¹⁹ Essa dupla aplicação referida, para dizer de outra forma, decorre do fato que, para se compreender a subjetivação realizada na sociedade moderna, na qual são constituídos e vivem os operadores do direito penal moderno, é indispensável analisar os discursos, os dispositivos, as estratégias, técnicas e táticas empregadas nessa construção. Como se verá adiante, a prisão é uma instituição central nessa sociedade e um dos principais dispositivos para aplicação desses instrumentos e para a constituição de sujeitos. Por outro lado, o discurso que conduz ao aprisionamento legal é o mesmo que fundamenta a atuação dos operadores do direito. Dessa maneira, através da operação de análise genealógica foucaultiana, pode-se descortinar o funcionamento da prisão, sua importância na sociedade moderna bem como o processo de constituição dos sujeitos operadores do direito.

²⁰ Embora empregue-se aqui o termo “método” para a melhor fluência do texto, registra-se desde logo que a genealogia de Foucault não é similar a um método científico, que possui um conjunto de regras básicas a serem observadas no decurso da pesquisa e devem dar uma resposta na forma de uma divisão binária “verdadeiro” ou “falso”. A genealogia, como se verá, é muito mais ampla; é uma tática ou instrumento, não se prende a uma visão unívoca das práticas e discursos sob análise, mas os observa, recorta, interpreta e extraí seus significados e consequências. Nesse último sentido é que se empregará, eventualmente, o termo método ao referir-se à genealogia foucaultiana.

concernente. Contudo, mesmo após o decurso dessas cinco décadas, ainda não é tão simples definir o que seria exatamente a genealogia praticada por Foucault, face à sua complexidade.

A dificuldade de procurar abordar-se os métodos utilizados por Foucault em suas pesquisas, passam ainda, além de sua mencionada complexidade, pelas ramificações com que espraia seu pensamento nas mais diversas direções e pela riqueza analítica, que são características desse filósofo; como adverte Judith Revel (2011, p. 2), a pesquisa foucaultiana é um laboratório do pensamento onde não apenas se criam conceitos, mas também, onde

num movimento de reviravolta sempre presente em Foucault [eles passam] pelo crivo da crítica interna: os termos são, portanto, produzidos, fixados, depois reexaminados e abandonados, modificados ou ampliados num movimento contínuo de retomada e de deslocamento.

Busca-se, então, realizar uma explanação que seja capaz de mostrar os pontos principais dessa técnica foucaultiana de compreensão e explicação do enredamento da realidade, ainda que, essencialmente, nos limites necessários para que possa viabilizar o desenrolar deste texto e o encadeamento de ideias na forma que aqui são expostas. O objetivo dos caminhos a serem percorridos nessa direção, como imagina-se já tenha ficado definido, é buscar entender e explicar o comportamento do profissional do direito penal ao desempenhar suas funções no sistema punitivo-legal.

Dessa forma, a aproximação que se tentará para a aclaração desse procedimento analítico começa pela constatação que a genealogia foucaultiana surge no final da década de mil novecentos e sessenta e início da década de setenta, sendo uma complementação, uma ampliação, em relação ao método anteriormente utilizado pelo pensador, que era a arqueologia²¹.

²¹ Essa observação a respeito da sucessão de técnicas de investigação utilizadas por Foucault é feita sem nenhuma pretensão de propor uma sistematização em seu pensamento. Como observa Candiotta (2013, p. 17), embora seja um lugar comum considerar-se que passou por três momentos – a arqueologia do saber; a genealogia do poder e a genealogia da ética – o pensamento foucaultiano não é sistematizável, pois “procedeu mediante deslocamentos estratégicos e sempre apostando no impensado.” Parece importante registrar ainda, que Revel (2011, p. 69) entende que desde “a publicação de ‘As palavras e as coisas’ (1966), Foucault qualifica o seu projeto de uma arqueologia das ciências humanas mais como uma ‘genealogia nietzschiana’”; portanto, percebe-se uma conexão entre as duas formas de investigação desde o início.

Embora não se tenha a pretensão de ingressar na análise do método arqueológico neste trabalho, registra-se que ele corresponde à chamada primeira fase do pensamento de Michel Foucault, na qual ele buscava compreender a relação dos discursos com a produção da verdade, especialmente, na constituição das ciências humanas; e as conexões entre os saberes e suas proposições assertivas, as quais procuram regular, controlar, permitir ou interditar discursos em diferentes épocas. Ingressam no campo dessa análise, ainda, os espaços institucionais e a relação desses com os saberes e seus discursos.

Essa perspectiva de análise está presente no livro “As palavras e as coisas”, lançado em 1966 e que, conforme ressalta Salma Tannus Muchail (2013, p. 14) é “a obra mais estritamente arqueológica de Foucault; é encontrada também, conforme lembra Roberto Machado (2011, pp. VII a X), em outras obras do filósofo, tais como: “A história da loucura”, lançada em 1961; “O nascimento da clínica”, de 1963; e “A arqueologia do saber”, de 1969. Dessas obras extrai Machado que Foucault procurava responder como os saberes apareciam e se transformavam, “deixando propositalmente de lado as relações entre os saberes e as estruturas econômicas e políticas”. Utilizava, então, como instrumentos metodológicos

o conceito de saber, o estabelecimento das discontinuidades, os critérios para a datação de períodos e suas regras de transformação, o projeto de interrelações conceituais, a articulação dos saberes com a estrutura social, a crítica da ideia de progresso em história das ciências, etc. (MACHADO, 2001, p. IX)

Conclui-se a observação sobre o método arqueológico foucaultiano lembrando, com apoio no que pensa Cesar Candiotti (2013, p. 24), que ele foi a “estratégia constitutiva da genealogia do poder, no sentido de que a produção da verdade emerge do jogo, da luta e do enfrentamento contínuo.” E essa estratégia “implica a recusa da origem essencial da história e na dissociação do sujeito cartesiano e kantiano.” (Idem)

Já a partir da utilização do método genealógico, Foucault passa a analisar o imbricamento dos saberes com os poderes e suas atuações sobre os indivíduos; ou – e o que é o mesmo – as articulações das práticas discursivas com as práticas não discursivas e as estratégias de poder. Como informam Dreyfus e Rabinow (1995, p. 115) “Foucault introduz o método genealógico como um método de diagnosticar e

compreender o significado das práticas sociais a partir de seu próprio interior.” E, com clareza ímpar, François Ewald (1993, p. 20) explica que a “genealogia coloca especificamente o problema do poder e do corpo (dos corpos), coloca os problemas a partir da tomada de poder sobre os corpos.” Conclui Ewald o pensamento afirmando que “Vigiar e Punir” descreve a genealogia em Foucault.

Por meio da genealogia Foucault faz uma análise histórica, mas refutando a história linear que apresenta origens e progressos; ao contrário, como identifica Revel (2011, p. 69), procura “restituir os acontecimentos em sua singularidade.”; busca no desenrolar histórico eventos, acontecimentos, rupturas, retrocessos e lutas. Compreende que a atualidade é revelada por esses conflitos e pelos discursos que eles suscitam e, ao mesmo tempo, que os fomentam. É, portanto, temporal, busca por compreensão do presente a partir da multiplicidade do passado.

Trata-se, por isso mesmo, de uma crítica à história linear como explicação de origem, que também se reflete em uma oposição à concepção histórica das ciências formalmente constituídas como únicas fontes legítimas do conhecimento. Foucault (2018a, p. 8) fala que a genealogia surge como tática a ser utilizada, opondo-se à instância teórica pretensamente portadora do conhecimento verdadeiro e possuído por apenas alguns; essa tática se desenvolve a partir do acoplamento da erudição com “os saberes sujeitados”.

Esses saberes sujeitados são, para o pensador: primeiro, aqueles fatos históricos que foram esquecidos, enterrados, ocultados ou desprezados, “blocos de saberes históricos que estavam presentes e disfarçados no interior dos conjuntos funcionais e sistemáticos, e que a crítica pode fazer reaparecer” (FOUCAULT, 2018a, p. 8); e, segundo, o saber desqualificado, popular (mas que não é um senso comum), local, diferente e não unânime, “que deve sua força apenas à contundência que opõe a todos que o rodeiam.” [...] “saber histórico das lutas [...] a memória dos combates” (FOUCAULT, 2018a, p. 9). Trata-se de insurgir-se, principalmente, contra “os efeitos centralizadores de poder que são vinculados à instituição e ao funcionamento de um discurso científico organizado no interior de uma sociedade como a nossa” (Idem).

Como explica Ewald (1993, p. 27), por meio da genealogia Foucault atua mudando

a escala da descrição e da análise. Conduz a atenção para os detalhes, as ninharias, o grão do poder. Destrói e dismantela as

grandes identidades, as grandes identificações do poder. Abandona as visões macroscópicas a favor das abordagens microscópicas. Desintegra as identidades macroscópicas com a arma do pormenor e do ínfimo. “A genealogia é sombria; é meticulosa e pacientemente documentária. Trabalha sobre pergaminhos amarrotados, rabiscados, muitas vezes reescritos... A genealogia exige, pois, a minúcia do saber, um grande número de materiais cumulados, paciência”.

A crítica que Foucault faz às afirmações, postulações, explicações, etc, dadas pelas ciências tradicionais prende-se ao fato de que, em sua perspectiva, o conhecimento chamado de científico não é neutro como se apresenta, nem tampouco separado de outras instâncias constitutivas do homem; na verdade, está atravessado por impulsos, interesses, lutas; por trás de todo conhecimento há um embate de poder; e essas condicionantes acabam ocultas na forma pela qual é exposto, como se fosse objetivo e imparcial. Como afirma Foucault (2013, p. 33), o

conhecimento é sempre uma certa relação estratégica em que o homem se encontra situado. É esta relação estratégica que vai definir o efeito do conhecimento e por isso seria totalmente contraditório imaginar um conhecimento que não fosse em sua natureza obrigatoriamente parcial, oblíquo, perspectivo. [...] Pode-se falar do caráter perspectivo do conhecimento porque há batalha e porque o conhecimento é o efeito dessa batalha.

Para esclarecer essas relações é que, apoiado no pensamento de Nietzsche, o filósofo francês desenvolve a genealogia do poder, que também chama de “política da verdade”²². De maneira que essa técnica de investigação que, como já se demonstrou em parte acima, procura elucidar as formas pelas quais se realiza a produção de subjetivações, tem como importante tema de análise um outro objeto: a constituição da verdade. E nem poderia ser de outra forma, pois a produção de subjetividades está intimamente relacionada à trama em que se dá o exercício do poder, por meio dos discursos de verdade vigentes em cada época, as formas pelas quais esses discursos são constituídos e os mecanismos envolvidos nas práticas sociais e culturais.

²² Aqui usa-se a expressão que Foucault “desenvolve a genealogia do poder”, mas o talvez o termo “inventa” fosse até mais adequado, pois, como esclarece François Ewald (1993, p. 20), não se pode deixar de ver que “essa técnica provém de uma verdadeira invenção.”

Ao comentar a recusa de Foucault ao sujeito cartesiano e kantiano, preexistente e a-histórico, ressalta Candiotta (2013, p. 24) que as observações genealógicas sobre a relação da verdade na constituição de sujeitos permitem observar

a história das verdades que lhe são assinaladas, não como se fossem objetos naturais preexistentes, mas no momento em que se transformam em objetos da partilha entre o verdadeiro e o falso, configura um modo singular de interrogar aspectos marcantes da identidade do sujeito, ao mesmo tempo em que levanta a suspeita de sua provisoriedade histórica. [...] trata-se de propor sua constituição, politicamente estabelecida.

Importante observar que quando examina a forma de produção da verdade Foucault não se refere a “uma verdade”, como uma essência determinada e imutável. Da mesma forma que refuta a ideia de um indivíduo central e a-histórico, trata a verdade como uma produção que se dá no decurso da história, “constituindo-se na formação de saberes reconhecidos como verdadeiros, portanto, historicamente múltiplos e diversificados; numa palavra, trata-se de verdades em seus diferentes modos de produção em diferentes sociedades.” (MUCHAIL, 2004, p. 74).

Por meio da Genealogia, Foucault nos ensina, como constata Ewald (1993, p. 21), que

já não é possível separar a verdade de seus processos de produção, e que esses processos são tanto processos de saber como processos de poder. Que não há, portanto verdade(s) independente(s) das relações de poder que a(s) sustentam e que, ao mesmo tempo ela(s) reconduz(em) e reforça(m), que não há verdade sem política da verdade, que toda afirmação de verdade é indissolúvelmente peça, arma ou instrumento no interior de relações de poder.

Tendo em vista o objeto do presente trabalho vale lembrar que, segundo Muchail (2004, pp. 74-75), a investigação histórica da construção dos saberes pode ser realizada de maneira interna à trajetória de sua constituição; mas pode-se também “realizá-la desde uma perspectiva externa”, vale dizer, observando as práticas sociais que se engendram aos saberes para a produção do sujeito. Nesta

segunda forma, “Foucault dedica especial destaque às chamadas práticas jurídicas ou judiciárias”²³.

Em face da possibilidade dessa forma de verificação exterior a respeito das maneiras de formação da verdade, especialmente daquela que se relaciona com o direito, e, mais especificamente, com o direito penal, parece válida uma digressão, ainda que esquemática, sobre como Foucault identifica ocorrer a produção da verdade nesse âmbito²⁴.

Para tanto, embora a abrangência temporal da investigação aqui proposta se resuma à modernidade – ao âmbito de como e por que os profissionais do direito penal atuam da forma que o fazem na aplicação do direito em nossos dias – será necessário referir-se a épocas mais remotas, pois, por meio da genealogia, é lá que o pensador francês vai buscar as raízes daquilo que vai se transformando, durante o transcurso histórico, nos métodos utilizados para o estabelecimento da verdade e de saberes.

De maneira que, retornando à Grécia antiga, Foucault (2013, p. 57) descreve duas formas de procedimento judicial para a resolução de litígios, primeiro a prova e, depois, o inquérito (isso por volta do século V a.C.). Por meio da prova, a forma mais antiga e cujo relato seria encontrado na obra de Homero, a verdade jurídica é produzida sem a participação de testemunhas e nem há decisão judicial, “os adversários em litígio são literalmente ‘postos à prova’, numa espécie de jogo, de duelo ou de desafio, determinando-se a verdade pelo lado do vencedor do risco” (MUCHAIL, 2004, p. 76); ao juiz cabe unicamente verificar se as regras desse jogo foram corretamente cumpridas.

Já no inquérito a forma se altera, não é mais a vitória em uma disputa que decidirá a verdade jurídica, mas a existência e a narrativa da testemunha; aquele que presenciou um fato e dessa maneira, sendo o portador da verdade, pode relatá-lo. Com a verdade proporcionada pelo inquérito qualquer um do povo pode se

²³ Essa forma de análise destacada por Muchail ficará ainda mais evidente adiante, quando se realizará um exame da subjetivação efetuada por meio do emprego das técnicas punição moderna e que são esclarecidas por Foucault em sua célebre obra genealógica *Surveiller et punir* (Vigiar e punir, 1999).

²⁴ Embora, para os fins deste trabalho, pareça mais relevante a questão da produção da verdade nos procedimentos jurídicos, vale lembrar com Muchail (2004, p. 75) “que modos práticos de estabelecimento da verdade, de natureza jurídica, puderam vir a constituir como que modelos de produção da verdade no plano discursivo, isto é, no plano dos saberes (ciências, filosofia etc.)”.

contrapor ao poder de um rei; de forma que, assim, o povo teria se apoderado do poder de julgar, dizer a verdade mesmo contra seus governantes.

Segundo Foucault, 2013, p. 58) esses procedimentos de constituição da verdade surgidos com o inquérito, que poderiam ser chamados de “formas racionais da prova”, vieram a permitir falar-se em uma maneira de “como” e “em que condições” se poderia construir a verdade; quais as fórmulas seriam aplicáveis nesse método.

Como observa Muchail (2004, p. 76) a prática do inquérito serviu de modelo também para desenvolvimentos culturais que então surgiam na Grécia antiga, tais como: “‘sistemas racionais’ (como a filosofia), a ‘arte de persuadir’ (como a retórica), conhecimentos empíricos, baseados que são em testemunhos (como os dos historiadores, dos botânicos, dos geógrafos etc.).” Foram, portanto, a matriz a partir da qual outros saberes naturais se desenvolveram.

Depois de muito tempo esquecida, as duas formas – a prova e o inquérito – reaparecem na Idade Média. Por volta dos séculos V a XII a prova prevalece; a verdade se constituía pela vitória do mais forte, do mais hábil; esse era um procedimento que se adaptava a uma sociedade feudal, na qual predominavam, então, os saques; invasões e guerras.

Mais adiante, a partir do final do século XII e durante o século XIII, ocorre o ressurgimento do inquérito, de modo mais lento e obscuro, mas com muito maior sucesso que da primeira vez; terá, desta feita, como constata Foucault (2013, p. 59), “dimensões extraordinárias. Seu destino será praticamente coextensivo ao próprio destino da cultura europeia ou ocidental”.

Comenta Muchail (2004, p. 77) que, a partir de seu uso

nas esferas eclesiásticas e gestões administrativas, o *inquérito* é introduzido no âmbito das práticas jurídicas e dali se generalizará como modelo de produção de verdade e de outras práticas.” [...] no âmbito jurídico, os traços principais que desenham seu perfil: a resolução das questões de litígio não se dá diretamente entre os oponentes, mas se impõe “de fora” e “do alto” por um poder simultaneamente judiciário e político; aparece um personagem novo, o “procurador” do rei, representante do soberano, responsável por “dublar” a vítima, uma vez que o próprio rei é lesado porque são descumpridas suas leis; surge a noção de crime como *infração*, porque um dano não configura mais questão apenas entre indivíduos, grupos ou famílias, mas “também uma ofensa de um indivíduo ao Estado, ao soberano como representante do Estado”; por isso

mesmo é da competência do soberano o direito de impor penas e exigir reparações (frequentemente na forma de "confiscos" que enriquecerão as monarquias)

Essas alterações ocorrem principalmente com perda da centralidade pela Igreja e o enfeixamento da política se convertendo para alguém não religioso, surgindo, pois, a figura do soberano que assume o procedimento do inquérito nas práticas judiciárias. A noção de crime como lesão ao soberano e falta moral estão entrelaçados na concepção desse procedimento. Por isso mesmo que, nesse período, aparece ainda essa outra personagem comentada por Muchail (Idem), aquela do procurador.

Como mostra Edgardo Castro (2004, p. 292)

Foucault refere-se à formação de uma administração da justiça de ordem institucional, estatal, no sentido amplo do termo. Este processo também acompanha o aparecimento da monarquia medieval. [...] Agora será o Estado e não o indivíduo prejudicado que exige reparação²⁵

Relevante observar, como explica Foucault, que nesse contexto da transição da sociedade de comunidade espiritual – centradas na religião e Igreja – para o modelo estatal – voltado ao soberano – inicia-se a prática de uma vigilância centralizada²⁶. É para essa vigilância que se dá o surgimento da mencionada figura do procurador; ele atua como um sensor para observar a todos, não só aqueles indivíduos que cometeram infrações, mas, principalmente, vigiá-los antes que as cometam. Conforme menciona Foucault (2013, p. 106), “o procurador é antes de tudo um olhar, um olho perpetuamente aberto sobre a população.” Este olho é conectado a outros, em forma de pirâmide: do procurador, ao Procurador Geral, ao Ministro da Polícia e, todos transmitem as informações ao soberano, que é o ápice da pirâmide e vigia toda a sociedade. “Essa grande pirâmide de olhares consistia na nova forma de justiça” (FOUCAULT, 2013, p. 107)

²⁵ Livre tradução do autor para o texto original em espanhol: “Foucault alude a la formación de una administración de la justicia de orden institucional, estatal, en el sentido amplio del término. Este proceso, además, acompaña la aparición de la monarquía medieval. [...] Ahora será el Estado y no el individuo perjudicado el que exige la reparación

²⁶ Mais adiante se falará sobre o Panóptico, modelo arquitetônico que privilegia a forma de vigilância centralizada e acaba servindo como modelo conceitual para as vigilâncias que se exerceriam a partir do final do século XVIII.

Voltando-se a questão específica da prática do inquérito, nele necessariamente têm que se ouvir testemunhas para a reconstrução histórica do ocorrido no passado, pessoas que viram os fatos e podem expô-lo, reproduzindo a verdade; é normal que existam partes de verdades que são coletadas através de mais de uma testemunha e se somam para que se chegue à totalidade da verdade. E, se é possível reconstituir o passado a partir de relatos de pessoas sob juramento, o flagrante de crime não é mais necessário. Como mostra Foucault, (2013, p. 74), “tem-se aí uma nova maneira de prorrogar a atualidade, de transferi-la de uma época para outra e de oferecê-la ao olhar, ao saber, como ela se ainda estivesse presente.”

Conclui o filósofo que a utilização do inquérito, mais que resultado de um avanço ou progresso da racionalidade, constitui um fenômeno político, só compreensível na análise realizada no jogo das forças políticas e relações de poder. Como deriva de práticas eclesiais, traz a noção de “infração”, ofensa; busca identificar quem praticou o ato que, a partir de então, como já mencionado, é considerado uma ofensa ao poder.

O aspecto mais importante do inquérito não é seu conteúdo, mas sua forma, a forma de saber, afirmando Foucault (2013, p. 79) que o inquérito é justamente uma “forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade [...]. O inquérito é uma forma de saber-poder.”

Com a imagem antes exposta de que qualquer do povo pode se opor ao soberano, ao governante, por meio da verdade da qual é portador e pode ser revelada pelo procedimento do inquérito, constrói-se a ideia ocidental que o poder não tem verdade e a verdade estaria naqueles que permanecem longe do poder; um mito que, como diz Foucault (2013, p. 56), “Nietzsche começou a demolir ao mostrar [...] que por trás de todo o saber, de todo conhecimento, o que está em jogo é uma luta pelo poder. O poder político [...] é tramado com o saber.”

A partir do inquérito, chega-se ao final do século XVIII e início do século XIX, quando se constitui a sociedade disciplinar - na qual ainda vivemos – com mudanças no direito penal; primeiro, em nível teórico, pelos escritos dos chamados reformadores, com uma série de postulações a respeito do conceito de crime e como deveria se dar sua punição; e, segundo, no aspecto prático, pela adoção da pena de prisão, por parte da nova sociedade burguesa-industrial, como forma central de

punição, o que foi feito sem qualquer respaldo teórico nas ideias dos reformadores.

Esses temas serão abordados bem mais detalhadamente um pouco adiante; apenas se faz menção a eles neste tópico sobre a genealogia da verdade para referir-se a uma nova uma forma de produção de verdade que, sem rejeitar o procedimento do inquérito, mas com ele se articulando, emerge juntamente com esse novo modelo de sociedade: trata-se do exame, sobre o qual também se cuidará detalhadamente mais à frente, sendo necessário registrar, por ora, que é a mais recente forma de constituição da verdade utilizada pelo poder e trata-se, na dicção de Muchail (2004, p. 80), de uma forma de

vigilância sempre atual e ininterrupta, importando saber não tanto o que "se passou", mas quais as virtualidades do indivíduo e como ele presentemente se conduz. De modo genérico, pode-se dizer que, enquanto o modelo do *inquérito* é correlato de uma sociedade comandada pela soberania do monarca, a disciplina é correlata de uma sociedade comandada pela democracia burguesa.

Nessa chamada democracia burguesa, que é a sociedade disciplinar, utilizando-se das técnicas do exame, desenvolvem-se as condições para a utilização desse novo modo de construção da verdade, sendo especialmente importante para o surgimento das ciências humanas, que tem o homem com seu objeto. Paralelamente, permite que o poder não apenas reprima, mas passe também a produzir resultados desejados.

Conclui-se com Foucault, portanto, que derivaram dos procedimentos jurídicos três principais formas de práticas sociais de constituição da verdade, a prova, o inquérito e o exame, sendo que as duas últimas formas foram, e são ainda muito importantes na sociedade moderna, permitindo a constituição de saberes, formações discursivas e verdades, estando intimamente imbricadas com as relações estratégicas e as tecnologias do poder.

1.3 A CONCEPÇÃO DA PUNIÇÃO LEGAL COMO UM BEM À SOCIEDADE

Como lembra Giacoia Junior (2020), o pensamento fundante da percepção

moderna do direito está em Kant, principalmente expresso na Doutrina do Direito, exposta na *Metafísica dos Costumes*. Esse pensamento pode ser compreendido como a possibilidade da coexistência de uma sociedade sob uma lei universal que regula e resolve seus conflitos e garante a liberdade²⁷; para esse pensador, o direito é “a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida a escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade” (KANT, 2003, p. 76).

Extraí-se da filosofia de Kant que o direito, e em especial o direito penal, mesmo quando exerce coerção sobre os indivíduos, representa uma garantia da liberdade contra a violência, pois, se a coerção é um obstáculo à liberdade, quando o direito a exerce contra aquela conduta que a obstaculiza, estaria protegendo a liberdade e garantindo a justiça. Disso decorre que, pelo “princípio de contradição há uma competência de exercer coerção sobre alguém que o viola. [viola o direito à liberdade]” (Idem, 2003, p. 78).

Segundo esse filósofo, com a constituição de um Estado²⁸, a lei deve ser outorgada pelos mesmos que deverão cumpri-la, sem nenhuma intervenção de força superior, como uma imposição divina, ou exterior, alheia à sociedade, mas derivada dos próprios constituintes de dada sociedade, pois ninguém pode pretender fazer mal a si próprio; de maneira que o “poder legislativo pode pertencer somente à vontade unida do povo” (KANT, 2003, p. 156). Essa fórmula seria a garantia da liberdade, um mecanismo intrajurídico que legitimaria o direito a partir do próprio direito. De tal maneira a obediência à lei não seria a negação da liberdade, mas, sim, a sua garantia.

De acordo com esse pensamento, o constrangimento necessário à aplicação da lei não seria meramente uma relação de força estranha ao direito, mas um princípio a ele inerente, compreensível e moralmente aceitável. Kant, portanto, propõe o direito enquanto aquele âmbito encarregado da realização da paz e da liberdade na sociedade; seria o conjunto dos meios empregados para moderar a violência ou até suprimi-la em busca da realização da paz. Esses conceitos básicos ainda estão muito presentes na atualidade.

²⁷ Vale ressaltar que para Kant (2003, p. 83) o único direito inato e pertencente a todos os homens é a liberdade.

²⁸ Segundo Kant (2003, p. 155), “um Estado é a união de uma multidão de seres humanos submetida a leis de direito.”

Pela prevalência dessas ideias, há uma compreensão bastante generalizada na sociedade sobre a forma pela qual se dá a punição legal, que faz parecer serem as penalidades impostas uma consequência simples e direta da transgressão de uma lei penal. Naturaliza-se no imaginário dos indivíduos que as imposições dos castigos ocorrem como se fossem fórmulas automatizadas, quase matemáticas, a serem cumpridas necessariamente e cuja finalidade seria a proteção dos bens jurídicos mais importantes à sociedade e manutenção de uma indispensável ordem social²⁹. E, ainda, que esta ordem social assim protegida e mantida interessaria a todos indistintamente, que todos os bens jurídicos relevantes seriam igualmente protegidos, e que as punições alcançariam – ou pelo menos teriam como objetivo alcançar – a quaisquer dos transgressores da lei de igual maneira e com idêntica intensidade.

Essa impressão bastante difundida, em boa parte decorrente do pensamento metafísico de Kant, contudo, não se sustenta em face de uma análise crítica que busque avaliar mais profundamente a prática da imposição legal de castigos e seus resultados efetivos, como se mencionou rapidamente antes.

Os discursos teóricos e a aparência de neutralidade e de imparcialidade do direito penal, bem como as suas finalidades declaradas, não correspondem aos escopos reais que esse saber-poder cumpre, pois, como se pretende demonstrar, os resultados práticos e as finalidades reais cumpridas pelas punições legais estão longe da postulação ideal de manutenção da ordem que interessaria a toda a sociedade, de uma necessária paz social universalmente benéfica, da proteção igualitária dos bens e da aplicação equivalente das sanções a todos aqueles que transgridam a lei penal, bem como de outros objetivos programáticos desse saber penal.

²⁹ Os bens supostamente protegidos pelo direito penal seriam aqueles importantes “para o indivíduo ou para a comunidade (quando comunitário, não se pode perder de vista, mesmo assim, sua individualidade, ou seja, o bem comunitário deve ser também importante para o desenvolvimento da individualidade da pessoa) que, quando apresenta grande significação social, pode e deve ser protegido juridicamente. A vida, a honra, o patrimônio, a liberdade sexual, o meio-ambiente etc., são bens existenciais de grande relevância para o indivíduo” (BIANCHINI, MOLINA e GOMES, 2009, p. 232). Uma vez protegidos pelo direito esses bens existenciais passariam a ser considerados bens jurídicos e, quando abarcados pela proteção do direito penal, alcançam o status de bem jurídico-penal.

Para que possa ocorrer essa percepção, cumpre esclarecer, utilizando-se do processo genealógico foucaultiano, quais propósitos são, de fato, pretendidos e produzidos com a aplicação dos castigos legais e a quem interessam esses resultados alcançados; bem como, quais os principais indivíduos ordinariamente punidos pelo sistema penal e quais são aqueles que, com frequência, não são por ele atingidos.

Esses resultados não declarados, os efeitos não enunciados da ação do sistema penal são produzidos, como já se disse, vez que a maior parte dos sujeitos ativamente envolvidos com a aplicação dos castigos, os profissionais do direito e da segurança pública, agem de acordo com os discursos punitivos e pautando suas atuações pelas finalidades assumidas do direito penal. Mais que isso, essa atividade se realiza como se os resultados empíricos da atuação do sistema penal fossem extremamente igualitários, socialmente úteis a todos e desejáveis (vale dizer, como se correspondessem aos fins programáticos do discurso que o sustenta).

Constituídos com base nessa “verdade” produzida, grande parte dos operadores do sistema jurídico-penal muitas vezes “flexibilizam”³⁰ normas legais de

³⁰ Não sendo o escopo do presente trabalho discutir o direito penal teórico ou suas normas processuais, não caberia aqui abordar esse tema da flexibilização de garantias processuais mais detalhadamente. Dessa maneira, apenas a título de exemplo menciona-se algumas das frequentes condutas de operadores do direito nesse sentido e justifica-se o motivo pelo qual não parecem corretas. Assim, o Código de Processo Penal (BRASIL, 2019), dispõe minuciosamente, como deve ser um procedimento de reconhecimento pessoal para identificação daquele que é acusado de cometer um crime; entretanto, essa determinação legal é interpretada por grande parte desses profissionais como se fosse mera “recomendação” (ressalta-se, inclusive, que essa prática lamentável já é um entendimento consolidado no âmbito das duas turmas da 3ª Seção do STJ, corte mais alta do país em termos de legislação infraconstitucional), considerando seu descumprimento apenas uma irregularidade, que não anula a prova. Dessa maneira, permitem-se condenações mesmo quando violadas as disposições expressas do mencionado artigo. Poderiam ser relatadas dezenas de outras situações semelhantes de desconsideração às normas de garantia por boa parte dos profissionais do sistema jurídico-penal, mas vale lembrar apenas mais uma que foi muito comentada recentemente na mídia: trata-se da “relativização” do princípio da presunção de inocência, contrariando o previsto expressamente pela Constituição Federal (BRASIL, 2020b) e pelo Código de Processo Penal (BRASIL, 2019), que impede a imposição de cumprimento de pena antes da existência de decisão condenatória a respeito da qual não caiba mais nenhum recurso (tecnicamente chamada de decisão transitada em julgado). Essas “interpretações” acabam violando os princípios do devido processo legal, previstos não apenas no Código de Processo Penal, mas em toda uma principiologia trazida por tratados internacionais e, acima de tudo, pela Constituição Federal, especialmente em seu artigo 5º e incisos. Tais disposições visam impedir a arbitrariedade do Estado e da administração sobre o indivíduo. O discurso jurídico de significativa parcela dos operadores do direito, até mesmo nos Tribunais Superiores, contudo, procura fazer parecer que tais disposições legais são meras recomendações. Essa postura parece demonstrar a preferência – ainda que contra disposições legais expressas – em buscar-se a condenação dos acusados como objetivo principal do processo penal que, ao contrário, deveria ser um instrumento da garantia da observação das normas que protegem os seus direitos em face da atuação do Estado. Ao logo deste trabalho pretende-se compreender e demonstrar as razões que levam a esse tipo de conduta.

garantias do indivíduo previstas nos ordenamentos que regulam a aplicação da punição legal para possibilitar condenações. Na mesma seara, é frequente encontrar aqueles que são extremamente rigorosos em suas decisões no escopo punitivo, seja ao buscar a persecução penal ou ao proferir sentenças condenatórias, de acordo com a função que desempenham³¹.

Necessário, contudo, antes de passar-se ao estudo mais específico do dispositivo punitivo legal e de sua operação pelos seus profissionais aqui tratados, fazer uma distinção entre alguns pensamentos que também são utilizados neste trabalho – como aqueles trazidos pela chamada criminologia crítica – e o método genealógico foucaultiano.

1.4 REFLEXÕES SOBRE A IDEOLOGIA E O PODER EM FOUCAULT

Importante ressaltar a singular importância de Foucault para a investigação e reflexão sobre o papel desempenhado pelos castigos legais e o funcionamento do sistema punitivo. Essa relevância é tamanha que vem sendo cada vez mais reconhecida por todos aqueles pensadores que se dedicam ao estudo crítico do sistema penal; pode-se mencionar, ilustrativamente, o que diz Gabriel Ignacio Anitua (2008, p. 46), quando alude ter se convertido Foucault

em um autor inevitável para a sociologia jurídica, para o direito penal e para a criminologia. Tanto é assim que, por exemplo, Stanley Cohen - que é um dos grandes pensadores da criminologia e do sistema penal - disse que hoje em dia não se pode falar em punição sem mencionar Foucault. Cohen diz que falar sobre punição sem mencionar Foucault é como falar sobre o inconsciente sem citar Freud³².

³¹ Vale esclarecer que a mencionada atuação na persecução penal se trata especialmente daquela desenvolvida pelo Ministério Público, por seus membros, quando instauram investigações; as conduzem, ou ainda, recebem investigações de outros órgãos – como a polícia – e iniciam a ação penal; já a prolação de decisões condenatórias é atribuição dos juízes criminais e de tribunais judiciais, impondo a sanção penal aos acusados.

³² Livre tradução do autor para o texto original em espanhol: “en un autor ineludible para la sociología jurídica, para el derecho penal y para la criminología. Tan es así que, por ejemplo, Stanley Cohen – quien es uno de los grandes pensadores de la criminología y del sistema penal – ha dicho que hoy en día no se puede hablar del castigo sin mencionar a Foucault. Cohen dice que hablar de castigo sin mencionar a Foucault es como hablar del

Isso posto, necessário lembrar-se que entre as teorias e métodos de análise que mais permitiram avanços no pensamento criminológico está, certamente, o pensamento marxista, que informa a criminologia crítica e permitiu superar-se, definitivamente, a visão proposta pela criminologia etiológica-positivista – aquela que buscava a causa do crime no indivíduo e via a punição como a consequência lógica e necessária da prática de um ilícito³³. Por meio desse pensamento crítico, como ficará demonstrado mais adiante neste texto, foi possível enxergar fenômenos antes opacos ao observador, como a relação da punição com os sistemas de produção, entre outros.

Contudo, é exatamente aí que desponta o maior diferencial do pensamento de Foucault: entende-se neste trabalho que ele vai ainda mais longe do que permite a análise feita a partir de determinadas categorias estudadas por outras correntes críticas; as desconstrói ou reinterpreta de maneira completamente diferente; faz isso

inconsciente sin citar a Freud.”

³³ Parece indispensável, desde logo, apontar-se a diferença entre criminologia etiológico-positivista e criminologia crítica. Vale lembrar que a criminologia etiológico-positivista é aquela duramente criticada por Foucault (como se mostrará adiante). A criminologia etiológico-positivista trata-se de um pensamento que dá suporte à aplicação do direito penal. É uma “ciência” que, como expõe Baratta (1999, pp. 29-30) tem como objeto “o homem delinquente, considerado com um indivíduo *diferente* e, como tal, clinicamente observável. Em sua origem, pois, a criminologia tem como específica função cognoscitiva e prática, individualizar as causas dessa diversidade, os fatores que determinam o comportamento criminoso, para combatê-los como uma série de práticas que tendem, sobretudo, a modificar o delinquente. A concepção positivista da ciência como estudo das causas batizou a criminologia.” Prossegue Baratta (Idem, p. 30) aduzindo que a matriz positivista continua importante até nossos dias, não apenas porque a visão patológica da criminalidade ainda é muito presente, mas, também, porque mesmo as escolas sociológicas, nascidas por volta dos anos 1930 nos Estados Unidos, “continuaram por muito tempo e ainda em parte continuam a considerar a criminologia sobretudo como estudo das causas da criminalidade”. Finalmente, afirma o pensador italiano que isso ocorreu pelo menos enquanto esse paradigma não foi posto em dúvida ou substituído pelo paradigma da “reação social” reconhecendo-se que não é possível considerar a criminalidade como uma realidade em si, mas uma criação que depende de uma definição do direito, repudiando-se a visão do delinquente como um indivíduo “diferente”. Por outro lado, a criminologia crítica, também conhecida como criminologia radical, nas palavras de Santos (2008, p. 02) “surge como crítica radical da teoria criminológica tradicional, assim como [...] o marxismo surgiu de uma crítica radical da economia política clássica”. Afirma ainda Santos (idem, p. 38) que “enquanto as orientações positivistas se exaurem na explicação do crime como produto etiológico de “causas” determinantes, [...] a criminologia radical se empenha na tarefa de uma análise materialista do crime e do sistema de controle social”; a base da criminologia radical é análise das “contradições de classe das relações econômicas estruturais e das relações superestruturais de poder do Estado” (ibidem, pp. 36-37). Aduz mais o referido pensador que a criminologia crítica “compreende a crítica do Direito como ‘lei do modo de produção dominante’, e do Estado como ‘organização política do poder de classe’, além da elaboração simultânea de uma ‘economia política do crime’” (SANTOS, 2008, p. 39). Para concluir, pode se trazer a lição de Baratta (1999, p. 159) quando afirma que a criminologia crítica é um movimento de pensamento criminológico contemporâneo não homogêneo, no sentido de uma “teoria materialista [...] da criminalização [...] que leva em conta instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo”. Reconhece o pensador italiano que os textos marxianos são muito fragmentários a respeito do tema específico, dependendo essa construção de um grande trabalho de observação empírica e do aporte teórico diversos do marxismo.

especialmente em relação às aquelas categorias fixadas pelo pensamento marxista, tais como a importância da ideologia e os aspectos do poder, se é que se pode mencionar esses conceitos dessa forma quando se alude ao pensamento de Foucault.

Muitos leitores menos familiarizados com o pensamento foucaultiano podem imaginar que, especialmente em sua análise do sistema punitivo, sua teoria se aproxime muito do marxismo, mas essa é uma falsa impressão. Como menciona Bernard E. Harcourt (2015, p. 263), o curso “A sociedade punitiva” ministrado por Foucault em 1973 no Collège de France, “é lido como um texto marcado por forte tonalidade marxizante. No entanto, não se trata em absoluto de um texto marxista.” A mesma impressão pode causar a leitura de “Vigiar e Punir”, mas em todas suas análises críticas Foucault vai “para além de Marx e do marxismo.”

Um primeiro aspecto que pode ser observado nesse sentido é a constatação que, apesar das já mencionadas contribuições da corrente marxista para a crítica criminológica, tais pensamentos ainda se prendiam à ideia fundamental de relação entre infraestrutura material de produção e superestrutura ideológica que viabiliza seu funcionamento.

Para demonstrar essa posição marxista, parece válido trazer a visão de Louis Althusser (1999, p. 79) a respeito da relação infraestrutura-superestrutura, por ele chamada de uma “metáfora espacial: uma tópica” que facilita a compreensão. Para esse pensador marxista francês, a infraestrutura seria composta pela “unidade” das forças produtivas com as relações de produção, portanto, a base; sobre tal base se erguem dois “patamares” da superestrutura, representados pelos níveis “jurídico-político (o Direito e o Estado) e o Ideológico (as diferentes ideologias: religiosa, moral, jurídica, política, etc.)” (Idem).

Adotando essa compreensão, as correntes criminológicas críticas marxistas partem da hipótese de que a superestrutura desenvolve ideologias que transmitem uma visão mistificada da realidade e justificam práticas que interessam à manutenção das relações de troca e produção praticadas na infraestrutura³⁴. Em

³⁴ Não é escopo deste texto entrar profundamente na discussão da visão marxista de funcionamento da sociedade e sua divisão em infraestrutura e superestrutura, assim, o que se expressa acima é uma simplificação no limite necessário para ilustrar o pensamento apropriado pelas criminologias marxistas. Não se desconhece a posição de Althusser (1999) em relação a erros que se cometem a respeito de sua visão sobre esses temas, especialmente sobre a superestrutura e ideologia, dizendo, inclusive, que “não se pode conceber o sistema de ‘direção’

relação ao direito ocorreria algo semelhante. Sendo o direito parte da superestrutura em forma de Aparelho de Estado e de ideologia, ele se encarregaria de permitir a manutenção da existência da sociedade burguesa conforme interessa ao poder, poder esse que seria dominado por essa classe – burguesia – e que seria exercido, fundamentalmente, pelo Estado e seus aparelhos.

Dessa maneira, Althusser (1999, p. 192) define o direito como um “Aparelho Ideológico do Estado”, que

“funciona” de maneira prevalente por meio da ideologia jurídico-moral, apoiada por intervenções repressoras intermitentes; [...] em seu funcionamento todo o aparelho de Estado combina, simultaneamente, a repressão com a ideologia; temos fortes razões para considerar que o “Direito” (ou antes, o sistema real que essa denominação designa, dissimulando-a, já que faz a abstração da mesma, a saber: os Códigos + a ideologia jurídico-moral + a polícia + os tribunais e seus magistrados + as prisões, etc.) merece ser pensado sob o conceito de *Aparelho Ideológico de Estado*.

Como se pode ver ao longo deste texto, a compreensão a respeito do funcionamento do direito na sociedade é levada muito além dessa percepção da crítica marxista, por meio da genealogia de Foucault. Este pensador, utilizando-se das estratégias genealógicas, demonstra ser uma relação muito mais poderosa que a ideologia combinada a um aparelho de Estado aquela que sustenta o surgimento e a aplicação do direito e, especificamente, do direito penal moderno.

Como percebe Harcourt (2015, p. 251), “as formulações ‘aparato estatal’ e ‘aparatos ideológicos’ não possibilitam pensar a penalidade ou a prisão fora da repressão estatal. O sistema penal, onde funciona o discurso do direito penal, é uma rede complexa, que se expande para além das instituições estatais, produzida pelo imbricamento entre saberes constituídos em práticas de poder, saberes esses que, por sua vez, a essas práticas dão sustentação.

Expõe Foucault (2005, p. 90) que as relações de poder encontram-se em posição de imanência com outros fenômenos sociais, como os processos

ideológica da sociedade pela classe dominante, isto é, os efeitos de consenso da ideologia dominante (‘que é a ideologia da classe dominante’, Marx), como um puro e simples dado. [...] Com efeito, a ideologia dominante nunca é um fato consumado da luta de classes que tivesse escapado à luta de classes.” (Althusser, 1999, p. 239). Vale dizer, para Althusser, a dominação pela ideologia se dá não de forma estática, pacífica e definitiva, mas ocorre e se reproduz na dialética do embate histórico da luta de classes. Essas constatações, contudo, em nada modificam a validade da crítica foucaultiana nem o maior alcance analítico desta.

econômicos ou relações de conhecimentos; “não estão em posição de superestrutura, com um simples papel de proibição ou de recondução; possuem, lá onde atuam, um papel diretamente produtor.”

Nesse movimento que permite expandir o olhar para além da proposta marxista, especialmente daquela expressa por Althusser, Harcourt (2015, p. 264) observa que Foucault procura “deslocar a análise da luta ‘ideológico-política’ para estudo do efeito teórico-político de um discurso”. Por meio dessa forma de abordagem, afastando-se do conceito de ideologia, Foucault desenvolve vários estudos, entre eles, aqueles relacionados ao jogo de poder que, a partir de relações de força e utilização de táticas e técnicas, permitiria o aparecimento da pena de reclusão.

Essa superação do pensamento marxista permite, como se verá adiante, uma maior e melhor compreensão da formação e funcionamento das práticas punitivas modernas e das condicionantes para a atuação das pessoas nelas envolvidas.

Por outro lado, a concepção marxista trabalha, fundamentalmente, com uma visão do direito como uma força repressiva, que produz interdições, proibições e, quando necessário, coerções. Para ilustrar essa forma de pensar pode-se valer, uma vez mais, do que afirma Althusser (1999, p. 189), quando mesmo reconhecendo que o direito penal não é sustentado apenas nos aparelhos repressivos – pois a ideologia permitiria que suas normas fossem cumpridas, na maioria das vezes, espontaneamente e sem a intervenção coercitiva estatal – ressalta sua função negativa, de proibição.

Em relação a esse ponto, imagina-se que também ficará claro neste trabalho – onde se abordará mais profundamente essas questões – que Foucault demonstra existir, ao lado dessa característica repressiva do direito, uma capacidade produtiva por ele desempenhada, como, por exemplo, produzir padrões de condutas desejadas, possibilitar a geração de conhecimentos e a constituição de sujeitos.

Por ora, traz-se apenas um excerto do que afirmou Foucault (2011, p. 7) a respeito do poder, e que se pode aplicar ao direito, que é uma das formas de exercício de poder³⁵:

³⁵ Mais adiante, no capítulo três desta primeira parte, ao tratar-se do tema referente ao contradireito, identificado por Foucault, se demonstrará que o direito não pode ser reduzido apenas à sua concepção jurídica.

Me parece que a noção de repressão é totalmente inadequada para dar conta do que existe justamente de produtor no poder. Quando se define os efeitos de poder pela repressão, tem-se uma concepção puramente jurídica deste mesmo poder; identifica-se o poder a uma lei que diz não. O fundamental seria a força da proibição. Ora, creio ser esta uma noção negativa, estreita e esquelética do poder que curiosamente todo mundo aceitou. [...] O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais que uma instância negativa que tem por função reprimir.

Finalmente, tratando especificamente da questão de definição do poder, constata-se que a visão marxista – como de resto vários pensamentos político-filosóficos – trabalha como se o poder fosse algo que está centralizado no Estado; o poder seria um elemento a ser possuído, que se poderia tomar, guardar e transmitir. Althusser (1999, p. 100), por exemplo, escreveu que “toda luta política de classes gira em torno do Estado: entendamo-nos, em torno da posse, isto é, da tomada ou conservação do *poder de Estado*”. – Grifo original.

Talvez um dos pontos em que o pensamento foucaultiano mais se afaste das visões do marxismo e de Althusser seja em relação a essa ideia. Como mostra Harcourt (2015, p. 269), Foucault cria sua própria concepção de poder, nela, o poder “não é concebível como instrumento, como algo que se possua, nem como aparato ideológico, mas deve ser pensado como fator primeiro e constitutivo.” Ou, nas palavras do próprio Michel Foucault (2005, p. 89), “o poder não é uma instituição e nem uma estrutura, não é uma certa potência de que alguns sejam dotados: é o nome dado em uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada.”³⁶ E de maneira frontalmente oposta à assertiva de Althusser transcrita acima, Foucault (2015, p. 209) diz não acreditar “que o poder possa ser descrito de forma adequada como algo localizado em aparatos estatais.”

³⁶ Poderia se acrescentar, ainda, o que menciona Foucault (2015, p. 207) em seu curso de 1972-1973 *La Société Punitiva* (Sociedade Punitiva), quando afirma que o poder “é algo exercido em toda a espessura, em toda a superfície do campo social, segundo todo um sistema de intermediações, conexões, pontos de apoio [...]. Por mais finos que sejam os capilares da rede social a que chegemos, encontraremos o poder, não como algo possuído por alguém, mas como algo que passa, se efetua, se exerce. [...] o que está no cerne do poder é uma relação belicosa, e não uma relação de apropriação.”

Por isso mesmo, pelo fato do poder não ser “algo que se adquira, arrebate ou compartilhe, algo que se guarde ou se deixe escapar, [mas sim algo que] se exerce a partir de inúmeros pontos e em meio a relações desiguais e móveis” (FOUCAULT, 2005, p. 90), é que não se pode falar de uma “teoria do poder” em Foucault, pois, como menciona Candiotta (2016, p. 131), “o objetivo de Foucault é tentar entender não o que é o poder, mas como ele funciona, como ele opera.” E se o poder não é um “ser”, um “objeto” ou uma “substância”, parece muito mais correto que analisar “o poder”, utilizar-se a ideia de uma “analítica do poder”, verificando-se como o poder se constitui e se manifesta nas diversas maneiras de relações e como opera; onde atua; o que produz. Esta analítica é realizada por Foucault em diversos trabalhos e é utilizada ao longo deste texto.

Demarcada essa diferença que, entre outros fatores, possibilitou que se veja ainda mais longe com a genealogia foucaultiana do que as teorias marxistas possibilitavam, passa-se, então, a partir das bases teóricas enunciadas, a demonstrar como opera e o que produz o poder punitivo legal e, como consequência, que esse comportamento dos operadores do sistema penal, ao contrário do discurso que lhe dá sustentação, não contribui para uma sociedade mais livre, pacífica, justa e igualitária, mas, ao contrário, permite a manutenção de um sistema social de dominação, violência e desigualdade. É como percebe Foucault (2006, p. 330), o sistema punitivo “nunca ‘funcionou’, pelo menos se considerarmos seus fins afirmados”.

O exame que se fará adiante permitirá mostrar como atuam as técnicas de constituição de sujeitos desde o final do século XVIII, especialmente, neste primeiro capítulo, como o sistema punitivo e a pena de prisão tem um papel central nesse processo. Para tal análise, indispensável realizar um retorno histórico-filosófico, como afirmado, apoiado nas investigações genealógicas de Michel Foucault, mas dialogando também, como já se mencionou, com outros pensadores críticos sempre que oportuno, para se observar como se desenvolvem e se fundamentam as punições legais; estudar as técnicas e táticas que as orientam, especialmente a partir do século XVIII; quais as principais modificações que experimenta em sua teoria e em sua prática; e como todo esse dispositivo caracteriza-se como uma das importantes formas de subjetivação moderna.

1.5 O DISCURSO FORMAL DO DIREITO PENAL

Antes de iniciar qualquer outra análise, impõe verificar como se manifesta atualmente o discurso formal que sustenta “a arte de fazer sofrer”, como a chama Foucault (1999, p.12). Esta “arte de fazer sofrer” deve ser entendida, contemporaneamente, como a efetiva atuação do sistema jurídico-penal, em sua imposição de castigos legais. Em outros termos, é necessário observar como se expressa o suporte teórico vigente do exercício do poder punitivo contemporâneo, denominado direito penal, especialmente no que concerne a seus objetivos declarados e suas finalidades enunciadas.

Parece certo que fugiria à proposta e aos limites deste trabalho, revolver todos os conceitos teóricos do direito penal em busca da análise dos pontos acima mencionados; assim, serão apontados, e de forma concisa, os principais argumentos que informam a atuação desse direito em relação às finalidades que, manifestamente, pretende desempenhar, para que se possa, depois, concluir se efetivamente está cumprindo seu objetivo suposto.

Pode-se dizer de forma muito sintética, à maneira de um sobrevoo, que, segundo a estrutura teórica do direito penal, este ramo do saber expressa como finalidade de sua atuação – com alguma variação na sintaxe conceitual mas segundo a corrente dominante na doutrina – a preservação de bens jurídicos, não qualquer um, mas apenas aqueles mais importantes à sociedade, como se mencionou antes, os bens jurídicos penais; e ainda, somente deve atuar em relação às ações ou omissões humanas que se constituam nos ataques mais graves que forem desferidos contra esses bens jurídicos. Na dicção de Juarez Cirino dos Santos (2017, p. 5), “os objetivos 'declarados' do Direito Penal nas sociedades contemporâneas consistem na proteção de bens jurídicos”.

De tal forma, prevê a teoria penal que, em havendo um comportamento humano que, aparentemente se subsuma à descrição existente em lei anterior que o defina como crime, se desenvolvem uma série de operações previstas nessa mesma dogmática, tais como: verificar se houve conduta humana adequada à descrição legal do crime; qual o elemento subjetivo que motivou essa conduta e a

culpabilidade daquele que praticou a ação ou omissão. Essas aferições devem ser realizadas dentro de um procedimento formal, também previsto e regulamentado em lei, que é o processo penal. Superadas essas fases e demonstrada a conduta, então considerada típica, antijurídica e culpável, o direito penal sempre entraria em ação, impondo assim uma pena que, segundo a mesma teoria, deveria ser adequada, suficiente e proporcional para a retribuição de cada um daqueles ataques; e ainda, deveria também buscar a prevenção da prática de tais atos socialmente indesejados.

Pode-se mencionar ainda que, grosso modo, o sistema jurídico-penal é composto, formalmente, por esse ordenamento jurídico específico e princípios reguladores respectivos (o discurso de saber que o apoia); manifesta-se na prática por meio de instituições próprias ao seu funcionamento, tais como Polícia; Ministério Público; Justiça; Advocacia; Defensoria Pública; Penitenciárias; locais para cumprimento de penas em regimes semiaberto e aberto; manicômios judiciários e ambulatorios; entre outras, onde desempenham suas funções profissionais do direito e profissionais de diversos outros ramos dos saberes (o aparelho institucional que permite o efetivo exercício do poder penal). Trata-se, esse conjunto, em síntese, do dispositivo responsável pelo exercício da tecnologia do poder punitivo-penal contemporâneo.

1.6 A CENTRALIDADE DA PENA DE PRISÃO COMO FORMA PUNITIVA

Da atuação concreta desse dispositivo, pautado na teoria rapidamente mencionada acima, a pena que se impõe na atualidade, como forma central de punição e com os escopos declarados de retribuição e prevenção, é a pena de prisão, o encarceramento, a privação da liberdade. Pode-se argumentar que o Código Penal (BRASIL, 2020a) e outras leis penais especiais preveem também as penas restritivas de direitos e de multa, o que é verdade, mas é necessária uma rápida consideração a esse respeito.

Após prever o Estatuto Penal, em primeiro lugar, a pena de encarceramento (chamada pelo Código de pena privativa de liberdade), traz, em seguida, disposições falando nas penas restritivas de direitos e nas penas de multa. Ocorre que as penas

restritivas de direitos (tais como prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana, interdição temporária de direito, entre outras previstas), são quase que exclusivamente substitutivas – quando não, são cumulativas, isto é, aplicadas simultaneamente à pena de prisão – o que vale dizer: em condições muito específicas previstas em lei, após ser aplicada pela justiça a pena privativa de liberdade, pode-se, apenas nessas situações especialmente previstas, substituí-la pela pena restritiva de direitos; ou seja, a base da punição continuará sendo sempre a pena de prisão. Não é diferente em relação à pena de multa que será sempre cumulativa, isto é, aplicada conjuntamente à pena de encarceramento, ou ainda, como a restritiva de direitos, de forma substitutiva, e apenas para casos especialmente previstos na lei e em condições delimitadas legalmente. Diante disso, não há como discordar de Cezar Roberto Bitencourt (2001, p. 2) quando afirma que a pena de prisão se apresenta “como forma quase que exclusiva de controle social formalizado”.

Parece resultar claro dessa rápida exposição, o papel da pena de prisão como modalidade principal na técnica legal de castigar contemporânea. E então caberiam ao menos duas indagações: a) estaria demonstrado que a pena de encarceramento – pela sua aplicação prática ao longo de dois séculos nos quais vem desempenhando o protagonismo punitivo – é um sucesso tão grande que justifique ela figurar como a forma quase exclusiva de punição legal? b) O encarceramento surge como técnica punitiva central no direito penal como consequência de estudos teóricos que o recomendem como tal?

Em relação à primeira indagação, Foucault (1999, p. 196) já mencionou que a pena de privação de liberdade demonstra ser perigosa e inútil (em relação aos seus fins assumidos), mas, mesmo assim, dela não se abre mão. E não é difícil encontrar na própria doutrina jurídico-penal, ao menos daquela com um viés mais crítico, a resposta negativa expressa àquela indagação. Exemplificativamente, pode trazer-se a fala de Paulo César Busato (2017, p. 799), quando afirma que “a pena de prisão é uma instituição falida”. Bitencourt (2001, pp. 1 - 3), autor de uma obra exatamente com o título *Falência da pena de prisão*, também aduz que essa pena “guarda em sua essência contradições insolúveis, e que o problema da prisão é a própria prisão. Aqui, como em outros países, avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado”. A percepção de muitos outros autores da doutrina penal

caminha no mesmo sentido, expondo a imprestabilidade da pena de prisão para atingir qualquer de seus objetivos declarados.

A observação empírica dos números da criminalidade registrada, em comparação com a taxa de encarceramento, não traz resposta em sentido diferente daquela proposta pela doutrina acima mencionada, quanto ao fracasso da pena de encarceramento em cumprir com seus objetivos manifestos.

Em forma de amostra, pode-se mencionar que no Brasil, a taxa de encarceramento vem subindo de forma vertiginosa; “entre 2000 e 2015, enquanto os EUA aumentaram em 14% sua população carcerária, no Brasil houve uma alta de aproximadamente 170%” (CAULY, 2018)³⁷; e um Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias divulgado pelo Ministério da Justiça informa que, em junho de 2016, “a população carcerária do Brasil atingiu a marca de 726,7 mil presos, mais que o dobro de 2005, quando o estudo começou a ser realizado. Naquele ano, o Brasil tinha 361,4 mil presos” (ERDELYI, 2018). Por outro lado, não houve como consequência dessa explosão de aprisionamento, nenhum decréscimo no índice de criminalidade; ao contrário houve avanço, como demonstra, por exemplo, o aumento de 7,5% nos homicídios nesse mesmo período³⁸, atingindo-se números recordes, pois, também em 2016, chegou-se a marca de 62.517 homicídios, segundo informações do Ministério da Saúde; o que “equivale a uma taxa de 30,3 mortes para cada 100 mil habitantes, que corresponde a 30 vezes a taxa da Europa” (IPEA, 2018).

Mais adiante, no decurso deste capítulo, voltar-se-á à questão da ineficácia da prisão como meio punitivo para se alcançar os objetivos declarados do direito penal, como a ressocialização e/ou a prevenção de crimes.

Poder-se-ia então, agora, buscar a resposta à segunda indagação adredemente formulada: se a prisão, do que se expôs acima, não se apresenta como um sucesso em cumprir seus objetivos manifestos, decorreria sua posição, como

³⁷ De se notar a tragédia que significa o crescimento muito maior do encarceramento no Brasil que aquele verificado nos EUA, pois, mesmo em relação ao aprisionamento observado no país norte-americano, Bernard Harcourt (2015, p. 247) informa que “Foucault já aponta a ‘função de eliminação em massa desempenhada pela prisão americana’”.

³⁸ Conforme dados do *Atlas da Violência 2018* elaborado pelo IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e FBSP – Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponíveis em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>.

principal e quase exclusiva forma de castigo, de um consenso doutrinário que está na raiz do direito penal contemporâneo? Seria consequência histórica de sua formulação pelos pensadores penalistas do século XVIII?

A respeito dessa segunda questão, Michel Foucault³⁹ observa – como se mencionou rapidamente antes e agora aprofunda-se a análise – dois fenômenos fundamentais e aparentemente contraditórios em relação ao direito penal: a) as reformas dos sistemas judiciários (ou reformas jurídicas); e b) as reformas dos sistemas penais (a reforma do sistema de castigos imponíveis).

Em síntese, pode-se mencionar destacar Foucault que da reforma dos sistemas judiciários, emanada do pensamento de estudiosos do tema, tais como Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria; Pietro Veri; John Howard; Jeremy Bentham, entre outros – chamados exatamente de reformadores – derivaram vários postulados que se consideraram avanços na ciência criminal. Assim, exemplificativamente, pode se mencionar: a separação da lei penal da ideia de falta moral ou religiosa, restringindo-se a noção de crime àquilo que fosse efetivamente lesivo à sociedade; a inserção na legislação penal dos princípios como a anterioridade da lei penal (segundo o qual todo o fato, para ser tido como criminoso, deveria ser previsto em lei anterior nesse sentido); e também, o fim das penas de suplício, que deveriam ser substituídas por diversas modalidades de penas proporcionais e adequadas cada uma delas ao tipo de crime cometido.

A contradição que Foucault percebe reside fundamentalmente no fato que, em sede das reformas dos sistemas de penas, ao contrário do proposto no campo jurídico pelos reformadores acima citados, as sanções que acabam sendo efetivamente cominadas às várias formas de crimes tomam um rumo totalmente diverso. Ao revés de se adotarem diferentes modalidades de penas de acordo com cada tipo de crime, como preconizado pelos estudiosos, o castigo acaba se afunilando em um tipo de pena pouco mencionado nos estudos criminológicos de então, que é a prisão. Assim, ao contrário do inicialmente proposto pelos reformadores, das várias modalidades punitivas cogitadas nos seus tratados, elas são restringidas a uma espécie praticamente marginal de penalidade: o cárcere.

³⁹ Michel Foucault faz essa análise aqui referida em diversas obras tais como: “A sociedade punitiva” (2015, p. 65 e seguintes; 207 e seguintes); “A verdade e as formas jurídicas (2013, p. 81 e seguintes)” e “Vigiar e punir (1999, p. 63 e seguintes).”

Márcio Alves da Fonseca (2002, p. 169) comenta que “os princípios da Reforma do Direito Penal apontavam para uma individualização das penas em função de uma especificação dos crimes”, estabelecendo-se uma correspondência entre as particularidades dos crimes cometidos e das penas a serem aplicadas.

Exemplificativamente, pode-se mencionar que Beccaria (1983, pp. 52-53) propunha como a pena mais grave, em substituição à própria pena de morte, a pena de “escravidão perpétua”; além dessa modalidade de castigo, sob uma fórmula bastante genérica, propõe o “banimento” para “aquele que perturba a tranquilidade pública, que não obedece às leis, que viola as condições sob as quais os homens se sustentam e se defendem mutuamente, esse deve ser excluído da sociedade, isto é, banido”; banimento este associado ou não ao confisco dos bens do banido, em situações específicas. Em seguida fala da pena de “infâmia”, mediante a qual o indivíduo seria identificado com um sinal da desaprovação pública, “que retira do culpado a consideração, a confiança que a sociedade depositava nele e dessa espécie de fraternidade que une os cidadãos de uma mesma Nação”.

Foucault (2013, p. 84) confirma sua percepção de desvio da orientação dos reformistas na adoção da prisão, quando menciona terem os teóricos do século XVIII apresentado, basicamente, quatro tipos de punição: o “banimento” ou “deportação”; as punições “baseadas no escândalo, na vergonha, na humilhação de quem cometeu uma infração” (equivalente ao que Beccaria chama de “infâmia”); a reparação do dano social; e uma quarta modalidade baseada no talião, um castigo proporcional e semelhante ao mal cometido.

A tecnologia punitiva proposta pelos reformadores inspirava-se no Iluminismo, fundamentava-se no contratualismo e buscava um aspecto de representação dos castigos, a aparência dissuasiva da punição; trazia ainda a ideia utilitarista⁴⁰,

⁴⁰ O utilitarismo, doutrina que teve entre seus grandes pensadores Jeremy Bentham e John Stuart Mill, se inspirou no empirismo. A respeito das ideias de Bentham, Bobbio (1995, p. 91-92) afirma seu pensamento se inserir também na corrente do iluminismo, sofrendo influência de Beccaria, sendo o “próprio postulado central de seu utilitarismo, que ele exprime com a fórmula: *a maior felicidade do maior número* [...] repete quase literalmente a de Beccaria: *a maior felicidade dividida no maior número*.” A ideia utilitarista propunha que se deveria observar, como objetivo fundamental, a capacidade de realização de efeitos socialmente desejados pela aplicação das normas jurídicas. E o efeito desejado mais importante seria aumentar a felicidade geral. Para atingir-se tal escopo, a adoção por todos de uma conduta não arbitrária seria fundamental, com vistas à coesão social e à vida em coletividade. A forma de alcançar essa conduta consistiria na utilização de uma equação baseada em uma verdade tida por absoluta, segundo a qual, os indivíduos perseguem o prazer e fogem da dor. Dessa maneira, uma pessoa que agisse sempre com vista à sua própria satisfação, a longo prazo, agiria sempre conforme o direito. “A utilidade ou o princípio da maior felicidade, como fundamento da moral, sustenta que as

segundo a qual a representação do sofrimento do castigo deveria desestimular a possível vantagem do crime. Esses pressupostos permeavam toda a teoria desses pensadores; conforme menciona Bitencourt (2001, p. 33): “As ideias filosóficas que a informam [tratam-se] da associação do contratualismo com o utilitarismo”; aduzindo, mais à frente, ter Beccaria “uma concepção utilitarista da pena [...] considerava a pena um simples meio de atuar nos motivos sensíveis que influenciavam a orientação da conduta humana” (Idem, p. 36). Essas afirmações correspondem perfeitamente ao que propõe Beccaria (1983, p. 56):

Poder-se-ia também tornar mais estreita a ligação das ideias de crime e de punição, dando à pena toda a conformidade possível com a natureza do crime, a fim de que o temor de um castigo especial afaste o espírito do caminho a que conduzia a perspectiva de um crime vantajoso.

Havia várias condições que deveriam estar atreladas à pena, segundo a teoria penal do século XVIII, para que ela funcionasse, para que fosse útil no sentido de evitar a prática de crimes. Algumas dessas características são destacadas por Foucault (1999, p. 87-94), entre elas, que a pena deveria ser pouco arbitrária, no sentido – como menciona a lição de Beccaria transcrita acima – de sempre estar vinculada ao tipo de crime cometido, vale dizer, ser da mesma natureza; deveria ter um tempo razoável para sua aplicação, pois, se infinita, seria um desperdício para o Estado como investimento, vez que não demonstraria nunca seu papel de recuperar aquele que cometeu um crime.

Funcionaria ainda a pena como um mecanismo de sinais; o condenado seria apenas um dos alvos do castigo; os efeitos laterais da pena seriam de atingir toda a população, no sentido de que os outros que tivessem intenção de infringir a lei penal seriam também alcançados pelo efeito intimidador da pena.

Acredita-se importante registrar que esse mecanismo de sinais ou efeitos laterais das penas desejados pelos reformadores – ao contrário de outros objetivos que não foram alcançados – apresenta-se entre os seus efeitos reais. Tanto é assim que Zaffaroni (2001, p. 23) menciona essa mesma característica da pena e do

ações são certas na medida em que elas tendem a promover a felicidade e erradas quando tendem a produzir o contrário da felicidade. Por felicidade entende-se prazer e ausência de dor; por infelicidade, dor e privação do prazer.” (MILL, 2000. p. 49)

sistema penal: a capacidade de dirigir-se à sociedade toda e, mesmo sem atingir pessoalmente a todos os indivíduos, obter controle sobre essa sociedade. A esse aspecto atribui o nome de “efeito configurador” do direito penal⁴¹.

Para a teoria penal do século XVIII a punição deve, também, ser essencialmente uma cerimônia pública; por um lado, a demonstração do luto pela perda do cidadão que rompeu o pacto social⁴², que descumpriu a lei; e, por outro, de pedagogia, de instrução em relação aos demais cidadãos e até às crianças, uma “lição viva no museu da ordem”. Essa publicidade deve apagar qualquer brilho do crime e fazer prevalecer o discurso austero da lei, “mil pequenos teatros do castigo. [...] Pena visível, loquaz, que diz tudo, que explica, se justifica” (FOUCAULT, 1999, p. 93-94).

Percebe-se, pois, que a prisão nunca foi apresentada como forma única de castigo e várias críticas lhe são direcionadas, na época, pelos reformistas. Esse tipo de castigo, como observa Fonseca (2002, p. 170), foi “explicitamente criticado pelos reformadores por ser incapaz de responder à especificidade dos crimes”; foi inserido de maneira totalmente desconforme ao que apregoavam os teóricos.

⁴¹ O efeito configurador identificado por Zaffaroni (2001, p. 23) seria o exercício de poder do sistema penal que se dá na forma “de um controle social militarizado e verticalizado, de uso cotidiano, exercido sobre a maioria da população, que se estende além do alcance meramente repressivo, por ser substancialmente configurador da vida social. [...] poder de controle que os órgãos do sistema penal exercem sobre qualquer conduta, público ou privada, através da interiorização dessa vigilância disciplinar por grande parte da população” (idem, p. 24). Diz ainda Zaffaroni (2001, p. 25) que o sistema penal “cumpra a função de disciplinarismo verticalizante”. É certo que, se por um lado, a pena alcançou o objetivo desejado pelos reformadores de atuação para além do próprio indivíduo que comete o crime, por outro, esse efeito não gera, como desejavam esses pensadores, apenas o efeito negativo de prevenção da criminalidade, mas um efeito muito mais amplo e produtivo, configurador de condutas, que, como se verá mais detidamente adiante, foi profundamente compreendido e demonstrado por Foucault.

⁴² Voltar-se-á ao contratualismo na segunda parte, onde se demonstrará mais detalhadamente ser essa teoria produto de um dos saberes que apoiam teoricamente o saber penal. Por ora, vale lembrar que mesmo entre os contratualistas há variações na forma de ver o indivíduo que comete crime. Jean-Jacques Rousseau é um dos pensadores que sustenta a origem da sociedade civil e do Estado com o conceito jurídico de contrato em sua obra “Do contrato social”. Ali, o pensador contratualista idealiza aquilo que ele acredita ser o programa político mais adequado para se constituir uma sociedade que teria como finalidade a “conservação e a prosperidade de seus membros”, sustentando um pacto firmado entre todos os homens em momento incerto, que abriram mão de parte de suas liberdades, para formar um Estado que lhes garantisse a preservação da vida e da prosperidade social, devendo, esse Estado, reagir aos ataques cometidos contra tal ordem social constituída, vale dizer, reagir aos crimes. Assim, para Rousseau, uma vez que o cidadão desobedece ao contrato social, contrariando o Estado, deixa de ser um de seus membros, devendo ser considerado um inimigo e tratado como tal: “Ademais, qualquer malfeitor, atacando o direito social, pelos seus crimes torna-se rebelde e traidor da pátria, deixa de ser um seu membro ao violar suas leis e até lhe move guerra. A conservação do Estado é então incompatível com a sua, sendo preciso que um dos dois pereça, e quando se faz que um culpado morra, é menos como cidadão do que como inimigo” (Rousseau 1999, p. 102). Ao contrário de Rousseau, entretanto, reformistas da época - como Beccaria (1983) - viam o transgressor como um cidadão a ser recuperado e se preocupavam com sua ressocialização, enxergando na pena o instrumento para essa ressocialização e reintegração à sociedade.

Além de tudo isso, na França, as prisões eram vistas como uma mera custódia, para encarceramento temporário, como uma garantia para pagamento de dívidas, ou ainda, para mulheres e crianças que não poderiam servir nas galés. A “maioria das mulheres nos 'Hospitiaux Généraux', por exemplo, eram culpadas por crimes punidos com escravidão nas galés quando se tratava de réus homens” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 99).

Era ainda vista como uma penalidade arbitrária, imposta por ordem do rei aos seus inimigos, ou aos inimigos de seus protegidos, de seus amigos, etc, “figura e instrumento privilegiado de despotismo” (FOUCAULT, 1999, p. 98). O cárcere já era considerado um local onde se cometiam abuso de poder, incompatível com “uma boa justiça”, destinado “não a punir mas a garantir a presença das pessoas”; considerado ainda uma forma cruel, catastrófica para o condenado e sua família; uma forma ilegal de punição que deveria ser extinta.

Com essas considerações, sobre as proposições antes formuladas, caberia agora, então, com fundamento no pensamento foucaultiano, procurar compreender como, a partir de um discurso aparentemente tão racional como a teoria jurídica dos reformadores, que nunca preconizou a privação da liberdade como pena central (na verdade, opunha-se a esse padrão punitivo), o sistema penal chegou a um modelo de punição tão centrado na pena de prisão.

1.7 A PUNIÇÃO LEGAL ANTES DA PENA DE PRISÃO

Para se chegar à resposta para a essa questão, e entender a adoção da centralidade da pena de prisão como punição legal, que já perdura cerca de dois séculos, indispensável percorrer um caminho retrospectivo, rever a história do nascimento dessa forma de castigo. Essa jornada deve compreender uma rápida observação do que havia antes da pena de encarceramento.

Se essa busca for realizada nos manuais de direito penal – ao menos aqueles que se preocupam em tratar do tema do surgimento da pena de prisão – se perceberá que trazem a constatação que, a prisão, como pena, surge por volta do século XVIII; e que veio em substituição aos castigos corporais, às penas de tortura

ou de morte, todas estas carregadas de excessiva crueldade; enfim, substitui os suplícios. E quase sempre essa teoria penal credita a modificação na forma de castigar legalmente, a um avanço da sociedade; aos conhecimentos e aos postulados do Iluminismo, que impunham buscar formas menos cruentas de castigos.

Atribui-se, como fundamento teórico da adoção da pena de prisão, o pensamento já mencionado acima dos reformadores, que pediam castigos mais humanizados, porém mais certos, ficando célebre a assertiva de Beccaria (1983, p. 40) que, os fins da pena não seriam obtidos através do terror, como antes se fazia, mas com a eficácia e a certeza da punição: “Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo”. Afirma Bitencourt (2001, p. 31-32) que os reformadores eram “pensadores agrupados em torno de um movimento de ideias que têm por fundamento a razão e a humanidade”.

Por uma questão de honestidade intelectual, porém, é necessário se fazer o registro que, há sim, muitos manuais de direito penal com uma postura mais crítica a respeito do surgimento da prisão, que questionam os motivos históricos e efetivos de seu surgimento.

O próprio autor mencionado acima, Bitencourt (2016, pp. 589-593), tem uma abordagem crítica do sistema penal, tanto na obra antes citada quanto em seu *Tratado de direito penal*, e vai além dessa visão que entende ser a prisão apenas uma decorrência de postulados iluministas; citando a obra *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario* (Cárcere e fábrica. As origens do sistema penitenciário) de Dario Melossi e Massimo Pavarini sustenta que “a criação dessa nova e original forma de segregação punitiva corresponde mais a uma exigência relacionada ao desenvolvimento geral de uma nova sociedade capitalista que à genialidade individual de algum reformador”, ressaltando depois entender que seria “insuficiente a afirmação de que a prisão e seu afã de reforma são simples reflexos do modo de produção capitalista”. Complementa dizendo que “Existem várias causas que explicam o surgimento da prisão”, entre as quais enumera: maior valorização à liberdade e imposição do racionalismo; a intenção de ocultar o castigo; mudanças socioeconômicas e “crescimento expressivo de delinquentes”; ineficiência ou inoportunidade da pena de morte e, finalmente, citando Foucault, afirma que a razão econômica, a absorção e a doutrinação do errante, do mendigo,

e proteção social seriam também fatores que influenciaram na pena de encarceramento.

Pode-se mencionar ainda Busato (2017, pp. 788-789), outro penalista que se insere entre aqueles que têm um enfoque crítico da doutrina penal; após discorrer sobre a influência do pensamento humanista dos enciclopedistas como Diderot, D'Alambert, Holbach e Helvetius que se posicionavam contrariamente à crueldade das penas, referindo-se ainda à execução, em forma de suplício na roda, de Jean Calas, o qual Voltaire dois anos depois demonstrou ser inocente e, finalmente, mencionando o marco que foi a obra *Dei deliti i delle pene* (Dos delitos e das penas), do Marquês de Beccaria, conclui que tais fatos “influenciaram definitivamente os monarcas da época”, sendo por isso mesmo fundamentais para que a legislação fosse alterada, substituindo-se as penas corporais pela prisão. Registra essa versão que decorreria das ideias reformistas, contudo, em seguida, menciona também que “Para as correntes criminológicas críticas, a prisão como pena está especialmente associada ao momento da Revolução Industrial e ao aparecimento do capitalismo”; e conclui que, de acordo com “esse ponto de vista, existiu uma associação entre a origem da prisionização na Europa e as exigências do mercado de trabalho”.

E certamente há outros pensadores que partilham esse entendimento. Mas, antes de encerrar as alusões a este tema, e não o estender demasiado, vez que não é central neste trabalho, faz-se necessário referir-se à visão exposta na obra de Juarez Cirino dos Santos (2017), pela sua posição singular, que adota integral e expressamente, em muitos pontos, a perspectiva de Foucault. Discorre Cirino dos Santos, em dezenas de páginas, sobre a questão da pena de prisão, de onde pode-se extrair um curto excerto, que ilustra sua postura crítica, quando fala expressamente que

A prisão é o aparelho exaustivo da sociedade capitalista, constituído para o exercício do poder de punir mediante privação de liberdade; [...] esse dispositivo de poder disciplinar funciona como aparelho “jurídico econômico”. [...] o método de transformação individual da prisão é a “disciplina”, a política de coerção exercida para dissociar a energia do corpo da vontade pessoal do condenado, com o objetivo de construir indivíduos “dóceis” e “úteis”, que obedecem e produzem. (SANTOS, 2017, p. 461).

Trazidas exemplificativamente, em uma apertada síntese as visões desses três pensadores que, reiterar-se, se inserem entre os mais críticos no Brasil⁴³, a respeito dos motivos do surgimento da pena de prisão, faz-se necessário consignar que, efetivamente, até o século XVIII, a característica marcante dos castigos era a crueldade.

É célebre a descrição do suplício de Damiens, que foi a execução de uma sentença de morte sob violenta tortura, relatada por Foucault (1999, p. 9-11) nas primeiras páginas de sua obra *Surveiller et Punir: Naissance de la prison* (Vigiar e Punir: nascimento da prisão)⁴⁴. São narrados detalhes da condução do condenado pelas ruas até o local da execução, a Praça de Grève, em Paris. Lá, sobre um patíbulo, foram arrancados com uma espécie de grande pinça (uma tenaz), diversos pedaços de carne, dos mamilos, dos braços, e das coxas e panturrilhas do condenado; em seguida, as regiões feridas eram preenchidas com uma mistura de óleo fervente, chumbo, cera e enxofre derretidos e incandescentes para, ao final, ainda em vida, ter seus membros atados cada um a um cavalo que deveriam puxá-los até arrancá-los corpo e, em seguida, jogados em uma fogueira, onde finalmente também seria lançado o restante de seu corpo para que queimasse até tudo ser transformado em cinzas.

Também Bitencourt (2001, p. 8) demonstra que a pena exprimia muita crueldade até o fim do século XVIII, onde recorria-se a penas corporais como a morte, mutilação, açoite. Lembra que desde a Antiguidade esse tipo de castigo corporal foi o que predominou; aduz ainda que a prisão como pena não existiu na Antiguidade, onde era usada apenas como “ante-sala dos suplícios”, vale dizer, os condenados ficavam apenas custodiados, depositados em condições sub-humanas, aguardando a execução da pena corporal efetiva. Igualmente na Idade Média, os castigos tinham como finalidade aterrorizar, provocar medo na coletividade, e que “os mais terríveis tormentos [...] amputação de braços, pernas, olhos [sic], língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o

⁴³ E poderiam ser mencionados ainda exemplificativamente e sem pretensão de enumerar todos os pensadores críticos do direito penal brasileiro, Nilo Batista, Juarez Tavares, João Mestiere, entre outros.

⁴⁴ Foucault reconstituí a cena desse suplício a partir das peças originais do processo que foi movido contra Robert-François Damiens; bem com, do conteúdo da *Gazette d'Amsterdam*, ambos do ano de 1757. Valeu-se ainda de parte do conteúdo do livro de Anne Léo Zévaès, *Damiens le régicide*, edição de 1937.

espetáculo favorito das multidões desse período histórico” (BITENCOURT, 2001, p. 9). Traz, ainda, a fala de um carrasco de Paris chamado Henri Sanson onde este afirma que “até 1791 a lei criminal é o código da crueldade legal”.

Não parece restar dúvida quanto à efetiva brutalidade das penas até o final do século XVIII e, por isso mesmo, o discurso predominante na teoria penal atual, que a adoção da forma prisão decorre de uma busca de humanização das penas, parece derivar disso logicamente, sendo, portanto, facilmente assimilável. Também o fato de o cárcere substituir as penas corporais, aparenta, nesse contexto, resultar dos projetos de reforma penal, vez que estes tinham discursos claros contrários aos suplícios.

Do que se expôs antes, contudo, percebe-se que, se efetivamente havia um discurso pela humanização das penas, isso jamais se refletiu em preconizar a prisão como castigo central; esta modalidade não nasce das ideias dos reformadores, que recomendavam outras modalidades de medidas punitivas. A leitura que se faz na maior parte da doutrina penal em relação à adoção da pena de prisão ser fulcrada na teoria reformista do século XVIII, não corresponde aos fatos históricos.

Foucault (2013, p. 85), lembra que Beccaria falou rapidamente da prisão como castigo e que Brissot a mencionava apenas de maneira marginal. Conclui de forma taxativa que “A prisão não pertence ao projeto teórico da reforma da penalidade do século XVIII. Surge no século XIX, como uma instituição de fato, quase sem justificação teórica.” E em seu curso de 1973, *La Société Punitiva* (“A Sociedade Punitiva”, 2015, p. 205), deixa claro não ser possível concluir a partir das “teorias penais formuladas na segunda metade do século XVIII a necessidade da prisão como sistema de punição coerente com essas teorias. Teoricamente é uma peça estranha.”

Mas, se a prisão como forma de pena, como castigo que tem a pretensão de substituir aos suplícios, não decorre como corolário da teoria desenvolvida pelos pensadores do direito penal do século XVIII, cabe verificar como teria surgido. Como apareceu e passou a ter o lugar de punição quase exclusiva, que ocupa até hoje no sistema penal ocidental.

1.8 O SURGIMENTO DA PRISÃO COMO PENA

Muitos pensadores, especialmente a partir das correntes de criminologias sociológicas, nascidas no início do século XX nos Estados Unidos da América, que deixam de focar apenas o indivíduo como “causa” do crime e começam a estudar os diversos fatores sociais envolvidos no fenômeno criminoso, abriram caminho para que se pudesse passar a exercer uma crítica à pena de prisão.

Uma obra fundamental da criminologia, à qual inclusive Foucault se refere em seu livro “Vigiar e Punir”, é a de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, *Punishment and Social Structure* (Punição e estrutura social, 2004), editada na década de 1930, mas que ficou praticamente desconhecida até o final da década de 1960. Nela, esses autores mencionam a existência de vários estudos sobre a relação presente entre o crime e a sociedade, e criticam o fato de as teorias sociológicas e as teorias da pena não terem buscado uma investigação mais cuidadosa das formas de castigo.

Com intenção de suprir essa lacuna teórica, apresentam a hipótese de uma relação direta entre o funcionamento do sistema penal e a economia de determinada sociedade, e, rompendo com a ideia da punição como algo decorrente da mera vontade do legislador, aduzem que “o sistema penal de uma dada sociedade não é um fenômeno isolado sujeito apenas às suas leis especiais. É parte integrante de todo o sistema social, e compartilha suas aspirações e seus defeitos” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 282). Constatam que a prisão surge como uma decorrência das necessidades da classe dominante, a burguesia, que precisava conter e doutrinar os camponeses que passavam a errar pelas cidades, para que se submetessem ao regime de trabalho das fábricas.

As proposições de Rusche e Kirchheimer a respeito da vinculação de punição e economia certamente foram importantíssimas para a evolução na análise do sistema punitivo legal, contudo, ainda não abarcavam o problema de maneira completa pois, apesar de mencionarem as causas econômicas, não levavam em conta os aspectos de adestramento de mão de obra, de regulação, moralização e de sujeição dos indivíduos.

No final da década de 1960 e início da de 1970, especialmente a partir do contato com a referida obra de Rusche e Kirchheimer, e com a evolução do

pensamento criminológico proporcionado pelas correntes fundamentadas no interacionismo simbólico⁴⁵, principalmente a teoria do *labeling approach*⁴⁶, surge a chamada Criminologia Crítica, também denominada Criminologia Radical, que trouxe em sua proposta uma crítica à própria ciência criminológica⁴⁷ desenvolvida até então⁴⁸. Essa visão do crime tem muitas correntes heterogêneas, mas, pode-se

⁴⁵ Falando sobre o interacionismo simbólico Zaffaroni (2001, p. 60) aduz que, a “tese central dessa corrente pode ser definida, em termos muito gerais, pela afirmação de que cada um de nós se torna aquilo que os outros veem em nós e, de acordo com esta mecânica, a prisão cumpre uma função reprodutora: a pessoa rotulada como delinquente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo. Todo o aparato do sistema penal está preparado para essa rotulação e para o reforço desses papéis. A teoria da rotulação e, em geral, as contribuições do interacionismo e da fenomenologia, apresentam a inquestionável vantagem de descrever detalhadamente - com um arsenal ao qual não se pode imputar nenhum enfeite teórico, o processo de produção e reprodução da ‘delinquência’” [...] “A partir dessas contribuições teóricas, o sistema penal já não podia permanecer fora dos limites da criminologia, convertendo-se em seu objeto necessário ao revelar-se como mecanismo reprodutor da realidade ‘criminal’” (Idem -61).

⁴⁶ A teoria do *labeling approach*, também chamada de *teoria da reação social*, sustenta que, para compreender a criminalidade, é necessário estudar a reação do sistema punitivo legal contra ela, desde as instâncias que definem os crimes (que denomina de criminalização primária), até ao sistema de detecção, investigação, persecução e imposição de penas (tratado como criminalização secundária); assim, essa teoria investiga a própria definição do fato criminoso e a atuação do sistema punitivo. Baratta (1999, p. 87), descreve que a criminologia positivista toma o crime e o comportamento criminoso como uma realidade objetiva, da mesma forma têm por evidente que as normas e os valores sociais transgredidos pelos indivíduos que delinquem são universais, intersubjetivos, imutáveis, etc; já os criminólogos que se filiam ao *labeling approach* questionam: “quem é definido como desviante? Quais os efeitos dessa definição sobre o indivíduo? Quais as condições que podem levar um indivíduo a ser rotulado como desviante? E quem faz as definições” (Idem, p. 88). Essa corrente criminológica fundamenta-se na sociologia americana, especialmente na psicologia social e na sociolinguística de George H. Mead, indicada como “interacionismo simbólico”; e ainda, é inspirada também pela sociologia fenomenológica de Alfred Schultz. Os primeiros pesquisadores nessa área foram Howard S. Backer, Edwin M. Lemert e Edwin M. Schur. (BARATTA, 1999, p. 89)

⁴⁷ Conforme expõe Nilo Batista (1999, p. 1), a criminologia, desde sua fundação positivista, na segunda metade do século XIX, não questionava “a legitimidade do sistema penal, os motivos profundos da produção legislativa penal e o desempenho real das agências administrativas ou judiciais encarregadas de sua aplicação. Reduzindo seu horizonte a uma explicação causal do delito e do delinquente, a criminologia positivista não apenas relegitimava o sistema penal, mas também criava o impasse, tão celebrado, da dependência que seu objeto guardava do direito vigente.” Tratava-se então, de uma criminologia meramente etiológica, buscando as “causas do crime”, em uma visão de curtíssimo alcance.

⁴⁸ Não se desconhece a grande crítica e até desprezo que Foucault também sempre demonstrou em relação à criminologia tradicional (etiológica-positivista), vez que a percebia como mais um saber sem fundamentação teórica válida e incoerente, além disso, útil e necessário à legitimação do discurso punitivo e ao funcionamento do sistema penal, justificando a imposição das penas. Isso fica expresso, por exemplo, em sua entrevista a *J.J. Brochier, da Magazine Littéraire*, quando afirma: “Você já leu alguma vez os textos dos criminologistas? Eles não têm pé nem cabeça. E o digo com espanto, e não com agressividade, porque não consigo compreender como o discurso da criminologia pôde permanecer neste ponto. Tem-se a impressão de que o discurso da criminologia possui uma tal utilidade, de que é tão fortemente exigido e tornado necessário pelo funcionamento do sistema, que não tem nem mesmo necessidade de se justificar teoricamente, ou mesmo simplesmente de ter uma coerência ou uma estrutura. Ele é inteiramente utilitário. E creio que é necessário procurar porque um discurso ‘científico’ se tornou tão indispensável pelo funcionamento da penalidade no século XIX. Tornou-se necessário por este alibi, que funciona desde o século XVIII, que diz que se se impõe um castigo a alguém, isto não é para punir o que ele fez, mas para transformá-lo no que ele é. A partir do momento em que se suprime a ideia de vingança, que outrora era atributo do soberano, do soberano lesado em sua própria soberania pelo crime, a punição só pode

mencionar que, a maior parte delas, traz como fundamento metodológico a teoria marxista, e vê o fenômeno criminoso dentro da estrutura econômica e social, analisando as questões do conflito e da exploração de classe, bem como a prevalência dos interesses da classe dominante como definidores da criminalização.

Nessa linha de pensamento, Alessandro Baratta em sua obra *Criminologia crítica e crítica del diritto penale* (Criminologia crítica e crítica do direito penal, 1999, p. 183) censura fortemente a pena privativa de liberdade, afirmando que “os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa.”

Apesar de todas essas reflexões criminológicas críticas mencionadas – aliás extremamente importantes para a crítica do sistema penal – parece que ninguém, antes de Foucault, havia investigado com tanto alcance, ou não teria conseguido captar e expor tão precisamente como ele, quais seriam as condições que poderiam ter atuado na adoção da prisão como pena fundante do sistema punitivo, e que se mantém ainda hoje como forma central de castigo legal. Da mesma maneira, ninguém antes desse pensador francês demonstrou como essa pena não apenas castiga, aprisiona, mas produz resultados desejados na economia do poder, embora não declarados.

A profunda investigação de Foucault é extremamente reveladora e mostra, entre outros fatores, as inúmeras condições que interagem na rápida adoção dessa pena, como ela surge, como se impõe sem nenhum suporte teórico, como age, que finalidades cumpre, quais relações mantém com outras práticas sociais em relação às quais há uma interação de apoio e sustentação. Por tudo isso, indispensável um aprofundamento na análise foucaultiana, que desvela aspectos desconsiderados ou desconhecidos pela maioria dos profissionais do direito penal e que, paradoxalmente, os constitui como sujeitos.

ter significação numa tecnologia de reforma. E os juízes, eles mesmos, sem saber e sem se dar conta, passaram, pouco a pouco, de um veredicto que tinha ainda conotações punitivas, a um veredicto que não podem justificar em seu próprio vocabulário, a não ser na condição de que seja transformador do indivíduo. Mas os instrumentos que lhes foram dados, a pena de morte, outrora o campo de trabalhos forçados, atualmente a reclusão ou a detenção, sabe-se muito bem que não transformam. Daí a necessidade de passar a tarefa para pessoas que vão formular, sobre o crime e sobre os criminosos, um discurso que poderá justificar as medidas em questão.” (FOUCAULT, 2011, p. 138)

Para obter essa compreensão Foucault (1999, p. 23), a partir do homem atual e do respectivo sistema legal de punição, faz um retorno histórico-filosófico ao século XVIII para observar as condições de nascimento dessa pena, um retorno não meramente descritivo, mas reflexivo; não olhando a história como numa vitrine, estática e isolada do meio social, mas analisando-a em suas diversas dimensões, na realidade da qual fazia e faz parte, como ele mesmo diz, faz “uma genealogia do atual complexo científico-judiciário onde o poder de punir se apoia, recebe suas justificações e suas regras, estende seus efeitos e mascara sua exorbitante singularidade.”

E realiza essa análise, como ele mesmo propõe, a partir de algumas regras. Assim, toma a punição como função social complexa, não só como sanção, repressão, mas também pelos efeitos produtivos que pode induzir; adota “em relação aos castigos a perspectiva de tática política” e não como mera consequência da subsunção a normas de direito; vai em busca de uma “matriz comum” no “processo de formação epistemológico-jurídico”, vale dizer, procura a conexão entre a tecnologia da punição e a humanização das penas em relação ao conhecimento do homem; finalmente, analisa a inserção de todo um saber científico na prática judiciária, na docilização dos corpos e formação das almas, e como este saber se conecta com os interesses presentes nas relações de poder. (FOUCAULT, 1999, pp. 23-24)

Para conseguir enxergar esses múltiplos fatores, como as alianças, interações, pontos de apoio, Foucault, através da análise genealógica, passa por fora, por trás das instituições, para substituí-las pelo ponto de vista global da tecnologia do poder; para “curto-circuitar” a funcionalidade da prisão, ressitua-la “no ponto de vista da economia geral do poder”, mostrando, por exemplo, os sucessos e fracassos da prisão e o efetivo papel das técnicas e táticas que emprega; sua real utilidade ao poder; e ainda, recusa o objeto pronto, recusa-se a analisar as instituições com as práticas, os saberes, as normas já dadas, para “buscar a constituição dos campos, domínios e objetos de saber” (FOUCAULT, 2008b, pp. 157-159). De sorte que as conclusões de Foucault não são apenas explicações de noções já existentes “são formações que surgem na trama de seu pensamento e respondem aos movimentos e construções deste” (FONSECA, 2002, p. 27).

Metaforicamente, pode-se dizer que Foucault faz uma análise da prisão

colocando-a em um microscópio e a ampliando, para que se possa enxergar todos os seus detalhes de constituição e de funcionamento, desde um ponto de vista que não está atrelado àquilo que se quer mostrar a respeito dela; nesse sentido parece ser seu comentário em uma entrevista, quando alude que “fazer aparecer o que não se via pode ser devido à utilização de um instrumento de aumento [...] Ficou-se no mesmo domínio de objeto mas o objeto cresceu” (FOUCAULT, 2011, pp. 140-141). Mas não só, também de maneira figurada, pode-se asseverar que a coloca ainda em um caleidoscópio, observando-a em seus diversos ângulos, fazendo com que a instituição da prisão revele todas as suas faces mais ocultas. E mais ainda, diz Foucault (2011, p. 141) que “fazer ver o que não se via pode ser mudar de nível, se dirigir a um nível que até então não era historicamente pertinente, que não possuía nenhuma valorização.”

Por tudo isso, para poder ir em direção aos fatores que se conectaram e interagiram no surgimento da prisão, de maneira profunda e minuciosa, e, mais que isso, para compreender como a partir da adoção dessa forma de punição como fundamento central do castigo legalizado, do uso de suas técnicas e táticas foi possível a constituição de sujeitos, para, enfim, poder enxergar o invisível (parafraseando Michel Miaille, 1989), não se vê outra maneira, senão utilizando-se dos instrumentos proporcionados por Foucault (2006, p. 52).

Utilizando-se mais uma metáfora – esta criada pelo próprio filósofo – será necessário usar das “caixas de ferramentas” deixadas por ele, quando se referia aos seus livros, para quebrar o paradigma consolidado e mostrar os fatos tais como ocorreram, a fim de “produzir um curto-circuito, desqualificar, quebrar os sistemas de poder”, fazendo aparecer aquilo que normalmente não é mostrado, não é enunciado pelos discursos oficiais.

Entende-se que a principal “caixa de ferramentas” em relação à análise do sistema punitivo e do surgimento da prisão, é a obra “Vigiar e Punir”, em relação à qual se faz, neste trabalho, um detido estudo, a partir do qual se conduzem as reflexões posteriores; inclusive, se efetiva uma apropriação da maioria dos conceitos, análises e conclusões, que são exclusivos⁴⁹ do pensamento de Michel Foucault.

⁴⁹ Zaffaroni (1999, pp. 62-63), confirmando o que foi tratado no tópico anterior deste texto, menciona que “a deslegitimação radical do próprio saber, isto é, das ‘ciências humanas’ configura um dos pontos mais importantes no pensamento de Foucault. [...] Ao afirmar-se que cada instituição gera deste modo seu saber e seu

Adota-se o entendimento de Ewald (1993, p. 20) quando afirma que “para retomarmos a imagem da caixa de fermentas, digamos que ‘Vigiar e Punir’ é uma nova caixa com novos utensílios”.

Como decorre do que antes se mencionou, utilizar-se-á especialmente da genealogia foucaultiana e das técnicas a ela inerentes, evidenciada em sua formulação maior, que é a analítica do poder; examinando, principalmente, a forma punitiva da prisão na apropriação, difusão e uso das disciplinas e suas táticas no desenvolvimento de saberes; na fabricação da alma dos indivíduos e constituição de sujeitos.

Acredita-se já ter restado bem definido pretender-se, neste texto, problematizar o processo de constituição do sujeito em relação aos operadores do direito penal, investigar o saber que os fundamenta e a verdade que informa suas condutas para, assim, buscar compreender as atuações acrílicas de parcela expressiva desses. Por isso mesmo apresenta-se oportuno trazer a constatação de Harcourt (2015, p. 245) que, embora a obra acima mencionada aparente ser voltada apenas à análise da prisão,

A indagação que está no cerne de *Vigiar e punir* – por que a reclusão? [...] – deve ser entendida do seguinte ponto de vista: a pergunta não é simplesmente sobre a predominância de uma instituição, nem de um tipo de poder, porém, mais exatamente, da produção de uma verdade e de um saber na sociedade inteira.

Esses são, portanto, instrumentos a partir dos quais continuar-se-á a demonstrar como se dá a construção de um saber e de uma verdade que justifica a aplicação dos castigos legais, as punições; bem como, informa o exercício do poder punitivo, que atua constituindo sujeitos, inclusive aqueles responsáveis pela aplicação do direito penal. Alicerçado no pensamento de Foucault será possível compreender como se sustenta esse dispositivo de punição legal, apesar da abissal distância existente entre a teoria que embasa essa atividade e os resultados efetivamente obtidos.

É certo, porém, que muitos outros trabalhos desse filósofo são aqui utilizados

poder, Foucault desqualifica a distinção marxista entre infraestrutura e superestrutura ou, ao menos, leva-a a colocar-se em outros termos, pois o saber e o poder estão muito mais imbricados para Foucault do que para Marx, já que o poder gera também o sujeito, ou seja, a subjetividade cognoscível. O capitalismo [...] estaria muito mais profundamente dentro da pessoa do que supôs Marx”.

e contribuem significativamente nessa tarefa de compreensão da prisão e do exercício do poder que, como se verá, lhe é inerente.

Partindo do pressuposto da busca do castigo como um exercício de poder, um fenômeno complexo, que não só se ocupa em punir, Foucault (1999, p. 25) demonstra que é uma ilusão acreditar que a penalidade é apenas “uma maneira de reprimir os delitos”, os sistemas punitivos concretos não podem ser explicados apenas pela análise do ordenamento jurídico ou valorações éticas de uma determinada sociedade. As sanções não apenas reprimem, elas têm efeitos positivos e úteis. “Rusche e Kirchheimer estabeleceram a relação entre os vários regimes punitivos e os sistemas de produção em que se efetuam.” (Idem)

Por isso mesmo, e, diante da complexidade dos processos históricos dos quais decorrem o surgimento da prisão como pena legal, faz-se necessário, para compreendê-lo, um percurso através de encadeamentos de fenômenos diversos. Primeiro, há que se lembrar os castigos que lhe antecederam imediatamente; como já foi dito, as formas de punição que mais se destacavam então, eram as penas corporais, os castigos físicos, as torturas, a morte sob tortura. Mas saber isso não basta. Para caminhar logicamente em busca da origem daquilo que sucede a essas penas, coloca-se como essencial também, esclarecer os motivos que as legitimavam, por que e em nome de quem eram aplicadas, qual eram seus objetivos.

Nenhum sistema punitivo ocorre por acaso, está sempre conectado a interesses específicos e ao exercício do poder em determinado contexto. É importante observar a questão da pena “a partir de suas verdadeiras relações. [...] A punição não é uma simples consequência do crime, nem o reverso do crime, [...] precisa ser entendida como um fenômeno independente” de sua concepção jurídica (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 19), só pode ser compreendida a partir de sua prática e de suas finalidades concretas. Assim, a “punição brutal não pode ser simplesmente atribuída à crueldade primitiva de uma época [...]. A crueldade mesmo é um fenômeno social que apenas pode ser entendido em termos das relações sociais dominantes num dado período” (Idem, p. 42).

Verifica-se, então, que essa punição corporal era utilizada no contexto dos regimes absolutistas. Não era simplesmente pena, fazia parte, antes, do ritual de extração da verdade; era meio de instrução processual, uma maneira de obter a prova e, depois, numa sucessão, também castigo. O suspeito era visto como já

portador de uma certa *culpabilidade*, pelo simples fato de ser suspeito, o que, em alguns casos de crimes considerados graves, autorizava que contra ele se iniciasse a aplicação da tortura; em parte como meio de punição por essa sua *culpa parcial* e, por outro lado, como forma de instrução processual, para se extrair o *resto* da verdade. Como verificam Dreyfus e Rabinow (1995, p. 161), no suplício “a verdade da acusação era demonstrada pela tortura”. Essa parte da instrução processual era realizada de maneira secreta, nem o acusado tinha acesso às provas produzidas.

Quanto ao aspecto de pena dos suplícios, entendia-se que o crime não atacava só o ofendido, mas a lei, que seria a vontade do soberano, portanto, atacava o próprio soberano. Castigar era o direito do soberano de punir seu inimigo. “O suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura”. A pena de suplício mostrava que o soberano era infinitamente superior ao criminoso e tinha o poder. “O suplício não restabelecia a justiça, reativava o poder” (FOUCAULT, 1999, pp. 42-43); tratava-se da política do medo, o ódio do soberano fazendo-se presente sobre o corpo do criminoso. Tratava-se também de um tipo de pena que revelava que os corpos não tinham a utilidade e valor de mercado que terão na sociedade de tipo industrial.

Essa manifestação de força do soberano era feita com toda a publicidade possível, era ostentada na forma de espetáculo que as execuções ganhavam, o próprio criminoso deveria anunciar seu crime e sua punição; o povo era o principal personagem, “na vingança do soberano, a do povo era chamada a se insinuar” (FOUCAULT, 1999, p. 49), mas dentro dos limites permitidos pelo soberano; o povo deveria ver, testemunhar, presenciar a punição; deveria também temê-la. “O mal, com tudo o que tem de violento e desumano, não se compreende nem se castiga se não for exposto à luz do dia para compensar a noite em que o crime surgiu.” (BITENCOURT, 2001, pp. 27-28)

Ocorre que, em algumas ocasiões, o povo se opunha às execuções, ficava ao lado do condenado, aplaudia quando este bradava contra os juízes, as leis, o poder e a religião; os criminosos, a certo tempo, passam a ser considerados heróis, especialmente quando o povo considerava injustas as acusações; ou se os crimes que cometeram teriam recebido uma condenação mais leve se fossem praticados por alguém de classe social mais alta. Rusche e Kirchheimer (2004, p. 31) deixam claro que havia diferente aplicação da lei “de acordo com a classe social do

condenado.”

A partir de então, passou-se a observar um indesejado tumulto que as execuções geravam. A injustiça das execuções de condenados por pequenos crimes, fez surgir uma solidariedade popular em relação a esses condenados e, uma parte da população, que não se assustava mais com as execuções, passou a se opor a estas; “as medidas terroristas tinham cada vez menos eficácia” (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 35). Isso tudo fez com que a exigência da suspensão das execuções fosse um dos primeiros postulados dos reformadores do século XVIII e XIX; dessa maneira, pode concluir-se que o medo político cumpriu um papel mais importante que os sentimentos humanísticos para o fim dos suplícios (FOUCAULT, 1999, pp. 52-54).

E então, tem-se a tendência do desaparecimento do suplício, segundo Foucault (1999, pp. 12-18) “tudo que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo.” Embora permaneça “um fundo supliciante nos modernos mecanismos da justiça criminal”, prevalece uma penalidade diversa, a prisão, com sua aparente maior suavidade; nela, o castigo muda de objetivo.

Na transição do modelo punitivo do suplício para a prisão, há também uma mudança de objetivo da pena; ao mesmo tempo, ocorre a modificação da sociedade como um todo, a sua forma de organização e economia política. Especialmente na França, onde se focam os estudos de Foucault, acontece a Revolução, em 1789; e é o mesmo momento em que se faziam ouvir fortemente os discursos dos reformadores e que se substituíam os suplícios por algo diferente. Entretanto, observa-se com Foucault (2013, p. 85) que

por volta de 1820, no momento da Restauração na França e da Santa aliança na Europa, percebemos que o sistema de penalidades adotados pelas sociedades industriais em vias de formação, em vias de desenvolvimento, foi inteiramente diferente do que tinha sido projetado alguns anos antes. Não que a prática tenha desmentido a teoria, porém, ela se desviou rapidamente dos princípios teóricos que encontramos em Beccaria e Bentham. [...] Esses projetos bem precisos de penalidade foram substituídos por uma pena bem curiosa [...] tratava-se do aprisionamento, da prisão. [...] a legislação penal vai sofrer uma inflexão formidável com relação ao que estava estabelecido na teoria.

Nessa nova sociedade industrial e não mais dominada por um soberano com

poderes absolutos, surge uma forma de punir também nova, que se desvia do projeto teórico previsto. Mas essa mudança, essa opção em ir deixando-se de utilizar dos suplícios e implantando-se a prisão, não resultou “de considerações humanitárias, mas de um certo desenvolvimento econômico que revelava o valor potencial de uma massa de material humano completamente a disposição das autoridades” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 43).

A legislação que se distancia dos suplícios, afasta-se também do caráter utilitarista, de utilidade social, como vinha sendo preconizado pelos estudiosos até então, e passa a interessar-se mais no indivíduo, em seu controle e na reforma psicológica e moral das suas atitudes e comportamentos (FOUCAULT, 2013, pp. 86-87); seus objetivos não são mais apenas o corpo do indivíduo condenado, mas principalmente a *alma*, o intelecto; o coração; a vontade; as disposições desse indivíduo (FOUCAULT, 1999, p. 18).

Como identifica Foucault (2013, p. 100) a pena de prisão vincula-se diretamente ao “nascimento do capitalismo [e] à aceleração da instalação do capitalismo”, o processo da nova forma de produção e circulação de riquezas da época necessitava de um novo tipo de indivíduo e um novo tipo de controle. Os vagabundos, os errantes, os miseráveis precisavam de um controle social mais abrangente, que os colocasse distantes dos bens em circulação e, também, que mantivesse em segurança o patrimônio dos proprietários. Uma pena que pudesse moldar, docilizar, preparar os corpos para o trabalho. Para isso tudo isso, a pena de prisão se mostrou a ideal.

Mais que isso, a prisão era também e principalmente – e ainda é – uma verdadeira figura da sociedade disciplinar que então nascia. Era, como afirma Foucault, um verdadeiro reflexo invertido onde essa sociedade se enxergava ao mesmo tempo que punia e se isentava das culpas, enfim, legitimava-se. Somente olhando dessa maneira se pode começar a compreender como, a partir de um discurso aparentemente tão racional como a teoria jurídica dos reformadores, o sistema penal chegou a um modelo de punição de tal maneira centrado na pena de prisão.

O cárcero-centrismo⁵⁰ se fundamenta na necessidade desse novo modelo

⁵⁰ O termo cárcero-centrismo é utilizado por Michel Foucault em seu texto denominado *A poeira e a nuvem*,

social, no aperfeiçoamento do exercício de poder correlativo ao funcionamento da nova sociedade capitalista; uma forma punitiva que permite gerir diferencialmente os ilegalismos, normalizar os indivíduos e discipliná-los.

Tais conceitos, contudo, da forma como os demonstra Foucault, não são compreensíveis imediatamente, pelas suas simples menções. Para entendê-los em sua complexidade e poder utilizá-los neste trabalho, analisando como se dá a aceitação acrítica dos discursos do saber penal e o exercício da punição pelos operadores do sistema jurídico-punitivo, faz-se necessário, antes de prosseguir especificamente no estudo da aplicação e dos resultados da pena de prisão – à qual se voltará mais adiante, no capítulo três – a análise sobre o que seria a disciplina e suas táticas, a norma e a normalização, na forma demonstrada pelo filósofo; e compreender também, em uma outra etapa, porque era necessária a gestão diferencial dos ilegalismos.

sustentando que seu livro *Vigiar e Punir* teve como objeto o estudo do surgimento da pena de prisão como praticamente hegemônica a partir de determinado período, assim Foucault menciona que “desde 1791, optou-se por um sistema punitivo monótono: o encarceramento, seja como for, nele é preponderante. [...] a penalidade de encarceramento foi logo aceita como uma inovação a aperfeiçoar, mais do que a contestar, de alto a baixo. E assim ela permanece por muito tempo. [...]. Mas o que aconteceu com o ‘cárcero-centrismo das punições previstas que não se mexeu e não foi novamente posto em questão por nenhum dos artesãos das legislações e dos códigos ulteriores?” Resta esclarecer que “A poeira e a nuvem” trata-se de um texto no qual Michel Foucault responde às críticas que foram endereçadas à sua obra “Vigiar e Punir”, em uma sinopse escrita pelo historiador Jacques Leonard, intitulada “L’historien et le philosophe”. (FOUCAULT, 2006. pp. 323-334).

CAPÍTULO 2 – INSTRUMENTAIS PARA A APLICAÇÃO DAS DISCIPLINAS

2.1 A CONSTITUIÇÃO DE CORPOS ÚTEIS E DE SUBJETIVIDADES DOCILIZADAS

Quando se fala em disciplina, logo se imagina esse termo na sua acepção mais usual e cotidiana, seja como ramo do conhecimento, no sentido de que alguém pode dizer que está matriculado em uma determinada disciplina (matéria) em um curso; seja ainda, no sentido de ordem, organização; exemplificativamente, pode-se falar em disciplina com o tempo, no sentido de organizar e separar o tempo para cada atividade; finalmente, pode-se falar, ainda na acepção comum do termo, do indivíduo disciplinado como alguém organizado e obediente. Habitualmente tem-se uma visão positiva do conceito de disciplina, algo que ajuda nas atividades e rotinas diárias.

Mas não é esse o sentido que se busca analisar aqui; Foucault (2006, p. 330) já menciona que, quando fala “de sociedade 'disciplinar', não se deve entender sociedade disciplinada”. Parece contribuir para o esclarecimento da acepção foucaultiana de disciplina, a observação feita por Dreyfus e Rabinow (1995, p. 146):

Conforme afirmou Foucault para um grupo de historiadores franceses, ‘a disciplina não é a expressão de um tipo ideal (aquele do homem disciplinado); ela é a generalização e a colocação em conexão de técnicas diferentes que têm, elas mesmas, que responder aos objetivos locais (aprendizado escolar, formação de tropas capazes de manipular o fuzil).

E, mais adiante, esses mesmos autores (Idem, p. 177) mencionam a afirmação de Foucault que a “autodefinição das ciências humanas como ‘disciplinas’ do saber, conforme as chamamos frequentemente, [seria um fato que] está intimamente ligada[o] à expansão das tecnologias disciplinares.”

De maneira que, embora as ideias mais usuais a respeito da disciplina provenham, em sua raiz, daquilo que demonstra Foucault, não se trata exatamente das mesmas coisas. Muito provavelmente a separação dos saberes e a busca de

organização do tempo decorrem, de alguma maneira, daquilo que esse pensador expõe como disciplina; mas não é nesse sentido que ele cuida desse fenômeno, certamente não é apenas nessa acepção; é algo muito mais profundo e muito mais complexo. Por isso, é necessário tocar-se nessa visão, para que se possa entender a forma e as consequências da atuação das disciplinas para a sociedade que se vive hoje e, principalmente, para o objeto de estudo deste trabalho, a compreensão das condicionantes que levam a atuação dos operadores do direito que desempenham suas funções no sistema penal e, assim, pautam seu funcionamento. Entre tais condicionantes, com fundamental importância, estão as disciplinas.

Parece válido, inicialmente, observar que Foucault (1999, p. 119) quase sempre se refere às disciplinas no plural, justamente porque vê nelas toda uma acumulação e sistematização de diversas pequenas técnicas sobre o corpo, inventadas em vários lugares e que, aos poucos, combinam-se para controlar esses corpos e conseguir que “não simplesmente façam o que se quer, mas operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina”. Vale ressaltar que Foucault diz que elas são inventadas, porque não surgem simplesmente, não se originam naturalmente; como se mencionou acima, essas técnicas vão sendo pouco a pouco apropriadas e introduzidas nas mais diversas instituições.

Diversos pequenos processos marcam o aparecimento das disciplinas; ocorrem em locais variados como escolas primárias, colégios, liceus, escolas técnicas, hospitais; grandes oficinas e nas corporações militares; tudo, aos poucos, conectando-se “nas grandes transformações gerais e essenciais [...] que serão determinadas. [...] Pequenas astúcias, dotadas de um grande poder de difusão” (FOUCAULT, 1999, p. 119). Nesses mínimos detalhes que se localizam as particularidades da educação cristã, da pedagogia escolar ou militar e todas as formas de treinamento; o controle das ínfimas parcelas da vida e do corpo, são organizados numa racionalidade econômica ou técnica, para o controle e utilização do homem.

As disciplinas, para Foucault, são, assim, uma forma de controle político do corpo⁵¹, inserindo-se entre as técnicas que chama de *anatomia política*; uma forma

⁵¹ É verdade que Max Weber também descreveu a disciplina como sendo “a execução da ordem recebida,

microfísica de exercício do poder; e que se exerce, preferencialmente, sobre três diferentes objetos, ou em três direções, como explica Ewald (1993, p. 29): “o poder, o corpo, o saber”, esclarecendo esse autor, contudo, que essa não é uma separação sistematizável, dando a conhecê-las apenas para permitir melhor compreensão⁵².

Exercendo-se sobre o corpo por suas técnicas a disciplina não apenas adentra fisicamente, mas, produz uma “alma” nos corpos que são atingidos, controlados, vigiados. Uma “alma” incorpórea, mas real, sobre a qual são exercidos os efeitos do poder e do saber; a “alma, efeito e instrumento de uma anatomia política; a alma prisão do corpo” (FOUCAULT, 1999, p. 29).

César Candiotto (2012, p. 20) traz uma síntese esclarecedora sobre as disciplinas quando aduz que

A disciplina é a técnica de poder que fabrica os indivíduos ao utilizar como plataforma uma anatomia política do corpo. A distribuição e repartição superficial dos corpos em um espaço determinado os tornam úteis e dóceis; mas pela docilização e otimização dos corpos visa-se à constituição de um incorporal, de uma subjetividade docilizada.

E essa alma, essa subjetividade docilizada é que molda a forma de pensar, de compreender a realidade e de agir dos indivíduos, assujeita-os; entre esses indivíduos assujeitados, é claro, encontram-se os responsáveis pelo funcionamento do sistema punitivo legalizado. Vale ressaltar que mesmo os operadores do poder (e no caso desse estudo está a tratar-se do poder punitivo legalizado) são

coerentemente racionalizada, metodicamente treinada, e exata, na qual toda crítica pessoal é incondicionalmente eliminada e o agente se torna um mecanismo preparado exclusivamente para a realização da ordem. Além disso, tal comportamento em relação às ordens é uniforme. Sua qualidade como ação comunal de uma organização de massa condiciona os efeitos específicos dessa uniformidade. Os que obedecem não são necessariamente uma massa que obedece simultaneamente, ou particularmente grande, nem estão necessariamente unidos numa localidade específica. Para a disciplina, é decisivo que a obediência de uma pluralidade de homens seja racionalmente uniforme” (WEBER, 1982, p. 292). Diz ainda que a disciplina “se coloca à disposição de qualquer força que pretenda seus serviços e saiba como promovê-los.” [...] “o indivíduo não pode fugir dessa organização mecanizada, pois o treinamento rotinizado o coloca em seu lugar e o obriga a ‘continuar’. Aqueles que estão nas fileiras se integram, forçosamente, no todo. Essa integração é um forte elemento na eficiência de toda disciplina” (idem, p. 293, 294). Entretanto, Weber vê a disciplina como algo positivo para o indivíduo e para a sociedade se exercida dentro do que chama de um “marco moral”, entende mesmo ser ela indispensável. Portanto, embora parta de uma definição que pode, em alguns pontos, se aproximar do que Foucault expõe, afasta-se totalmente da abordagem feita pelo pensador francês, em sua valoração dos objetivos e na análise de seus resultados, bem como pela complexidade das técnicas disciplinares percebida por este, como se depreenderá da leitura do presente trabalho.

⁵² François Ewald (1993) concebe a anatomia política, por um lado, como um instrumento de análise, nesse sentido afirma que “a genealogia é tecnologia política”; por outro, apresenta-a como “uma maneira de o poder se exercer.” É neste último sentido que se emprega o termo neste texto.

constituídos como sujeitos pelas técnicas de poder, vez que não há “dominadores” que submetem o restante dos indivíduos às técnicas disciplinares, nem o poder é aplicado de cima para baixo. Ao contrário dessa concepção, Foucault demonstra que “o poder se exerce tanto sobre o dominante quanto sobre o dominado; há um processo de autoconformação ou autocolonização envolvido” (DREYFUS; RABINOW 1995, p. 204). Claro que Foucault não desconhece o privilégio que determinadas posições econômicas e de classe permitem no exercício do poder, como ficará claro ao longo deste trabalho.

De forma inédita, com as disciplinas, o poder se exerce e o controle se faz sobre os corpos individualmente, detalhadamente, de maneira incessante; o objeto desse controle é a eficácia, a economia e a organização dos movimentos. Para isso, o método utilizado é a coerção constante, a sujeição ininterrupta do corpo. Com as disciplinas aumentam-se as forças do corpo em sua utilidade e diminuem-se no aspecto político; corpos mais úteis, mais hábeis e, inversamente, mais obedientes, mais dóceis; “a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada” (FOUCAULT, 1999, p. 119). Ortopedia do corpo e da mente.

2.2 AS TÉCNICAS E TÁTICAS EMPREGADAS NA FABRICAÇÃO DE ALMAS

As disciplinas são, portanto, segundo Revel (2011, p. 36) “um conjunto de técnicas de coerção” aplicadas sobre os corpos dos indivíduos, com o intuito de desenvolver hábitos de práticas e comportamentos desejados, formar nesses corpos, como menciona Fonseca (2002, p. 174), “um 'tecido de hábitos' pelo qual é definida sua pertença uma sociedade qualquer”.

Para tanto, essa tecnologia distribui os indivíduos no espaço, como colégios, quartéis ou fábricas, concentrando as forças de produção para tirar delas o máximo de vantagens; prescreve um lugar para cada indivíduo, instaurando as comunicações úteis e interrompendo as inúteis, nocivas, etc. Nesses espaços se pode analisar os indivíduos e exercer a vigilância e o domínio mais facilmente, bem como realizar a melhor utilização das suas forças. E então, nas palavras de Foucault

(1999, p. 123), as disciplinas encontram um espaço “arquitetural e religioso: a cela dos conventos [...] o espaço das disciplinas é sempre, no fundo, celular. [...] Mas isso ainda não passa de uma forma muito tosca”.

As localizações funcionais são uma evolução disso; espaços que continuam a permitir a vigilância individual e controle das comunicações, mas que são mais úteis às finalidades que interessam àquele que controla, não são mais espaços estáticos. “A primeira das grandes operações das disciplinas é então a construção de quadros vivos que transformam multidões confusas, inúteis ou perigosas em multiplicidades organizadas” (FOUCAULT, 1999, p. 127).

O controle do tempo também é uma forma de atuação importante para as disciplinas. Inspirado já nas atividades monásticas, a regularidade dos conventos foi recepcionada nas casas de educação, hospitais. O rigor do tempo industrial no século XVIII assimilava muito a postura religiosa, sendo o trabalho precedido por rituais e orações. Há a otimização do tempo com controle ininterrupto, presença de fiscais, anulação de distrações ou interrupções, buscando-se construir um tempo integralmente útil.

No campo dos movimentos corporais, estes são definidos, determinando-se a direção, duração, amplitude e a ordem de sucessão, uma organização anatômica e cronológica “do comportamento [...] o tempo penetra o corpo, e com ele os controles minuciosos do poder. [...] impõe a melhor relação entre um gesto e a atitude global do corpo” (FOUCAULT, 1999, pp. 129-130). Articula-se o corpo com o objeto que manipula, um corpo máquina, estabelecendo a melhor rotina para o manuseio desse objeto; busca-se a melhor relação entre a máxima rapidez e a máxima eficiência nesse manuseio; vai-se até o limite suportado pelo corpo.

O corpo, tornando-se alvo dos novos mecanismos do poder, oferece-se a novas formas de saber. Corpo do exercício mais que da física especulativa. [...] No exercício que lhe é imposto e ao qual resiste, o corpo desenha suas correlações essenciais e rejeita espontaneamente o incompatível. [...] O poder disciplinar tem por correlato uma individualidade não só analítica e “celular”, mas também natural e “orgânica” (FOUCAULT, 1999, p. 132).

Dispõe-se o tempo em sequências separadas, ajustadas em suas mínimas frações, com complexidade crescente até finalizar esses seguimentos temporais;

fixa-se um termo como uma prova e nela verifica-se se o indivíduo atingiu o nível exigido. Dessa maneira, é possível garantir o aprendizado e diferenciar as capacidades de cada um; estabelecendo-se níveis para cada indivíduo e as tarefas que lhe cabe executar nesse nível; distingue-se antiguidade, posto, etc. Facilita-se, assim, a utilização das aptidões, a aplicação de correções, castigos, exclusões, etc.

Nessa mesma época, técnicas econômicas manifestaram um tempo social seriado, com uma evolução linear em termos de *progresso*. As séries individuais fazem surgir uma evolução em termos de *gênese*. Progresso das sociedades, gênese dos indivíduos. Duas descobertas do século XVIII correlatas à nova forma de poder,

gerir o tempo é torná-lo útil. [...] Uma macro e uma microfísica do poder permitiram [...] a integração de uma dimensão temporal, unitária, cumulativa no exercício dos controles e na prática das dominações. A historicidade “evolutiva” [...] está ligada a um modo de funcionamento do poder. (FOUCAULT, 1999, p. 136).

O exercício do poder realizado através das disciplinas utiliza ainda da composição de forças; o corpo se constituiu como uma peça de uma máquina multissegmentada, pode deslocar-se, mover-se, articular-se com outros, resultando numa força produtiva que seja superior à simples soma das forças das peças que compõem essa máquina. As épocas cronológicas são também formas de articulação das peças para extração da máxima quantidade de forças, combinando fases para que possam interagir, como da infância à velhice (p. ex. um aposentado ensina a um jovem aprendiz determinada tarefa).

E mais, utiliza-se de um sistema preciso de comando, a ordem para atuação não precisa ser explicada, ou sequer proferida, basta um simples gesto, um sinal; a compreensão e obediência devem ser imediatas, deve haver uma reação programada segundo um código artificial previamente estabelecido (FOUCAULT, 1999, p. 137-140).

Da combinação da aplicação dessas tecnologias e dos corpos localizados, buscando sua máxima utilidade, surge a tática. A tática militar, com a conexão dos corpos, sob o adestramento das técnicas disciplinares, seria o auge da utilização produtiva das disciplinas.

A tática, arte de construir, com os corpos localizados, atividades codificadas e as aptidões formadas, aparelhos em que o produto das

diferentes forças se encontra majorado por sua combinação calculada é sem dúvida a forma mais elevada da prática disciplinar. [...] É possível que a guerra como estratégia seja a continuação da política. Mas não se deve esquecer que a *política* foi concebida como a continuação senão exata e diretamente da guerra, pelo menos do modelo militar como meio fundamental para prevenir o distúrbio civil. A política, como a técnica da paz e da ordem internas, procurou pôr em funcionamento o dispositivo do exército perfeito, da massa disciplinada, da tropa dócil e útil. (FOUCAULT, 1999, p. 141)⁵³

Seguindo esse raciocínio é possível concluir com Foucault (1999, p. 142) que “é a tática que permite compreender o exército como um princípio para manter a ausência de guerra na sociedade civil.”

As disciplinas, nascidas nos sistemas religiosos e aperfeiçoadas nas instituições educacionais, de saúde, fabris e militares – onde encontraram seu ponto mais alto como tática – se capilarizaram pela sociedade a partir dos séculos XVII e XVIII; vieram a fazer parte das instituições, foram naturalizadas e se introjetaram nos indivíduos, fabricando suas almas. Assim assimiladas, passaram a ser utilizadas massivamente na otimização, docilização e controle dos corpos; na formação da mão de obra; na organização e incremento da produção; no aumento dos lucros. Tornaram-se meio de instrução, avaliação seleção, categorização, premiação, inclusão, punição e exclusão dos indivíduos, enfim, constituíram e deram existência e o aspecto da sociedade burguesa tal como ela é hoje.

Nessa complexa cadeia social atravessada pelas disciplinas, é claro que se inserem os agentes do sistema jurídico-penal, ocorrendo a fabricação de suas almas desde a infância, já na família; seguindo com suas formações nas instituições de ensino pelas quais passaram; e, reforçando-se com suas inserções nos quadros funcionais dos órgãos nos quais exercem suas atividades. Com a constituição de seus sujeitos pelas disciplinas torna-se possível que esses profissionais, mesmo sem perceber tal condição, ajam de acordo com as expectativas dos que exercem preferencialmente o poder, de maneira que sigam aplicando as leis conforme tais

⁵³ Nesse fragmento transcrito percebe-se a proposição de Foucault, trabalhada com mais detalhes no curso ministrado no Collège de France, *Em defesa da sociedade*, no qual o filósofo pensa o exercício do poder político como uma batalha, uma guerra contínua e, invertendo a proposição Clausewitz, diz que *a política é a guerra continuada por outros meios* (Foucault, 2018a, p. 15). Tal tema será retomado nos próximos capítulos.

expectativas e alcançando resultados de maneira mecânica, em sua maioria, refratários a uma reflexão crítica ou questionadora do sistema em que operam.

Essa parcela enorme de modernos operadores do direito, ainda quando percebem os trágicos resultados produzidos pelo sistema penal, relegam a busca de soluções às discussões acadêmicas, sem adotar um posicionamento efetivo no sentido de reverter os efeitos observados; a verdade construída, e que lhes é disciplinarmente introjetada, faz com entendam que as coisas se passam dessa forma “normalmente”, e assim, optam por manter as suas práticas. Acabam transferindo a responsabilidade pela solução desses problemas a eventuais reformas que nada mudam; a um possível futuro que nunca chega. Parafraseando Veyne (2009, p. 19), pode-se dizer que as pessoas de dada época estão inseridas em discursos de verdade como se estivessem aprisionadas em cúpulas transparentes que desconhecem; e desconhecem até mesmo a existência de tais cúpulas.

Registra-se que, nesta parte do trabalho, na análise dos recursos e táticas disciplinares, não há como evitar ser um tanto descritivo e seguir a linha de exposição de Michel Foucault – acrescentando, sempre que possível, reflexões próprias do autor deste texto ou posições de comentadores que auxiliem na sua compreensão e adequação ao trabalho. Tal exposição implica, necessariamente, em reproduzir alguns detalhes dessas táticas as quais, originalmente, somente Foucault demonstra serem empregadas nas estratégias das disciplinas. Neste ponto, como afirma Ewald (1993, p. 57) “não temos de tirar conclusões. Apenas deter-nos um momento para prosseguir a interrogação”. A revisão da exposição foucaultiana se faz necessária para fundamentar e possibilitar as conclusões às quais se procura chegar.

Volta-se, pois, a tratar da análise dos instrumentos táticos disciplinares. Os recursos utilizados pelas disciplinas para esse verdadeiro adestramento são simples, porém, extremamente eficazes, como o olhar fiscalizador, a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame.

Em relação ao olhar fiscalizador pode-se mencionar que, como expressa Foucault (1999, p. 143), é uma das “técnicas que permitem ver [e que induzem] efeitos de poder, e onde, em troca, os meios de coerção [tornam] claramente visíveis aqueles sobre quem se aplicam”.

Por meio da utilização de instrumentos próprios e singelos como esse meio de vigilância mencionado, o poder disciplinar invade os Estados e as instituições, inclusive o sistema judiciário e, por consequência, atinge os operadores do sistema punitivo legal, impondo-lhe seus processos de atuação e produzindo seus efeitos.

A propósito dos mecanismos de fiscalização, citando-se exemplificativamente as escolas, percebe-se, com Foucault (1999, p. 148), que os alunos têm a vigilância integrada na relação pedagógica: enquanto aprendem as lições são fiscalizados e ensinados a fiscalizar e adequar os mais novos ou inadaptados, em uma observação recíproca e hierarquizada, internalizando assim a disciplina. Por essa observação e vigilância recíproca, é desnecessária a presença de mais fiscais, todos são fiscais e fiscalizados concomitantemente.

Engana-se quem pensa ser a sociedade disciplinar aquela na qual todos se vigiam, como se houvesse um acréscimo de guardas e disciplinadores. Pelo contrário, nas instituições de vigilância precisou-se cada vez menos desses personagens. O poder disciplinar é econômico. Ele se vale de espaços arquiteturais organizados de modo a incrementar e facilitar a sensação de vigilância múltipla, detalhada e minuciosa de cada indivíduo que compõe seus interiores. Assim é que hospitais, fábricas e escolas funcionam como microscópios do comportamento humano, ao possibilitarem a um único olhar tudo ver, permanentemente. [...] O olho anônimo do poder e sua estruturação arquitetural é que impelem o indivíduo a se autodisciplinar. (CANDIOTTO, 2012, p. 20).

Graças à vigilância hierarquizada e contínua, o poder disciplinar organiza-se como um poder múltiplo, automático e anônimo, numa rede de relações de alto a baixo, da base para cima e lateralmente; uma estrutura de fiscais que estão simultânea e reciprocamente sempre fiscalizados. O poder, como já se falou antes, não se detém, como algo, como uma coisa, na verdade, funciona como uma máquina. Pela sua característica hierárquica pode ter um chefe, um comandante, mas toda essa máquina produz poder e o distribuí; é simultaneamente indiscreto, por estar em toda parte, como uma teia, e discreto, pois em silêncio produz esse efeito de atravessar e controlar a todos “pelo jogo ininterrupto dos olhares calculados” (FOUCAULT, 1999, p. 148).

É possível transpor o exemplo de Foucault, quando se refere à vigilância exercida na escola pelo olhar fiscalizador, para o sistema judiciário e seus

operadores; dessa assimilação pode extrair-se a conclusão, desde logo, que tal forma de vigilância é fortemente presente e muito produtiva nesse sistema. E aqui também, como no exemplo de Foucault, onde não há necessidade de aumento de guardiões ou fiscalizadores, pode-se prescindir de uma multiplicação de órgãos oficiais de vigilância, tais como corregedorias, conselhos, entre outros⁵⁴. Vale, igualmente, para a vigilância entre os operadores do direito, aquela vigilância horizontal, recíproca, que se dá no ambiente mesmo que desempenham suas funções e entre seus próprios pares. Ocorre um olhar fiscalizador entre os profissionais, que se observam mutuamente quanto às suas posturas profissionais, a orientação que adotam em seus atos oficiais, nos processos judiciais, manifestações formais e, até mesmo, nas declarações informais e comportamentos pessoais.

Esse olhar fiscalizador multilateral ocorre dentro das instituições profissionais, como fóruns, tribunais, juizados, promotorias, procuradorias, etc; mas exerce-se também fora de ambientes específicos, transforma-se em princípio de fiscalização de conduta aplicado nos mais diversos setores da vida profissional e pessoal dos operadores do direito. Assim, ocorre uma observação constante por meio da qual os profissionais avaliam-se reciprocamente e estabelecem o quão “normal” é a conduta de tal ou qual operador do direito. Aqueles que destoam da “normalidade” passam a receber ainda mais atenção e são mais atravessados pelo jogo de olhares, pois, espera-se que eles ajam sempre, como menciona Zaffaroni (2001, p. 141) com uma suposta “asepsia ideológica, certa neutralidade valorativa, sobriedade em tudo, suficiência e segurança de resposta [...] com um discurso moralizante e paternalista.”

Essa técnica disciplinar, como se vê, faz parte dos mecanismos de constituição do operador do direito penal sendo, é claro, precedida e sucedida por

⁵⁴ Afirma-se poder prescindir-se, para o exercício do olhar fiscalizador, da participação dos órgãos fiscalizatórios oficiais dos operadores do direito, tais como as corregedorias de Justiça e Corregedorias dos Ministérios Públicos. Importante lembrar, contudo, que tais órgãos existem e suas funções precípua são de fiscalizar, orientar, avaliar e propor penalidades a serem aplicadas aos respectivos membros dessas instituições pelos órgãos superiores de direção, sempre que esses incidirem em condutas ou atuarem de maneira que possa ser considerada irregular. Lembra-se ainda de instituições como os Conselhos Nacionais de Justiça ou Conselho Nacional do Ministério Público, também com funções fiscalizatórias e punitivas. Tais sistemas fiscalizadores atuam e são compostos, igualmente, por sujeitos constituídos sob as mesmas técnicas disciplinares e, assim, a maioria deles estará normalizada e reproduzirá essa normalização sobre os fiscalizados. Tais formas de vigilância institucionalizada correspondem, porém, ao exame, como se verá logo mais à frente.

várias outras técnicas normalizadoras, como pode se perceber ao longo deste texto. O significado do termo “normalização” aqui tratado será objeto de estudo no próximo apartado.

2.3 NORMA EM FOUCAULT E A NORMA PENAL

A questão da sanção normalizadora, a norma, a normalização – e sua relação com o funcionamento do direito penal como se verá adiante – na forma percebida por Foucault, é outra etapa que parece tão importante para a compreensão do exercício desse sistema legal de castigos, que se resolveu tratá-la, no contexto deste trabalho, em um apartado específico, neste percurso que se está buscando realizar aqui, quanto ao surgimento e atuação das disciplinas. Isto porque Foucault insere a questão da “normalização” nesse âmbito da análise das disciplinas, em seu livro “Vigiar e Punir”, sendo certo, contudo, que em muitos outros trabalhos seus trata também dessa questão da norma e da normalização⁵⁵.

Antes de seguir nessa exposição, indispensável esclarecer que a “norma”, para Foucault, em qualquer de suas acepções, não se restringe nunca a uma mera forma descritiva ou comando de separação entre o que é lícito e aquilo que é ilícito; não é uma valoração de condutas legais e ilegais. “Foucault não se refere aqui à punição jurídica” (CANDIOTTO, 2012, p. 21). Não se confundem, ao contrário, guardam grande distância, as noções de norma em Foucault, e a concepção jurídica

⁵⁵ Exemplificativamente, menciona-se a aula de 28 de março de 1973, no curso “A Sociedade Punitiva”, quando Foucault (2015, p. 217) leciona que “o aparato de sequestração pode efetivamente fixar os indivíduos ao aparato de produção: fixa-os formando hábitos por meio de um conjunto de coerções punições, aprendizados e castigos. [...] Fabrica algo como norma; norma é o instrumento por meio do qual os indivíduos estão ligados a esse aparato de produção. [...] a sequestração moderna fabrica a *norma*, e sua função é produzir normais.” Já nas conferências de 1973, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Foucault (2013) toca na questão da norma em várias ocasiões, podendo-se citar, exemplificativamente, quando afirma que no século XIX surge “um novo saber que não se organiza mais em torno das questões ‘isto foi feito? quem o fez?’; não se ordena em termos de presença ou ausência, de existência ou não existência. Ele se ordena em torno da norma, em termos do que é normal ou não, correto ou não, do que se deve ou não fazer.” (2013, p. 89); ou ainda, mencionando instituições que tem como finalidade a “normalização dos homens. A fábrica, a escola, a prisão ou os hospitais têm por objetivo ligar o indivíduo a um processo de produção, de formação ou de correção dos produtores. Trata-se de garantir a produção ou os produtores em função de uma determinada norma.” (2013, p. 113)

tradicional de norma, adotada na teoria do direito penal, ou ainda, na teoria geral do direito.

Para a teoria do direito, como afirma de forma concisa e direta Lenio L. Streck, (2021, p. 6) normas jurídicas são “prescrições objetivas da conduta”. No âmbito penal, norma seria o conteúdo valorativo de um determinado comportamento humano, em relação aos seus efeitos em dada sociedade, compreendido tal conteúdo como a intenção do legislador em proteger um bem jurídico determinado, buscando evitar uma conduta proibida ou estimular uma ação desejada. Esse comportamento humano valorado será descrito em um tipo penal, também chamado “norma incriminadora” (isso em seu preceito primário; já no chamado preceito secundário, ela comina a pena a ser aplicada caso a conduta descrita no preceito primário venha a ser efetivamente praticada). Portanto, pode-se compreender o “tipo penal” ou “norma incriminadora”, como sendo a disposição legal que descreve essa conduta proibida ou mandada em todos os seus detalhes.⁵⁶ A “norma jurídica prescreve imperativos do dever ser, definidos sob a forma de proibições, de mandados e de permissões de ações dirigidas aos seres humanos” (SANTOS, 2017, p. 58).

⁵⁶ “Tipo penal” (que traz a norma legal incriminadora) é expressão que se refere ao conjunto dos elementos de um fato punível previsto na lei penal. Em outras palavras, é a descrição de uma conduta humana, em todos os seus detalhes que, uma vez verificada no mundo dos fatos, é apta a ensejar e a justificar a aplicação de uma pena àquele que a perpetra. Como exemplo mais sucinto de tipo penal no direito brasileiro, pode ser citado o delito de homicídio, o qual vem previsto no artigo 121 do Código Penal nos seguintes termos: “matar alguém”. Está o artigo 121 a dizer que aquele que suprimir a vida (“matar”) de outro ser humano (“alguém”), comete fato típico de homicídio. Naturalmente, nem todo aquele que mata outra pessoa comete crime, bastando pensar na hipótese de legítima defesa – o que significa que nem todo fato típico será criminoso, mas que o é somente *a priori*. Os tipos penais comportam infundáveis classificações, sendo certo que escapa ao escopo deste trabalho estudá-las, todas, aqui; apenas a título de exemplo, todavia, podem ser lembrados os tipos dolosos (nos quais se prevê uma conduta praticada intencionalmente), os culposos (os que preveem resultados a que o agente dá causa por imprudência ou negligência, e não porque os deseja), os comissivos (que preveem uma ação que o legislador deseja reprovar), os omissivos (aqueles que descrevem um não-fazer, revelando um desejo de apenar quem permanece inerte face a dada situação; como exemplo, tem-se o delito de omissão de socorro, no artigo 135 do Código Penal). Vale observar que o Código, em seus chamados tipos penais, não utiliza de uma linguagem de proibição, como um mandamento bíblico, não afirma: “Não matarás”. O tipo penal demonstra com a previsão da aplicação de uma pena, que aquela conduta descrita é indesejada, considerada nociva, socialmente negativa e não deve ser adotada. Por isso, com apoio nas lições de Karl Binding (citado por ZAFFARONI, PIERANGELI, 2010, p. 267-268), fala-se que quem comete um crime não viola exatamente a lei, mas a norma penal que está contida na lei. Dessa forma, o preceito primário, vale dizer, a descrição da conduta traria a norma penal estritamente considerada, sendo a segunda parte, a previsão da pena, a consequência da realização dessa conduta.

Em Foucault a norma é algo totalmente diferente, não é, inclusive, alguma coisa com um significado específico, único; mas é possível compreender a utilização que esse pensador contemporâneo faz do termo.

Num primeiro momento, em sua fase arqueológica, quando Foucault estudava o processo histórico de formação de um saber sobre o homem, vale dizer, a constituição de saberes como a medicina, a psiquiatria e as ciências humanas modernas, norma remetia à ideia de separação entre o “normal” e o “patológico”, uma divisão comparativa em pares distintos, promovendo separações, como afirma Castro (2004, p. 131), para “diferenciar indivíduos, [...], marcar a fronteira entre o normal e o anormal”⁵⁷. Ou nas palavras de Ewald (1993, p.86), norma “é um princípio de comparação, de compatibilidade, uma medida comum”.

De maneira que, partindo desse princípio de padronização e divisão, num segundo momento, o conceito de norma não é superado, mas ampliado, pois quando faz a genealogia do poder, Foucault passa a compreender a norma não só como esse princípio binário, de separação, mas também como forma de produção de efeitos de poder, “um poder produtor de condutas, gestos, discursos, subjetividades. A norma aparece como o elemento a partir do qual tal exercício de poder torna-se possível” (FONSECA, 2002, p. 89). O resultado do exercício desse poder produtivo da norma é a “normalização”. Diz ainda Ewald (1993, p. 106) que, “normalizar um produto é também normalizar a técnica de sua produção”. Dessa assertiva parece possível concluir-se que, normalizar um indivíduo é produzir um sujeito por meio das técnicas de normalização utilizadas, e de acordo com os padrões desejados pelos que exercem o poder com predominância em dada sociedade.

Ao tratar da sanção normalizadora, Foucault (1999, p. 149), não por acaso, inicia esclarecendo que na “essência de todos os sistemas disciplinares, funciona um pequeno mecanismo penal [...] com suas próprias leis, seus delitos especificados, suas formas particulares de sanção, suas instâncias de julgamento”. Essa instância punitiva própria traz uma maneira específica de punir aquilo que não está adequado à regra, o não conforme; o castigo deve reduzir os desvios, ser, portanto, corretivo, repetir a obrigação violada para introjetá-la no indivíduo.

⁵⁷ Livre tradução do autor para o texto original em espanhol: “diferenciar los individuos, [...] trazar la frontera entre lo normal y lo anormal.”

Nas disciplinas a punição é um elemento de um sistema duplo: gratificação-sanção; hierarquizam-se continuamente os “bons” e os “maus”, mediante cálculos permanentes de conceitos atribuídos aos indivíduos. Há uma “penalidade perpétua que atravessa todos os pontos e controla todos os instantes das instituições disciplinares, compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza, exclui. Em uma palavra, ela 'normaliza'" (FOUCAULT, 1999, p. 150-153). E normaliza exatamente no sentido de separar, diferenciar o que é o “normal” do “anormal”, e ainda, de produzir as condutas desejadas.

De sorte que, os dispositivos disciplinares produziram uma nova forma de “penalidade-norma”, que não é correlata, não se identifica em suas finalidades e em sua maneira de funcionar com a penalidade tradicional da lei; portanto, pode-se inferir que na sociedade disciplinar, vale dizer, na sociedade burguesa contemporânea, o funcionamento do sistema penal moderno não tem como fundamento e modelo para a imposição das penalidades, as teorias racionais e humanistas dos reformadores, mas sim a “sanção normalizadora” das disciplinas, com a norma disciplinar que “funciona como padrão culturalmente construído a partir do qual uma multiplicidade de indivíduos é cindida por dentro, entre normais e anormais” (CANDIOTTO, 2012, p. 21).

Desde o século XVIII aparece, com as disciplinas, o poder da norma; o “normal” surge como “princípio de coerção no ensino”, na medicina, na indústria (FOUCAULT, 1999, p. 153). O poder da norma funciona facilmente em um sistema de igualdade formal, pois dentro dessa regra de igualdade, ela permite aferir as desigualdades individuais em níveis e tornar úteis essas diferenças (como se verá mais detalhadamente adiante ao tratar-se do exame).

Tendo em vista essa ação conjunta da norma e da disciplina, dentro de uma estratégia de exercício de poder, poderia imaginar-se que se trata da mesma tática, mas isso não é verdade, há que se discernir norma e disciplinas; as disciplinas normalizam, fabricam indivíduos “normais”, mas não são, elas próprias, a norma.

As disciplinas visam os corpos, com uma função de adestramento; a norma é uma medida, uma maneira de produzir medida comum. A um tempo, aquilo que torna comparável e individualiza: princípio de visibilidade, mediante um puro mecanismo de reflexão do grupo sobre si mesmo. [...] O que caracteriza a modernidade, segundo

Foucault, é o advento de uma era normativa: a normalização das disciplinas. (EWALD, 1993, p. 88)

É notável como a concepção contemporânea e corriqueira de “normal” está vinculada a padrões de pensamentos e de comportamentos que aparentam ser socialmente necessários; são de tal sorte os efeitos da normalização que parecem ser inatos aos indivíduos, quando em verdade são criados; “a norma envolve o conjunto da existência humana. Ela está presente no seu cotidiano, alcança sua interioridade” (CANDIOTTO, 2012, p. 21).

Com a capilarização em todos os níveis das disciplinas e seus efeitos normalizantes, não se busca refletir sobre a origem de determinadas exigências da “normalidade” e se aceita, se fiscaliza e se exige, com absoluta naturalidade, tais parâmetros; repete-se o “normal” como se fizesse mesmo parte da vida natural. Ninguém, ordinariamente, questiona de onde vem essa introjeção de padrões “normais” de atuação, de comportamento ou de desempenho.

Não há nada “normal” ou “anormal” na natureza, tudo é simplesmente “natural”. Se algo é considerado “normal” é porque isso foi estabelecido por uma norma, e, se há uma norma, é porque alguém a criou e a quer ver imposta, aceita, assimilada, podendo-se concluir logicamente que, esse ou esses que a criaram e a querem ver produzindo seus efeitos de normalização, certamente tem interesse nesses efeitos, nas separações binárias e nos comportamentos produzidos. A divisão e a produção que advêm dessa normalização lhes convêm.

A atuação das disciplinas conseguiu o feito de “normalizar” a utilização da ideia de “normal”.

Em reflexão, Candiotto (2012, p. 21) demonstra como esse comportamento humano contemporâneo de assimilação da normalização, que está diretamente vinculado com a atuação das disciplinas, é funcional à sociedade capitalista:

Formalmente, as democracias seguem o princípio da isonomia, segundo o qual todos são iguais perante a lei, no que concerne ao respeito de direitos e garantias individuais e à exigência do cumprimento das obrigações. Mas em todos os demais aspectos da vida social predominam as diferenças individuais, muitas vezes aí incluídas as desigualdades sociais. Talvez seja a democracia das sociedades burguesas aquela que mais tem assimilado e posteriormente subsumido essas diferenças, em vista de sua própria

permanência.

Um outro poderoso instrumento de controle utilizado por meio das disciplinas, a partir da combinação das técnicas da vigilância hierárquica e da sanção normalizadora, é o antes apenas mencionado exame; ele é uma forma de controle que possibilita qualificar, classificar e punir, é “normalizante”. “O exame supõe um mecanismo que liga um certo tipo de formação de saber a uma certa forma de exercício de poder” (FOUCAULT, 1999, p. 156). Se exerce de maneira discreta, invisível e impõe uma visibilidade obrigatória ao indivíduo controlado. Por meio do exame, se estabelece um “espaço de visibilidade unidimensional [...] o próprio olhar se torna invisível” (EWALD, 1993, p.84).

O exame se efetua criando um registro documental, escrito, do indivíduo, com suas características, dados, notas, médias, desempenhos, etc; essa organização escrita permite categorizar os indivíduos e compará-los permanentemente, bem como formar um sistema comparativo de grupos e uma estimativa dos desvios; faz de cada indivíduo um “caso”. Os dados captados são armazenados para uso eventual, como forma de objetivação, isto é, transformando o indivíduo em objeto de observação, e obtendo a sujeição desse indivíduo pelo poder. “O exame está no centro dos processos que constituem o indivíduo como efeito e objeto de poder, como efeito e objeto de saber” (FOUCAULT, 1999, p. 160).

Com a técnica de exame, portanto, ao mesmo tempo que se controla, se compara e se extraem saberes, especialmente aqueles que constituem as ciências humanas, que permitem exercer esse controle de maneira cada vez mais aperfeiçoada e eficiente.

No ritual do exame, a forma moderna do poder e a forma moderna do saber são reunidas numa só técnica. No cerne de seus procedimentos o exame ‘manifesta a sujeição daqueles que são percebidos como objetos e a objetivação daqueles que são submetidos.’ [...] produz dossiês que contém observações minuciosas. A criança, o paciente, o criminoso são conhecidos de modo infinitamente mais detalhado que o adulto, o indivíduo saudável e o cidadão que respeita a lei. (DREYFUS; RABINOW, 1995, p. 175)

Num regime disciplinar, a individualização é descendente, os indivíduos sobre os quais o poder se exerce mais fortemente são também mais fortemente individualizados, fiscalizados, observados, comparados, enfim, “normalizados”. Com o exame e a visibilidade no funcionamento das disciplinas é que se realiza o exercício do poder até seus níveis mais baixos. Dessa forma, pode-se mencionar, exemplificativamente e com apoio na citação acima, que os loucos são mais individualizados que o “normal” e o delinquente mais que o não delinquente.

Podem-se aplicar, e efetivamente se aplicam, os mecanismos do exame sobre os operadores do direito penal aqui em estudo. Dentro das instituições às quais pertencem – ou das quais são membros, como costuma-se formalmente tratar os magistrados e integrantes do Ministério Público – há todo um mecanismo de exame, em tudo correspondente à descrição feita por Foucault dessa técnica disciplinar. Após ingressarem na instituição, tendo passado pelo disciplinamento presente nas demais instâncias sociais, são, primeiramente, investidos em seus cargos mediante cerimônias solenes, onde realiza-se, segundo afirma Zaffaroni (2001, p. 141) um processo “deteriorante da identidade”, desde o qual o indivíduo “deve responder às exigências do papel que lhe for atribuído a partir de uma adequada manipulação da opinião pública” (Idem).

Essa correspondência às expectativas institucionais é constantemente fiscalizada, sendo todos os trabalhos realizados pelo profissional, especialmente no início de sua carreira, avaliados por órgãos internos de fiscalização, orientação e avaliação, denominados corregedorias. Os dados pessoais, as produções, a pontualidade e resultados profissionais esperados (denominados de eficiência) são objeto de armazenamento nas chamadas “fichas funcionais” e ficam à disposição da instituição para permanente reavaliação e formação de juízos sobre o examinado. Mas não só essas informações são armazenadas; também as condutas pessoais, as participações em eventos sociais, culturais, acadêmicos etc., são pormenorizadamente registrados junto a tais instâncias fiscalizatórias. Há forte recomendação aos profissionais para que observem comportamentos considerados adequados à moralidade.

Ocorrem, ainda, fiscalizações periódicas ou extraordinárias (chamadas de correições ou inspeções), direcionadas a cada um dos membros dessas instituições.

Nessas ocasiões, após a verificação da adequação de seu comportamento pessoal com a expectativa institucional; da conformidade ou não de suas produções laborais com os padrões desejados; da mensuração do crédito social que desfrutam junto aos órgãos e à sociedade na qual atuam, registra-se em sua ficha funcional qual a avaliação atribuída pelos fiscalizadores. Essa avaliação é apontada em chamados “relatórios circunstanciados” e expressa em forma de conceitos graduados que podem variar de uma para outra instituição, mas em regra são expressos como: “ótimo”; “bom”; “regular”; “insuficiente” ou “sofrível”.

Há, portanto, todo um sistema de registro e avaliação individual, atribuição de conceitos, que equivalem a pontuações, notas, que serão, ao longo da vida do operador do direito, utilizados para censurar; vigiar com mais proximidade; impedir a obtenção do chamado “merecimento”, que é um critério utilizado para promoções e remoções na carreira; para impor penalidades; ou, até mesmo, excluir tais profissionais. Essas aferições realizadas pelo constante mecanismo de exame existente nas instituições, podem, contudo, ser utilizadas também para premiar, consistindo em menções elogiosas, e, principalmente, permitindo progressos na carreira pelo aludido critério de “merecimento”. Tais progressos profissionais por merecimento podem dar-se em forma de obtenção de remoções para locais onde desejem esses indivíduos exercer suas atividades; ou em forma de crescimento no percurso profissional, obtendo promoções para exercer suas funções em unidades categorizadas como de maior importância.

Essa forma de controle profissional se faz sentir, em seu aspecto punitivo, sobre os operadores que não atuam segundo a verdade vigente, incidindo em relação àqueles que acabam sendo pontos de resistência aos discursos do poder, por outro lado, é extremamente complacente com os normalizados⁵⁸. Trata-se, exatamente, da aplicação da técnica disciplinar do exame no interior das instituições do sistema de Justiça. Tão forte são os resultados dessa tática na constituição do sujeito operador do direito que levam Zaffaroni (2001, 142) a afirmar que: “o operador da agência judicial percebe a si mesmo em função de seu cargo e hierarquia e

⁵⁸ Aliás, como Foucault demonstra e se destaca ao longo deste trabalho, a maquinaria punitiva-disciplinar não funciona para punir todas as ilegalidades, mas sim para exercer o controle diferencial delas e para fornecer “caução legal [...] é um ponto de troca numa economia geral dos ilegalismos” (FOUCAULT, 1999, p. 234)

constrói uma identidade assentada sobre essas bases”; conclui o pensador argentino que são características tão importantes que, se colocadas em dúvida, podem levar ao profissional em comento a sofrer uma “deterioração de sua personalidade.” (Idem)⁵⁹.

Realizada essa observação final, quanto à forte presença dessa técnica disciplinar no âmbito das instituições responsáveis pelo exercício do poder punitivo legal, passa-se à análise da forma mais completa, física e principiológica, de exercício do poder disciplinar na sociedade.

2.4 O OLHAR VIGILANTE NA SOCIEDADE DISCIPLINAR

Foucault traz, para ilustrar seu pensamento sobre o funcionamento das disciplinas, um modelo arquitetônico de prisão apresentado por Jeremy Bentham no século XVIII e por este denominado Panóptico⁶⁰. Neste paradigma prisional, da forma que o percebe Foucault, reside, talvez, um dos pontos fulcrais para compreender a maneira pela qual as disciplinas, com todas as tecnologias de

⁵⁹ Embora essa questão vá ser tratada novamente quando se discutir a governamentalidade neoliberal, no item 5.3, registra-se, desde logo, como exemplo do funcionamento concreto de vigilância e possibilidade sanções e prejuízos materiais e sociais aos operadores penais, as recentes punições impostas aos Juízes Edevaldo de Medeiros e Roberto Corcioli. Roberto Corcioli, foi condenado disciplinarmente pelo TJSP por interpretar a lei “contra o gosto do Ministério Público” [...] “por ser ‘progressista demais’.” Já o Juiz Federal Edevaldo de Medeiros, representado por oito membros do Ministério Público Federal, foi julgado por “ousar ser garantista, ter visitado Lula na prisão e tecer críticas à lava-jato e Sergio Moro – quando [Moro] esteve ministro da justiça [...]”. Disponível em: < <https://www.viomundo.com.br/voce-escreve/coletivo-de-advogados-divulga-nota-de-apoio-aos-juizes-edevaldo-medeiros-e-roberto-corcioli-perseguidos-por-serem-progressistas.html>>. Acesso em: 23 nov. 2020. No mesmo sentido, o site jurídico Conjur, demonstra o grande conteúdo moralizante e normalizador da decisão que puniu um dos juízes mencionados acima, informando que o “juiz Roberto Luiz Corcioli Filho, [foi] punido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo com a pena de censura por ‘atuação com viés ideológico’ e por ‘soltar muito [...] [cujas decisões] teriam provocado prejuízos à população ‘honesta, trabalhadora e humilde’ do município de Itapevi. A mesma matéria menciona que a desembargadora aposentada Kenarik Boujikian, também foi punida com pena de censura pelo Órgão Especial do TJ-SP “por emitir alvarás de soltura para libertar presos preventivos que já estavam cumprindo pena além do que estava estipulado em suas sentenças.” Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-nov-23/cnj-julga-nesta-terca-juiz-paulista-acusado-soltar>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁶⁰ O nome “Panóptico” para esse novo tipo de prisão foi criado pelo próprio Bentham, como menciona Bobbio (1995, p. 93), quando narra que ele “enviou à Assembleia Francesa um projeto de prisão moderna, que permitiria vigiar simultaneamente todos os detentos de um ponto de vista estratégico (e, como Bentham tinha não só a mania de inventar caracteres sociais, como também a de cunhar novos termos [...], esse projeto foi batizado por ele de *Panopticon*.”

vigilância e controle que lhe são inerentes e foram rapidamente descritas acima, assumem uma dimensão extremamente abrangente da vida dos indivíduos; atravessam agora todo o corpo social, refletindo-se de maneira automatizada nas concepções, pensamentos e intenções, e, de forma concreta, fazem-se presentes desde as mais ínfimas condutas que os indivíduos adotam em seu cotidiano; são sua alma.

Como se verá, o funcionamento estratégico da forma panóptica acabará mudando a correlação de forças no par “ver-ser visto”, permitindo que o poder se exerça de forma mais dissimulada, menos visível e menos exposta. Ao mesmo tempo que permite a poucos, àqueles que exercem o poder, que não sejam vistos, lhes traz a possibilidade de ver sempre e amplamente a uma maioria, que pode ser observada, estudada, investigada.

Para expor essa percepção, no livro “Vigiar e punir”, Foucault (1999, p. 162) começa ilustrando com os antigos modelos sociais de exclusão e fechamento que a lepra impunha onde surgia, em paralelo com o modelo de organização disciplinar que ocorria quando aparecia a peste. Enquanto a lepra excluía, a peste fazia com que os indivíduos fossem inseridos em lugares determinados, criando espaços fechados, definidos, vigiados, com movimentos registrados e o poder exercido hierarquicamente. Conclui que a peste representa o modelo da ordem, do espaço disciplinar ideal, a utopia de uma cidade perfeitamente governada. Tanto quanto o ambiente de natureza seria ideal para o desenvolvimento da teoria do contrato social, a cidade pestilenta representava o modelo ideal para fazer funcionar perfeitamente as disciplinas.

Os modelos de exclusão do leprosário e de controle da cidade com a peste paulatinamente se combinam nas instituições de poder e de controle do século XIX. Divisão binária, como louco ou não louco, perigoso ou inofensivo, enfim, normal ou anormal; e, por outro lado, local para determinação coercitiva, vigilância constante.

Prossegue Foucault, expondo que Bentham, um dos reformadores do século XVIII, idealizou, não se sabe exatamente inspirado em que ⁶¹, uma forma

⁶¹ Foucault aduz que Bentham possa ter se inspirado em um antigo zoológico quando afirma que o teórico do panóptico “não diz se se inspirou, em seu projeto, no zoológico que Le Vaux construíra em Versalhes: primeiro zoológico cujos elementos não estão, como tradicionalmente, espalhados em um parque: no centro, um pavilhão octogonal que, no primeiro andar, só comportava uma peça, o salão do rei; todos os lados se abriam com largas janelas, sobre sete jaulas (o oitavo lado estava reservado para a entrada), onde estavam encerradas diversas

arquitetônica que poderia ser empregada nas prisões, sendo bastante diferente das que até então eram utilizadas. O próprio Jeremy Bentham (2008, pp. 19-20) atribui a origem do projeto a seu irmão, e mostra a multiplicidade de propósitos aos quais poderia ser aplicada, dizendo:

vi, outro dia, em um de seus jornais ingleses, que se falava, em um anúncio, de uma Casa de Correção, [...]. Ocorreu-me que o plano de um edifício concebido por meu irmão que, sob o nome de Casa de inspeção ou Laboratório, ele está para construir aqui, para propósitos, sob alguns aspectos, similares aos daquela casa, pode proporcionar algumas sugestões para o estabelecimento acima mencionado. [...] Para dizer tudo em uma palavra, ver-se-á que ele é aplicável, penso eu, sem exceção, a todos e quaisquer estabelecimentos, nos quais, num espaço não demasiadamente grande para que possa ser controlado ou dirigido a partir de edifícios, queira-se manter sob inspeção um certo número de pessoas. Não importa quão diferentes, ou até mesmo quão opostos, sejam os propósitos: seja o de punir o incorrigível, encerrar o insano, reformar o viciado, confinar o suspeito, empregar o desocupado, manter o desassistido, curar o doente, instruir os que estejam dispostos em qualquer ramo da indústria, ou treinar a raça em ascensão no caminho da educação, em uma palavra, seja ele aplicado aos propósitos das prisões perpétuas na câmara da morte, ou prisões de confinamento antes do julgamento, ou casas penitenciárias, ou casas de correção, ou casas de trabalho, ou manufaturas, ou hospícios, ou hospitais, ou escolas.

Era um dispositivo terrivelmente revolucionário. Traz, a obra de Foucault acima mencionada, algumas gravuras em forma de plantas arquitetônicas do que seria esse dispositivo e uma descrição do panóptico, nos seguintes termos:

O Panóptico de Bentham é a figura arquitetural dessa composição [exclusão e vigilância hierárquica]. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o

espécies de animais. Na época de Bentham, esse zoológico desaparecera. Mas encontramos no programa do Panóptico a preocupação análoga da observação individualizante, da caracterização e da classificação, da organização analítica da espécie” (FOUCAULT, p. 168, 1999). Já no texto “O olho do poder”, Foucault diz que parece “que um dos primeiros modelos desta visibilidade isolante foi colocado em prática nos dormitórios da Escola Militar de Paris [...] Bentham contou que foi seu irmão que, visitando a Escola Militar, teve a ideia do *panopticon*”. (FOUCAULT, p 210-211, 2011)

exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções — trancar, privar de luz e esconder — só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha. [...] Do ponto de vista do guardião, é substituída por uma multiplicidade enumerável e controlável; do ponto de vista dos detentos, por uma solidão sequestrada e olhada. Daí o efeito mais importante do Panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. [...] O Panóptico é uma máquina de dissociar o par ver-ser visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto. (FOUCAULT, 1999, pp. 165-167)⁶²

Na realidade, tal dispositivo, apesar de ter sido proposto com muito empenho por Bentham, como menciona Bitencourt (2001, p. 55), não foi adotado em grande número de prisões na sua forma arquitetônica original, mas teve um sucesso extraordinário como um princípio de funcionamento, um modelo social de controle e de poder pela sociedade disciplinar, ou como menciona Foucault (2013, pp. 88-89):

O *Panopticom* é a utopia de uma sociedade e de um tipo de poder que é, no fundo, a sociedade que atualmente conhecemos – utopia que efetivamente se realizou. Esse tipo de poder pode perfeitamente receber o nome de panoptismo. Vivemos numa sociedade onde reina o panoptismo. [...] Vigilância permanente sobre indivíduos por alguém que exerce sobre eles um poder – mestre-escola, chefe de oficina, médico, psiquiatra, diretor de prisão – e que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade tanto de vigiar quanto de construir, sobre aqueles que vigia, a respeito deles, um saber. Um saber que tem agora por característica não mais determinar se uma coisa se passou ou não, mas determinar se um indivíduo se conduz ou não como deve, conforme ou não à regra, se progride ou não, etc.

⁶² Harcourt (2015, p. 36, nota 2) observa que Foucault ainda fala sobre um sistema acústico que Bentham pretendia ver implantado no Panóptico: “Bentham, em sua primeira versão do *Panopticon* (*Panóptico*), imaginara também uma vigilância acústica por meio de tubos que fossem das celas à torre central.” – grifo original.

Esse novo saber [...] se ordena em torno da norma, em termos do que é normal ou não, correto ou não, do que se deve ou não fazer.

Cada vez mais, desde o século XVIII, passou-se a viver numa sociedade panóptica. Esta sociedade cumpriu a utopia de Bentham. Ou talvez fosse mais apropriado, diante da realidade que se vê, chamar-se de distopia.

Não se trata mais simplesmente de uma mera construção física, um edifício específico, como, no início, pretendia o reformador do século XVIII; na verdade, “é muito mais que forma arquitetônica, é uma forma social. [...] Essa forma estelar é uma forma do saber poder” (FOUCAULT, 2015, p. 206); um modelo “generalizável de funcionamento [da sociedade]; uma maneira de definir as relações do poder com a vida cotidiana dos homens” (FOUCAULT, 1999, pp. 169-170).

Sofisticaram-se as formas de utilização do Panóptico, que agora é imaterial, fluido, e se capilarizou por toda a teia da sociedade; trata-se de um artefato análogo à ideia inicial em seus propósitos de controle, divisão, dominação e obtenção de saberes, porém, muito mais complexo em seu funcionamento e poder. Um sofisticado dispositivo, “o diagrama de um mecanismo de poder levado à sua forma ideal; [...] uma figura de tecnologia política que se pode e se deve destacar de qualquer uso específico” (FOUCAULT, 1999, p. 170).

Como mostra Foucault e como se comentou antes neste trabalho, ao se tratar do uso do *exame*, passou-se também a se empregar essa técnica para, servindo-se do poder exercido e da constante observação possibilitada, numa via de mão dupla, construírem-se saberes, como as chamadas ciências humanas, que incidem sobre toda a sociedade e sobre cada um dos indivíduos observados e controlados. Parece evidente que entre esses indivíduos controlados, com almas fabricadas, se encontram aqueles que acabam sendo os operadores do sistema jurídico-penal.

Assim, tais agentes exercem suas funções sob vigilância e olhares permanentes, de acordo com a disciplina recebida, com as técnicas e discursos sob os quais foram constituídos como sujeitos e, mais que isso, reproduzem esses saberes, reconstroem e fundamentam esses discursos e essas técnicas com suas atuações.

Já concluiu Mialle (1989, p. 29) que, se o operador do direito assimila e exerce

sem as criticar, as noções, os modos de raciocínio e as instituições que são correntes na prática social que o rodeia, ele coloca-se objectivamente ao serviço dessa prática social. Fazendo isso, não só ele aí molda todo o seu pensamento, mas também aí integra todos os que venham a escutá-lo e lê-lo.

E como expõe Machado (2011, p. XXII):

todo ponto de exercício do poder é, ao mesmo tempo, um lugar de formação de saber [...] instrumento de produção, acúmulo e transmissão de saber. [...] E, em contrapartida, todo saber assegura o exercício de um poder. [...] todo agente do poder vai ser um agente de constituição do saber.

Voltando a tratar especificamente do exame, este também possibilitou a criação de mais normas, determinando um número cada vez maior de separações entre o que são comportamentos entendidos como “normais”, vale dizer, dentro da norma, aceitáveis, permitidos, tolerados, esperados, desejados; ou, ao contrário, “anormais”, vedados, indesejados, discriminados, punidos.

Dessa maneira, o panoptismo aumenta o poder daqueles que já o estão exercendo de maneira privilegiada, servindo para aumentar, conseqüentemente, a capacidade de normalização. Como menciona Foucault (1999, p. 169), “O Panóptico funciona como uma espécie de laboratório do poder. Graças a seus mecanismos de observação, ganha em eficácia e em capacidade de penetração no comportamento dos homens.”

Em seu funcionamento é um instrumento catalisador da normalização, e não apenas no sentido de dispositivo necessariamente arquitetônico. Teve seu início nas formas arquitetônicas concretas, aplicadas à construção de algumas prisões e outras instituições em que as disciplinas foram se implantando, como escolas, hospitais, etc; mas, pouco a pouco, foi tornando-se muito mais amplo e generalizado, incorpóreo, um princípio de atuação do poder através das disciplinas; expandiu para além dos ambientes fechados a tecnologia de “anatomia política”.

Portanto, contemporaneamente, pode-se compreender o panoptismo nesse sentido muito mais amplo, imaterial, potencial; sentido de princípio de funcionamento da sociedade atual, não se circunscrevendo mais apenas à estrutura física do Panóptico original e ao seu funcionamento fechado, em uma estrutura arquitetônica. Como diz Foucault (1999, p. 172), o “panoptismo é o princípio geral de uma nova

'anatomia política". Trata-se, portanto, da utilização da ideia do Panóptico em um sentido alargado, principiológico: de princípio e modelo de funcionamento da sociedade disciplinar.

Ocorre, portanto, uma transformação histórica, que se inicia nos séculos XVII e XVIII, em instituições fechadas, determinadas, espalhando-se depois os mecanismos disciplinares por toda a sociedade, fazendo nascer o que Foucault (1999, p. 173) chama de "sociedade disciplinar, [...] o que era ilha, torna-se fórmula geral." Ocorrem processos profundos, passando as disciplinas a ter papéis positivos, produtivos; saindo do âmbito religioso, das instituições fechadas, de uma posição marginal e se implantando no centro da sociedade, em posição fundamental; permeando toda essa sociedade, exercendo controle externo aos muros das instituições. Como esclarece Harcourt (2015, p. 255) o panoptismo "infiltra-se em toda as engrenagens sociais e não se reduz a uma inovação arquitetônica [...] [o foco é ampliado e constitui-se em] uma imagem da sociedade e de uma norma social, em suma da fabricação do social."

A disciplina difundida pelo modelo panóptico é, assim, um instrumento, uma tecnologia, uma modalidade versátil de tecnologia do poder; uma física do poder que serve aos mais diversos fins. E encontrou, já em seu início, uma forma estatal penetrante, mais penetrante que aquela encontrada no procurador; essa forma são as polícias, que em suas mais diversas atuações e através de seus mecanismos, levava e ainda leva os olhos do governo aos mais profundos setores da sociedade em tempo integral; alcança locais onde outros mecanismos fechados de poder estatal, tais como o exército, oficinas e escolas não tinham como intervir, assim "disciplinando os espaços não disciplinares [...] disciplina intersticial e metadisciplina" (FOUCAULT, 1999, p. 177).

A invenção da polícia, foi, talvez, uma das primeiras formas de expandir o panoptismo para fora dos meios arquitetônicos, de dar mobilidade e penetração ao olhar do poder, de começar a transformar o que era fechado e circunscrito a um suporte físico, edificado, em algo que circulava, movia-se e capilarizava a sociedade toda, mantendo os princípios fundamentais de olhar vigilante, controle e coleta de informações para construção de saberes.

As disciplinas, porém, nas sociedades disciplinares, não foram absorvidas apenas pelos mecanismos estatais, como a polícia; pelo exposto até aqui imagina-

se já ser possível concluir-se que elas não estão circunscritas a apenas a uma instituição ou a um determinado *aparelho*; sua atuação começa já pela família e prossegue pelas escolas, igrejas, hospitais, administrações, fábricas, exército e chegam às prisões; transformam-se num vetor do poder; são na realidade, um mecanismo para aplicar e exercer o poder,

que comporta todo um conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimentos, de níveis de aplicação, de alvos; ela é uma “física” ou uma “anatomia” do poder, uma tecnologia [...]. Nossa sociedade não é de espetáculos, mas de vigilância; sob a superfície das imagens, investem-se os corpos em profundidade; [...] os circuitos da comunicação são os suportes de uma acumulação e centralização de saber; [...] o indivíduo é cuidadosamente fabricado, segundo uma tática das forças e dos corpos. [...] Não estamos mais nas arquibancadas nem no palco, mas na máquina panóptica, investidos por seus efeitos de poder que nós mesmos renovamos, pois somos suas engrenagens. (FOUCAULT, 1999, pp. 177-179)

Pode-se concluir, assim, que também o operador do direito, que é um “indivíduo moderno é um efeito de tecnologias de poder disciplinares que se reproduzem e se legitimam a partir de saberes 'humanos' determinados” (CANDIOTTO, 2012, p. 22). Em outras palavras, como mencionava Foucault usando o termo nietzschiano, houve uma *Erfindung* do ser humano moderno, ele é uma “invenção” das disciplinas.

Parece válido registrar, finalmente, que expansão das disciplinas nas sociedades modernas, para além de tudo que se asseverou acima, encontra hoje um mecanismo ainda mais capilar e poderoso; trata-se do que foi chamado por Candiotto e Couto Neto (2019) de “panoptismo eletrônico virtual”, que supera em poder vigilante, capilaridade e capacidade de obtenção de informações sobre os vigiados, todas as suas anteriores formas, sejam aquelas arquitetônicas, o procurador do soberano, a polícia, e, mesmo, as formas de vigilância meramente eletrônicas como as câmeras, radares, etc.

Aduzem os referidos autores (2019, pp. 88-89) que o “uso da atual tecnologia elevou a penetração do panoptismo a uma potência inimaginável.” Como constatam, o “domínio do poder do panóptico eletrônico adquire um nível mais profundo com o advento da rede mundial de computadores: a internet.” Assim, com o aparecimento da internet e das redes sociais os usuários acabam, sem sequer perceber,

fornecendo as mais íntimas informações, tais como as suas diversas preferências em vários setores da vida, dados pessoais, características de personalidade, etc. Tais informações são apropriadas por pessoas, instituições, empresas, governos, em relação às quais esses usuários observados não fazem sequer ideia de quem sejam; de posse de tais dados, os possuidores podem utilizá-los das mais diversas formas, trabalhando-os, inclusive, com sofisticados aplicativos de inteligência artificial, algoritmos e, assim, desenvolvendo novos saberes e em empregando-os para os mais diversos propósitos.

Trata-se de uma forma há pouco tempo inimaginável de potencialização do panóptico, seja por seu alcance em número de indivíduos a ele submetidos, seja pela expansão fenomenal na assimetria do par ver-ser visto; é, também, uma poderosa forma para o engendramento do saber-poder. Essa nova modalidade de panoptismo é uma séria ameaça ao exercício da atitude crítica. E o exercício da atitude crítica, como vem demonstrando-se neste trabalho, é exatamente o que deveria ser exercido pelos operadores do direito penal, como forma de reverter a atual situação socialmente negativa para a maioria da população, resultante da aplicação do direito penal como vem sendo feita.

CAPÍTULO 3 – DIREITO PENAL E A PRISÃO NA SOCIEDADE DISCIPLINAR

3.1 O GRUPO DE INFORMAÇÃO SOBRE AS PRISÕES

Antes de se continuar a falar sobre a prisão, suas finalidades reais, consequências, funções, etc., parece importante abordar o tema que dá título a este item. Foucault teve muita legitimidade para tratar do assunto; além de sua inteligência superior e da tática genealógica que utilizou para analisar as características não evidentes da pena de encarceramento, conheceu de perto a tragédia que é produzida pela prisão, pois, a partir da sugestão de Daniel Defert, dá início e participa da constituição do *Groupe d'Information sur les Prisons* (Grupo de Informação sobre as Prisões – GIP) do qual foi ativo militante e que lhe proporcionou um amplo conhecimento sobre o tema, sendo, inclusive, fundamental para a escrita da obra “Vigiar e Punir”.

Não é segredo que a pena privativa de liberdade, como se demonstrou em diversos estudos⁶³, além de não diminuir a criminalidade, também não ressocializa os indivíduos aos quais é imposta; as condições materiais e humanas da maior parte dos cárceres do mundo torna impossível qualquer dos efeitos positivos manifestados pelo discurso penal se cumpram e, por outro lado, geram uma plêiade de consequências altamente nocivas.

Já se sabe, até mesmo pelos frequentes relatos veiculados pela mídia⁶⁴, que a prisão é violenta, atroz e desumana, importando, como informa Bitencourt (2001, p. 156), em insultos ao apenado, grosserias, castigos sádicos, crueldades ilegais e

⁶³ Nesse sentido, além das profundas pesquisas dos estudos de Michel Foucault, poderiam ser citados, exemplificativamente, alguns dos demais que já foram trazidos neste texto, como aqueles realizados por Georg Rusche e Otto Kirchheimer; Raul E. Zaffaroni, Alessandro Baratta; Massimo Pavarini; Dario Melossi, Juarez Cirino dos Santos, entre outros.

⁶⁴ É do conhecimento público relatos de violência nas prisões, podendo se mencionar, como exemplo, dois deles, como o já antigo e chamado de “Massacre do Carandiru”, em 1992, ocasião em que a Polícia Militar de São Paulo matou 111 presos, e que é considerado o motivo da formação da organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital (PCC); ou um mais recente, em 2019, denominado “Massacre em Altamira”, cenário no qual supostamente um confronto entre facções criminosas deixou 62 mortos, dos quais 26 não eram condenados, mas estavam aguardando julgamento.

injustificáveis. Há o problema das péssimas condições sanitárias, características da enorme maioria dos presídios, ao menos nos países periféricos como o Brasil; verifica-se a precariedade ou ausência de serviço médico; como consequência, têm-se ambientes insalubres, infestado por parasitas, sendo frequente a transmissão de doenças contagiosas. Esses fatores são agravados pela superpopulação carcerária com a consequente violação de qualquer possibilidade de privacidade; a prática de abusos sexuais; o próprio isolamento inerente à prisão, com a anulação de características naturais à vida, como as relações afetivas e sexuais.

Não se pode ignorar, ainda, a frequente corrupção interna dos servidores do cárcere; o ambiente propício à violência, com prevalência da “lei do mais forte”; a constituição de um ambiente artificial, hierarquizado, vigiado e que impõe uma vivência fundada na obediência, no medo e na desconfiança. Somando-se ou como consequência disso, a condição de encarcerado leva à impossibilidade de exposição de ideias e defesa dos próprios direitos mais básicos, pois o preso é vigiado em todos os seus atos e manifestações e censurado em todas as suas formas de expressão. Sob a justificativa jurídica de cercear a liberdade de locomoção – e apenas ela, devendo ser preservados todos os demais direitos do apenado – o cárcere impõe um ambiente de extremo sofrimento ao preso.

Todas essas características deletérias da prisão, além de muitas outras que se depreendem deste e de outros textos que abordam o tema, são fatores que frequentemente acarretam inumeráveis consequências negativas, como, perturbações psicológicas ou psiquiátricas aos prisioneiros – e até mesmo aos carcereiros; provocam a assimilação e naturalização da cultura carcerária, da corrupção e da violência, como forma necessária de sobrevivência; levam à formação de facções criminosas, etc.

Fosse pouco tudo isso, constata-se que atualmente cerca de metade dos encarcerados do Brasil sequer foram julgados, não tem condenações definitivas, estão em prisões chamadas de cautelares. A maior parte deles são jovens, compõem minorias étnicas e são oriundos das classes mais pobres⁶⁵. Mais ainda, apenas uma

⁶⁵ Aqui utiliza-se o termo “minorias” em sua acepção sociológica, isto é, o termo é empregado para fazer referência a parcelas da população que, embora quase sempre constituam uma maioria numérica, são marginalizadas no processo de socialização por não estarem devidamente normalizadas, vale dizer, por não se adequarem aos critérios de normalidade em dada sociedade. As questões que levam a essa discriminação negativa referem-se, geralmente, a etnia, orientação sexual, gênero, porte de necessidades especiais, etc.

pequena parcela dos detentos representa aqueles indivíduos que cometeram crimes com grande carga de violência - aqueles delitos que dão justificativa ao discurso da necessidade da prisão – por volta de no máximo dez por cento dessa população; os demais praticaram ações banais, pequenos ilícitos sem violência contra o ser humano⁶⁶.

Como se mencionou no início deste tópico, a maneira pela qual Foucault pôde travar maior e mais direto contato com essa realidade dramática das prisões foi por meio de sua militância no Grupo de Informação sobre as Prisões.

O GIP, como expõe Manoel Barros da Motta (2006, p. XLII), nasce de uma mobilização surgida após a prisão de participantes de um movimento de inspiração maoísta, denominado Esquerda Proletária, que buscavam demonstrar a sua situação de presos políticos, vale dizer, o caráter político de suas prisões, e reclamavam das condições do cárcere; para tanto, esse grupo de esquerda recorreu a greves de fome. Estudantes e intelectuais se movimentaram em apoio a esses presos. Daniel Defert era um dos intelectuais apoiadores, participando de uma célula responsável por dar assistência política em relação aos processos desses prisioneiros.

Nesse contexto, Defert sugere a Foucault a instauração de uma investigação – um inquérito – sobre as condições dessas prisões; a sugestão foi prontamente aceita, contudo, Foucault modificou o termo “inquérito”⁶⁷, que trazia consigo a ideia de judiciário, para grupo de informação, sendo, então, fundado o GIP por Foucault e

⁶⁶ Conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualização de junho de 2017, do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (o mais recente acessível), 33,29% da população carcerária é composta de presos não condenados (BRASIL, 2017, p. 6 e 14) – ressaltando o relatório que os dados apresentados não incluem as pessoas custodiadas nas cadeias públicas, que são instituições das Secretarias de Segurança Públicas estaduais e não compõem o Sistema Penitenciário Nacional; contudo, ressalta-se aqui que, nessas cadeias estaduais, é onde se encontra a maior parte dos presos não condenados; 54% desses presos são jovens entre 18 a 29 anos (Idem, p. 30); 63,6% são pretos e pardos – na população brasileira essa etnia corresponde a 54,5% - (Ibidem, p. 30-31); cerca de 60% estão entre os analfabetos ou ensino fundamental incompleto (Ibidem, p. 34); e pouco mais de 10% (distribuídos entre crimes mais leves até mais graves) cometeram atos que envolvem alguma forma de violência contra a pessoa (Ibidem, p. 44).

⁶⁷ Candiotti (2020, p. 50, nota 24), demonstra que Foucault é avesso à ideia de que intelectuais, como ele, poderiam usar de um “inquérito”, para “extrair” a “experiência” dos prisioneiros, no intuito de enquadrá-la em uma teoria de conjunto e assim “representar”, enquanto intelectuais, a “vontade” desses prisioneiros. “Entende-se, nesse aspecto, porque foi escolhido o termo *informação* e não *inquérito* para nomear o GIP. A Justiça e seu aparelhamento pelo Estado, na Idade Média, são estudados pelo par inquérito/confissão (enquête/aveu), na lição de 8 de março de 1972.” – grifos originais.

outros intelectuais em 8 de fevereiro de 1972. A criação do Grupo foi por ele anunciada à imprensa por meio da leitura de um manifesto, juntamente com Pierre Vidal-Naquet e Jean-Marie Domenach⁶⁸. Também participaram do GIP outros intelectuais como Gilles Deleuze, Jean-Paul Sartre e Jean-Pierre Faye, bem como diversos profissionais de outras áreas, como professores, jornalistas, atores, advogados, entre outros.

Embora constituído em função da prisão dos militantes maoístas, Foucault percebe que era necessário aumentar o alcance da atuação do Grupo, buscando compreender e agir também sobre as condições da prisão de todos os demais encarcerados e do sistema punitivo como um todo. Constata Revel (2011, p. 71) que, a partir de atuação do GIP, percebe-se a “necessidade mais ampla de levar a mobilização à informação sobre o conjunto da população penitenciária. O GIP [...] se incumbem de quebrar o isolamento no qual se encontram os detentos.”

Por isso mesmo Foucault apoia todos os presos, sem procurar separá-los em políticos ou não; como observa Harcourt (2015, p. 247), ele “manifestava apoio irrestrito aos prisioneiros políticos e de direito comum, sem distinção.” Aliás, o próprio Foucault (2006, p. 8) em entrevista que concede ao *Politique-Hebdo*, afirma que não vê nenhuma diferença entre os tais presos, afirmando que “a origem de tudo veio dos políticos.” Essa posição faz lembrar a assertiva de Nilo Batista (2003, p. 29), no sentido que, “quando você criminaliza um conflito, faz uma opção política. [...] Todo crime é político”; segue Batista dizendo que o criminoso comum é político, “só que ele não sabe”.

Foucault (2006, p. 8), na verdade, entende estarem os presos políticos em situação favorável se comparados aos detentos comuns pois, aqueles, possuem “meios de se expressar. Conhecimentos, relações sociais, contatos exteriores que permitem fazer saber o que dizem, o que fazem e, sobretudo, o suporte político que

⁶⁸ Destaca-se do manifesto de fundação do GIP os seguintes trechos: “Nenhum de nós pode ter certeza de escapar à prisão. [...] o enquadramento policial estreita o cerco. [...] Estamos sob o signo do ‘vigiar de perto’. [...] Dizem que as prisões estão superpovoadas. Mas, e se foi a população que foi superaprisionada? Publicam-se poucas informações sobre as prisões; é uma das regiões mais escondidas de nosso sistema social, uma das caixas-pretas de nossa vida. Temos o direito de saber [...]. Por isso é que, com magistrados, advogados, jornalistas, médicos, psicólogos, formamos um Grupo de Informação sobre as Prisões. [...] Não cabe a nós sugerir uma reforma. Queremos apenas fazer conhecer a realidade. E fazer conhecê-la imediatamente. [...] Enfim, é bom saber o que nos ameaça; mas também é bom saber como se defender. Uma de nossas primeiras tarefas será publicar um pequeno *Manuel du parfait arrêté* (Manual do perfeito detido), acompanhado evidentemente de um *Avis aux arrêtés* (Aviso aos detentores).” (FOUCAULT, 2006, p. 2-3)

faz ricochetear sua ação.” Não via estas mesmas possibilidades de reação e de expressão em relação aos presos comuns.

Castro (2004, p. 115) mostra que a intenção do GIP é dar a palavra para os detentos, não sendo seu propósito realizar um trabalho de sociólogo ou reformador. Não se buscava propor uma prisão ideal, pois entendia-se que a prisão é, em si, um instrumento de repressão. Estava entre os objetivos do Grupo denunciar as péssimas condições materiais das prisões. Foucault sempre se associou aos detentos na luta contra essas condições físicas. Porém, havia também a finalidade política, que era muito mais relevante que a obtenção de melhoras nas condições materiais.

Procurava-se atingir esse escopo político fazendo circular o saber próprio dos presos e estimular, por meio da fala e da ação dos reclusos, a formação de resistência ao poder punitivo. O GIP era um movimento de crítica teórica aliado à prática militante; Foucault e os demais membros realizavam investigações; faziam publicações na imprensa, concediam entrevistas, organizavam protestos, distribuíam questionários e panfletos aos presos e seus familiares, faziam contato com correspondentes em outras províncias estimulando-os a agir como eles, e, enfim, apresentavam-se a “todos os que podem saber ou querem agir.” (FOUCAULT, 2006, p. 5).

Motta (2006, p. XLIV) informa que o GIP se expandiu muito rapidamente e passou a ser comentado na imprensa, de maneira que surpreendeu mesmo àqueles que sabiam da necessidade de uma investigação sobre o sistema punitivo; passou a receber comunicações de “médicos, detentos, parentes de presos, advogados”. O Grupo, na visão de Foucault, deveria servir para fazer circular a informação sobre as prisões, dar conhecimento e permitir aos detentos e seus familiares falarem, ativar as indignações que já existiam, “doravante, é preciso que a informação circule, de boca a orelha, de grupo em grupo. O método pode surpreender, mas ainda é o melhor” (FOUCAULT, 2006, p. 7). Com essa circulação das informações, Foucault pretendia que os saberes individuais se transformassem em coletivos e, portanto, em saber político.

O Grupo de Informação sobre as Prisões também pretendia abolir as diferenças entre investigadores e investigados; desejavam que os presos e seus familiares se situassem no centro de todo o processo, fazendo com que esses

personagens, que comumente não tinham voz, realizassem diretamente a interlocução entre si e, em seguida, com os órgãos da imprensa. Como explica Foucault (2006, p. 4),

Trata-se de dar a palavra àqueles que tem uma experiência da prisão. Não porque eles precisem que os ajudemos a “tomar consciência”: a consciência da opressão está ali, perfeitamente clara, sabendo muito bem quem é o inimigo. Mas o sistema atual lhes recusa os meios de se formular, se organizar. Queremos quebrar o duplo isolamento no qual se encontram enclausurados os detentos: através de nossa inquirição, queremos que eles possam se comunicar entre si, transmitir o que sabem e falar-se de prisão a prisão, de cela a cela. Queremos que eles se dirijam à população e a população lhes fale. É preciso que essas experiências, essas revoltas isoladas se transformem em saber comum e em prática coordenada.

No início, os integrantes do GIP foram recebidos com frieza e desconfiança pelos presos e seus familiares, mas, logo a seguir, em manifestações espontâneas de indignação, familiares começam a falar sobre diversos problemas, como as dificuldades enfrentadas nas visitas, as violências, a desigualdade na aplicação da pena de prisão entre pobres e ricos. Eram tão efusivas as falas que os policiais visivelmente procuravam escutá-las. O GIP começa a ganhar a confiança, passando os familiares, que aguardavam em fila para visitar os presos, a conversar sobre o questionário a ser respondido e os absurdos da prisão. Em um determinado dia, quando o GIP já estava recebendo uma boa atenção, as autoridades não fizeram os familiares esperarem na fila o horário marcado para visitação, “abriram-se as portas da Santé 45 minutos mais cedo...” (FOUCAULT, 2006, p. 8).

As experiências de Foucault com as prisões lhe impactaram muito; descreve Harcourt (2015, p. 246) que, após sua visita, em abril de 1972, à prisão de Attica, no Estado de Nova York, Estados Unidos, Foucault qualificaria o “acesso direto a uma prisão de ‘aterrorizante’”, tendo ficado “perturbado e ‘abalado’ por aquela visita”. Já segundo Revel (2011, p. 73), a atuação militante de Foucault no “GIP lhe possibilita redirecionar suas pesquisas tanto na direção de uma análise dos poderes [...], quanto na direção de uma descrição atenta dos processos de subjetivação.”

Finalmente, parece válido ressaltar que Harcourt (2015, p. 248) aponta ter Foucault dito estar engajado no GIP por preferir um trabalho efetivo à fala e escrita

acadêmica e, que a ação política concreta em favor dos presos lhe parecia ter muito sentido; menciona ainda Harcourt (Idem), encontrar em Foucault uma “indignação, quase raiva, contra os que deixam de reconhecer o que está em jogo na luta política”.

Enfim, do que se expôs, conclui-se que o GIP pretendia não somente obter informações a respeito do sistema prisional, mas, principalmente, possibilitar o engajamento na luta em favor dos presos, em forma de uma atuação integrada, de diversos profissionais, como, advogados, médicos, magistrados, assistentes sociais, jornalistas, etc, dando transparência às condições das prisões e permitindo a conversa em nível de igualdade entre os profissionais e os presos e seus familiares. Buscava também possibilitar a comunicação pessoal entre os presos e a prática, por parte destes, de ações de resistência ao poder punitivo.

Diversos acontecimentos foram observados como decorrência da atuação do GIP; como mostra Motta (2006, p. 1), a imprensa e as rádios passaram a ingressar nas prisões e noticiar os fatos que lá ocorriam; “esse suporte exterior encorajou um movimento de revolta que sacudiu 35 estabelecimentos [...]; contribuiu para inflectir o militantismo posterior”. Tomando como base o modelo do GIP foram criados outros grupos de informação: sobre saúde, sobre asilos, sobre trabalhadores imigrantes.

Diante de todos esses resultados obtidos e, como a intenção do Grupo não era ser uma instituição perene que viesse a falar pelos prisioneiros e seus familiares, representá-los, mas, como se mencionou, procurava dar-lhes voz e transparência ao sistema, relata Motta (2006, p. VII) que foi dissolvido, após a criação do Comitê de Ação dos Prisioneiros, em dezembro de 1972.

Feitas essas ponderações, que pareceram muito relevantes pelo impacto que a atuação militante certamente representou na formação e produção intelectual de Foucault, especialmente relacionado à temática das prisões, seus efeitos e suas funções, pode-se, agora, retomar as análises e conclusões desse pensador sobre as disciplinas e a pena de prisão.

3.2 O CONTRADIREITO

Embora tratando-se aqui de expor o modo de atuação das disciplinas, como premissa necessária à compreensão da prática dos operadores do sistema punitivo, não há como deixar de apresentar uma das reflexões lógicas que já é possível se extrair do demonstrado até este ponto do pensamento foucaultiano, sobre a formação e funcionamento concreto da sociedade.

Como corolário de todo o exposto, veem-se abalados os conceitos abstratos do pensamento jurídico ocidental tradicional, que sustenta como fundamento da construção da sociedade o contrato e a soberania⁶⁹. Foucault faz perceber que, na verdade, concretamente são as disciplinas e suas táticas que mantêm a coerção individual e coletiva dos corpos; funcionam como amálgama fundante e mantenedor da sociedade burguesa; são a verdadeira força que sustenta a estrutura social tal como ela é. Esse é o meio efetivo, concreto, da existência e do funcionamento social, que coexiste com a ficção do contrato social. Aduz Foucault (1999, p. 161) que,

Muitas vezes se afirma que o modelo de uma sociedade que teria indivíduos como elementos constituintes é tomada às formas jurídicas abstratas do contrato e da troca. A sociedade comercial se teria representado como uma associação contratual de sujeitos jurídicos isolados. Talvez. A teoria política dos séculos XVII e XVIII parece com efeito obedecer a esse esquema. Mas não se deve esquecer que existiu na mesma época uma técnica para constituir efetivamente os indivíduos como elementos correlatos de um poder e de um saber. O indivíduo é sem dúvida o átomo fictício de uma representação “ideológica” da sociedade; mas é também uma realidade fabricada por essa tecnologia específica de poder que se chama a “disciplina”. Temos que deixar de descrever sempre os efeitos de poder em termos negativos: ele “exclui”, “reprime”, “recalca”, “censura”, “abstrai”, “mascara”, “esconde”. Na verdade o poder produz; ele produz realidade; produz campos de objetos e rituais da verdade. O indivíduo e o conhecimento que dele se pode ter se originam nessa produção.

⁶⁹ Conforme já se mencionou, na próxima parte será objeto de análise mais detalhada a teoria do contrato social em sua característica de validar, também e especificamente, o saber jurídico-penal.

Considerando-se que o sistema jurídico de uma sociedade não pode ser dissociado de sua maneira de funcionamento – ao contrário, é produzido a partir do modelo da sociedade sobre a qual exerce suas funções – parece já ser possível compreender-se que, nessa sociedade disciplinar e panóptica, o dispositivo jurídico que nela opera não pode obedecer aos pressupostos discursivos expressos para sua fundamentação teórica. O direito, em suas manifestações reais, igualmente ao surgimento e à dinâmica da sociedade, não opera com base na soberania e no contrato social, como se supõe.

Esse direito é exercido, na verdade, pela materialidade do poder na maneira pela qual se desenvolve e se verifica na trama social, com seu exercício formatado pelas disciplinas; atua, portanto, de maneira totalmente diferente do que se enuncia. Foucault chama essa forma real de manifestação jurídica de “contradireito”⁷⁰. O contradireito, contudo, só é descoberto por meio da análise genealógica de Foucault, que o extrai em seu *procedimento de acontecimentalização*⁷¹ e o mostra às claras, coloca-o em evidência de maneira única⁷², como se procurará demonstrar, a seguir.

⁷⁰ Contradireito é o termo utilizado por Foucault, no original em francês, podendo trazer-se para exemplificar dois excertos: “Il faut plutôt voir dans les disciplines une sorte de contre-droit” (FOUCAULT, 1975, p. 224); “Aussi régulière et institutionnelle qu’elle soit, la discipline, dans son mécanisme, est un ‘contre-droit’ ” (idem)

⁷¹ O termo *procedimento de acontecimentalização* é empregado aqui no sentido que expõe Flávio Fêo (2018, fls. 18), quando refere que a primeira vez que Foucault usa esse conceito, o filósofo “explicava que a acontecimentalização deve ser entendida como ‘uma ruptura absolutamente evidente, em primeiro lugar. Ali onde se estaria bastante tentado a se referir a uma constante histórica, ou a um traço antropológico imediato, ou ainda a uma evidência se impondo da mesma maneira para todos, trata-se de fazer surgir uma singularidade. (...) Ruptura das evidências, essas evidências sobre as quais se apoiam o nosso saber, nossos consentimentos, nossas práticas.”

⁷² Importante destacar ainda que Foucault atribuiu ao termo acontecimentalização, em sua conferência *O que é a Crítica? (Crítica e Aufklärung)* (2018c), o sentido da percepção dos reais efeitos de poder decorrentes das conexões entre mecanismos de coerção e conteúdos de conhecimento, as maneiras como se dão essas conexões e as suas justificações. Ou, nas palavras do próprio Foucault (2018c, p. 13): “O que eu entenderia por procedimento de acontecimentalização [...] seria isso: de início, tomar conjuntos de elementos onde se pode perceber em primeira aproximação, portanto, de modo absolutamente empírico e provisório, conexões entre mecanismos de coerção e conteúdos de conhecimento. Mecanismos de coerção diversos, talvez mesmo conjuntos legislativos, regulamentos, dispositivos materiais, fenômenos de autoridade etc.; conteúdos de conhecimento que se tomará igualmente em sua diversidade e em sua heterogeneidade, e que se reterá em função dos efeitos de poder de que são portadores enquanto válidos, como fazendo parte de um sistema de conhecimento. O que se busca então não é saber o que é verdadeiro ou falso, fundamentado ou não fundamentado, real ou ilusório, científico ou ideológico, legítimo ou abusivo. Procura-se saber quais são os elos, quais são as conexões que podem ser observadas entre mecanismos de coerção e elementos de conhecimento, quais jogos de emissão e de suporte se desenvolvem uns nos outros, o que faz com que tal elemento de conhecimento possa tomar efeitos de poder afetados num tal sistema a um elemento verdadeiro ou provável ou incerto ou falso, e o que faz com que tal procedimento de coerção adquira a forma e as justificações próprias a um elemento racional, calculado, tecnicamente eficaz etc.”

É o que revela esse filósofo contemporâneo em *Vigiar e Punir* (1999); para tanto, inicia falando da explosão demográfica do século XVIII e da necessidade de fixar a população; do crescimento do aparelho de produção e da necessidade de aumentar seus lucros; demonstra que as formas residuais de poder feudal e as estruturas administrativas da monarquia, ou ainda, os mecanismos locais de controle social, e, mesmo a soma de todos eles, não resolviam mais a necessidade de se exercer o poder sem lacunas e de maneira econômica. Essas antigas formas eram caras para serem mantidas; eram venais; encontravam resistências e eram conflitantes entre si.

As disciplinas aparecem para fazer o poder funcionar de uma maneira completamente diferente desses mecanismos de controle lacunosos anteriores. Obedecem à lógica de se integrar aos aparelhos de produção, aumentando sua eficácia para produzir, seja qual for sua especialidade; assim, a escola produz mais conhecimento; a fábrica mais mercadorias; o manicômio mais exclusão; a polícia e o sistema penal produzem mais repressão e o exército mais destruição. Há, seja onde for, uma otimização da produção.

As disciplinas agem, com suas técnicas já mencionadas antes, tais como a organização por meio das separações e combinações; o controle das comunicações e do tempo; os ritmos; regidos pelo olhar fiscalizador e a vigilância hierárquica; pelos exames; organizados em táticas que permitem às relações de poder funcionar internamente à trama social; de maneira discreta e econômica, gerando saberes decorrentes da atuação desses mecanismos. Agem ainda dificultando a atuação das resistências que possam existir ou surgir, e debilitando os contrapoderes ao poder dominante; “minúsculas invenções técnicas que permitiram fazer crescer a extensão útil das multiplicidades fazendo diminuir os inconvenientes do poder que, justamente para torná-las úteis, deve regê-las” (FOUCAULT, 1999, p. 181). A técnica de “acumulação de homens” foi necessária para a acumulação do capital; técnicas dispendiosas e violentas foram substituídas pela tecnologia calculada da sujeição.

Essa anatomia política, produzida pelas disciplinas e que se expande para a uma sociedade disciplinar, faz-se necessária ao crescimento da economia capitalista e está conectada com o processo pelo qual a burguesia se tornou a classe dominante no século XVIII. Como informa Fonseca (2002, p. 168), “O domínio das

disciplinas é aquele do nascimento e da afirmação do capitalismo entre o final do século XVIII e o início de século XIX.”

Não se está a dizer que apenas em um instante se criaram e se implantaram as disciplinas; que uma necessidade do capitalismo fez com que elas surgissem e passassem a ser aplicadas a todas as atividades sociais em um momento preciso. Imagina-se que isso fica claro do que se falou antes a respeito da lenta descoberta e introdução dessas técnicas em práticas diversas; embora tenha sido uma necessidade e uma conveniência para a nova forma de exercício de poder que se instaurava em determinado momento histórico, ela aconteceu por passos, antes mesmo na generalização do modo de produção capitalista. E em alguns desses passos, as disciplinas foram se introduzindo no funcionamento do direito.

O desenvolvimento do capitalismo no século XIX se deu no contexto de uma organização jurídica formalmente igualitária, num cenário de um regime representativo⁷³; a aparência de um sistema em que a vontade de todos se plasmava na soberania política. Mas, como se mencionou antes, esse aspecto formal estava, na realidade, sustentado nos mecanismos pequenos, concretos, dissimulados e constantes; “esses sistemas de micropoder essencialmente inigualitários e assimétricos que constituem as disciplinas”. As disciplinas “constituíram o subsolo das liberdades formais e jurídicas” (FOUCAULT, 1999, p. 183), foram a base do assujeitamento dos indivíduos. Idealisticamente, o poder derivava do contrato social; na realidade, porém, o que funcionava era a estrutura panóptica das disciplinas.

Assim, as liberdades jurídicas formais são uma face da moeda em relação ao poder exercido pela classe dominante; a outra face são os dispositivos disciplinares. “As 'Luzes' que descobriram as liberdades inventaram também as disciplinas” (FOUCAULT, 1999, p. 183).

Entre a sanção normalizadora das disciplinas e as normas jurídicas há uma diferença de formas e objetivos, conforme se mencionou anteriormente; assim, como também percebe Fonseca (2002, p. 185), enquanto as primeiras buscam produzir

⁷³ Claro que o próprio sistema representativo desse início da sociedade burguesa trazia consigo grandes distorções, como o fato de que as mulheres não tinham direito ao voto; também havia a questão se exigir-se propriedade de bens ou determinado nível de riqueza ou renda para se alcançar tal direito (tratava-se do chamado voto censitário). John Locke (1998) chega a afirmar que os pobres e os trabalhadores não eram nem poderiam ser membros plenos do corpo político; entendia, ainda, que esses indivíduos não eram nem poderiam ser plenamente racionais; não eram, portanto, cidadãos. A esse tema se retornará na segunda parte.

separações binárias, desigualando os indivíduos, separando-os, hierarquizando-os, classificando-os, acabando por penalizá-los ou excluí-los, produzindo efeitos de normalização; as segundas, teoricamente, devem pretender se dirigir à coletividade, regrando as permissões e proibições de comportamentos humanos no sentido de buscar a igualdade e a justiça social. As normas disciplinares atuam tendo por referência os desempenhos observados e registrados nos processos de exame, conforme a adaptação ou não aos padrões desejados e esperados; já a norma jurídica deve ter por fundamento textos e princípios legais.

Entretanto, conclui-se com Foucault, que as disciplinas podem aparentar ser um “infradireito”, mas de forma lenta e subjacente “restringem a igualdade teórica determinada pela lei e pelos filósofos políticos” (DREYFUS; RABINOW, 1995, p. 203). Foram se inserindo sub-repticiamente ao próprio sistema jurídico, acabando por formatá-lo completamente. Sua atuação é poderosa, prolonga-se e faz as regras jurídicas permearem profundamente os indivíduos singularmente, fazendo-os sentirem-se intensa e minuciosamente envolvidos pelas obrigações e exigências gerais desse direito, agora investido pelas disciplinas; parece ser esse um dos aspectos da “alma” criada pelas disciplinas.

Introduzindo no sistema jurídico as assimetrias que lhe são características (decorrentes da fiscalização recíproca, da vigilância constante, da fixação de níveis, das técnicas de exame, etc), as disciplinas não agem apenas secundariamente, como um “infradireito”; na realidade, atuam com protagonismo e dão lugar ao surgimento, como se falou, do contradireito; normalizado, o próprio direito passa a ser, ele mesmo, normalizador. Como menciona Fonseca (2002, p. 154), um direito “normalizado-normalizador. Normalizado porque investido, penetrado pelas práticas da norma e, ao mesmo tempo, normalizador, porque agente vetor da normalização.” Trata-se de uma simbiose entre os mecanismos das disciplinas e a teoria jurídica, que também se reflete na prática desta.

E essa condição de direito normalizado ou contradireito se evidencia por uma série de consequências que decorrem da atuação das disciplinas. Há uma desigualdade intrínseca onde age o mecanismo disciplinar: uma parte, um lado, sempre terá mais poder que o outro; desigualdade que existe na realidade e se vê dissimulada na teoria do contrato, que oculta esse efeito em situações como, por exemplo, o contrato de trabalho, um pacto celebrado entre partes com condições

materiais totalmente díspares e onde as disciplinas estão no âmago da relação. Esse deslocamento de objetivos do direito é consequência natural da sua sujeição às disciplinas, que fazem funcionar assimetrias, efetuam uma suspensão, nunca total, “mas também nunca anulada do direito [...] em seu mecanismo, é um contradireito” (FOUCAULT, 1999, 184),

Os pequenos panoptismos são, na formação da sociedade burguesa, com a dominação de classe que lhe é inerente, “a contrapartida política das normas jurídicas” de redistribuição do poder.

Daí sem dúvida a importância que se dá há tanto tempo aos pequenos processos da disciplina, a essas espertezas à-toa que ela inventou, ou ainda aos saberes que lhe emprestaram uma face confessável; daí o receio de se desfazer delas se não lhes encontramos substituto; daí a afirmação que estão no próprio fundamento da sociedade, e de seu equilíbrio, enquanto são uma série de mecanismos para desequilibrar definitivamente e em toda parte as relações de poder; daí o fato de nos obstinarmos a fazê-las passar pela forma humilde mas concreta de qualquer moral, enquanto elas são um feixe de técnicas físico-políticas (FOUCAULT, 1999, p. 184).

Tratando-se o objeto desta pesquisa, da constituição do sujeito operador do direito responsável pelo funcionamento do sistema punitivo, faz-se indispensável verificar, a seguir, quais os reflexos do contradireito no âmbito do direito penal, quais os desequilíbrios que faz incidir na atuação do sistema punitivo legalizado.

3.3 O CONTRADIREITO PENAL

Das reflexões realizadas até este ponto, sabendo-se que o que o sistema penal é informado pelo discurso do direito penal que, por sua vez, é mais um dos ramos da grande árvore jurídica que se apresenta em dada sociedade, deduz-se que, nessa sociedade onde atua o contradireito, tal discurso punitivo é fundamentado, de fato, como as demais formas de direito, na articulação dos saberes e poderes nela presentes. Para que se exerça em forma de prática

discursiva, observa-se ser o sistema penal composto por algumas engrenagens disciplinares.

São fundamentalmente tais engrenagens: a polícia; os operadores do direito; os profissionais dos diversos ramos de outros saberes que lhes dão assistência, tais como psicólogos, psiquiatras, etc; e os funcionários do sistema administrativo encarregado da execução das penas. Esse sistema atua produzindo outras pequenas engrenagens para se amoldar e funcionar na sociedade disciplinar, ou excluindo as peças que não se adaptam nessa maquinaria.

E a sociedade disciplinar, na qual funciona essa gigantesca máquina panóptica, não mais arquitetônica, mas sim virtual, principiológica, não tem como se compatibilizar com um direito penal que seria consequência da evolução da teoria dos reformadores do século XVIII; a genealogia de Foucault faz aparecer a face real e material do complexo funcionamento do sistema penal e das punições na sociedade disciplinar, ocultos sob esse discurso teórico daquelas ideias reformistas e sob o idealismo do contratualismo, que são seus pontos de fundamentação retóricos. E esse sistema não está baseado no direito penal declarado ou programático; o que lhe subjaz, na realidade, é o contradireito penal, que não se pauta pelos fundamentos teóricos, mas que é produto das disciplinas e se exerce diariamente no funcionamento concreto do sistema punitivo.

Esse contradireito penal não se expõe espontaneamente, não se pode enxergá-lo facilmente; manifesta-se como direito penal de inspiração iluminista, tal qual verdadeiro “lobo em pele de cordeiro”, vez que sob sua aparência de dar proteção social, manter a paz e fazer justiça, tem, na verdade, um efeito anônimo, não manifesto, que resulta na moralização da sociedade, no disciplinamento e autodisciplinamento, na docilização, e na normalização e subjetivação dos indivíduos.

Mesmo as teorias mais críticas que antes fizeram a análise do discurso do direito penal bem como de seu exercício, não tiveram o alcance de desvendar essa microfísica envolvida nesse saber-poder, ficaram na análise macro, que não alcança todo o funcionamento concreto do sistema penal, suas conexões com outros saberes e seus resultados.

É que nunca antes da genealogia foucaultiana se percebera esse acréscimo das disciplinas ao jurídico que faz aparecer o contradireito; a observação atenta e

crítica não deixa margem para dúvidas que, quando elas se introduzem no sistema penal, como efetivamente ocorre na sociedade contemporânea, elas deformam, distorcem completamente aquilo que deveria ser esse direito em face aos fundamentos teóricos que supostamente lhe dão sustentação; causam e acentuam, na realidade concreta, fenômenos de profunda desigualdade e divisão social, ao mesmo tempo que também produzem eventos desejados, que interessam àqueles que exercem o poder de maneira estrategicamente vantajosa.

As consequências da introdução das disciplinas no direito penal podem ser percebidas, exemplificativamente, na elaboração de leis criminais que rompem princípios constitucionais e, mesmo assim, continuam vigorando no ordenamento jurídico⁷⁴. Elas são também parte importante do processo de assujeitamento da maioria dos operadores do direito penal que, de maneira acrítica e com assombrosa naturalidade, “interpretam” normas jurídicas garantidoras de direitos, normas essas expressas, claras e inequívocas, desfigurando-as, por atuarem de acordo com suas almas fabricadas pelas disciplinas, e/ou para atender expectativas sociais punitivistas, conhecidas e presentes em outros discursos, como os da mídia de massas; e ainda, pelos mesmos motivos e com os mesmos objetivos, esses profissionais do direito simplesmente ignoram os comandos dessas normas, criando, através de suas atividades profissionais, situações que as afrontam em seu conteúdo literal; e o conjunto dessas atuações vai transformando-se em referência para as futuras decisões, na chamada jurisprudência que, por isso mesmo, já nasce “normalizada” e se constitui, então, em mais um instrumento vetor de “normalização”⁷⁵. Como percebe Streck (2011, p. 31), há “o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos [moralizantes]”, e, mais adiante, complementa que essa prática “produz, no momento de sua ‘aplicação’, *normas*”

⁷⁴ Nesse sentido, observa-se, exemplificativamente, uma abundância de normas e recrudescimento das penas naquelas leis que visam punir crimes contra o patrimônio privado; ou em relação a pequenos entregadores de drogas, aos quais, em regra, proíbe-se a liberdade no curso do processo e impõe-se regimes de cumprimento de pena severos (a respeito ver a lei antitóxicos e a lei dos crimes hediondos); de se observar que esse tipo de comportamento é praticado, em regra, por integrantes do setor economicamente mais frágil da sociedade. Por outro lado, disposições que visam coibir práticas que em sua maioria são efetivadas por proprietários de grandes empresas, como a sonegação fiscal, criam dispositivos para possibilitar que não se realize a persecução penal, bastando, se descoberta a fraude, a restituição do tributo sonegado ao erário para ocorrer a extinção da punibilidade (há disposição nesse sentido na lei que deveria punir o crime de sonegação fiscal).

⁷⁵ Essa atuação adotada pelos operadores do direito violadora de garantias individuais previstas em princípios e leis já foi mencionada antes, inclusive com exemplos, neste mesmo trabalho.

(grifo original), pode-se dizer: produz normalização.

Os efeitos do contradireito podem ser percebidos, ainda, quando – como se falará um pouco a respeito, mais adiante – profissionais de outras áreas são chamados a opinar no processo penal e na execução da pena, introduzindo saberes estranhos ao discurso jurídico, criando-se verdadeiros médicos-juízes, psicólogos-juízes, assistentes sociais-juízes, etc; numa atitude que nenhuma conexão lógica guarda com a ideia de um direito que atua para punir o indivíduo que lesou ou ameaçou lesar um bem jurídico socialmente importante e deve por isso ser castigado pela lei; tem, ao contrário, características claras de funcionamento das disciplinas, em vigiar, controlar, treinar e examinar. O que se busca, expressamente, com a atuação desses outros saberes na justiça penal, é revolver a vida do indivíduo para aferir a sua adaptação em relação ao padrão social desejado, ou ajustá-lo a esse padrão, vale dizer, examinar e normalizar.

Pode-se trazer para reflexão exemplos de normas penais que veiculam expressamente, e de maneira quase indisfarçável, proposições disciplinares-normalizantes, como aquelas que impõem ao julgador certos critérios para que ele realize a chamada “dosimetria da pena”, que é o procedimento mediante o qual o juiz, pautando-se pelos limites de pena mínimo e máximo que a lei comina abstratamente ao crime cometido, define a sanção a ser concretamente aplicada ao condenado.⁷⁶

Assim, o art. 59 do Código Penal (BRASIL, 2020a) dispõe que o juiz deverá estabelecer, conforme seja “necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, entre outras coisas, a quantidade e o regime de cumprimento da pena “atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima”. Veja-se que até mesmo o comportamento da vítima é submetido a exame nessa operação disciplinar-punitiva.

⁷⁶ Vale lembrar, como já foi tratado antes, que a lei que tipifica o crime também comina uma pena, isto é, prevê abstratamente a pena aplicável. Essa pena cominada é estabelecida em valores mínimos e máximos (p. ex., no furto, que é a subtração de coisa alheia móvel, a pena cominada é de um a quatro anos de reclusão). Quando da prolação da sentença condenatória o juiz deve, mediante a aplicação de critérios de valorações previstos na lei, estabelecer qual é o quantum exato da pena efetivamente imposta, o qual deve ficar situado entre esses parâmetros cominados.

Percebe-se que no referido artigo estão inseridos conceitos que nada têm a ver com a aferição técnica se um indivíduo praticou ou não um crime; também não traz fórmulas objetivas e aritméticas para o cálculo da pena, mas, ao contrário, há ali comandos para que se realizem apreciações subjetivas e de ordem moral. Assim se dá com a culpabilidade que, nessa fase do julgamento, serve como uma medida da pena a ser aplicada, e, nesse papel, está vinculada a ideia de uma suposta reprovação social que o autor do fato e o próprio crime podem merecer⁷⁷; já os antecedentes são tomados no sentido de registros que demonstrem qualquer envolvimento anterior do acusado com práticas consideradas criminosas; deve se levar em conta, ainda, a primariedade, que poderá favorecer o acusado, possibilitando uma pena menor; por outro lado, a reincidência⁷⁸ poderá agravar essa punição⁷⁹.

Comenta-se neste texto apenas mais dois vetores ali relacionados – para não ingressar em análises jurídicas, o que fugiria à linha que orienta este trabalho.

⁷⁷ Há um motivo para mencionar-se que “nessa fase do julgamento” – a da chamada dosimetria da pena – a culpabilidade é utilizada nesses sentidos de medida e reprovação social expressos no texto. Isso ocorre porque, mais adiante, se falará da avaliação da culpabilidade em outra fase – onde também aparece permeada de disciplina e de discursos estranhos ao direito penal – quando terá outro papel: funcionará como um dos elementos do chamado conceito analítico de crime, possibilitando ou impedindo a condenação. Traz-se a informação, apenas à maneira de esclarecimento, que os elementos do conceito analítico de crime são: “tipicidade”, “antijuridicidade” e “culpabilidade”, devendo todos estar presentes para que possa ocorrer condenação. Em relação a esses elementos cumpre esclarecer que, a “tipicidade” decorre da adequação da conduta à descrição penal; a “antijuridicidade” é a contrariedade que representa essa conduta à norma jurídica que a proíbe (e que só é afastada em casos excepcionais, como, por exemplo, a legítima defesa); e a “culpabilidade”, nesse contexto, trata-se da possibilidade de imputar-se legalmente o fato a quem o cometeu, isto é, responsabiliza-lo formalmente, censura-lo, condena-lo. Para tanto, o autor do fato típico deve possuir a capacidade de compreender o caráter delituoso da conduta e de comportar-se segundo essa compreensão; vale dizer, para ser culpável (ou imputável) o autor do fato deve ter e estar no livre exercício de pleno desenvolvimento mental.

⁷⁸ Esclarece-se que o termo “primariedade” se refere àquele indivíduo que não teve, anteriormente à ocasião em que se está a julgá-lo, condenações irrecorríveis proferidas pela Justiça Criminal. Já “reincidente” é, ao contrário, quem tenha sofrido alguma condenação criminal anterior. Outra coisa é possuir bons ou maus antecedentes; para a aferição desses, não há necessidade da existência de condenação prévia; referem-se simplesmente à avaliação de qualquer episódio de envolvimento com atividade criminosa que possa ser relacionada a esse indivíduo, ainda que tal conduta não tenha resultado em um processo criminal. Bitencourt (2004, p. 212) afirma que o objetivo dessa avaliação determinada pela lei é “demonstrar a maior ou menor afinidade do réu com a prática delituosa.” Delmanto (2002, p. 110) afirma serem os antecedentes “os fatos anteriores de sua vida, incluindo-se tanto os antecedentes bons como os maus. Serve este componente especialmente para verificar se o delito foi um episódio esporádico na vida do sujeito ou se ele, com frequência ou mesmo habitualmente, infringe a lei.”

⁷⁹ Muitos comentadores críticos do direito penal aduzem ser a utilização da reincidência como agravante da pena um contrassenso, pois ela seria a demonstração que o sistema penal falhou em sua pretensa finalidade de ressocialização, devendo funcionar, antes, como uma atenuante que como agravante. Essa tese, contudo, não é acatada na prática punitiva e a reincidência continua sendo utilizada para agravar a pena.

Percebe serem tais comandos desvinculados do fato em julgamento – o crime – sendo avaliações a respeito do suposto criminoso⁸⁰: a “conduta social” e a “personalidade do agente”. A “conduta social” do autor trata-se, para sintetizar as palavras de Nucci (2014, p. 389-314), do papel que cumpre o acusado na comunidade, inserido no contexto da família, se trabalha ou não, seu comportamento na escola, em relações de vizinhança, entre outros; já os aspectos referentes à “personalidade do agente”, seriam, para o mesmo autor, aquele conjunto de caracteres exclusivos de uma determinada pessoa, parte herdada, parte adquirida. Tal análise seria realizada para detectar-se ser ou não a personalidade do indivíduo voltada para o crime.

Essas valorações são, por evidente, juízos de cunho totalmente moralistas, de aferição da “normalidade” do indivíduo; legitimam as “verdades” inseridas pelas disciplinas no interior do direito penal sem que sequer sejam percebidas pelos seus operadores, fazendo com que se puna com menor rigor os modelos de comportamento que se aproximam do padrão de normalidade e aumentando esse rigor à medida que se distanciam desse standard, portanto, aproximando-se mais do “anormal”. Como mostra Foucault no curso *Les Anormaux* (Os Anormais, 2001, p. 8), os discursos disciplinares são proferidos com o poder que lhes empresta a lei e o Judiciário, determinando a liberdade ou a prisão de alguém, ou, no extremo, até definindo a sua possibilidade de vida ou morte⁸¹; e eles trazem o estatuto de discursos científicos, pois são formulados por pessoas consideradas qualificadas, e proferidos no interior de instituições socialmente respeitadas.

A mesma intervenção disciplinar se verifica nos procedimentos para definir se uma pessoa pode ou não ser condenada criminalmente por determinado ato, tendo em vista sua sanidade mental; trata-se da apreciação da culpabilidade, agora para fins de imputação da responsabilidade penal. Para essa avaliação da capacidade de compreender o caráter delituoso da conduta realizada e a

⁸⁰ Vale dizer, por meio dessas valorações está a julgar-se a pessoa do acusado, o que ele é, o quanto encontra-se situado dentro dos padrões de normalização pretendidos, e não o fato, que seria a gravidade da lesão a um bem jurídico-penal supostamente cometida.

⁸¹ Não se ignora que no Brasil, apesar de não haver, legalmente, a pena de morte em tempo de paz, a morte é uma possibilidade muito presente nas diversas prisões, diante do alto nível de violência, abusos e insalubridades existentes em seu interior. De tal forma, mesmo no contexto brasileiro, uma condenação à prisão pode trazer como consequência a morte precoce do condenado.

possibilidade que tinha de portar-se de acordo com essa compreensão, deverá o julgador valer-se de resultados de exames periciais expressos em laudos. Não é incomum que esses documentos tragam definições as mais desconectadas com qualquer linguagem jurídica. Normalmente utilizam termos como: “desestruturação de personalidade”; “imaturidade psicológica”; “baixa adequação ao convívio social”; “falta de capacidade de valoração da realidade”; entre tantos outros que não pertencem ao mundo epistemológico do direito penal, mas, mesmo assim, em uma introjeção disciplinar nesse campo, são trazidos para seu interior.

Como afirma Foucault (2001, p. 20), a atuação dos demais discursos dentro do direito, por meio dos exames periciais,

permite constituir um duplo psicológico-ético do delito. Isto é, deslegalizar a infração tal como é formulada pelo código, para fazer aparecer por trás dela seu duplo, que com ela se parece como um irmão, ou uma irmã, não sei, e que faz dela não mais, justamente uma infração no sentido legal do termo, mas uma irregularidade em relação a certo número de regras que podem ser fisiológicas, psicológicas, morais, etc.

Parece importante lembrar que, mesmo nos casos em que ocorre a chamada absolvição imprópria⁸², pelo fato do exame pericial ter constatado que o acusado, por alguma disfunção mental, não tinha condições de entender o aspecto criminoso do que fazia, ou ainda, que não tinha capacidade de se comportar de acordo com essa compreensão, deverá ser imposta uma “medida de segurança”. Quando, a critério do julgador, a liberdade de quem praticou o ato puder trazer risco à sociedade, essa medida consistirá na internação da pessoa em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Com um agravante, a medida de internação não tem prazo determinado para seu final, podendo ser sempre renovada, e depende, para ser extinta, de mais intervenção externa ao direito, na forma de novos exames periciais para constatar-se se “cessou a periculosidade do agente”.⁸³

⁸² A absolvição que é proferida nessas ocasiões é chamada de “absolvição imprópria”, pois, reconhece a existência da conduta típica realizada e seu desacordo com a lei, isto é, sua antijuridicidade, apenas não se proferindo a condenação pela ausência da capacidade de compreensão que, em direito penal, é um dos elementos daquilo que se denomina culpabilidade – nessa fase de se decidir se o crime está formalmente aperfeiçoado, como exposto antes.

⁸³ A lei penal não traz a duração máxima permitida para a medida de segurança de internamento, existindo apenas jurisprudência (decisão judicial reiterada de tribunais) que afirmam não poder essa internação ser superior ao prazo máximo permitido pela lei para o cumprimento de pena privativa de liberdade (que segundo a legislação

Em casos de aplicação das medida de segurança pela inimputabilidade do indivíduo, trabalha-se claramente com categorias de saberes exógenos ao sistema penal, como a medicina; a psiquiatria e a psicologia, entre outros, que, na prática, se sobrepõem e substituem o saber penal; esses saberes sistematizados e formais, com status de ciências legítimas das quais emanaria a verdade, acabam afastando a missão teórica da jurisdição (em seu aspecto formal de dizer – apenas – o direito) e viabilizam a ação das disciplinas no interior do direito penal. Aplicam-se, assim, por meio de profissionais normalizados, técnicas de normalização ao indivíduo que supostamente praticou um fato típico. Na verdade, o que se produz é uma mistura entre os saberes, por exemplo, entre saber médico e o saber penal, é um discurso ubuesco⁸⁴, pois não é nem medicina nem penalidade, mas uma mistura utilitária. A bem da verdade a medicina não substituiu o direito e, sim, construiu um não lugar, nem direito e tampouco medicina.

Essa intervenção de outros saberes, traz ao julgador, como constata Foucault (2001, p. 29), uma sensação alívio, pois ele não está mais punindo, ao contrário, está pretendendo produzir um bem,

a partir do momento em que vai lidar com esse duplo ético-moral do sujeito jurídico, o juiz, ao punir, não punirá a infração. Ele pode permitir-se o luxo, a elegância ou a desculpa, como vocês preferirem, de impor a um indivíduo uma série de medidas corretivas, de medidas de readaptação, de medidas de reinserção. O duro ofício de punir vê-se assim alterado para o belo ofício de curar.

Foucault ainda fala, no curso “Os Anormais”, em casos de intervenção de outros saberes sobre o direito penal por meio de laudos periciais que parecem constituir o crime mesmo antes de sua existência, antes de seu efetivo cometimento, remetendo-se os enunciados contidos em tais laudos até mesmo a aspectos do passado da vida do acusado, para ressaltar “uma série de incorreções

vigente atualmente é de 40 anos).

⁸⁴ Nesse sentido, lembra-se o que Foucault (2001, p. 44) menciona a respeito do discurso ubuesco: Esse caráter propriamente grotesco, propriamente ubuesco, do discurso penal, pode ser explicado precisamente, em sua existência e em sua manutenção, a partir desse núcleo teórico constituído pela parêntese perversão-perigo. De fato, vocês veem que a junção do médico com o judiciário, que é possibilitada pelo exame médico-legal, essa função do médico e do judiciário só se efetua graças a reativação dessas categorias, que vou chamar de categorias elementares da moralidade.

não ilegais, de cumulá-las para fazer que se pareçam com o próprio crime. Reconstituir a série de faltas, mostrar como o indivíduo se assemelhava ao seu crime” (Foucault, 2001, p. 24).

Os efeitos do contradireito penal se fazem sentir, ainda, na forma de produção e avaliação da prova durante a transcurso do processo penal. O sistema que se tem hoje é considerado um progresso em relação ao modelo probatório existente na época das soberanias absolutistas e dos suplícios.

Como já se mencionou neste texto, naquele sistema antigo o trâmite dos processos e as acusações eram secretas; a suspeita caracterizava-se como um indício de culpa e, por isso mesmo, autorizava o emprego legal da tortura para produção de mais provas; buscava-se a confissão, tida como a rainha das provas ou prova plena; a prova era tarifada, vale dizer, tinha valoração pré-determinada, era hierarquizada legalmente, sendo que somente determinado tipo de prova era aceito para certa finalidade e dentro daquela regra preestabelecida; a prova parcial, mesmo que não demonstrasse cabalmente a culpa, permitia condenações.

A mudança dessa sistemática, contudo, não resultou em atuações mais objetivas e imparciais pelos operadores do sistema penal. Da mesma forma que a pretensa humanização do direito penal, buscada pelos reformadores, apenas permitiu um dispositivo mais abrangente de punição, que é exercido com muito mais amplitude e continuidade, o novo modelo processual penal de produção de provas também acabou se tornando mais eficiente para legitimar a atuação do sistema punitivo legal, sem conseguir superar todas as distorções verificadas naquele que lhe antecedeu imediatamente.

Isso porque o argumento que a instrução probatória agora se pauta, entre outros, pelos princípios da publicidade, do pleno conhecimento da acusação, do amplo direito de defesa pelo acusado, e pelo princípio do livre convencimento e persuasão racional do julgador⁸⁵, traz a consigo a ideia de um julgamento justo e de um juiz imparcial e disposto a realizar a justiça, vale dizer, decidir de maneira fundamentada e objetiva a respeito da verdade contida na acusação.

⁸⁵ Também chamado de sistema de livre convencimento motivado do juiz. Por essa orientação, o juiz tem ampla liberdade para apreciar as provas regularmente produzidas e, desse conjunto, iluminado pelas regras legais contidas no ordenamento jurídico e que se aplicam ao caso, extrairá uma síntese a qual deverá expor em sua decisão, indicando os motivos que levaram a esse seu convencimento.

Esses aspectos, objetividade e imparcialidade, contudo, na prática não se verificam sempre; a título de exemplo, pode-se mencionar que é comum observar condenações fundadas apenas em depoimentos testemunhais de policiais, que atuam em operações que culminam com a prisão em flagrante de suspeitos, e que se referem a denúncias anônimas não comprovadas como fonte inicial da investigação. Tais falas são utilizadas, como se mencionou, para justificar condenações, mesmo sem nenhum outro elemento de prova a lastreá-las e, frequentemente, estando em oposição ao interrogatório do acusado.

Não é incomum, nessas circunstâncias, que o acusado reporte violações a direitos individuais fundamentais realizados por aqueles agentes do sistema penal, tais como, ingresso (invasão) de domicílio sem autorização judicial e buscas desprovidas de ordem judicial, fundadas em vagas suspeitas; violações essas que não só restam impunes como não são levadas em conta para invalidar a prova produzida. Essa conduta demonstra uma prévia disposição do juiz criminal que adota em atribuir maior valor à fala dos agentes de repressão que àquela dos acusados⁸⁶.

⁸⁶ São muitas as decisões de tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, que permitem observar a orientação cada vez maior da atuação jurídica-criminal no sentido de favorecer a condenação de acusados; como consequência lógica, isso leva a uma sensível redução de decisões que sejam rigorosas na preservação das garantias legais e constitucionais do indivíduo; nesse sentido, pode-se exemplificar citando, entre muitas outras decisões, aquelas que, legitimam o ingresso em residência sem prévia expedição de mandado judicial. Tais decisões, por vezes, são fundamentadas apenas em alegada suspeita dos policiais, havendo até casos que a violação domiciliar se dá em função de mera percepção de “cheiro de maconha”, sendo posteriormente chanceladas pelo Judiciário (a respeito: “STJ afirma a legalidade de busca residencial após policiais sentirem cheiro de maconha”; disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/03/05/stj-afirma-legalidade-da-busca-residencial-apos-policiais-sentirem-cheiro-de-maconha/>>. Acesso em: 28 set 2020. Também é comum considerar-se legítimo o ingresso de policiais em residência sob o fundamento que o “suspeito” entrou muito rapidamente em casa quando viu a chegada da polícia, o que constituiria, para essa corrente punitivista, hoje prevalente, atitude que autoriza a invasão desprovida de mandado. Ou ainda a alegação dos policiais – que é aceita por uma parte dos juízes e tribunais – de que foram “convidados” pelo acusado para ingressar em sua residência. Esses são apenas alguns exemplos entre tantos outros possíveis. Registra-se que a Constituição Federal (BRASIL, 2020b) autoriza o ingresso em residência sem consentimento do morador em casos excepcionais, entre os quais encontra-se o flagrante delito; sabe-se também que a posse de substância entorpecente ilegal é um crime permanente, pois dura tanto tempo quanto se mantiver a substância guardada. Pareceria, então, legítima a entrada da polícia na residência em que se mantém essa substância ilegal, pois há flagrante de crime. Isso é verdade apenas em parte; embora exista o flagrante, para que possa ocorrer o ingresso policial não autorizado, ele tem que ser fundamentado em diligência prévia que demonstre, com boa probabilidade de acerto, esse estado de flagrância. Não fosse assim, qualquer invasão de domicílio poderia ser legitimada posteriormente, com uma suposta apreensão de substância ilícita, dando margem à prática de arbitrariedades com a finalidade validar aquelas ações policiais que tivessem sido equivocadas e, assim, evitar responsabilizações. Vale dizer, aceitar-se incondicionalmente o ingresso desautorizado em residência, pela apreensão posterior de produto ilegal mesmo sem investigação prévia, leva, na prática, à anulação da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio.

A maior credibilidade atribuída, em regra, aos depoimentos policiais em relação ao interrogatório dos acusados pode ser entendida como uma das formas daquilo que Foucault (2001, p. 14) chama de presunções de verdade, que ocorrem em função daqueles “que as enunciam. Em suma, são enunciados com efeitos de verdade e de poder que lhes são específicos: uma espécie de supralegalidade de certos enunciados na produção da verdade judiciária”

Todo esse jogo de poder que permite a produção dessas distorções constatadas no direito penal real, vale dizer, no contradireito penal, em relação àquele imaginado no projeto dos reformadores e enunciados nos discursos do saber penal, são aceitos naturalmente pelos operadores do direito vez que já estão normalizados e disciplinados, vale dizer, constituídos como sujeitos pela sociedade disciplinar. O resultado disso acaba sendo, em grande parte, aquele desejado pela classe social que exerce o poder em situação privilegiada.

Tragicamente, constatam-se muito enfaticamente esses resultados, quando se observa o fenômeno de haver uma “clientela” típica e facilmente identificável, indivíduos determinados, da categoria social mais desfavorecida, sobre a qual recai com formidável preferência a atuação policial e que é, também, a classe que representa a quase totalidade da população dos cárceres.

Essa atuação seletiva do sistema penal, eventualmente, pode dirigir-se também àqueles que, de qualquer forma, ainda que não pertençam a essa classe social mais baixa, identifiquem-se com ela e, de alguma maneira, pretendam produzir conjunturas em que as assimetrias das disciplinas não lhes sejam tão danosas. O comportamento do indivíduo “normal”, que venha a se solidarizar com aqueles que não se enquadram nos padrões sociais estabelecidos e desejados, e procure diminuir os danos a esses provocados pelo contradireito, passa a ser objeto de observação pelos mecanismos de panoptismo e pode, a qualquer momento, vir a ser também, ele próprio, considerado “anormal” e transformar-se em alvo preferencial dos mecanismos “normalizantes”.

O que ocorre, em todas essas situações, é a abdução do discurso jurídico, teoricamente garantidor dos direitos individuais do saber penal, pela realidade crua e dura do contradireito moldado pelas disciplinas; o direito penal, então normalizado, transforma-se no contradireito penal normalizador. Nas palavras de Foucault,

para voltar ao problema dos castigos legais, a prisão com toda a

tecnologia corretiva de que se acompanha deve ser recolocada aí: no ponto em que se faz a torção do poder codificado de punir, em um poder disciplinar de vigiar; no ponto que os castigos universais das leis vêm aplicar-se seletivamente a certos indivíduos e sempre aos mesmos; no ponto em que a requalificação do sujeito de direito pela pena se torna treinamento útil do criminoso; no ponto em que o direito se inverte e passa para fora de si mesmo, e em que o contradireito se torna o conteúdo efetivo e institucionalizado das formas jurídicas. O que generaliza então o poder de punir não é a consciência universal da lei em cada um dos sujeitos de direito, é a extensão regular, é a trama infinitamente cerrada dos processos panópticos. [...] a técnica disciplinar invadiu, insidiosamente e como que por baixo, uma justiça penal que é ainda, em seu princípio, inquisitória. [...] Devemos ainda nos admirar que a prisão se pareça com as fábricas, com as escolas, com os quartéis, com os hospitais, e todos se pareçam com as prisões? (FOUCAULT, 1999, pp. 184-187).

Dessa forma, o direito penal colonizado pelas disciplinas, normalizado e convertido em contradireito penal, transforma-se, por isso mesmo, num transmissor de normalização, fazendo incidir essas normas binárias e produtivas das disciplinas a todos sobre quem se exerce, bem como estendendo-as para todos os seus operadores e instituições às quais se aplica ou as quais regulamenta e, finalmente, expandindo-se para todo o corpo social. Como menciona Zaffaroni (1991, p. 24), o verdadeiro poder do sistema penal é exercido “sobre qualquer conduta pública ou privada através da interiorização dessa vigilância disciplinar por grande parte da população.” O direito passa a ser um invólucro que abriga e conduz as práticas disciplinares.

Esse contradireito penal que dissimuladamente carrega as táticas das disciplinas, está, portanto, em relação de associação íntima e inseparável com as práticas do sistema punitivo; aliás, e como já se mencionou neste trabalho, Foucault demonstra que a relação de poder-saber é de implicação mútua, não havendo exercício de poder que não induza a produção de formas saber e, reciprocamente, não há saber que não se apoie em um tipo de exercício de poder.

Após a atuação da justiça, que já se fundamentou nesse contradireito para efetuar as condenações e enviar os indivíduos para a prisão – a instituição mais representativa e mais completa da aplicação das disciplinas – esta vale-se de variadas formas desse mesmo contradireito penal para se apropriar dos corpos e

exercer seu poder normalizante. Dificilmente se encontrará uma lei que reflita, em sua normatização, mais expressamente as disciplinas que aquela que rege detalhadamente a execução da pena⁸⁷: as classificações iniciais; exames e avaliações periódicos sobre os quais dispõe; a regulamentação de espaços; tempos controlados e fracionados; castigos e recompensas de acordo com os resultados dos exames que prevê; as possibilidades de modulações na forma e tempo de cumprimento da pena; manutenção de banco de dados sobre os condenados; a participação de inúmeros profissionais; a previsão de trabalho; e tantos outros detalhes mais que, obviamente, tem sua inserção por conta da colonização do direito penal pela norma disciplinar, transformando seus objetivos.

Vale lembrar que, o próprio funcionamento interno das prisões é regido, além da lei de execuções penais, por regulamentos que ancoram sua legitimidade no contradireito; como constata Fonseca (2002, p. 190) “Os estatutos e regulamentos das prisões, de casa de correção para jovens [...] são exemplos dessa concretização da imagem de um direito normalizado-normalizador.”

Finalmente, para não estender o tema além do necessário para a percepção da presença do contradireito penal em todo o sistema de punições legais, é importante finalizar este tópico lembrando que esse saber continua agindo mesmo após o indivíduo sair do cárcere onde esteve sequestrado; consiste nos efeitos jurídicos que se produzem sobre o delinquente após sua libertação (que não implica necessariamente o final da pena, aliás, normalmente não é). Esse indivíduo encarcerado teve toda sua vida registrada, sua personalidade analisada, seu perfil definido e, sobre ele se aplicam, nesta nova fase, diferentes soluções, conforme determine a lei normalizada-normalizadora, todo o conjunto do conhecimento a respeito desse indivíduo “será retomado pelas estruturas formais do direito, que dirão as medidas a serem tomadas [...]. As regras de direito terão a 'função' de gerenciá-los” (FONSECA, p. 190)

Pode-se ir além do percebido pelo autor acima mencionado, para concluir-se que, ainda fora do marco legal traçado pelo direito cooptado pelas disciplinas, os efeitos deletérios decorrentes de sua atuação continuam se produzindo para o indivíduo sobre o qual incidiu; a própria sociedade disciplinar se encarrega de, na

⁸⁷ Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal.

materialidade da vida cotidiana, separar, individualizar, vigiar e controlar aquele que esteve inserido na prisão, independentemente de qualquer efeito de norma jurídica, mas em forma de discriminação desse “anormal”, o qual passa e merece toda desconfiança da sociedade normalizada. Sua vida futura ficará seriamente comprometida pela pecha da “anormalidade” com a qual foi marcado na penitenciária e com a condição de delinquente que agora ostenta. As consequências que disso decorrem podem ser as mais diversas, das quais as mais comuns são, a reiteração na prática de ilegalidades e a recondução ao cárcere, criando-se um círculo vicioso.

E nem se pode contrapor que essa consequência posterior não poderia ser atribuída diretamente à ação do direito penal, ou, como tratado aqui, do contradireito penal, porque o direito, a esse tempo, já teria exaurido sua atuação sobre o indivíduo. Não se pode opor essa objeção porque o contradireito penal, como se percebe de todo o exposto, não se resume nem se esgota em seu aspecto jurídico ou seus efeitos meramente formais, mas gera consequências sensíveis decorrentes de sua atuação como poder disciplinador.

Ao amparo da tese aqui proposta – de serem os efeitos posteriores ao exaurimento de qualquer efeito jurídico da ação da pena, fenômenos de contradireito penal – vem a percepção de Foucault, exposta por Ewald (1993, p. 60), quando afirma que o direito “não designa nenhuma substância, cuja essência eterna caberia a uma teoria levantar, mas práticas”. Essa prática da realidade demarcando e separando os indivíduos que já foram sequestrados pelo sistema penal, portanto, reflete mais um efeito direto do contradireito penal.

Esses efeitos posteriores ao fim da pena não passaram despercebidos por teorias críticas da criminologia, como a teoria do *labeling approach*, especialmente em sua recepção pela criminologia alemã e a identificação das *meta-regras*⁸⁸, que já demonstravam as consequências negativas da atuação do sistema penal, inclusive como reprodutor de sucessivos encarceramentos. Nesse sentido Baratta (1999, p. 110) esclarece, em relação

aos efeitos que a aplicação de uma definição de criminoso a certos

⁸⁸ Meta-regras seriam os mecanismos que agem profundamente na consciência do intérprete da lei a ser aplicada, não se confundindo com as regras ou princípios de interpretação legal, são “princípios e atitudes subjetivas sobre o momento da concretização do direito” (Baratta, 1999, p. 105)

indivíduos – isto é a atribuição a estes da qualificação de criminoso, e de um *status* social correspondente – tem sobre o comportamento sucessivo do indivíduo (eventual consolidação do papel de criminoso, desenvolvimento de uma carreira criminosa).

Imaginando-se que da exposição até aqui realizada seja possível compreender, ao menos em parte, o papel fundamental que as disciplinas desempenham nas condutas individuais, no funcionamento das instituições e da própria sociedade contemporânea, inclusive, dando lugar à existência do contradireito penal, acredita-se que se possa passar, a seguir, a tratar de maneira um pouco mais detalhada da pena de prisão.

3.4 A PRISÃO, O PENITENCIÁRIO E A SOCIEDADE DISCIPLINAR

A prisão, com seu funcionamento moldado pelas disciplinas, atua na constituição de sujeitos dóceis e úteis não apenas em relação aos seus internos, mas irradia-se para toda a sociedade. É, portanto, um elemento central do sistema penal e disciplinar, com poder de assujeitamento sobre toda a sociedade – inclusive sobre os próprios operadores do dispositivo de castigos legais – sendo indispensável seguir a trilha mostrada por Foucault para a compreensão desse exercício de poder realizado pelo cárcere.

A existência da prisão, o encarceramento, certamente é anterior à sua adoção como punição legal que foi feita pela sociedade disciplinar, contudo, era estranha ao sistema judiciário, “se constituiu fora do aparelho judiciário” (FOUCAULT, 1999, p. 195). Além de sua utilização esporádica como maneira de custodiar as pessoas até que se cumprissem as penas corporais ou se recebessem dívidas, ela existiu, ao longo da Idade Média, como pena, apenas no direito canônico, sendo utilizada para a punição dos próprios religiosos e no intuito de “induzir o pecador a arrepender-se de suas faltas, emendar-se” (BITENCOURT, 2001, p. 13). Este mesmo autor esclarece que, na seara da punição religiosa, Santo Agostinho em sua obra “A Cidade de Deus, afirmava que o castigo não deve orientar-se à destruição do culpado, mas ao seu melhoramento”.

A origem da pena de encarceramento no direito canônico reforça sua ligação

com as disciplinas, que também nascem no interior de instituições religiosas, e em especial nos mosteiros, bem antes de serem descobertas e espalharem-se para as demais instituições e para a sociedade como um todo, onde foram, cada vez mais, reforçadas e aperfeiçoadas em sua tecnologia de controle e docilização. No direito canônico já se encontra implícita a ideia de melhoramento do indivíduo, de correção do delinquente, de cura; “individualização da pena conforme o caráter e temperamento do réu” (BITENCOURT, 2001, p. 13); noções que, com as disciplinas, se propagam para a pena de prisão adotada no sistema jurídico-legal.

Parece válido observar que, apesar de as teorias penais do século XVIII falarem, de maneira uníssona, em afastar valores morais e religiosos dos conceitos legais de crime, e em definir a figura legal da infração penal como uma agressão a valores sociais, surge no sistema legal a pena de prisão e o termo “penitenciária”. Atento a tal fenômeno, indaga Foucault (2015, p. 83): “como se pode falar de penitência numa época em que a teoria da sociedade e o conjunto prático-teórico das penalidades implicam que só pode haver crime quando a sociedade é lesada”? Realmente, como justificar essa relação da pena com a penitência, conceito eminentemente religioso? Trata-se de uma evidente penetração dos conceitos derivados do direito canônico nas práticas penais legais; mais exatamente, uma introdução que se dá através da prática da pena de prisão como punição legal, especialmente no afã de obter o conhecimento e melhoramento do indivíduo.

Constata mais Foucault (2015, p. 85) que a sensação que se tem de que a pena de prisão é muito antiga, que sempre fez parte do sistema de punições legais, decorre em muito dessa interpenetração entre a prisão canônica e a prisão legal, “se ela parece tão profundamente radicada em nossa cultura, é precisamente por ter nascido sobrecarregada de uma moral cristã que lhe confere uma profundidade histórica que ela não tem.” E esse elemento, inicialmente decorrente da moral religiosa, o penitenciário, que se confunde com a forma prisão, é muito mais amplo que ela, mais complexo que o mero encarceramento; passa a ser um poderoso instrumento para permitir que na forma prisão se insiram “todos os controles sociais que caracterizam sociedades como as nossas.” (FOUCAULT, 2015, p. 94).

De maneira que, em dissonância com os discursos teóricos da separação do crime das esferas da moral e religião, como demonstra Foucault (2015, p.164), foram-se trazendo, por meio da moralidade cristã, elementos como a imoralidade da

conduta criminosa, a necessidade de correção dos indivíduos, sua regeneração, e inserindo-os nos discursos do sistema penal; e esses conceitos receberam legitimação, por intermédio do discurso científico da criminologia, fundamentada em um saber jurídico-médico, que transformaram o inimigo social, mencionado pelas teorias fundadas no contratualismo, em alguém agressivo, que oferece perigo, “imaturo, desajustado, primitivo”, que deveria ser, portanto, contido e recuperado. A prisão, com a penetração pelo penitenciário, portanto, é a punição por excelência para atuação das disciplinas.

Sua adoção como pena do sistema legal, no final do século XVIII e início do século XIX, resulta, por isso mesmo e como se pode depreender do já exposto até aqui, da conexão e conveniência entre aquele discurso moralista e religioso, com o paulatino avanço dos processos de disciplina; da tecnologia de criação de indivíduos dóceis e úteis através de atuação sobre seus corpos e da funcionalidade dessa técnica aos propósitos da burguesia, que ocorrem, antes, fora da prisão, em outras formas de exercício de poder. Tal modificação na punição marca o momento em que os mecanismos disciplinares ocuparam o judiciário, simultaneamente ao desenvolvimento desse novo poder de classe ligado à burguesia e ao desenvolvimento da indústria.

Também nesse momento o Poder Judiciário procura se apresentar como independente e igualitário, que levaria a punição a todos os transgressores da lei; contudo, na verdade, passa a ser atravessado completamente pelas “assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjuntura do nascimento da ‘pena das sociedades civilizadas’” (FOUCAULT, 1999, p. 195). Essa prisão como pena jurídica aparece tão conectada com o funcionamento da sociedade que parece trazida pelo processo histórico, fazendo com que fossem esquecidas as demais formas de castigo propostas pelos reformistas.

Além de ser mecanismo de aplicação das disciplinas, ao privar da liberdade e quantificar o tempo, a prisão também se adequa bem à sociedade capitalista pela sua correlação com a forma salário: tempo de trabalho em troca de um determinado salário; tempo de vida como pagamento pela prática de determinado crime. Inclusive a ideia de crime como dívida a ser paga, decorre “dessa interpenetração das formas salário e prisão” (FOUCAULT, 2015, p. 66).

Essa forma de compreender a pena como uma relação bilateral (trabalho-

salário, nas relações sociais; crime-prisão, no castigo), totalmente adequada ao novo modelo da sociedade burguesa, foi bem explicitada por Pachukanis (1988, p. 130), quando afirma que

A privação da liberdade com uma duração determinada através da sentença do tribunal é a forma específica pela qual o direito penal moderno – ou seja, burguês-capitalista – concretiza o princípio da reparação equivalente. Tal forma está inconsciente, porém profundamente ligada à representação do homem abstrato e do trabalho humano abstrato mensurável pelo tempo. Não foi por acaso que esta forma de pena, introduziu-se e foi considerada como natural justamente no século XIX, ou seja, numa época em que a burguesia pode desenvolver e afirmar todas as suas características.

No pensamento contratualista, antes já mencionado, a forma pena de determinado tempo de prisão pela prática de um certo crime tem uma adequação muito oportuna pois, quando há uma quebra de contrato, normalmente exige-se da parte que violou esse pacto uma compensação ou ressarcimento; em relação à maior parte da população alcançada pelo sistema penal, ela pouco ou nada possui de patrimônio capaz de satisfazer essa indenização, assim, expropria-se dela os únicos valores que possui, seu tempo e sua capacidade de trabalho. A pena de encarceramento podia ser quantificada, assim como a mercadoria e a moeda, como mencionam Zaffaroni; Pierangeli (2010, p. 230). Nisso reside, portanto, mais uma razão que facilita a introdução da pena de prisão como punição legal.

Ainda referindo-se ao surgimento da pena de prisão e seus fundamentos de funcionamento, Foucault afirma que ela se baseia em alguns princípios, como o isolamento dos indivíduos em relação ao exterior e de uns em relação aos outros. Assim, busca fazer com que o condenado sinta com mais intensidade o poder exercido sobre ele. Em seu projeto original, também o trabalho deveria atuar como agente transformador; esse trabalho penal não visaria uma utilidade produtiva imediata, mas a construção de uma submissão do indivíduo ao poder, fazendo com que se ajuste a um aparelho de produção.

A prisão deve ser um aparelho disciplinar exaustivo. Em vários sentidos: deve tomar a seu cargo todos os aspectos do indivíduo, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições; a prisão, muito mais que a escola, a oficina ou o exército, que implicam sempre numa certa especialização, é “onidisciplinar”. Além disso a

prisão é sem exterior nem lacuna; não se interrompe, a não ser depois de terminada totalmente sua tarefa; sua ação sobre o indivíduo deve ser ininterrupta: disciplina incessante. Enfim, ela dá um poder quase total sobre os detentos; tem seus mecanismos internos de repressão e de castigo: disciplina despótica. Leva à mais forte intensidade todos os processos que encontramos nos outros dispositivos de disciplina. (FOUCAULT, 1999, pp. 198-199)

Na mesma perspectiva o pensamento de Melossi e Pavarini (2006, p. 219) quando analisam o início das formas de prisão nos Estados Unidos da América e expõem, especialmente sobre aqueles modelos lá desenvolvidos, um deles na Filadélfia e, outro, em Auburn, que tinham como característica comum a destruição de traços individuais de semelhança entre os presos e a imposição, por meio da disciplina, de “relações verticais (entre superior/inferior, entre ‘diferentes’)”

Outro princípio que se pode perceber diretamente ligado às características das disciplinas, que buscam organizar detalhadamente o tempo, é a possibilidade de modulação do tempo da prisão; essa característica se percebe especialmente, como se mencionou antes, em sede de execução da pena e seus vários incidentes possíveis: benefícios, suspensões, regressões, etc., que, de regra, estão muito mais ligados não com o tipo de infração cometida, mas com a constatação que os encarregados do controle da execução tenham em relação à transformação do condenado em seus aspectos de utilidade e docilidade.

Toda a equipe que atua após a aplicação da pena, na fase de execução dela, como os carcereiros, agentes penitenciários, técnicos diversos, psicólogos, religiosos, etc, têm, portanto, influência e importância enormes na determinação das decisões que se dão no decorrer dessa fase – os chamados incidentes de execução penal. São esses profissionais que, na verdade, acabam por definir como serão as deliberações da justiça; esta fica quase excluída, exercendo apenas uma função formal, como se fosse uma instância homologadora das opiniões de outras áreas do conhecimento; converte-se, assim, a atuação da justiça na fase executória, em uma atividade dependente dos pareceres, relatórios, exames psicológicos e outros documentos que lhes fundamentam.

Esse fato não se dá por acaso, mas sim pela finalidade efetiva da prisão, que é a conversão e adestramento do indivíduo no cárcere, objetivo real e, na prática das punições, muito mais importante que qualquer fim afirmado da pena. Ficando

variáveis a duração e o rigor do encarceramento, praticamente à mercê desses informes de outras áreas, que, de regra, têm presunção de verdade incontestável – portanto, em concreto, distantes das garantias formalmente previstas pelo direito – um verdadeiro poder despótico se insere na execução da pena de prisão, o poder carcerário; nas palavras de Foucault (1999, p. 208), a “grande maquinaria carcerária está ligada ao próprio funcionamento da prisão. Podemos bem ver o sinal dessa autonomia nas violências ‘inúteis’ dos guardas ou no despotismo de uma administração que tem os privilégios das quatro paredes.”

O poder carcerário que se exerce dentro das prisões é inerente ao seu projeto e às suas práticas, não se trata de um efeito secundário. As mais diversas violências desnecessárias e sem sentido que ocorrem em seu interior, e a administração que se dá sob segredo proporcionado pelas paredes e muros das penitenciárias são os sinais indicativos desse poder carcerário e dos objetivos ocultos da pena de prisão. Seu fundamento está sempre na intenção em se obter a transformação do indivíduo.

Para obter tal transformação, em seu projeto, a penitenciária serve-se de três grandes programas disciplinares: o de caráter político-moral, do isolamento e da disciplina; a economia do trabalho; e a técnica da cura e da normalização. São representações funcionais dos paradigmas cela, oficina e hospital. “E esse suplemento disciplinar em relação ao jurídico, é isso, em suma, que se chama ‘penitenciário’” (FOUCAULT, 1999, p. 208). Esse excesso penitenciário se impôs sobre a prisão e abarcou a justiça penal, levando-a a se inserir numa trama de “relações de saber que agora se tornam para ela seu labirinto infinito” (idem).

A prisão não é agora apenas o local da execução das penas de privação de liberdade, é também onde se adquire minucioso conhecimento sobre o preso, seu comportamento, suas disposições, progressiva melhora ou não; um saber clínico sobre os condenados. Simultaneamente, cria-se também um sistema de documentação individualizante, com todos os registros detalhados do detento, nos mais diversos ramos do conhecimento que, afinal, sobre ele atuam na prisão. Esses métodos derivam diretamente da técnica disciplinar do exame, são, na verdade, uma forma de emprego prático dele.

O sistema penitenciário recebe o condenado, o infrator e aplica sobre ele a tecnologia corretiva, transformando-o no “delinquente”. O condenado recebe uma sentença penal pelo ato ilegal que praticou, por sua conduta que se subsume à

descrição de um crime; já o delinquente surge como resultado da análise pela técnica das disciplinas de toda a sua biografia, toda sua vida, sua personalidade, tendências, adaptação às normas, etc. O “castigo legal se refere a um ato; a técnica punitiva a uma vida” (FOUCAULT, 1999, p. 211). O penitenciário procura inclinações, predisposições, comportamentos; controlando, observando, analisando o delinquente durante a execução da pena. No lugar do corpo destroçado do supliciado o saber penitenciário introduziu o corpo e a alma do delinquente, ponto de aplicação do poder de punir da “ciência penitenciária”.

O discurso penitenciário possibilita que a punição adquira característica de “verdade científica”, apoiada na medicina, psicologia e criminologia, quando “trata” o delinquente; por isso mesmo o saber penitenciário não gerou intensa resistência à sua aceitação pelo sistema judiciário de punições. A prisão, essa face obscura do poder de punir, transforma o castigo em algo de terapêutico e permite compreender, com essa aparência, como insere a sentença condenatória “entre os discursos do saber”; como foi adotada pela justiça penal, sem ser, “entretanto filha de seus pensamentos” (FOUCAULT, 1999, p. 214).

Com a entrada das disciplinas no castigo, surge uma dificuldade dos juízes em condenar simplesmente para punir, por só condenar; nasce, como já se afirmou, um desejo de avaliar, diagnosticar, “reconhecer o normal e o anormal; a honra reivindicada de curar ou readaptar [...] o que leva a isso é menos o humanismo dos juízes mas, sim, a introjeção da disciplina” (FOUCAULT, 1999, p. 251). Essa assertiva do pensador francês – feita em termos semelhantes no curso “Os Anormais” (2001), como se mencionou antes – confirma aquilo que vem se sustentando neste trabalho, ou seja, que a atuação das disciplinas é fundamental para a forma de agir dos operadores do direito penal; ao constituí-los como sujeitos, modela suas visões de mundo, seus valores e objetivos.

A instituição penitenciária passou a funcionar a partir desse acréscimo de poder disciplinar, concentrando todas as tecnologias de adestramento desenvolvidas paulatinamente nos claustros, colégios, regimentos, etc, exercendo um novo tipo de controle sobre aqueles que resistem à normalização das disciplinas; e assim segue até hoje, apoiada no discurso científico que lhe empresta, por exemplo, a medicina e a psiquiatria e na legalidade outorgada pela atuação do judiciário. Continua sendo uma técnica de controle das normas; conta com suportes

institucionais como os hospitais; escolas; repartições públicas diversas e até mesmo empresas privadas que igualmente reproduzem os mecanismos disciplinares; “seus agentes proliferaram em número, em poder, em qualificação técnica” (FOUCAULT, 1999, p. 245).

O princípio de que não há punição fora da lei foi sendo gradual e progressivamente superado com os mecanismos das disciplinas; estes se expandiram para toda a sociedade, constituindo-se numa continuidade de “mão dupla” das formas do sistema carcerário de transmissão das normas disciplinares, essência do sistema penal e constituidoras da delinquência. Forma-se, assim, uma verdadeira rede carcerária sutil, funcionando de maneira dissimulada, por meio das mais diversas formas como: instituições beneficentes; fábricas-conventos; patronatos; obras de moralização; alojamentos operários, etc; um “arquipélago carcerário”⁸⁹ que se expande em círculos cada vez maiores, “a técnica da instituição penal para o corpo social inteiro. [...] A rede carcerária acopla, segundo múltiplas relações, as duas séries longas e múltiplas do punitivo e do anormal” (FOUCAULT, 1999, pp. 246-248).

Outra característica fundamental do sistema carcerário nas sociedades disciplinares, é que ele, ao se estender, se refletir nas demais instituições para além da prisão, apaga o que existe “de exorbitante no exercício do castigo” (FOUCAULT, 1999, p. 249); baixa o limite de resistência e aumenta a tolerância à penalidade; legitima o poder disciplinar e evita a percepção de abuso de poder.

Esse traço identificado do poder carcerário, capaz de induzir à complacência com as exorbitâncias, desigualdades e deformações que se materializam na concretização prática do sistema penal, também pode auxiliar na compreensão da atuação dos operadores do direito, quando estes assimilam um discurso de poder

⁸⁹ Parece importante ressaltar que o termo “arquipélago carcerário”, utilizado por Foucault, não traz a ideia de uma sociedade homogênea, um “corpo social inteiro”, que não daria margens para resistências, tampouco remete a um totalitarismo abrandado; antes, significa, como identifica Mallart (2020, p. 68), que “onde se destaca o jogo das interligações disciplinares, a prisão é somente uma peça. Ainda que ela ocupe posição central, não está sozinha, mas conectada a uma série de mecanismos, encarregados de tratar, curar e educar. Como nos lembra Foucault (2015, p. 72), trata-se de ‘identidade morfológica do sistema de poder’, ou seja, é o mesmo tipo de poder que se exerce, o que ele designa como poder disciplinar. ‘Hospitais, asilos, orfanatos, colégios, reformatórios, usinas, ateliês com sua disciplina e, finalmente, prisões, tudo isso faz parte de uma espécie de grande forma social do poder que foi estabelecido no início do século XIX, e que, sem dúvida, foi uma das condições do funcionamento da sociedade industrial, se o senhor quiser, capitalista.’ (Foucault, 2015, p. 64-65)”. (As referências da citação remetem à: FOUCAULT, Michel, 2015, Ditos e escritos. Vol. IV: Estratégia, poder-saber. Rio de Janeiro, Forense Universitária).

divorciado da realidade empírica e exercem suas funções como se esses resultados fossem algo natural, inevitável e até mesmo desejado.

Como observam Dreyfus e Rabinow (1995, p. 206), o poder age por meio das disciplinas, de maneira que não se faz necessário buscar motivações volitivas “secretas que se escondem atrás das ações dos atores, nem analisar os atores políticos como hipócritas ou peões do poder. [...] Há uma lógica nas práticas. Há um impulso em direção a um objetivo estratégico, mas ninguém impulsionando.”

A sociedade, reflete-se na forma carcerária, e esta, por sua vez, expande-se para toda a sociedade. Esse padrão permite a contínua captação dos mais diversos dados e a observação perpétua dos corpos, em sua forma panóptica de existência. Esse duplo aspecto permite uma punição mais adequada à nova forma de economia de poder e a construção de saberes dos quais ela necessita. A rede carcerária torna possível o desenvolvimento das ciências humanas (FOUCAULT, 1999, p. 252). Essa adequação da prisão aos demais dispositivos de poder disciplinar, sua conexão com eles, e o fato de estarem todos inseridos e em funcionamento no interior da sociedade disciplinar, em sua rede de vigilância e controle, é que criam sua resistência a qualquer tentativa de extingui-la; se fosse apenas uma forma de castigo estatal, isso seria muito mais fácil.

3.5 A INEFICIÊNCIA DA PENA DE PRISÃO E A GESTÃO EFICIENTE DOS ILEGALISMOS

Faz-se aqui uma constatação que parece ser digna de nota, por sua ausência nos textos que se referem ao direito penal ou ao sistema punitivo. Foucault traz uma descrição em *Vigiar e Punir* que, mesmo sem ser o objetivo da narrativa, acaba por esclarecer o nome dado a um aparelho do sistema prisional, nome esse cuja origem não é tratada ordinariamente nas obras de direito penal. Trata-se da palavra “cadeia”. Ao menos no Brasil, parece que, da mesma forma que a doutrina penal assimila como natural a adoção da forma prisão como pena central, assimila também, naturalmente, o vocábulo “cadeia” para designar o local para privação da liberdade.

No Direito Penal utiliza-se o termo cadeia pública para o local de recolhimento de presos provisórios (decorrentes de prisões em flagrante, temporárias ou preventivas). Mas por que “cadeia”? Qual seria a origem dessa utilização do termo “cadeia” para um local destinado ao aprisionamento?

Em todas as demais acepções dessa palavra, ela traz a ideia de grupo de coisas, fatos, partes, ações, fenômenos, etc, que de alguma forma estejam ligados entre si, conectados; ou que ocorrem em sequência, que sejam sucessivos. Como define o Dicionário Houaiss (HOUAISS, 2020), “cadeia”, em uma de suas acepções, seria: “série ou conjunto de fatos ou ações entre os quais há ou se supõe haver relações causais; sucessão de fenômenos análogos ou de mesma natureza, em que cada uma cria as condições ou os elementos necessários para a ocorrência do seguinte”. Relacionado à química encontra-se a definição: “arranjo de átomos ligados entre si quimicamente, assim como os átomos de carbono nos compostos orgânicos”. Buscando-se uma forma apenas física, material, e até mais próxima a mecanismos de coerção, chega-se à cadeia como elos interligados, a corrente; neste sentido o mesmo dicionário define como “série de elos, anéis ou argolas, ger. de metal, entrelaçados, presos ou ligados uns aos outros em sequência e de modo a poderem mover-se mais ou menos livremente, formando um conjunto flexível e resistente, us. para fins diversos como prender, amarrar, sustentar, transmitir forças mecânicas etc.; corrente”. Finalmente, alude ainda a “us. para amarrar, prender ou limitar os movimentos de algo ou esp.de alguém (p.ex.: prisioneiros condenados etc.); grilhão”. E na acepção cuja origem se questiona, informa ser “casa de detenção; presídio, prisão”. Mas reitera-se a indagação: por que o termo cadeia está ligado à ideia de cárcere? Coloca-se a questão pois, nesse sentido, como prisão, não guarda nenhuma semelhança a todas as demais definições, nas quais sempre está presente a ideia de sequência conectada, elos interligados e/ou sucessivos.

Poderia imaginar-se, então, que a assimilação da palavra cadeia ao cárcere, deriva da ideia de corrente usada para prender, ou da compreensão do termo como algema, grilhão; e parece realmente ter afinidade a esses sentidos; mas essa correlação de significados pode ter surgido numa dimensão histórica um pouco mais complexa. Essa é a conclusão que se chegou na pesquisa para a elaboração deste trabalho, a partir de uma cena recuperada por Foucault (1999, pp. 215-219), e que se expõe aqui de maneira abreviada. A descrição do filósofo é de uma prática que

havia no início da utilização da prisão como forma punitiva, na França; ela parece ajudar a dar mais sentido ao emprego do termo “cadeia” para as jaulas de contenção de seres humanos, atualmente.

Narra Foucault passagem histórica, de onde se pode extrair a imagem que a cadeia, então, era uma jornada que os condenados faziam caminhando por longos trechos na França, sob os olhares e as mais diversas formas de manifestações da população, até o local onde ficariam presos para cumprirem suas penas. Ocorre que, antes de iniciarem essa jornada, eram todos aferrados, prendendo-se um anel de aço em seus pescoços e acorrentando-os uns aos outros, em uma sequência de maneira que, assim, coactados e conectados, é que deveriam empreender essa longa caminhada em direção ao cárcere. Uma junção em sequência de diversos presos acorrentados, portanto, em cadeia, no mais mezinho sentido do termo, caminhando para cumprirem suas penas de encarceramento. Por isso entendeu-se que essa reconstituição da prática narrada parece explicar melhor o fato de, atualmente, empregar-se o termo cadeia, para definir o local de prisão.

Vale ressaltar que Foucault esclarece que esse verdadeiro espetáculo da punição foi abolido após 1836 porque suscitava os mesmos sentimentos populares (às vezes contrários o exercício do poder punitivo) que os suplícios. No lugar das cadeias, passaram a ser empregadas carroças-prisões para o transporte dos presos, de maneira não visível à população. Tratava-se de carroças adaptadas para conter e vigiar os presos que eram transportados, verdadeiros panópticos ambulantes.

Superada essa narrativa, retoma-se a questão do encarceramento como forma central de punição. E volta-se, também, ao tema de sua ineficácia para cumprir seus propósitos declarados, como se mencionou no início do capítulo.

Expõe Foucault que, ao mesmo tempo em que a prisão é adotada de maneira quase exclusiva como castigo pelo sistema penal, passa também a ser denunciada como uma instituição fracassada, incapaz de atingir seus fins explicitados. Não houve uma sucessão lógica, uma sequência de fases, com a proposição e estabelecimento da prisão num primeiro momento, sua posterior observação como prática punitiva e, em seguida, como consequência natural, o aparecimento das críticas. Tudo ocorreu simultaneamente e, as críticas que eram dirigidas a essa modalidade de pena, desde seu surgimento, são as mesmas utilizadas até hoje:

não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las,

multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta. [...] A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade, é de qualquer maneira não “pensar no homem em sociedade; é criar uma existência contra a natureza inútil e perigosa”; queremos que a prisão eduque os detentos, mas um sistema de educação que se dirige ao homem pode ter razoavelmente como objetivo agir contra o desejo da natureza? A prisão fabrica também delinquentes impondo aos detentos limitações violentas; ela se destina a aplicar as leis, e a ensinar o respeito por elas; ora, todo o seu funcionamento se desenrola no sentido do abuso de poder [e ainda, da corrupção interna, do medo, da exploração e das cumplicidades]. (FOUCAULT, 1999, pp. 221-222)

De maneira que há dois séculos as críticas contra a prisão são as mesmas, e recebem, também em todo esse período, as mesmas respostas: que seria necessário aplicar os princípios básicos da técnica penitenciária; há dois séculos, portanto, que “a prisão vem sempre sendo dada como seu próprio remédio”. Há duzentos anos “as mesmas proposições fundamentais se repetem. E são dadas a cada vez como a formulação enfim obtida, enfim aceita de uma reforma até então sempre fracassada” (FOUCAULT, pp. 223-225).

A observação da realidade empírica no Brasil demonstra que aqui não é diferente, desde o surgimento das prisões como pena, elas obedecem a esse ritual impiedoso de serem depósitos insalubres das parcelas social e economicamente mais frágeis da população, sobre as quais exercem suas funções de contenção e disciplinamento. Sua atuação principal – mas não única pois, como já se viu, compõe o “continuum” disciplinar (EWALD, 1993, p. 83)⁹⁰ – é a de transformação do não proprietário naquilo que é mais funcional para os que estão em posições estratégicas

⁹⁰ Embora não seja o tema específico deste tópico, vale notar que, para referir-se ao fato das disciplinas agirem em toda a sociedade moderna, o que chama de “redundância das disciplinas”, François Ewald (1993, p. 83) fala em “*continuum* disciplinar”; parece que seria possível utilizar-se também um outro termo: “arquipélago disciplinar”. Chega-se a ele realizando-se uma livre adequação da expressão “arquipélago carcerário”, empregada por Foucault (1999, pp. 246-249) para falar da interação da prisão com as demais instituições punitivas. Esse termo, que ora se propõe, é inspirado na mencionada definição de Foucault e, também, valendo-se do que observa Zaffaroni (1991, p. 25), falando do “disciplinarismo verticalizante”, e discorrendo sobre como a interação da forma prisão com a sociedade que a reflete, funciona para legitimar os excessos punitivos, as arbitrariedades e desigualdades; aumentando a tolerância com a imposição de sofrimento, facilitando e validando a ação das disciplinas, e dificultando que se percebam os abusos de poder.

no exercício do poder, vale dizer, a conversão desses indivíduos ou no proletário dócil e útil, ou no estigmatizado como criminoso, o delinquente, também útil à sociedade disciplinar, como adiante se verá no próximo item (3.6) que trata especificamente dos efeitos dos efeitos da prisão sobre os indivíduos.

Por isso mesmo, uma ponderação bastante esclarecedora de Foucault ao analisar a prisão, é que, na verdade, observando-se com atenção, saindo-se do discurso teórico-legal que a fundamenta e buscando suas efetivas funções, não se pode entender a prisão como uma forma fracassada, não se pode observá-la pelo fracasso que lhe é atribuído, e por suas reformas, como tempos ou fases sucessivas. Antes, como demonstra Foucault (1999, p. 225), deve-se pensá-la dentro de um *sistema* simultâneo, que historicamente atuou na privação jurídica da liberdade; esse sistema seria composto por quatro funções: a) disciplina, sendo suas técnicas um excedente que se insere ao castigo na prisão; b) a produção de um saber penitenciário; c) uma eficácia interna de recondução dos indivíduos ao crime; d) o idealismo utópico que repropõe sempre as mesmas reformas que nada mudam.

Essas finalidades, combinadas às condições materiais e humanas das prisões, formam o todo carcerário, o “conjunto complexo que constitui o 'sistema carcerário' e não só a instituição da prisão [...]. O pretense fracasso, não passaria então de parte do funcionamento da prisão?” (FOUCAULT, 1999, p. 225). Ora, parece saltar à vista de quem queira observar atentamente, que esse verdadeiro isomorfismo reformista, consistente em repropor repetidamente o mesmo projeto fracassado, as consequências criticadas, mas mantidas na pena de prisão nos últimos duzentos anos, são, na verdade, a parte visível de um empreendimento que, sob essa “aparência” de fracasso em seus objetivos declarados, é, na verdade, um retumbante sucesso em suas metas reais ocultas. Como afirma Luiz Flávio Gomes (2019): “A prisão, cabe concluir, é deveras um grande sucesso! Mesmo depois de dois séculos de contundentes críticas, ela continua vigorosa”. E depreende-se que,

Se a instituição-prisão resistiu tanto tempo, e em tal imobilidade, se o princípio da detenção penal nunca foi seriamente questionado, é sem dúvida porque esse sistema carcerário se enraizava em profundidade e exercia funções precisas. [...] Deveríamos então supor que a prisão e de uma maneira geral, sem dúvida, os castigos, não se destinam a suprimir as infrações; mas antes a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las; [...] que tendem a organizar a transgressão das leis numa tática geral das sujeições. A penalidade seria então

uma maneira de gerir os ilegalismos⁹¹, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não “reprimiria” pura e simplesmente os ilegalismos; ela os “diferenciaria”, faria sua “economia” geral. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial dos ilegalismos por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação. Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global dos ilegalismos. O “fracasso” da prisão pode sem dúvida ser compreendido a partir daí. (FOUCAULT, 1999, pp. 226-227)⁹²

Nessa ordem de ideias, a reconstituição que Foucault faz dos desdobramentos da reforma penal iniciada no século XVIII e que avança no início do XIX permite compreender essa demarcação de territórios de legalidades e ilegalismos permitidos e proibidos; de diferenciação assimétrica de condutas e repressão diferenciada. Assim, esse pensador mostra que, com a ascensão da burguesia para a posição de classe dominante, e na luta que se seguiu contra os

91 Adota-se neste trabalho a expressão ilegalismo, muito embora a tradução brasileira de “Vigiar e Punir” utilizada neste texto (FOUCAULT, 1999) tenha usado o termo ilegalidade; e assume-se essa posição por acompanhar-se o pensamento de Candiotti (2016, p. 119), quando afirma que “A edição brasileira do livro *Surveiller et punir* traduz, indiscriminadamente, o termo *illégalisme* por ilegalidade.” **Conclui** que “o termo *illégalisme* (geralmente usado no plural) não pode ser traduzido sempre por ilegalidade. Esta última, no contexto do curso de 1973 e do livro de 1975, vai justamente se contrapor, mediante o novo sistema de penalidade, à tolerância dos ilegalismos políticos do século XIX.” No mesmo sentido a opinião de Fonseca (2002, p. 130), que o termo “*ilegalismo*” (*illégalisme*) é empregado por Foucault em “*Vigiar e punir*” e em outros textos e entrevistas. Destaca que o curso *A sociedade Punitiva* (2015), proferido por Foucault em 1973 no *Collège de France*, menciona, em sua tradução brasileira aqui utilizada, o termo *ilegalismo*. E, também, porque enquanto a ilegalidade é objeto de sanção, o ilegalismo é objeto de gestão.

92 Para demonstrar o emprego original do termo ilegalismo, optou-se por trazer a versão em francês do excerto colacionado no corpo do texto: "Si l'institution-prison a tenu si longtemps, et dans une pareille immobilité, si le principe de la détention pénale n'a jamais sérieusement été mis en question, s'est sans doute parce que ce système carcéral s'enracinait en profondeur et exerçait des fonctions précises. [...] (Foucault, 2004, p. 276) Ne peut-on pas voir là plutôt qu'une contradiction, une conséquence? Il faudrait alors supposer que la prison et d'une façon générale, sans doute, les châtiments ne sont pas destinés à supprimer les infractions; mais plutôt à les distinguer, à les distribuer, à les utiliser; (idem, p 277) [...] mais qu'ils tendent à aménager la transgression des lois dans une tactique générale des assujettissements. *La pénalité serait alors une manière de gérer les illégalismes*, de dessiner des limites de tolérance, de donner du champ à certains, de faire pression sur d'autres, d'en exclure une partie, d'en rendre utile une autre, de neutraliser ceux-ci, de tirer profit de ceux-là. Bref, la pénalité ne 'réprimerait' pas purement et simplement les illégalismes ; elle les 'différencierait', elle en assurerait 'l'économie' générale. Et si on peut parler d'une justice de classe ce n'est pas seulement parce que la loi elle-même ou la manière de l'appliquer servent les intérêts d'une classe, c'est que toute la gestion différentielle des illégalismes par l'intermédiaire de la pénalité fait partie de ces mécanismes de domination. Les châtiments légaux sont à replacer dans une stratégie globale des illégalismes. L'«échec» de la prison peut sans doute se comprendre à partir de là." (ibidem, grifos meus)

ilegalismos, romperam-se os equilíbrios das tolerâncias; dos interesses recíprocos de diferentes camadas sociais, que permitiam, antes, que essas classes estivessem lado a lado quanto às suas posturas em face do cumprimento das leis, como se verá logo adiante.

Da exposição feita por Foucault em seu curso “A Sociedade Punitiva” (2015, p. 130-132), depreende-se que havia vários tipos de ilegalismos ao longo do século XVII e na maior parte do século XVIII; assim, o ilegalismo popular consistia, fundamentalmente, no comportamento das camadas mais baixas, especialmente os artesãos, em procurar burlar os fiscais, buscar evadir-se da incidência dos tributos, taxas; escapar ao controle de qualidade, às marcações oficiais nas mercadorias, e a outros expedientes que eram efetuados pelas autoridades. Essa produção artesanal então se tornava, por isso, mais barata e era vendida para os burgueses; estes, por seu turno, beneficiavam-se dos ilegalismos populares pois, negociando diretamente com os artesãos que produziam os materiais a serem comercializados, conseguiam aumentar seus lucros; somavam-se, portanto, a esse tipo de ilegalismo naquilo que lhes interessava, e respaldava-os tanto quanto possível e conveniente. Era um ilegalismo funcional à acumulação capitalista.

Em paralelo a esses dois comportamentos ilegais, também havia o ilegalismo dos privilegiados, os nobres e os grandes proprietários, cujas vantagens decorriam da própria posição social, da tolerância que lhes era deferida, fazendo com que escapassem à incidência das leis. De uma certa maneira os privilegiados tinham seus rendimentos diminuídos pelas fraudes fiscais populares, às quais aderiam os burgueses; mas não havia grande oposição dessa camada de cima aos demais ilegalismos, vez que eram compensados em relação a eventuais prejuízos, pelas vantagens que recebiam da Corte.

Finalmente, as próprias autoridades, como inspetores, fiscais, oficiais régios, atuavam ilegalmente, de forma a não observar estritamente as leis, mas, na verdade, a portar-se como árbitros das diversas ilegalidades existentes, sendo comum, por exemplo, por meio de suas atuações, procederem a brutal diminuição de multas aplicadas. Por tudo isso Foucault (2015, p. 132) demonstra que, o que havia, era uma sociedade toda organizada em torno dos ilegalismos, um ilegalismo sistemático, “o poder intervinha como regulador desses ilegalismos, que atuavam uns com os outros”.

Alguns ilegalismos, por vezes, assumiam caráter econômico, dirigindo-se contra taxações fiscalizações; outros se assemelhavam a delitos da criminalidade comum; e ainda havia aqueles que se direcionavam a uma luta política. A burguesia, segundo Foucault (2015, p. 133) adotava “uma posição ambígua: apoiava essas lutas antilegais desde que elas lhes servissem, dava-lhes as costas quando caíam na criminalidade do direito comum ou quando assumiam forma de lutas políticas.” Além disso, quando a burguesia precisava se opor aos ilegalismos, pedia a intervenção dos “fiadores da legalidade” e era atendida, assim como os setores privilegiados; já as camadas populares não recebiam a mesma atenção em pleitos semelhantes.

Apoiava-se a burguesia, segundo Foucault (2015, p. 134-135), ora num ilegalismo de privilégios, ora no ilegalismo popular, desequilibrando as formas jurídicas e, inclusive, servindo-se da venalidade das autoridades. Conseguiu, finalmente, “introduzir-se no aparato estatal e regê-lo”; dessa maneira, fez permitir os ilegalismos de outros extratos sociais para que ela mesma pudesse praticá-los, “num sistema funcional de ilegalismos acumpliciados”. Isso tudo culminou com a Revolução de 1789, quando “a economia burguesa conseguiu abrir seu próprio caminho”.

Nesse momento, essa classe fez aplicar sua legalidade⁹³ para evitar a ilegalidade popular, moldando o sistema administrativo, a polícia, a vigilância e convertendo-o em sistema judicial, introduzindo-lhe o elemento penitenciário. É que a transformação da sociedade, com a ascensão da burguesia, decorre, principalmente, da modificação nas formas de fortuna e nos meios de produção, de maneira que, se antes o artesão trabalhava com seus produtos e suas ferramentas para produzir o que vendia, agora via-se obrigado a proletarizar-se e vender sua força de trabalho por um salário que, na maior parte das vezes, era insuficiente para a sua própria subsistência; além disso, estava em contato com as máquinas industriais de grande valor, com ferramental; com matérias-primas e produtos

⁹³ A respeito desse momento LYRA FILHO (1999, p.23) também constata que a burguesia, quando assume o poder formal, muda de postura, percebendo que a “‘guitarra’ legislativa já estava em suas mãos. A primeira fase contestou o poder aristocrático-feudal, na força do capitalismo em subida, para dominar o Estado. A segunda fez a digestão da vitória, pois já não precisava mais desafiar um poder de que se apossara. É daí que surge a transformação do grito libertário (invocando direitos supraleais) em arroto social, de pança cheia (não admitindo a existência de Direito senão em suas leis).”

acabados, propriedades do capitalista. Essas formas de riqueza, como expõe Foucault (2013, p. 99), não são mais um capital “puro e simplesmente monetário”, trata-se, agora, de um capital de uma certa forma vulnerável, em todo caso mais vulnerável pois não fica abrigado como dinheiro e tesouros.

Os ilegalismos que são possíveis às camadas populares, nesse contexto, são a apropriação, o furto e a depredação, que se dirigiam contra a propriedade burguesa.

Os privilegiados, daí em diante representados pela burguesia, migraram seus ilegalismos para a fraude, e, para escapar às consequências legais, serviam-se de uma certa imunidade de fato que as suas posições sociais predominantes lhes conferiam; agiam também por meio do domínio do poder legislativo, editando as leis como melhor lhes aprouvesse. “O poder legislativo estava assim profundamente ligado, na burguesia, à prática do ilegalismo.” (FOUCAULT, 2015, p. 137).

Como ao ser proletarizadas as camadas mais populares transferiram para a propriedade burguesa seus ilegalismos – que antes eram praticados em cumplicidade com a própria burguesia – essa classe, agora dominante, buscou evitar tal atuação ilegal e seus efeitos. Para tanto, valeu-se do endurecimento da legislação, no sentido de penalizar as classes populares e afastar o funcionamento da sociedade de um ilegalismo sistemático, que lhe fora conveniente ao longo do século XVIII.

Nesse sentido, menciona CAPEZ (2001, p. 5) que

O direito penal, que até então funcionava como um controle exercido pelos senhores feudais sobre os servos que exploravam, passou a atuar como mecanismo de contenção das massas insatisfeitas com as desigualdades decorrentes do capitalismo, que poderiam colocar em perigo as relações de comércio e a segurança pessoal da nova camada privilegiada, detentora do poder.”

Nessa realidade, as categorias mais baixas viram-se reprimidas pela legislação burguesa, de maneira que, por meio da recusa à lei, manifestavam-se as lutas contra aqueles que as estabeleciam segundo seus interesses; não se lutava mais contra o rei e seus fiscais, mas contra a própria lei e a justiça desigual; contra os proprietários que impunham os novos direitos; contra empregadores e donos de empresas que exploravam os trabalhadores. “Uma série de ilegalidades surge em

lutas onde sabemos que se defrontam ao mesmo tempo a lei e a classe que a impôs” (FOUCAULT, 1999, p. 228).

E esse enrijecimento da legislação que atendia aos interesses da classe proprietária e impunha inúmeras obrigações ao povo, fez surgir um aparente aumento da criminalidade, que nada mais era, na verdade, que o movimento de resistência às mudanças sociais e legais. Mesmo na zona rural houve o desaparecimento dos direitos comunitários, a burguesia tratava de explorar e proteger suas propriedades; diante da extinção de feudos, valorização e transferências de grandes áreas de terra, o campo adquiriu nova forma, condizente com o novo modelo social; passou-se a procurar evitar e penalizar os pequenos ilegalismos dos camponeses que eram costumeiros e não traziam maiores consequências.

Foucault (2015, p. 145) informa que o exemplo mais categórico dessa mudança se deu na exploração das florestas, que então se aceleravam. Parece ilustrar bem a época dessas mudanças o artigo de Marx (2015) *Debates Acerca da Lei Sobre o Furto de Lenha*, publicado pelo Jornal Gazeta Renana de 1842, no qual esse pensador critica uma então nova lei florestal, promulgada na Prússia em junho de 1841, que regulava a proibição do recolhimento de madeira seca e caída nos bosques e, rompendo com os tradicionais costumes locais, considerava essa conduta furto, impondo graves punições àqueles que assim agissem para sua sobrevivência; tratava-se de claro gesto de proteção à propriedade burguesa em detrimento dos seguimentos mais pobres⁹⁴. Fenômeno semelhante é narrado por Foucault (2015, p. 145), quando aduz que “foi subvertido o espaço de trânsito e sobrevivência precária que era o espaço rural, e isso tornou impossíveis e intoleráveis todos os ilegalismos rurais.”

Apesar disso, não houve um ilegalismo maciço no início do século XIX, mas aquele que ocorreu foi suficiente para “dar suporte ao grande medo que uma plebe

⁹⁴ Foucault refere-se a esse artigo de Marx sobre a proibição de recolher a madeira dos bosques no curso do Colège de France de 1973, “A sociedade punitiva” (2015, p. 58). E Harcourt (2015, p. 68, nota 5) observa que quando trata desse tema “Foucault refere-se a uma série de cinco artigos publicados em 25, 27 e 30 de outubro, bem como nos dias 1º e 3 de novembro de 1842 na *Gazeta Renana/Reinische Zeitung*, da qual Marx era um dos redatores. Esses textos analisam os debates ocorridos na IV Dieta Renana sobre a ‘lei relativa aos roubos de madeira’. [...] A lei relativa ao roubo de madeira previa punir qualquer ‘apropriação de madeira alheia’, quer se tratasse da coleta de galhos, quer da derrubada e do roubo de madeira verde. Tais artigos denunciavam que a lei está a serviço do interesse dos proprietários de florestas e, assim, esboçam uma definição ‘da ideologia burguesa’.”

que se acredita toda em conjunto criminosa e sediciosa, ao mito da classe bárbara, imoral e fora da lei” (FOUCAULT, 1999, 229). Essa crença deu fundamento aos discursos de diferentes setores na época; discursos que eram totalmente alheios às teorias dos reformadores do século XVIII; sustentavam que o crime seria encontrado principalmente entre as classes mais pobres, na base social, na classe “degradada pela miséria”; e ainda, afirmavam que nessas condições, “seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros”, dirigindo-se principalmente às “classes mais numerosas e menos esclarecidas, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma” (FOUCAULT, 1999, p. 229).

Fica claro, com a referência a tais discursos, a conotação de desigualdade de classes no tratamento dispensado pelas leis desde o surgimento do modelo punitivo centrado na prisão, que ainda se encontra em uso atualmente e sem perspectiva de substituição.

Mais que a alegada repressão a uma “plebe sediciosa”⁹⁵, a “maus sujeitos” por meio do aparato repressivo estatal, Foucault identifica o que estava a ocorrer – nessa guinada na gestão dos ilegalismos, com a emergência da classe burguesa, do capitalismo e da industrialização – ser exatamente o exercício da política como continuação da guerra por outros meios. Como afirma Harcourt (2015, p. 252), “as instituições de reclusão não podem ser estritamente diferenciadas das outras [instituições sociais], mas também não são simplesmente ‘outros meios’.” Essa assertiva permite concluir que o uso da prisão nessa contenda sociopolítica é o uso da lei e do sistema penal exatamente como guerra. No mesmo sentido a impressão de Candiotta (2020, p. 65), quando afirma que a gestão diferencial dos ilegalismos, como feita a partir da ascensão da burguesia ao exercício do poder estatal, com a introdução da moral punitiva no do sistema penal, “não deixa de ser uma forma sedimentada de continuidade da guerra social.”

A análise da gestão dos ilegalismos evidencia, portanto, de maneira clara, o

⁹⁵ O conceito de “plebe sediciosa” utilizado por Foucault é inspirado, originalmente, em Edward P. Thompson, e sua obra *The Making of the English Working Class* e, especialmente, no termo “plebe radical” ou “plebeus radicais”, podendo-se mencionar, exemplificativamente, entre outros, um excerto da obra quando este afirma: “The history of reform agitation between 1792 and 1796 was (in general terms) [...] rapid ‘leftwards’ movement of the plebeian Radicals – Thompson, 1966, p. 182). Como se vê deste texto, esse termo foi substituído em seguida pelo pensador francês pelo conceito, mais amplo, de “ilegalismo”.

maior alcance da genealogia foucaultiana em relação à análise marxista do funcionamento da estrutura punitiva legal. Demonstra, como mencionado, que o conceito de “repressão à plebe sediciosa”, utilizado pelos marxistas, seria muito restrito, designando eventos episódicos de revoltas populares que se opunham ao aparecimento do capitalismo, e que seriam reprimidas pela burguesia por meio do aparato estatal. Para Foucault (2015, p. 130), o que produziu e fez atuar o sistema punitivo é

mais profundo e mais amplo do que o mecanismo de simples controle de plebe sediciosa. Aquilo que foi preciso dominar, que o aparato estatal precisou controlar por meio do sistema penitenciário a pedido da burguesia, foi algo que teve a sedição apenas como caso particular e constituiu um fenômeno mais profundo e constante: o ilegalismo popular

Harcourt (2015, pp. 258-259) entende essa constatação de Foucault como uma análise das relações entre moral e economia, afirmando que através do pensamento foucaultiano se pode perceber que

não havia nada de natural na mais-valia nem no ‘trabalho necessário’; foi necessária uma infinidade de batalhas morais com alvo nas classes populares, uma infinidade de batalhas éticas em todos os níveis para que a burguesia se tornasse senhora dos ilegalismos.

Dessas noções trazidas por Foucault pode-se observar que um dos reais e ocultos interesses do poder punitivo e, especialmente, da prisão como seu principal dispositivo, não era, como ainda não é, a rígida observação e cumprimento da lei penal que define as condutas previstas como crime. Na verdade, uma das relevantes funções realizada por tal dispositivo são as divisões que produz na sociedade e os efeitos políticos dela decorrentes, como, por exemplo, a assimilação pelos indivíduos da separação de ações em toleráveis, ou até mesmo pretendidas, ainda que ilegais e, por outro lado, aquelas que não se admite, que são consideradas práticas de “inimigos sociais”.

Como nota Zaffaroni (1991, p. 27),

Torna-se óbvio que o sistema penal está *estruturalmente* montado para que a legalidade [...] não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis. Esta seleção é produto de um

exercício de poder que se encontra, igualmente, em mãos dos órgãos executivos.

Percebe-se que o sistema penal, especialmente como se efetua em seu funcionamento pela maior parte de seus operadores, muito mais que uma forma de pacificação social e proteção indistinta aos componentes da sociedade, é um mecanismo tático, privilegiando valores que são mais importantes àqueles que tem a possibilidade de exercer o poder a partir de posições estratégicas que lhes confere privilégios, bem como atuando na constituição de sujeitos adaptados a esses valores⁹⁶.

Por todos esses mecanismos abordados ao longo do capítulo, o funcionamento desigual e arbitrário do poder punitivo legal, se insere como “normal”, ainda que não de maneira totalmente consciente⁹⁷, no imaginário dos operadores do direito, portanto, normalizando-os. Essa normalização faz com que a conduta de grande parte desses se dê de forma que seja mais adequada aos interesses da classe que opera o poder em situação privilegiada, ainda que, em muitos casos, adote o jurista posturas que não se adequam à legalidade expressa, com interpretações e flexibilizações de textos legais, como já se mencionado.

Em verdade, até os dias atuais, o jurista assim normalizado, que assume posições que interessam à classe dominante, consubstancia-se em um verdadeiro gestor de ilegalismos, atuando de maneira a manter e reproduzir as divisões sociais e situações favoráveis àquela classe. O sistema judiciário, mediante seus operadores, como observa Candiotta (2020, p. 37), “não se limita a julgar, mas a

⁹⁶ Não fosse por essa perspectiva, seria difícil compreender como, em situações análogas o tratamento dispensado pelos operadores do sistema penal se torna tão diverso; ilustra-se com a situação hipotética – mas frequente na realidade – na qual um jovem de periferia, levado a julgamento por dividir uma pequena quantidade de substância tóxica ilegal com outra pessoa de sua comunidade, será objeto de condenação por tráfico de drogas. Nas mesmas condições, um indivíduo de classe média, flagrado, exemplificativamente, em uma universidade ou em um shopping center (o que são eventos de raríssima ocorrência, diante do direcionamento das fiscalizações seletivas), muito provavelmente receberia o tratamento de um usuário de drogas, não se submetendo à pena de prisão. Muitas outras situações poderiam ser trazidas à discussão, como prisões em flagrante de pequenos furtadores de grandes supermercados e, por outro lado, acordos penais com grandes fraudadores, situações nas quais, esses ainda ficam com enorme patrimônio e penas reduzidas, etc.

⁹⁷ Vale lembrar que uma das características do indivíduo disciplinado é responder automaticamente a um comando, ou mesmo, se portar da forma esperada em determinadas situações, independentemente de qualquer ordem ou comando. Assim, esse comportamento normalizado diante de ilegalidades e ilegalismos condiciona os operadores do sistema penal a responder de maneira diferente aos comportamentos que, em tese, violem a lei penal, de acordo com os valores e verdades que previamente, e por toda a vida, lhe foram introjetados.

produzir politicamente a separação entre o verdadeiro e o falso, a constituir efeitos de realidade que influenciam decisivamente na regulação da vontade coletiva”. Observa, ainda, que essas atuações dos profissionais do direito penal transformaram-se em “um instrumento de ‘punição moral’”, concluindo que “se caracterizam pela gestão dos ilegalismos, que são percebidas pela seletividade das penas aplicadas.” (CANDIOTTO, 2020, p. 38)

Encaminhando a conclusão deste apartado, compreende-se que nessa guinada de discurso, ocorrida por ocasião do nascimento e expansão do capitalismo, retoma-se a ideia de criminoso como inimigo social⁹⁸, alguém que rompe o pacto social e deve ser combatido, que estava em guerra contra a sociedade, como menciona Foucault (2015, p. 138), aparece “o súbito rosto monstruoso assumido pelo criminoso”.

Também se agregou, de maneira totalmente estranha ao discurso penal dos reformadores, junto à ideia de inimigo social, o elemento penitenciário, pois era necessário não só castigar, mas também moralizar aquele que tem que viver com um mísero salário e se submeter à disciplina da fábrica; o elemento moralizador, sobretudo, permite a ação das disciplinas no cárcere. Dessa maneira é “que começou a funcionar o sistema penitenciário condensado e remodelado; ele viria a ser um instrumento político do controle e manutenção das relações de produção.” (FOUCAULT, 2015, p. 138). Esse sistema, onde pelo penitenciário se introduzem as disciplinas nas prisões, foi exatamente o que se viu nos tópicos anteriores.

Enfatiza-se, portanto, que a prisão, em seu aparente fracasso, na verdade atinge seu objetivo: separa e demarca o ilegalismo que deve ser tolerado, daquele outro que deve ser punido. Nas palavras de Foucault (1999, p. 230), “sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra o que se quer ou se deve tolerar.” Essa forma de ilegalismo, perseguida e punida pelo sistema penal, não é a socialmente mais nociva ou mais perigosa, trata-se, na verdade, de um ilegalismo que acaba sendo reproduzido pela prisão, é também seu efeito.

Finalmente, o ilegalismo que interessa à classe dominante que seja perseguido, cujo risco efetivo de produção de dano social na maior parte das vezes

⁹⁸ O tema específico do inimigo social será examinado na segunda parte, capítulo 4, item 4.3.

é mínimo, passa a ser tratado como altamente nocivo; essa perspectiva constitui-se como verdade para os juristas encarregados de exercer o poder punitivo legal, através dos diversos dispositivos sociais, como os saberes formais hierárquicos e os meios de comunicação em massa, entre outros, como se analisará na próxima parte.

3.6 O EFEITO DO APRISIONAMENTO NA CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO

Cabe agora observar os efeitos da aplicação da pena de prisão sobre a pessoa que a suporta. Como mostra Foucault, o indivíduo que é atingido pelo sistema punitivo é tratado por esse sistema como o criminoso – ainda que muitas vezes sejam aprisionados indivíduos sem julgamento, por suspeitas, numa seletividade fundada em estereótipos sociais, étnicos, etc – que se converte, pela penitenciária, no delinquente. Um dos sucessos da prisão é a produção do delinquente, forma política do ilegalismo, que tem utilidade na manutenção do “status quo” da sociedade de vigilância, servindo como ameaça às classes dominadas e instrumento para as classes dominantes. E esse sucesso é tão grande, ao produzir essa ilegalidade definida em forma de delinquência, separada, útil, que, como constata Foucault (1999, p. 231), após dois séculos de “fracasso, a prisão continua a existir, produzindo os mesmos efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-la.”

Tem-se um exemplo da delinquência útil, na atualidade, em crimes que servem à sociedade capitalista, como o tráfico de armas, ou de drogas⁹⁹; tais crimes aportam bilhões de dólares nos negócios “legais”, pertencentes às classes dominantes, como a indústria armamentista ou as instituições do sistema financeiro, para ficar apenas em exemplos mais óbvios. Simultaneamente, a existência de uma proibição legal cria em torno de tais condutas um campo de práticas ilegais, sobre o qual se exerce o controle e se auferem mais lucros, agora ilícitos, que, apesar disso,

⁹⁹ “Em 2003, o mercado global de psicoativos ilegais foi estimado em 12,8 bilhões de dólares a preço de produção, em 94 bilhões de dólares a preço no atacado e em 321,6 bilhões de dólares a preço no varejo. Esse último valor corresponde a quase 1% do PIB global do mesmo ano, além de superar o PIB de 88% dos países avaliados pelo World Bank”. (SOUZA, 2015, p. 53)

de qualquer forma se incorporam à economia formal, passam a “girar” no mercado.

Além do lucro financeiro, é possível também se fazer a exploração política da ação dos delinquentes, de maneira a produzir ou forjar situações que incrementem o exercício do poder político. Assim, pode-se permitir o acréscimo da prática de ilegalismos em determinada sociedade para se justificar um aumento do controle exercido pela polícia sobre os indivíduos; ou servir-se desses aumentos da percepção de ilegalismos, especialmente com violência contra a pessoa, para utilizá-los aparatosamente em discursos eleitorais com promessas de combatê-los.

A operacionalização dessas estratégias de uso das condutas ilegais se faz – no que diz respeito ao que se pode chamar de “atuação de campo”, ou seja, a prática direta, física, mais efetiva e arriscada das condutas formalmente proibidas pela lei – valendo-se dos indivíduos que já estão no campo da ilegalidade, mas que se tornam identificáveis, controláveis e manejáveis por sua organização como delinquência.

A delinquência é, nas palavras de Foucault (1999, p. 232), um “ilegalismo dominado, é um agente para o ilegalismo dos grupos dominantes”; além do controle já mencionado que se tem sobre os indivíduos nela inseridos, posto que produto do poder penitenciário, ainda é possível controlar sua forma de atuação, direcionando-a para formas que não representem risco político para os que estão a exercer o poder, e até mesmo, como se mencionou, favoreçam suas posições privilegiadas. Esse controle age, como se presume do dito acima, tolerando ou até mesmo, ainda que indiretamente, provocando, aquelas formas de ilegalismo que não tenham conteúdo capaz de trazer uma subversão política ou riscos reais ao sistema econômico.

Entende Foucault, portanto, que a delinquência, com o controle disciplinar decorrente da forma punitiva que a produz, permite a existência, em seu interior, de indivíduos que podem ser utilizados como agentes ocultos das mais variadas maneiras, tais como: atuar diretamente no campo dos ilegalismos permitidos; infiltrar-se em manifestações populares; promover desordens pretendidas; estimular movimentos de massa desejados; agir como espiões informais; e tantas outras formas.

A presença da delinquência também justifica a existência de uma instituição indispensável para a manutenção da sociedade disciplinar, que é a polícia; em sua atuação ostensiva ou discreta, e mais, dentro dos limites da legalidade ou ainda que

fora deles, seus agentes, como olhos avançados do Estado, permeiam toda a sociedade, agindo em tempo integral, atingindo até os extratos mais baixos, vigiando, fiscalizando, exercendo controle e coercitividade.

Sem delinquência não há polícia. O que torna a presença policial, o controle policial tolerável pela população se não o medo do delinquente? [...] Esta instituição tão recente e tão pesada que é a polícia não se justificaria senão por isso. Aceitamos entre nós essa gente de uniforme, armada enquanto nós não temos o direito de o estar, que nos pede documentos, que vem rondar nossas portas. Como isso seria aceitável se não houvesse os delinquentes? Ou se não houvesse, todos os dias, nos jornais, artigos onde se conta o quão numerosos e perigosos são os delinquentes? (FOUCAULT, 2011, pp. 137-138).

Da mesma forma que a delinquência justifica a existência e atuação da polícia, em sentido reverso essa instituição também é indispensável para a manutenção da delinquência, com sua vigilância e controle. Mas a vigilância também é exercida pela população, especialmente atemorizada pelos discursos dos meios de comunicação, que diariamente incutem na massa o medo do crime e dos delinquentes. Este tema, porém, será objeto de outro capítulo, onde se tratará dos discursos midiáticos e seus efeitos sobre o sistema penal.

A vigilância, contudo, não seria possível sem estar conectada ao controle minucioso exercido pela prisão; o cárcere, como se evidencia do que já se disse antes neste texto, é que faz possível realizarem-se registros detalhados dos indivíduos que são ali aprisionados; e possibilita a identificação e singularização desses quando são libertados. Há um verdadeiro tripé funcional, entre a polícia, a prisão e a delinquência; uma máquina que gera um círculo vicioso e opera, iniciando-se através das prisões realizadas pela polícia; seguida da atuação da penitenciária, que transforma os criminosos em delinquentes; e, depois, pela atividade destes últimos nos ilegalismos permitidos, ou exercendo outras atividades que sejam úteis ao sistema, como já mencionado; finalmente, pelo retorno de alguns à prisão.

A justiça, por seu turno, é só mais uma peça dessa maquinaria, que não funciona para punir todas as ilegalidades, mas sim para exercer o controle diferencial delas e para fornecer “caução legal [...] é um ponto de troca numa economia geral dos ilegalismos”, lado a lado com a polícia, a prisão e a delinquência (FOUCAULT,

1999, p. 234)¹⁰⁰.

Conclui Foucault (1999, p. 237), que a produção da delinquência é uma tática nunca acabada, que encontra resistência e reação; para impô-la, criando uma divisão entre os delinquentes e as classes pobres e operárias das quais saíram, houve um longo processo, ao longo do qual usaram-se formas de moralização, incutindo-se nessas classes subalternas uma “legalidade de base”, no momento em que as leis codificadas substituíam os costumes; desenvolveu-se a noção de respeito à propriedade, o costume da poupança, as ideias de estabilidade familiar e fixação de local de habitação; acontecimentos esses com sensível importância econômica e política.

Gerou-se ainda, uma série de confusões intencionais, inserindo-se delinquentes em manifestações operárias com intuito de sabotá-las, acusaram-se organizações operárias de serem organizadas por criminosos, visando desqualificá-las; apenou-se com mais rigor operários que ladrões; criou-se uma desordem para gerar um estado de conflito permanente.

Parece evidente que essa é uma das importantes técnicas divisórias e de subjetivação efetuadas pelo sistema penal pois este traz, como percebe Zaffaroni (1991, p. 145), como uma de suas características mais intensas, a “criação e o aprofundamento de antagonismos e contradições sociais e, conseqüentemente, o enfraquecimento e a destruição de vínculos comunitários e de simpatia.” Conclui o pensador que o sistema punitivo legal permite a criação de “papeis” de “delinquentes’, de ‘policiais’ ou de ‘juízes’” (Idem)

Por meio da indução artificial desses antagonismos e contradições sociais, provocou-se uma cisão entre aqueles que eram considerados criminosos e os demais que se submetiam às regras de exploração pelo capital e se adaptavam aos mecanismos das disciplinas; criou-se um sentimento de diferença e de ódio entre pessoas do mesmo estrato social. Foi possível fazer “reinar entre delinquentes e não delinquentes relações de hostilidade real.” (FOUCAULT, 2015, p. 139).

Mas essa criminalidade de necessidade ou de repressão mascara com o brilho que lhe é dado e a desconsideração de que é cercada, outra criminalidade que é às vezes causa dela, e sempre a

¹⁰⁰ Aqui também se adota a forma “ilegalismos” conform redação original: “est un relais dans une économie générale des illégalismes” (FOUCAULT, 1975, p. 287)

amplificação. É a delinquência de cima, exemplo escandaloso, fonte de miséria e princípio de revolta para os pobres. (FOUCAULT, 1999, p. 238)

A tática de imputar quase toda a criminalidade aos pobres, contudo, não triunfa totalmente, sempre há movimentos de ideias que procuram mostrar a responsabilidade das classes dominantes; o crime como uma reação à injustiça. Como faz notar Foucault ao longo de suas obras, onde se exerce o poder, exatamente aí, haverá sempre resistência¹⁰¹. O sucesso dessa resistência em evitar as consequências reais e negativas produzidas pelo mecanismo punitivo, contudo, é uma tarefa árdua e nunca realizada com o sucesso suficiente

3.7 PARA UMA SÍNTESE DA PRIMEIRA PARTE E CONCERTO DAS EXPOSIÇÕES E REFLEXÕES COM O OBJETO DA PESQUISA

Tratou-se, ao longo desta primeira parte, de efetuar a problematização de como se dá a constituição de sujeitos em relação àqueles operadores do direito que têm a responsabilidade pela imposição das sanções penais, e que realizam essa prática de maneira acrítica. Buscou-se compreender quais determinantes atuam na formação desse profissional que age como que ignorando as consequências terríveis dessa atuação, acreditando no discurso jurídico penal de neutralidade e nos efeitos positivos do direito penal, ou pelo menos, assimilando-o e agindo de acordo com ele.

Para tanto, após apontar-se as formidáveis técnicas de investigação utilizadas por Michel Foucault e expor esquematicamente sua forma de fazer a analítica do poder, procurou-se realizar uma breve demonstração do discurso do saber penal; mostrou-se, ainda, que, ao contrário do proposto pelos pensadores do tema, a pena de prisão se impôs como forma central de punição; abordou-se a maneira pela qual se dá o exercício do poder punitivo e comentou-se suas funções efetivas, seus resultados e objetivos reais, que se reparam ao longo dos últimos

¹⁰¹ Como afirma Foucault (2005, p. 91), “lá onde há poder há resistência”

duzentos anos e que não podem ser considerados benéficos para a maior parte da sociedade.

Também demonstrou-se, com o detalhamento possível, a paulatina introdução das disciplinas na sociedade burguesa desde o final do século XVIII, por meio das instituições de sequestro – sendo a penitenciária a mais completa instituição disciplinar – e, depois, pela a capilarização de suas técnicas por todos os lugares, conformando o funcionamento da sociedade. Observou-se, principalmente, o investimento do poder sobre os corpos, como suas táticas atuam na criação de saberes e verdades e na constituição de sujeitos, estabelecendo normas e normalizando; criando corpos úteis à produção e mentalidades dóceis. Portanto, a microfísica do poder atua sobre os corpos e fabrica neles uma alma.

Mas poderia questionar-se, de uma leitura rápida do texto: em que essa análise, fundada no pensamento de Foucault, poderia contribuir para que se compreenda a constituição dos sujeitos aqui em estudo? Ao extremo, poder-se-ia imaginar que trata a exposição de analisar apenas a prisão, seu surgimento como pena e seus efeitos disciplinares sobre os que são nela inseridos.

Ou seguindo um pouco mais adiante, poderia deduzir-se que a exposição e reflexão levadas a cabo por meio dessa incursão realizada, seriam mais adequadas para a compreensão de como se constituem os sujeitos que atuam como operários, que realizam tarefas manuais; ou militares, que devem executar comandos e tarefas organizadas. Isso porque quando, no texto, trata-se das técnicas disciplinares, parece abordar-se mais de perto de que maneira o exercício do poder pelas disciplinas conforma corpos capazes de reagir a comandos simples, executar operações mecânicas; parece muito mais tratar-se de um adestramento físico para constituir, ilustrativamente, corpos capazes de operar uma máquina, cumprir tarefas mecanizadas; realizar trabalhos manuais; e que possam operar de maneira combinada, taticamente. A alma fabricada seria o aspecto de docilização de tais corpos, a possibilidade que atendam aos comandos sem sequer pensar, mas como meras reações introjetadas disciplinarmente; e que ofereçam a menor resistência possível.

E é efetivamente disso que se trata. Mas não é somente disso. O emprego das disciplinas, realmente adentra fisicamente e faz sujeitos mais dóceis; e ainda, produz normalização e fabrica almas, como acima já se mencionou e se tratou ao

longo do presente trabalho. Exatamente essa análise e as conclusões que dela se extraem são fundamentais para compreender a atuação dessas técnicas neste estudo; para entender como definem a forma pela qual atua grande parte dos profissionais do direito penal que, a despeito da aberrante realidade empírica que se apresenta como produto do exercício da punição legal, continua a exercê-la tal como o respectivo discurso a estrutura e a apresenta. É que, como afirma Ewald (1993, p. 48), “Qualquer ação de poder, como corpo físico, sobre o corpo (ou os corpos) é, indissociavelmente, produção de corpo e alma, qualquer tecnologia política é produção de corpo, simultaneamente, ‘físico’ e ‘moral’.”

De forma que esse adestramento que se dirige ao corpo não produz apenas indivíduos úteis porque fisicamente conformados. Como se falou, cria nesses corpos, os quais atravessa, as suas almas e lhes insere elementos moralizantes. A alma fabricada, incorpórea, cuja existência constatou Foucault, resultado da articulação do exercício do poder com a materialidade do saber, não é uma substância, mas é real, existe e gera efeitos. Menciona Ewald (1993, p. 54) ser o homem e sua humanidade efeitos desse elemento incorpóreo. A alma é uma prisão que tolhe e interdita sua libertação, embora, necessário lembrar, sempre exista a possibilidade de resistência. Pelo aprisionamento criado por essa alma os indivíduos assujeitados reconhecem como verdade aquilo que assim lhes é apresentado pelos discursos dos saberes formais; esses saberes hierarquizados tornam-se a garantia da verdade.

E como mostra Foucault (2011, p. 13), em nossas sociedades a verdade é

centralizada na forma de discurso científico e nas instituições que o produzem; [...] é objeto, de várias formas, de uma difusão e de um imenso consumo (circula nos aparelhos de educação ou de informação cuja extensão no corpo social é relativamente grande [...]); é produzida e transmitida sob controle, não exclusivo, mas dominantes, de alguns grandes aparelhos políticos ou econômicos (universidade, exército, escritura, meios de comunicação).

Os efeitos da verdade tornam-se, assim, testemunhos da sujeição, “sintoma de uma sujeição muito mais que de uma libertação [...] porque não há verdade senão para um corpo subjugado.” (idem, p. 57). Como lembra Candiotta (2013, p. 64), o sujeito “não é constituinte da verdade, mas sempre constituído por ela”. Os saberes formais que têm a pretensão de verdade, dessa verdade que pauta a construção e as práticas do profissional do direito, é bom recordar-se, são sempre constituídos

pelas técnicas empregadas nas relações de poder que atuam em dada sociedade. Tanto é assim que em várias análises realizadas no trabalho, em relação a cada uma das técnicas disciplinares individualmente, procurou-se, sempre que oportuno, mencionar como elas incidem especificamente em relação ao jurista.

De maneira que, assujeitados pelos efeitos de verdade, pelas técnicas disciplinares, normalizados, muitos operadores do direito pensam e conduzem-se por esses parâmetros que lhes foram introjetados e lhes constituíram; têm enorme dificuldade para exercer a crítica sobre a realidade que se lhes apresenta como “a verdadeira”. Os discursos, os valores dessa verdade, são os mecanismos que os conforma (ou os deforma); moldam suas maneiras de ver o mundo, de viver, de se conduzir, direcionam suas vontades e suas práticas. Por meio das emanações de sua alma fabricada pelas técnicas disciplinares, o operador do direito em análise verá o discurso do direito penal como um discurso portador verdade, direcionado à consecução da justiça, necessário à manutenção da sociedade, que, supostamente, trará proteção social, a realização do bem e uma “paz perpétua”¹⁰².

Pelas mesmas concepções e verdades, terá dificuldade em perceber que os resultados efetivos das práticas orientadas por esse discurso – que causam mais prejuízos sociais, dor e sofrimento que as próprias condutas que se propõe a evitar – não são meros aspectos conjunturais, efeitos ocasionais de fatores a serem melhor ajustados, adequados, reformados; mas são, isto sim, a própria essência desse saber que se articula com o poder quando se efetua sobre os indivíduos. Manifestação real de poder-saber que pode ser entendido, seja propriamente em forma das punições e seus efeitos sobre aqueles que as sofrem; seja em forma das gestões diferenciais dos ilegalismos que permitem; ou, ainda, demais múltiplos propósitos e implicações sociais de disciplinamento e justificação que carrega e efetua, como foi tratado ao longo desta primeira parte.

Todas essas táticas disciplinares e enunciados discursivos presentes nos mais diversos “nós” da rede social (família, religião, escolas, instituições profissionais, relacionamentos sociais, etc), pelos quais são educados, formados,

¹⁰² Aqui se está a empregar, por empréstimo, o conhecido termo kantiano. Sabe-se que o trabalho de Kant, *Zum Ewigen Frieden* (A paz perpétua, 2008), trata da busca de paz nas relações internacionais, portanto, a paz entre os Estados, assim como esboça ideias de direito público. Deixa-se claro que nenhuma conotação com essa temática tem o uso que se faz aqui do termo; é um mero emprego metafórico.

normalizados, enfim, constituídos os operadores do direito (e que vêm a ser os reprodutores dos efeitos de poder do sistema penal), onde se fabrica suas almas, têm, portanto, consequências materiais bastante evidentes nas suas atuações (pode-se perceber isso das várias condutas, em princípio injustificáveis, descritas no trabalho, que não podem ser atribuídas simplesmente à ignorância ou torpeza). Ewald (1993, p. 41) entende de igual maneira quando afirma que essas posturas podem ser consideradas consequências do disciplinamento, da “constante deriva do judiciário em direção ao penitenciário, a passagem e a mudança do juiz da infração para o juiz da moralidade”.

Parece bastante claro, portanto, que a atuação das disciplinas, analisadas nesta primeira parte, na forma em que são contextualizadas em “Vigiar e punir”, fabricando a alma, é, sem dúvida, importante e indispensável fator responsável pela constituição dos sujeitos operadores do direito penal, o que se deduz de suas condutas profissionais. A atuação dos micropoderes, a sua microfísica, permite compreender a lógica socialmente divisória que fundamenta e se encontra no trabalho de grande parte desses profissionais que, ao pretender impor a punição legal, na realidade e implicitamente, está carregada de questões morais e se conduz por separações sociais entre aqueles que supõem serem os normais, cidadãos de bem, cumpridores da lei, e “os outros”, os anormais, os “bandidos”, “marginais”, os inimigos sociais, etc.

De forma que o trabalho dessa grande parte dos operadores do direito em análise, ainda que de maneira não explícita, mas perceptível ao observador mais crítico, expõe em suas práticas a assimilação e a reprodução de verdades constituídas a partir das técnicas disciplinares. Analisado aqui a partir da estratégia genealógica, como propõe Foucault (2005, p. 67), “do ponto de vista de uma história dos discursos”, tais práticas demonstram seu “engajamento” aos discursos de verdade que constrói esses juristas, mostra a submissão desses sujeitos ao discurso de verdade, produzido pelas técnicas disciplinares. Ou como percebe Certeau (1998, p. 113), revela a adoção de “um gesto não discursivo que, privilegiado por motivos históricos e sociais [...] se articula nos discursos da cientificidade contemporânea.”

Assim, de todo o percurso realizado nessa primeira parte é possível concluir o que foi exposto acima, valendo repetir, em síntese: que os sujeitos ora analisados são constituídos a partir da articulação do saber com o poder e suas técnicas

disciplinares. Resulta disso que tais técnicas obtêm o efeito de levar significativa parte dos operadores do direito penal a reproduzirem o mesmo discurso dessa “ciência penal”, embora a verdade nele contida seja empiricamente indemonstrável, ou pior, que a observação da realidade demonstre que os efeitos produzidos são o oposto daqueles declarados como pretendidos. Além disso, suas práticas profissionais, realizadas sem o exercício da crítica e com forte conteúdo moralizante, leva à reprodução desses efeitos na sociedade, à normalização; ao reforço e à reprodução dos efeitos disciplinantes; e ainda, à gestão diferenciada dos ilegalismos. Todos esses resultados convertem-se em grandes prejuízos à maior parte da sociedade e, especialmente, para as classes, etnias ou minorias mais fragilizadas; e, por outro lado, são importantes para manter as posições privilegiadas no exercício do poder com as classes que ora as ocupam. Finalmente, isso tudo ocorre, não por maldade extrema dos operadores do direito ou por impossibilidade de resistirem às verdades constituídas e constituintes, mas pela dificuldade em exercerem a crítica sobre essas verdades, dificuldade decorrente de suas próprias constituições como sujeitos, mas nunca insuperáveis.

SEGUNDA PARTE

INTRODUÇÃO À SEGUNDA PARTE

Procurou-se demonstrar ao longo da primeira parte, entre outros pontos, como a finalidade declarada do discurso penal traduz uma série de falsidades, posto que, o sistema punitivo e a sanção penal, não atingem – e na realidade nem buscam atingir – seus fins programáticos; por outro lado, cumprem aqueles diferentes objetivos produtivos e funções disciplinares expostos, que incidem sobre todos os integrantes de dada sociedade. Como também se espera tenha ficado demonstrado, essas finalidades efetivamente produzidas são as pretendidas pelos que exercem o poder a partir de situações estrategicamente privilegiadas. Chega-se, agora, ao estudo de mais alguns temas fundamentais para a investigação aqui realizada, ao menos na medida necessária para a análise de seus aspectos que podem influir sobre a constituição e as práticas¹⁰³ do sujeito operador da punição legal, mantendo sempre a perspectiva da crítica foucaultiana.

O primeiro aspecto que se compreende relevante analisar, refere-se aos discursos de saber que atuam no assujeitamento dos operadores do direito e que, afinal, legitimam logicamente suas práticas profissionais e permitem que se produzam os resultados empíricos antes comentados.

O principal discurso que dá sustentação ao exercício do poder punitivo legalizado pelo sistema penal é o direito penal, em relação ao qual já se apresentou, no capítulo primeiro da primeira parte, suas bases mais fundamentais e seus principais postulados (finalidades declaradas). Esses postulados, tais como o escopo da defesa de bens jurídicos, a pacificação social, a aplicação igualitária das sanções legais, entre outros, reitera-se, não são realmente o que o exercício desse poder produz.

Com Foucault, observa-se que o principal efeito da atuação do sistema penal – e dos demais dispositivos do “continuum disciplinar” – é a subjetivação de indivíduos, com a fabricação de suas almas; a produção de corpos dóceis e úteis; e

¹⁰³ Importante lembrar que se adota o termo “práticas” no já referido sentido compreendido por Foucault (2006, p. 338), “como o lugar de encadeamento do que se diz e do que se faz, das regras que se impõe e das razões que se dão, dos projetos e das evidências.”

a construção de uma sociedade disciplinar.¹⁰⁴ O discurso jurídico penal, contudo, não atua sozinho como fonte legitimadora do sistema penal; ao contrário, busca em outros discursos de saber sua própria validação e apoio.

Parece ficar evidente, pelo que fala Foucault, bem como, por tudo aquilo que já se demonstrou neste texto que, em sua aplicação prática, em seu efetivo exercício, conta o direito penal com conexões em relação a outros saberes, como aqueles da psiquiatria, da psicologia, da medicina, da criminalística, entre outros; e todos esses, por sua vez, são posteriormente validados para sua aplicação articulada ao castigo legal pela criminologia etiológica-positivista¹⁰⁵.

Contudo, antes disso, vale dizer, antes do emprego prático do poder de punir legalizado, discursos de outros saberes são associados como forma de apoiar, ainda teoricamente, o próprio saber penal e, simultaneamente, mascarar o poder exercido a partir dele, dando-lhe aparência de um discurso meramente técnico, neutro e justo. Pode-se perceber essa utilização de saberes para legitimação do sistema punitivo, observando-se o emprego do discurso dos reformadores para justificar as modificações nas formas de punição, como descrito no capítulo anterior: mesmo não sendo adotadas as postulações daqueles pensadores, seus discursos foram empregados como maneira de justificar e validar as modificações ocorridas na punição legal¹⁰⁶.

A articulação de discursos referida obtém, assim, o efeito de fundamentar logicamente esse sistema de pensamento jurídico-punitivo, lhe dá caráter de verdade; vale dizer, faz com que este discurso apresente uma aparente racionalidade, uma lógica discursiva intrínseca; bem como, apresenta-o como dirigido à consecução de finalidades éticas e justas, possibilitando sua sustentação teórica e sua reprodução. Dessa forma, a partir dessa racionalidade, legitima a utilização de seus enunciados como base teórica válida para que os resultados

¹⁰⁴ Mais adiante, no capítulo cinco, onde serão analisados o biopoder e governamentalidade, falar-se-á sobre a sociedade na qual, como mostra Foucault, os dispositivos de segurança reconfiguram os dispositivos da soberania e da disciplina, fazendo incidir, também o biopoder.

¹⁰⁵ A criminologia etiológico-positivista já foi objeto de nota explicativa na primeira parte, capítulo um, item 1.4 e voltará a ser tratada adiante, no capítulo seis, item 6.5.

¹⁰⁶ Como se mostrou na primeira parte desta tese e bem nota Certeau (1998, p. 112), o projeto dos reformadores do século XVIII não foi utilizado na definição das novas formas de punição, mas “foi ‘colonizado’, ‘vampirizado’ pelos procedimentos disciplinares que organizam desde então o espaço social.”

desejados sejam alcançados e que as penas sejam efetivamente impostas sobre os indivíduos, gerando as normalizações pretendidas.

O embasamento teórico que confere o aparente caráter de discurso verdadeiro, universal, é indispensável aos saberes-poderes nas sociedades modernas. Trata-se mesmo de instrumento que atua dentro do regime de produção da verdade e faz funcionar essa verdade vez que, como menciona Foucault (2018a, p. 22), não há como exercer o poder

sem uma certa economia dos discursos de verdade que funcionam nesse poder, a partir e através dele. Somos submetidos pelo poder à produção da verdade e só podemos exercer o poder mediante a produção da verdade. [...] O poder [...] institucionaliza a busca da verdade, ele a profissionaliza, ele a recompensa. [...] a verdade é a norma.

Todos esses discursos de saber, utilizados por meio das diversas táticas das disciplinas, já comentadas anteriormente, estão presentes nas práticas discursivas das diferentes instituições responsáveis pela formação e atuação profissionais; eles influenciam e compõem os processos de assujeitamento dos operadores do direito, somam-se nos processos de fabricação de suas almas, naturalizando suas práticas que se dão, então, de forma indiferente quanto aos resultados efetivamente produzidos pelo sistema penal sobre a realidade social em relação à qual se efetua. Nesse processo de produção da verdade se encontram e se conjugam diversos discursos “universais” de saber. Como constata Ewald (1993, p. 21), “se falamos de ‘grandes’ autores, se nos referimos a eles e os consultamos quase incessantemente, se sentimos necessidade de os retomar e os comentar, é porque neles reconhecemos ‘grandes’ verdades”.

De maneira que outras formas discursivas, não necessariamente vinculadas diretamente à punição legal, mas também hierarquizadas e componentes dos chamados “saberes científicos”, são utilizadas nesse contexto de produção de verdade. Tentando seguir o caminho traçado por Foucault, pretende-se mostrar como alguns desses outros discursos cumprem esse papel na economia da verdade do poder punitivo.

O ramo do saber mais utilizado como base para a justificação do discurso a respeito da punição legal, é o da filosofia, no qual o pensamento jurídico-penal

procura fundamentos para legitimar seus fins punitivos programáticos, variando as correntes filosóficas utilizadas, de acordo com a época analisada e os principais objetivos declarados do discurso penal empregado.

Não se mencionará aqui as intersecções do direito penal com a filosofia antiga e nem mesmo com a medieval, porque cuida-se de analisar o discurso penal a partir do período que Foucault chama de “época clássica” e a “modernidade”¹⁰⁷, que é quando esse sistema punitivo passa a atuar – primeiro pelas técnicas disciplinares e, logo após, combinando-as com o biopoder – na constituição de sujeitos.

Por isso, no capítulo quatro examina-se, de maneira crítica e esquematicamente, o movimento iluminista e a teoria do contratualismo que embora, como observa Foucault, sejam ficções políticas¹⁰⁸, sem dúvida, constituem-se como alguns dos principais aportes filosóficos utilizados na fundamentação e justificação do discurso da punição legalizada moderna. Como é de conhecimento e já ficou demonstrado anteriormente neste texto, Foucault não problematizou a penalidade moderna a partir dessa perspectiva, ela será apresentada justamente para que seja possível demarcar suas diferenças com a analítica do poder e da governamentalidade empreendida pelo filósofo em questão. Nessa análise será perceptível que, embora tais discursos jurídico-filosóficos legitimem retoricamente as práticas punitivas da atualidade, seus postulados garantistas não são realizados.

No capítulo subsequente, o quinto, caminha-se para além dos discursos de saber que apoiam as punições legais e realiza-se a exposição e a análise das questões referentes ao biopoder e à governamentalidade e suas vinculações com as práticas punitivas exercidas pelos profissionais do direito penal. Aborda-se essa outra técnica da economia de poder, indispensável ao desenvolvimento do capitalismo e desvendada por Foucault (2005, p. 132), que surge sucessivamente às disciplinas e a elas se acrescenta e incide de maneira correlata: o biopoder. Mediante o emprego do biopoder insere-se o aspecto biológico no campo do político,

¹⁰⁷ Como pode-se perceber do que já se analisou até este ponto do trabalho, época clássica e modernidade, como empregado Foucault, correspondem aos solos arqueológicos que se estendem de meados do século XVII até próximo ao final do século XX.

¹⁰⁸ Como já se comentou antes, os conceitos abstratos do pensamento jurídico ocidental tradicional sustentam como fundamento da construção da sociedade o contrato e a soberania, porém, Foucault (1999, p. 161) faz perceber que, na verdade, concretamente são as disciplinas e suas táticas que mantêm a coerção individual e coletiva dos corpos; funcionam como amálgama fundante e mantenedor da sociedade burguesa; são a verdadeira força que produz e sustenta a estrutura social tal como ela é.

atuando não apenas sobre o indivíduo isoladamente, mas sobre populações de dada sociedade, considerada em seu conjunto, e, mais especificamente, sobre os fenômenos da vida dessa população.

Não substituindo, mas sim combinando-se com as táticas disciplinares, o biopoder funciona fora de instituições, em campo aberto, utiliza-se de ciências como a estatística e os cálculos, bem como mecanismos de vigilância.

Realiza-se à análise dos regimes de governamentalidade, começando pela razão de Estado, passando pelo liberalismo que, segundo Foucault (2008a, p. 30), é condição necessária para a compreensão da biopolítica e chega-se ao neoliberalismo. Em enfoque mais estreito com o objeto deste trabalho, percebe-se que segundo Foucault (2008a, p. 339) com o liberalismo nasce a ideia do *homo penalis*, em relação a quem a punição constituiria simplesmente na aplicação da letra da lei, sem qualquer consideração subjetiva. A introdução de outros saberes nas práticas penais, contudo, não permitiram essa forma, então considerada econômica e eficiente de punição, dando lugar ao surgimento do *homo criminalis*, quando passou a tratar-se mais do indivíduo que do ato ilícito cometido; com essa mudança, entenderam os teóricos que foram perdidas as características de celeridade e eficácia, bem como aumentou o custo da punição.

Na sequência necessária realiza-se, então, a observação da visão neoliberal, que entende deva o indivíduo ser considerado, também para os fins de punição, como *homo oeconomicus*, que, supostamente, faz o cálculo dos riscos da prática de um crime em relação aos benefícios que esse lhe traria; propõe a governamentalidade neoliberal aquilo que é chamado por Foucault (2008a, p. 350) de “enforço da lei”¹⁰⁹, referindo-se a uma “otimização” das punições, a serem aplicadas com maior celeridade e rigor.

A crítica à racionalidade neoliberal, a qual se arrisca a fazer neste trabalho, parece pertinente à medida que seus fundamentos fazem parte dos fatores que se somam para legitimação das práticas punitivas, tal como são exercidas pelos operadores do direito penal, e agregam-se aos elementos que os constituem como sujeitos.

¹⁰⁹ Foucault (2008a, p. 348) explica o termo “enforço da lei” conforme explicitado em nota de rodapé na introdução da tese.

Finalmente, no sexto capítulo da segunda parte, que é o último do trabalho, cuida-se de analisar a articulação do neoliberalismo com os discursos e as práticas do sistema punitivo e demonstrar como esse imbricamento se apresenta importante no processo de subjetivação ao qual são submetidos os operadores do direito penal. Demonstra-se como objetivos vinculados à eficiência da punição, busca de produtividade e, enfim, outros atributos comuns ao mundo gerencial inserem-se nas práticas punitivas, fazendo com que, mais que em qualquer outro período da punição moderna, com a adoção dessa racionalidade governamental neoliberal, as garantias teóricas, supostamente nascidas com o pensamento iluminista e contratualista, prestem-se unicamente a legitimar e justificar o exercício do poder punitivo, afastando-se, enquanto direitos de proteção das liberdades individuais, das práticas efetivamente desenvolvidas.

CAPÍTULO 4 – SABERES QUE SE ARTICULAM NA CONSTITUIÇÃO DOS SUJEITOS QUE OPERAM O SISTEMA PENAL

4.1. ANÁLISE ESQUEMÁTICA DA VALIDAÇÃO DO DIREITO PENAL PELA PERSPECTIVA DO MOVIMENTO ILUMINISTA

Sabe-se que, como já identificou Foucault (1999, p. 183), o direito, assim como a sociedade, não opera com fundamento nas teorias políticas, mas, sim, segundo as técnicas e táticas do poder, da forma que se expôs no capítulo três, quando se tratou do contradireito. Contudo, considerando-se que esses saberes formais e hierarquizados, como ocorre em relação ao pensamento iluminista, são elementos que compõe o regime de verdade no qual estão imersos os operadores do direito legal de punir – fator, inclusive, já identificado por Giacoia Junior (2021) ao afirmar que, “o moderno conceito de direito foi gerado no interior do movimento iluminista” – parece ser necessário mencionar, esquemática e criticamente, a lógica teórica desse pensamento, ainda que seus pressupostos de garantias não se realizem, na prática, para a maior parte dos indivíduos das sociedades burguesas.

Dessa forma é que o primeiro discurso filosófico a ser examinado, entre os utilizados nessa interconexão do discurso penal moderno com os sistemas de pensamento, é aquele do Iluminismo¹¹⁰. É bastante natural que o discurso iluminista seja um dos saberes a dar suporte à punição legal, considerando-se a época em que ocorreu a transição de um direito penal, então ligado ao absolutismo, para outro, vinculado à ideia de soberania popular. Saia-se, assim, de uma época em que a definição de crime estava vinculada à ideia de ofensa ao soberano e, em última análise, à Deus, que o legitimava, para um tempo no qual os indivíduos deveriam ser os titulares do poder e, portanto, objetos da proteção penal. Nesse mesmo

¹¹⁰ Embora tenha-se afirmado acima que seriam examinados outros discursos relacionados com o discurso penal, em um jogo de interações, além daqueles já expressos pelos reformadores, é necessário registrar que o pensamento iluminista está expresso também pelas produções teóricas desses pensadores, ele informa os seus postulados. Neste apartado, contudo, pretende-se falar de maneira mais genérica sobre o Iluminismo e não trazer o que disseram os reformadores, cujas falas já foram referidas na primeira parte, sempre que isso se mostrou necessário.

período a ciência, que ganhava prestígio, pretendia impor seu conhecimento sobre as crenças e superstições.

Sabe-se que desde o século XVI, sucedendo ao período do Feudalismo¹¹¹, modelo social que estava constituído na Europa desde o século V, surgem Estados unificados e absolutistas, com grandes territórios e estruturas administrativas. Isso se verifica porque pretendia-se favorecer as operações mercantis que se desenvolviam e, para tanto, era necessário que a direção dos Estados fosse exercida de forma centralizada por um soberano, com poder suficiente para garantir a paz e a observação de regras. Estava em curso o pré-capitalismo, ganhava força o comércio burguês; prevalecia, portanto, a ideia da necessidade de um Estado forte.

Nesses Estados o governo era centralizado e concentrado na pessoa do rei, do soberano absolutista, que enfeixava os poderes político, jurídico, as decisões econômicas e tinha o domínio das armas, constituindo grandes exércitos. O poder do soberano absolutista para a administração era amplo e a pessoa do rei identificava-se com o próprio Estado. A fundamentação moral do poder soberano estava ligada fortemente à ideia da vontade de Deus; o rei era considerado o representante de Deus, seu mandatário, não devendo fazer qualquer consulta aos súditos ou dar-lhes explicação alguma por seus atos. Suas decisões eram, assim, incontestáveis e sua pessoa sagrada¹¹².

A imagem do soberano ligado a Deus estava tão presente que Ernest H. Kantorowicz, em sua obra *The King's two bodies: a study in Medieval political theology* (Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval), fala a respeito da ideia então existente dos dois corpos do rei. Segundo esse pensamento - utilizado no direito e na política desde a Idade Média e adotado, depois, pelos reis absolutistas - à semelhança de Cristo, que seria Deus e homem¹¹³, o rei seria,

¹¹¹ Conforme expõe Bezerra (2020), o Feudalismo “foi um modelo econômico, político, social e cultural baseado na posse da terra (feudos) que vigorou na Europa Ocidental a partir do século V. A sociedade feudal era estamental marcada pela imobilidade social. Nesse período, a Igreja Católica era uma instituição muito poderosa que regia a vida [dos indivíduos].” Aduz ainda que o Feudalismo “esteve baseado numa economia agrária e de subsistência”.

¹¹² Como observa Mascaro (2016, p. 120), a tradição de fundamentar em Deus a fonte do poder político já vinha de muito tempo, “Desde Paulo de Tarso, com a *Epistola aos romanos*, cria-se que o poder humano era dado pela vontade divina.”

¹¹³ Tratava-se, também, da ideia de decorrente do pensamento de São Paulo segundo o qual a Igreja era o ‘corpus Christi’; essa linguagem paulina perpassou os pensamentos jurídicos da época, desenvolvendo-se o “corpus

naturalmente, homem e mortal, mas, pela graça recebida em sua coroação adquiria também um corpo imortal; "o rei nunca morre". Kantorowicz (1998, pp. 305-306) afirma que, segundo esse conceito, tinha-se a compreensão da existência de um corpo político, que se transmitia ao sucessor, e outro corpo físico, finito; assim, dizia-se que

todo abade era um "corpo místico" ou um corpo político" e que, conseqüentemente, o rei também era, ou tinha um corpo político que "nunca morria". Não obstante, portanto, certas similaridades com conceitos pagãos desvinculados, os dois corpos do rei constituem uma ramificação do pensamento teológico cristão e, conseqüentemente, permanecem como marco da teologia política cristã.

Mas, apesar de todos esses pensamentos, a concepção do poder emanado da divindade não se encontrava mais intangível, como prevalecera durante todo o período Feudal. No deslocamento do sistema Feudal para um modelo de concentração Estatal ocorre, simultaneamente, como explica Foucault (2011, p. 278), um movimento "de dispersão e dissidência religiosa, sendo no encontro "desses dois movimentos que se coloca, com intensidade no século XVI, o problema de como ser governado, por quem, até que ponto, com qual objetivo, com que método."¹¹⁴ Mostra o pensador francês que o primeiro texto a se contrapor à concepção segundo a qual o poder do soberano decorre da vontade de Deus, trata-se de "O Príncipe" de Maquiavel. Desse texto, segundo Foucault (2011, p. 279), depreende-se que, para a visão de Maquiavel, o soberano (príncipe)

Recebe seu principado por herança, por aquisição, por conquista, mas não faz parte dele, lhe é exterior; os laços que o unem ao principado são de violência, de tradição, estabelecidos por trados com a cumplicidade ou aliança de outros príncipes, laços puramente sintéticos, sem ligação fundamental, essencial, natural e jurídica, entre o príncipe e seu principado. [...] não há razão "a priori", imediata, para que os súditos aceitem o governo do príncipe.

republicae mysticum' que era igualado ao 'corpus morale et politicum' da república" (KANTOROWICZ, 1998, p. 305). Daí passou-se à imagem dos dois corpos do rei.

¹¹⁴ Foucault, ao fazer essas ponderações, está iniciando a discussão a respeito da governamentalidade, que será tema de exame mais adiante, no capítulo cinco deste texto.

Pode-se ilustrar a postura de discordância de Maquiavel em relação a uma suposta relação divina que fundamentaria tudo que ocorre no governo e legitimaria o soberano, com a transcrição de um excerto de sua clássica obra aqui referida, onde demonstra pensar que, em boa parte, o governo decorre das atitudes corretas adotada pelo soberano (a “virtù”), afirmando

Não ignoro que muitos têm tido e têm a opinião de que as coisas do mundo sejam governadas pela fortuna e por Deus, de forma que os homens, com sua prudência, não podem modificar nem evitar de forma alguma; por isso poder-se-ia pensar não convir insistir muito nas coisas, mas deixar-se governar pela sorte. [...] Contudo, para que o nosso livre arbítrio não seja extinto, julgo poder ser verdade que a sorte seja o árbitro da metade das nossas ações, mas que ainda nos deixe governar a outra metade, ou quase. [...] o príncipe que se apoia totalmente na sorte arruína-se segundo as variações desta. [...] Deus não quer fazer tudo, para não nos tolher o livre arbítrio e parte daquela glória que compete a nós. (MAQUIAVEL, 2020, pp. 96-101)

Diante dos fundamentos lançados em “O Príncipe”, Alysson Mascaro (2016, p. 121) afirma que Maquiavel rompe com a ideia tradicional medieval, segundo a qual, “o poder e o governo eram dádivas divinas”; entende que o pensador italiano traz a filosofia para o campo político, procedendo um “deslocamento do campo teológico, até então presente, de maneira incontestável, na forma de entender as questões jurídico-políticas.” Conclui que os meios para o bom governo por ele propostos não são teológicos, mas humanos e realistas (idem, p. 122).

Dessas ideias que vão aparecendo, questionando o vínculo divino com a soberania, desde o século XVI e durante o século XVII; fundamentado também no desenvolvimento das ciências naturais e no racionalismo cartesiano, surge, no século XVIII, o movimento denominado Iluminismo, ou Esclarecimento. Isso se dá simultaneamente à emergência da burguesia como um segmento social que aumentava sua riqueza e ambicionava exercer o poder com mais influência, transformar a forma desse exercício. Diante de seu fortalecimento material, essa classe associou-se aos pensadores que manifestavam ideias que vinham ao encontro de seus objetivos e, por consequência, contrapunham-se aos sistemas absolutistas então vigentes. Importante lembrar que nos regimes absolutistas a sociedade era separada por estamentos, sendo que o povo – ao qual pertencia a

burguesia – não dispunha de nenhum privilégio, ao passo que o clero e a nobreza tinham várias vantagens estamentais.

Sustentava o pensamento iluminista, em síntese, que a maneira então vigente de se compreender a sociedade e o direito de soberania como resultado de desígnios divinos, tratava-se de uma herança irracional da Idade Média, do obscurantismo, sendo necessário, por isso mesmo, lançarem-se luzes sobre essa escuridão através do uso da razão; fazia-se imprescindível vencer as trevas da ignorância e das superstições. Assim, postulava a substituição do pensamento clerical e a adoção da racionalidade como fatores primordiais ao conhecimento, preconizando, ainda, a centralidade do homem nesse processo. Traz como características, portanto, o racionalismo e o individualismo (na relação do indivíduo com o Estado e a defesa de direitos, como por exemplo, liberdade, igualdade e a propriedade privada). Por consequência, opunha-se fortemente ao absolutismo.

Fundamentadas no pensamento iluminista, surgiram as revoluções contra o absolutismo e as religiões, sendo a mais importante, pelo seu caráter de marco histórico e por repercutir em todo o mundo, a Revolução Francesa. Informa essa Revolução o lema *Liberté, Égalité, Fraternité* (Liberdade, Igualdade, Fraternidade); tal lema reúne, portanto, os princípios¹¹⁵ iluministas da liberdade e igualdade.

Compreenda-se, contudo, que se trata de liberdade tão somente em seu sentido negativo, como informa Bobbio (1997, p. 49), que “consiste em fazer (ou não fazer) tudo o que as leis, entendidas em sentido lato e não só em sentido técnico-jurídico, permitem ou não proíbem”. Como ficará claro adiante, não se trata esse lema iluminista da liberdade positiva, considerada aquela “situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer de outros.” (idem, p. 51); a liberdade positiva, também chamada de autonomia, depende de condições materiais que permitam sejam efetuadas escolhas individuais em cada situação que se apresente; tais condições a maioria da população não possuía (e ainda não

¹¹⁵ Como aqui se trata da ideia de princípios filosóficos, mas que também pretendem ter, e efetivamente terão, aplicação jurídica, parece importante destacar que, do ponto de vista jurídico, especialmente na visão pós-positivista de Robert Alexy, princípios podem ser compreendidos como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandados de otimização”. (AMORIN, 2005, p. 126)

possui) para exercer.

Pode ilustrar-se essa diferença lembrando que a lei não proíbe a ninguém que se desloque até Paris e hospede-se no melhor hotel daquela capital europeia, havendo, portanto, a liberdade negativa a todas as pessoas para que realizem essa conduta; por outro lado, condições materiais específicas tornam isso possível para poucos, não havendo, assim, para os demais, a autonomia, vale dizer, a liberdade positiva para fazê-lo.

De maneira que a liberdade postulada no dístico revolucionário é voltada à livre possibilidade de manifestação de vontade, e, especialmente a liberdade de contratar, independentemente da realidade material de cada um dos contratantes, o que proporciona possibilidades completamente assimétricas ao exercício dessa liberdade¹¹⁶.

Em relação à igualdade, trata-se de uma igualdade formal, perante a lei, e não igualdade material, de condições mínimas igualitárias de vida. Mostra Bobbio (1997, p. 27) que o princípio da igualdade, deve ser compreendido em seu aspecto histórico não só pelo que afirma, mas, principalmente, pelo que nega, que, nessa época, eram os privilégios estamentais. Diz o jusfilósofo italiano que o

alvo principal da afirmação de que todos são iguais perante a lei é o Estado de ordens ou estamentos, aquele Estado no qual os cidadãos são divididos em categorias jurídicas diversas e distintas, dispostas numa rígida ordem hierárquica, onde os superiores têm privilégios que os inferiores não têm, e, ao contrário, estes últimos têm ônus dos quais aqueles são isentos.

Portanto, a igualdade postulada pela burguesia no Iluminismo e que figurava no lema da Revolução, era tão só a igualdade formal; vale dizer, a igualdade perante a lei. Por meio dessa igualdade ela livrava-se da distinção legal que existia no ordenamento jurídico então vigente, entre grupos privilegiados (como já dito,

¹¹⁶ já se falou, na primeira parte deste trabalho, da relação contratual que se dava, por ocasião do êxodo rural do início da modernidade, entre capitalistas donos dos meios de produção e uma massa de desempregados lutando pela sobrevivência; em teoria e pela aplicação dos princípios iluministas, ambos são igualmente livres para manifestarem suas vontades. Na maioria dos países na atualidade e, especialmente, no Brasil, a situação material das pessoas que buscam colocações no mercado de trabalho continua sendo flagrantemente mais frágil em relação àqueles que podem emprega-las, fazendo o exercício da liberdade nessa situação uma manifestação de mera liberdade negativa, não possuindo o postulante ao emprego real possibilidade de autodeterminação, face às necessidades materiais que o assolam (volta-se a comentar essa questão, em outra nota, adiante, neste mesmo item).

nobreza e clero), e outro ao qual pertencia (o povo), que era submetido a diversas obrigações, taxações, discriminações políticas, etc. Não se confundia essa igualdade pretendida com a igualdade substancial ou material, também chamada de igualdade nos direitos. Novamente lembra-se a lição de Bobbio (1997, p. 29), que traz importante esclarecimento a respeito dessa distinção; mostra o pensador que a “igualdade nos direitos (ou dos direitos) significa algo mais do que a simples igualdade perante a lei enquanto exclusão de qualquer discriminação não justificada”. Essa igualdade nos direitos não se encontrava entre os objetivos iluministas; muito menos a igualdade de fato, no sentido de “igualdade com relação aos bens materiais, ou igualdade econômica, que é assim diferenciada da igualdade formal ou jurídica e da igualdade de oportunidades ou social.” (BOBBIO, 1997, p. 32)

Já o conceito da fraternidade, mostra Bobbio (1997, p. 7) que “pertence a uma outra linguagem, mais religiosa que política”. Portanto, tal postulação, que também figura entre os lemas da Revolução, traz a ideia de irmandade, reforça a igualdade e, certamente, permite uma motivação para que a maioria do povo, os pobres, se juntassem à burguesia na luta contra o clero e a nobreza¹¹⁷.

Constituiu-se, simultaneamente aos movimentos intelectuais e avanços materiais da burguesia, o direito de inspiração iluminista e que atende aos escopos burgueses. Numa primeira fase esse direito foi representado pelo chamado jusnaturalismo racional; após, com a efetiva derrubada dos regimes absolutistas e tomada do Estado pelo capitalismo, foi substituído pelo juspositivismo¹¹⁸. Refuta-se,

¹¹⁷ Ousa-se chegar a essa conclusão neste texto pois a “fraternidade” não é um dos corolários do pensamento iluminista, que lutava, fundamentalmente pela liberdade, igualdade formal e direito de propriedade. O termo “fraternidade”, do que se depreende de diversas pesquisas para este trabalho, foi usado em vários discursos que precederam a Revolução Francesa, com intuito de estimular o movimento revolucionário. Assim, pode-se perceber que, originalmente, “fraternidade” está mais ligado à religião e despojamento que aos demais postulados do iluminismo, tendo, muito antes da época da Revolução, Santo Agostinho afirmado que “a Igreja reúne os homens em fraternidade, que os religiosos vivem a igualdade por não terem propriedades, que os fiéis ‘vivem na caridade, na santidade e na liberdade cristã’”. (BAGGIO, 2020, p. 38)

¹¹⁸ Parece importante registrar uma distinção entre direito natural (jusnaturalismo) e direito positivo (juspositivismo). O direito natural, em seu princípio, ainda na Antiguidade, não guarda uma separação clara das concepções morais, éticas, religiosas, que predominam em cada época e sociedade, tratava-se de um fenômeno produzido pela sociedade civil; tinham seus defensores a pretensão que se aplicaria universalmente. Mesmo na idade média ainda está fortemente imbricado com a noção de vontade de Deus, sendo resultante de “interpretações” dessa vontade. Já por volta o século XVII – que é o período a partir do qual se situa o objeto deste item – a então ascendente burguesia se posiciona, como se está tratar, contra “uma forma de direito natural religioso absolutista, [...] [lança] mão de um direito natural individual e racionalista.” (MASCARO, 2016, p. 27). Esse direito supostamente poderia ser conhecido pelo uso da racionalidade (trata-se do chamado direito natural racionalista); para o direito natural os comportamentos são bons ou maus em si mesmo. Seria o direito natural

então, especialmente a partir da defesa da liberdade, a ideia de que alguém possa ser vinculado a determinadas situações de fato pela força¹¹⁹ ou por força de crenças, como se dava na soberania absolutista; contesta-se, principalmente e como já visto, a ideia de desigualdade estamentária, com situações formais e a priori de privilégios ou desvantagens.

Nesse novo cenário jurídico, desenhado a partir dos postulados iluministas, surge o chamado “sujeito de direito”¹²⁰ e o “direito subjetivo”¹²¹, que vêm em

racional, portanto, como indica Bobbio (1995, p. 20), citando Grócio, “um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou necessário segundo seja ou não conforme à própria ‘natureza racional’ do homem, e mostrar que tal ato é, em consequência disso vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza.” Já o direito positivo, é aquele que emana exclusivamente das normas legais positivadas, vale dizer, das leis produzidas por uma declaração de vontade de um Estado soberano, que concentra o poder de criar o direito; para essa concepção as ações são em si mesmas indiferentes, sendo consideradas justas ou injustas porque foram disciplinadas de determinada maneira pelo direito positivado. Vale lembrar que a ideia de direito natural precede ao contratualismo (tema tratado no próximo item) e com ele passa a coexistir; como observa Bobbio (1995, p. 42), nesse período o direito natural está vivo e muito influente nos aspectos doutrinários e práticos, aduzindo que no “pensamento do século XVIII têm ainda pleno valor os conceitos-base da filosofia jusnaturalista, tais como o estado de natureza, a lei natural (concebida como um complexo de normas que se coloca ao lado – ou melhor, acima – do ordenamento positivo), o contrato social. No contexto da realidade do Estado ainda domina o direito natural. O Estado, realmente, se constitui com base no estado de natureza, como consequência do contrato social, e mesmo na organização do Estado os homens conservam ainda certos direitos naturais fundamentais.” A partir de então, o direito positivo prevalece e é “considerado como direito em sentido próprio [...] ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria de direito” (BOBBIO, 1995, p. 26). Para a perspectiva crítica de Mascaro (2016, p. 31) o “juspositivismo é a primeira verdade jurídica contemporânea, mas a mais limitada e mascarada dessas verdades. Circunscrevendo o fenômeno jurídico aos limites técnico-normativos estatais – como o propõe Hans Kelsen, que a isso denomina ciência do direito –, o juspositivismo fala uma verdade que é uma mentira: é verdade que o direito atualmente é reduzido à técnica normativa, mas não é verdade que as razões do direito sejam limitadas somente ao mundo normativo-estatal. [...] o juspositivismo é uma filosofia do direito reducionista: segrega o fenômeno jurídico em uma perspectiva parcial.”

¹¹⁹ Necessário assinalar que quando se fala em submeter alguém pela força, retroage-se à ideia da escravidão, especialmente da escravidão antiga, que não se insere no contexto deste trabalho, sendo o termo lembrado apenas para ilustrar a diferença de pensamentos entre as diversas épocas. Importante trazer ainda a noção de escravo como “aquele tipo de trabalhador que, no interior do processo de produção, não estaria apenas apartado do controle dos meios produtivos (característica que compartilha com outros tipos de trabalhadores, inclusive o assalariado), mas também privado do controle de seu próprio esforço produtivo. Vale dizer, é marcado pela ausência de soberania quanto à sua inserção no processo que garante a subsistência material, quanto à sua posição produtiva elementar” (CARDOSO, 2020). É o trabalhador compulsório, submetido à força ao trabalho.

¹²⁰ Parece válido registrar que o sujeito de direito, em âmbito penal, identifica-se ao *homo penalis* que Foucault (2008a, p. 341) menciona e será trabalhado adiante no item 5.3; essa constatação é possível pois o *homo penalis* está exposto e submetido à lei e, para a decisão sobre suas condutas caracterizarem-se como crimes, devem elas ser submetidas às disposições legais, vale dizer, devem subsumir-se aos “tipos” penais.

¹²¹ Considera-se direito subjetivo a faculdade que o indivíduo tem de exercer ou exigir um direito previamente consagrado em uma norma jurídica. Por isso também é conhecido pelo termo “*facultas agendi*”, em oposição ao direito abstratamente previsto, ao qual todos estão submetidos, nesse caso chamado “*norma agendi*”. Nas palavras de Silvio Rodrigues (2006, p. 7) o direito subjetivo é a “faculdade conferida ao indivíduo de invocar a norma em seu favor, ou seja, da faculdade de agir sob a sombra da regra, isto é, a *facultas agendi*. A Constituição garante o direito de propriedade, e o princípio que o consagra é preceito de direito objetivo. Ele se dirige indistintamente a todos, como norma objetiva. A prerrogativa que dele decorre, para o titular do domínio, de

substituição aos antigos privilégios dos estamentos superiores. O direito advém, agora, da razão e da norma jurídica e não mais da vontade de Deus nem de uma determinada posição social. Essa nova forma legal apresenta-se conveniente para que os negócios burgueses possam funcionar adequadamente, constituindo-se em verdade referendada por esse sistema jurídico que lhe é correspondente¹²².

As relações sociais passam a ser exercidas, então, além das diversas outras formas pelas quais se entrecruzam e se apoiam no tecido social, também à luz desse novo discurso de verdade, materializado pelo discurso jurídico que lhe é correlato, com seus pressupostos de liberdade e igualdade formal; o sujeito de direito; e um direito oponível contra todos. Ilustrativamente, pode-se voltar a questão da liberdade para contratar, situando-a em uma relação de trabalho: são considerados livres e iguais o grande capitalista (ou atualmente, uma megacorporação), por um lado; e o trabalhador que busca o emprego, por outro. Pela teoria que então se desenvolve e chega à atualidade, as situações dessas partes são iguais e ambas têm a mesma liberdade para, igualmente, exprimir sua vontade, firmando ou não o contrato de trabalho¹²³. De se observar que para poder existir essa situação extremamente favorável à classe ocupante de posições estrategicamente privilegiadas para o exercício do poder desde o século XVIII, é necessário que surjam os princípios que instrumentalizam as situações de fato, segundo o qual as pessoas devem ser

invocar a norma, na defesa de seu interesse, é o direito subjetivo do proprietário”

¹²² Mascaro (2016, p. 262), observa que “A lógica da constituição do sujeito de direito, da liberdade do contrato, da autonomia da vontade, da igualdade entre os contratantes, tendo por início a necessidade da própria circulação mercantil capitalista, ilumina a explicação a respeito da origem dos próprios direitos humanos. Antes de serem conquistas da bondade humana ou da evolução do espírito, são necessidades práticas da exploração capitalista, razão pela qual tais instâncias jurídicas tendem a se afirmar universalmente”

¹²³ Esse princípio vigora, para pensar-se em termos de realidade atual no Brasil, para uma população que conta com “13,7 milhões de desempregados.” (CAMPOS, A C., 2020)”. E mais, há os chamados “desalentados”, aqueles que perderam a disposição e esperança para procurar empregos, nesse segmento, “disseram que gostariam de trabalhar cerca de 26,7 milhões de pessoas” (Idem) – Dados de 18 set. 2020, divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE. Chega-se, assim, a um número de quarenta milhões e quatrocentos mil brasileiros que, pela suposição legal, podem, de maneira livre e igual, disputar com megacorporações as condições e remunerações que aceitam ou não, para serem contratados para um posto de trabalho. A adoção da presunção da liberdade e igualdade em tais situações alimentam discursos, comuns no neoliberalismo, a respeito da necessidade de se extinguirem ou flexibilizarem as já poucas e precárias normas que regulam o direito do trabalho existentes; normas que buscam (ou buscavam, pois estão desaparecendo) aproximar-se da máxima aristotélica, tratando desiguais desigualmente, no sentido de aproximar-se de uma igualdade material. Toda essa situação faz lembrar o que diz Robert Castel (2000, p. 259) sobre uma sociedade em crise, com muitos desempregados, onde torce-se para que a crise não se “agrave e não apodreça totalmente, pois uma sociedade que tem taxas de 10, 12 ou 15% de desempregados é uma sociedade doente.” A sociedade brasileira atual, por essa perspectiva de Castel, estaria doente, podre.

consideradas formalmente livres, com autonomia da vontade, e iguais.

Cabe aqui lembrar o que já disse Foucault a respeito do contradireito – tema tratado em item específico¹²⁴ na primeira parte deste trabalho – e as distorções que este introduz no direito de inspiração iluminista. Os princípios e as instituições que surgem nesse direito, em sua aparente finalidade de constituir uma sociedade justa e igualitária, estão atravessados pelos “mecanismos miúdos, cotidianos, físicos, por todos esses sistemas de micropoder essencialmente inigualitários e assimétricos que constituem as disciplinas.” (FOUCAULT, 1999, p. 183). As disciplinas que, como observou Foucault (idem), surgem junto com as “luzes”, desde o começo “constituem o subsolo das liberdades formais e jurídicas”, torcendo e distorcendo os postulados do direito moderno; tornam possível, em suas práticas, produzirem-se efeitos totalmente diferentes daqueles formalmente propostos pelo discurso de verdade do direito de orientação iluminista.

Esse discurso de verdade, como indica Foucault, emanado do solo da razão iluminista e, ao mesmo tempo, do subsolo da racionalidade das técnicas disciplinares, é um dos importantes elementos na maquinaria que constitui os sujeitos das sociedades capitalistas e, principalmente, aqueles que se dedicam ao estudo e à prática jurídica, vale dizer, os operadores do direito. É tão presente tal verdade na constituição desses sujeitos, moldando a forma pela qual enxergam as relações sociais e a interação entre os indivíduos, que se pode compará-la à força da verdade expressada por meio do discurso teológico no pré-Iluminismo. Vale lembrar que aquela antiga verdade, entre tantos outros efeitos de poder, fundamentava os governos dos reis absolutistas e fazia realizar execuções de penas de morte mediante suplícios. Mostra Foucault (2018a, p. 24), que o direito iluminista e o conjunto das instituições que o aplicam “são o veículo permanente de relações de dominação, de técnicas de dominação polimorfos”, sendo necessário examiná-las “sob o aspecto dos procedimentos de sujeição que ele põe em prática.”

Feita essa observação, relacionada diretamente ao tema problematizado neste trabalho, parece importante observar que o discurso iluminista, no aspecto dos

¹²⁴ Primeira parte, capítulo três, item 3.2

direitos, afirma ser o mais fundamental aquele de propriedade¹²⁵; o princípio mais importante é que as coisas tenham donos. Aliás, o ponto capital desse pensamento é a defesa do direito absoluto de propriedade, tido como direito existente já na natureza e que, uma vez constituída a sociedade civil, principal finalidade desta deverá ser a defesa de referido direito. Ressalta Várnagy (2006, p. 61) poder o superior hierárquico obrigar um soldado a “marchar até a boca do canhão e um general pode condená-lo à morte, mas nenhum dos dois pode dispor de sua fazenda, arrebatá-la parte de seus bens ou tirar um só centavo de seu bolso.” Diz expressamente John Locke (1998, p. 509) que “o poder supremo não pode tomar de homem algum nenhuma parte de sua propriedade sem seu próprio consentimento.”

Com fundamento nesse pensamento, e no direito que então está a nascer – transpassado pelas disciplinas – os proprietários poderão exercer seu direito subjetivo contra quem quer que ameace ou perturbe suas propriedades; plasma-se o princípio jurídico segundo o qual o chamado direito real de propriedade sobre as coisas pode ser exercido “erga omnes”¹²⁶ (Mascaro, 2019, p. 128). Constitui-se a “verdade” que, se as coisas têm dono, não podem ser apropriadas por mais ninguém, independentemente da situação de cada um.

Trata-se de um princípio que, à primeira vista, parece ser neutro e preservar um direito de efetiva igualdade entre as pessoas, pois ninguém pode atentar contra a propriedade de outro. Contudo, observando-se os efeitos desse discurso na capilaridade do poder exercido na teia social, observa-se que, embora crie uma situação de igualdade formal, permite a existência de enormes desigualdades materiais. Tal se verifica, pois, essa disposição legal possibilita, por exemplo, que

¹²⁵ A pertinência de tratar do direito de propriedade neste texto se justifica porque sua defesa – tanto quanto a falácia da “guerra às drogas” – é um dos grandes discursos de verdade motivadores e justificadores da dureza penal, da verdadeira caça às bruxas procedida contra os segmentos mais empobrecidos da população, etnias socialmente minoritárias, moradores de periferias, etc, que são presos, espancados e até mortos por, supostamente, atentar ou ameaçar a propriedade de bens, mesmo que de pequeno valor, de classes socialmente privilegiadas. Tragédias humanas cotidianas se produzem por meio do sistema penal sob o argumento de defesa do direito à propriedade.

¹²⁶ “Erga omnes”, vale dizer, “contra todos”. Na lição de Silvio Rodrigues (2006, p. 34), “o direito real, como todos os outros, tem necessariamente um sujeito ativo, um sujeito passivo e um objeto. Assim, no direito de propriedade, enquanto o sujeito ativo é o titular do domínio, são sujeitos passivos da relação jurídica todas as outras pessoas do mundo, exceto seu titular. Todas essas pessoas estão vinculadas à obrigação passiva universal, de caráter negativo, cujo conteúdo é o abster-se de praticar qualquer ato que possa turbar a posse tranquila pelo sujeito ativo.”

alguém, proprietário de um número infinitamente superior de bens em relação aos outros indivíduos, não possa ser perturbado em relação a esse seu domínio. E isso, mesmo que alguns desses outros, despojados de um mínimo de tais coisas, estejam com a própria sobrevivência sob risco, exatamente por não disporem de tais bens.

Ressalta-se, assim, os efeitos desse discurso que sustenta o direito observando-os em seu aspecto material, de prática efetiva na malha social, em seu campo de aplicação e onde produz seus resultados concretos; e, dessa perspectiva, percebe-se que tem importante participação na construção da alma de seus profissionais. Esse parece ser o olhar adequado para se compreender os efeitos dos postulados iluministas, combinados aos micropoderes disciplinares, sobre a constituição dos operadores do direito. Assim se conclui, pois, falando do método para estudar o poder, Foucault (2018a, p. 25) diz que se deve fazê-lo “no ponto em que ele se implanta e produz seus efeitos reais [...] como as coisas acontecem no momento mesmo, no nível, na altura do procedimento de sujeição”.

Nessa análise, é de se observar que os fundamentos tão densamente defendidos pelo pensamento iluminista só se aplicam, quanto aos efeitos positivos que podem gerar, aos ricos e aos proprietários, vale dizer, àqueles que encontram-se ocupando posições privilegiadas para o exercício do poder. Mostra Várnagy (2006, p. 73) que, para Locke, existem dois princípios:

o primeiro é que os trabalhadores não são membros com pleno direito do corpo político, e o segundo é que não vivem nem podem viver uma vida plenamente racional. Os pobres estão na sociedade civil, mas não são membros plenos dela nem são considerados cidadãos.

A postulação filosófica do Iluminismo e materializada no direito burguês, se opõe à filosofia e ao direito teocrático do medievo; por outro lado, porém, também não retoma os postulados filosóficos clássicos, colidindo frontalmente, por exemplo, com o pensamento de Aristóteles, ainda na Antiguidade que, como informa Mascaro (2016, p. 127), concebendo a plenitude do homem na cidadania, entende ser a virtude da justiça o bem para o outro, que se exerce na sociedade.

Não é difícil extrair desse pensamento clássico que a cada um deveria ser proporcionado aquilo que lhe é naturalmente necessário, sem faltas nem exageros.

Ao contrário do pensamento aristotélico¹²⁷, contudo, o pensamento e o direito de origem iluminista, partindo do pressuposto que somente os proprietários são membros plenos da sociedade, não o sendo os pobres e os trabalhadores, entende que as coisas devem pertencer apenas àquele que é legalmente seu dono. Não interroga, esse pensamento, qual a origem remota dessa propriedade e, principalmente, se há efetiva justiça numa situação em que poucos possam acumular muito mais que precisam para sua sobrevivência e, outros, tenham uma falta de elementos materiais até mesmo para a própria sobrevivência; ao contrário, legitima tal situação.

De tal sorte que o direito que nasce com Iluminismo, tendo como fundamento discursivo a igualdade, a liberdade e a propriedade, cumpre seu real objetivo, que é a construção de um regime de verdade que proporciona a proteção do capitalismo, da burguesia. Para tanto, por um lado, permite efetivamente a liberdade negativa, da expressão da vontade contratual, para negociar; defende a igualdade formal, perante a lei; e, assegura a propriedade privada; por outro, garante a manutenção e a efetivação desses princípios burgueses quando produzem assimetrias sociais concretas pela repressão, exercida mediante o direito penal, contra qualquer insurgência dos dominados – os pobres, os trabalhadores e outras parcelas fragilizadas da população – que se oponha ao exercício dessa dominação de classe¹²⁸.

Como identificou Clécio Lemos (2018, p. 196):

Sob o verniz da igualdade formal, forja-se o aparato jurídico a dar

¹²⁷ Não é a pretensão deste texto retornar ao pensamento de aristotélico, nem é objeto deste trabalho; apenas menciona-se seu pensamento, neste ponto, para marcar a diferença entre o pensamento Clássico de justiça e o pensamento iluminista. Para ilustrar o que se afirmou no texto, vale lembrar que Aristóteles dizia: “Da justiça particular e do que é justo no sentido que lhe corresponde, uma das espécies é a que se manifesta nas distribuições de magistraturas, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois em tais coisas alguém pode receber um quinhão igual ou desigual ao de outra pessoa); a outra espécie é aquela que desempenha uma função corretiva nas transações entre indivíduos.” (ARISTÓTELES, 2020, p. 40). E mais adiante afirma: “a injustiça é excesso e falta, no sentido em que conduz ao excesso e à falta (no caso da própria pessoa, excesso do que é útil por natureza, e falta do que é nocivo; no caso de outras pessoas, embora o resultado seja equiparável de maneira geral ao caso anterior, a proporção pode ser violada em uma e na outra direção). Na ação injusta, ter muito pouco é ser vítima de injustiça, e ter demais é agir injustamente. É esta, então, a nossa exposição da natureza da justiça e da injustiça e, igualmente, do justo e do injusto em geral”. (Idem, 43)

¹²⁸ Em outras palavras, e reportando-se ao exposto nos itens “contradireito” e “contradireito penal”, trabalhados na primeira parte, capítulo três, item 3.2 e 3.3, pode-se concluir que são garantidos os efeitos do contradireito, que se apresentam favoráveis para a burguesia, com a contenção e punição do povo por meio dos efeitos do contradireito penal.

suporte ao novo exercício punitivo. A teoria aponta para um sistema jurídico explícito, codificado, construído através da forma contratual (representativa). [...] Trata-se de, no campo das palavras, remanejar as ideias que autorizam a máquina estatal a exercer seu poder. Agora um poder mais estável, cuja infiltração social se torna mais segura e constante, e que precisava estar respaldada em princípios políticos e liberais. [...] Assim é moldado o Direito punitivo burguês [...]. Conectando toda a descrição da sociedade disciplinar com os discursos penais, Foucault mostrou suficientemente o quanto era falsa a pretensão de um sistema de defesa geral.

Esse direito, fundamentado nos princípios iluministas citados acima e colonizado pelas disciplinas, constitui-se no discurso de saber que legitima a prática dos profissionais jurídicos com funções punitivas; torna “verdade” a suposta necessidade da repressão penal em relação a qualquer conduta que, teoricamente, venha a ameaçar ou lesionar tais postulados, bastando que ela esteja tipificada na lei. Suas práticas prescindem de qualquer juízo valorativo a respeito de justiça ou injustiça material que possam produzir. Vale ilustrar essa assertiva mencionando que, segundo os princípios legais decorrentes do pensamento iluminista, há crime ainda que alguém muito pobre, para saciar o desejo de comer algo, venha a causar uma lesão insignificante contra a propriedade de uma pessoa ou empresa muito rica, subtraindo-lhe, a título de exemplo, uma barra de chocolate. Parte-se do princípio de liberdade para realizar a conduta, passando-se pela crença da igualdade entre autor e vítima, e chega-se à conclusão de necessidade de defesa do “sagrado” direito capitalista de propriedade.

Essa forma de exercer o poder punitivo, que se apoia no pensamento iluminista, demonstra de maneira insofismável como o discurso filosófico, que teoricamente busca estabelecer liberdade e igualdade, permite um exercício de poder que privilegia àqueles que se encontram em posição estrategicamente mais favorável ao seu exercício¹²⁹. Observando-se esse poder na forma pela qual ele efetivamente se exerce, indo além do contido apenas das regras expressas de direito, percebe-se que ele “investe-se em instituições, consolida-se nas técnicas e fornece instrumentos de intervenção materiais, eventualmente até violentos.”¹³⁰

¹²⁹ Parece não ser difícil concluir que esses que se encontram em situação estrategicamente privilegiadas, desde o final do século XVIII, são os donos do capital, a burguesia.

¹³⁰ Imagina-se que a violência exercida pelo sistema penal e pelo poder punitivo tenha ficado devidamente

(FOUCAULT, 2008a, p. 25).

Como se mencionou na introdução e em vários outros pontos ao longo deste texto, as práticas efetivadas por grande parte dos profissionais do direito penal demonstram a força dessas verdades constituídas-constituintes sobre esses sujeitos e sobre suas práticas, que se dão, como também já se disse, de maneira irrefletida, mecânica, reprodutora de discursos de verdade; em uma palavra, sem exercício da crítica. Exatamente por isso entende-se que tais discursos são parte do dispositivo que, ao lhes constituir como sujeito, dificulta-lhes o exercício dessa indispensável atitude crítica. A atitude crítica que, de forma aparentemente paradoxal ao que aqui se sustenta, pode ser considerada um ponto fundamental do Iluminismo, também chamado de Esclarecimento.

Ao falar sobre o Esclarecimento, em sua importante exposição de 1978, intitulada *Qu'est-ce que la critique? Critique et Aufklärung* (O que é a crítica? Crítica e *Aufklärung*), proferida na Sociedade Francesa de Filosofia, Foucault (2018c) inicia analisando um texto de Kant, no qual esse pensador alemão fala sobre tal movimento filosófico-intelectual. Mostra Foucault que Kant dizia que o homem se encontrava autoritariamente mantido em um estado de menoridade, e definia o Esclarecimento como uma forma de crítica, como a necessidade do uso da razão e dos conhecimentos para, sem a direção de qualquer outro, poder sair desse estado. Segundo Foucault, Kant lança um apelo à coragem para que se faça uma crítica a temas como a religião, o direito e o conhecimento; o homem deveria opor-se, assim, aos excessos de governo. Na sequência de sua exposição, Foucault aduz uma profunda análise sobre a visão kantiana.

Lembra-se que, em seu celebre texto *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung* (“Respondendo à pergunta: o que é esclarecimento”), Kant (2008, p. 88) afirma, em síntese, que o Esclarecimento, ou Iluminismo, “é a saída do homem da condição de menoridade autoimposta. Menoridade é a incapacidade de servir-se de seu entendimento sem a orientação de outro.” Conclama aos homens a livrarem-se de seus tutores, aos quais estão acostumados, e terem a coragem de usar seus próprios conhecimentos; emprega a expressão “ousar saber” (*Sapere aude!*¹³¹).

esclarecida pela exposição realizada na primeira parte deste texto.

¹³¹ O termo “*Sapere aude*” teria sido empregado pela primeira vez por Horácio (2020) em sua *Epistularum liber*

Afirma Kant que essa menoridade é autoimposta, por preguiça e covardia; entende que a condição indispensável para alcançar o conhecimento é a liberdade, especialmente a liberdade de usar a sua própria razão, pensar por si mesmo. Demonstrando sua oposição ao absolutismo e ao clero, menciona que essas instituições dizem sempre para não raciocinar, mas cumprir o que é determinado, fazendo, entre outras alusões ilustrativas, aquela referente ao líder espiritual que diria: “não raciocineis, crede!”. Conclui o pensador que somente a liberdade para o uso público do entendimento pode “gerar o esclarecimento em todos os seres humanos” (Idem, p. 89).

Foucault (2018c), contudo, vê alguns problemas mesmo nessa visão kantiana, que parecem vir na mesma perspectiva do que se sustenta neste tópico. Menciona-se neste texto que alguns discursos de saber, hierarquicamente posicionados, podem dar sustentação e legitimar o exercício das práticas punitivas e, principalmente, levar à falta de atitude crítica que se apresenta em significativa parcela dos profissionais jurídicos que aplicam o direito penal. Compreendem-se tais discursos de saber, portanto, como fatores que contribuem significativamente na incapacidade desses profissionais do direito em criticar o próprio saber que os orienta e que reproduzem.

Conforme o pensador francês, mais que o convite à coragem, a observação histórica da crítica de Kant parece ter se desdobrado no século XIX em três traços fundamentais: confiança na ciência positivista desde seu início; o desenvolvimento de um Estado tido como razão histórica e que se utilizaria de procedimentos racionais na gestão da economia e da sociedade; e, finalmente, desses dois anteriores decorre o terceiro traço, o desenvolvimento da ciência do Estado, ou estadismo.

A própria crítica Kantiana ao jogo do poder parece ter feito surgir uma confiança excessiva nas ciências positivas e na profunda relação desses conhecimentos com o “estadismo”. Por isso, a própria razão e sua confiança nas ciências positivas figura como responsável histórica pelos excessos de poder da governamentalização; “há algo na racionalização e talvez na razão mesma que é responsável pelo excesso de poder”. (FOUCAULT, 2018c, p. 8).

Poderia indagar-se, então, relacionando essa reflexão foucaultiana com o tema problematizado neste trabalho, se não seria possível concluir que uma das formas pelas quais esse excesso de poder identificado por Foucault se exprime, é pelas práticas verificadas no exercício do poder punitivo; a resposta positiva parece emergir. E pode-se ainda perceber que esse excesso de poder punitivo se dá confiante em sua própria “ciência”, o direito penal. “Ciência” esta que, por sua vez, é apoiada por outros discursos de saber, como se está a demonstrar aqui.

Continua Foucault (2018c), assinalando a diferença da análise dessa questão na Alemanha e na França; demarca as diferenças existentes ao demonstrar que, na Alemanha, da esquerda hegeliana à Escola de Frankfurt, já houve uma crítica ao positivismo, ao tecnicismo, e aos elos entre a ciência e a forma de dominação da sociedade contemporânea; ressalta que essa postura não ocorreu na França.

Entende ter, então, chegado a época em que a crítica pode ser aproximada àquela feita pela Escola de Frankfurt. Propondo a análise a partir de parâmetros extraídos da fenomenologia, de constituição de sentido, indaga sobre a *Aufklärung*: “o que faz com que a racionalização conduza ao furor do poder?” (FOUCAULT, 2018c, p. 10). Ora, a indagação que se faz no presente trabalho, parece se aproximar muito daquela feita por Foucault a respeito do furor do poder; poder-se-ia perguntar: por que do furor punitivo? Por que os profissionais do direito criminal assumem as práticas punitivas que efetivam? Por que se permitem continuar buscando condenações criminais que levarão a um sofrimento inútil; que não contribuirão para os objetivos declarados do direito penal, como a realidade empírica mostra há duzentos anos?

Responde Foucault (2018c) que nos encontramos, não sabendo se frente a razão demais ou insuficiente, mas, certamente, a poder demais. Diante das promessas da Revolução, está-se frente à inércia de um poder que se mantém indefinidamente; da oposição entre as ideologias da violência da teoria científica da sociedade, do proletariado e da história, já chegamos até mesmo duas formas de poder irmãs: fascismo e stalinismo. E pode-se acrescentar que, no âmbito do exercício do poder punitivo, chegou-se ao extremismo penal, à punição de indivíduos que não são mais sequer considerados cidadãos, são tidos como não-pessoas. Tanto é assim que algumas teorias surgidas na “ciência” penal atual que se deve relativizar, em relação a essas não-pessoas, seus direitos individuais, devendo ser

punidos com flexibilização ou supressão das garantias legais e constitucionais; devem ser encarados como inimigos da sociedade e ser “neutralizados”.¹³²

Utilizando-se ainda do texto de Foucault (2018c) sobre a crítica, importante lembrar que, para identificar a aceitabilidade da verdade do saber penal – que, como os demais excessos no exercício de poder, não decorre de nenhum “a priori” – seria necessário identificar o que o torna “difícil de aceitar, sua arbitrariedade em termos de conhecimento, sua violência em termos de poder, logo, sua energia.” Necessário analisar, portanto, de maneira histórico-filosófica, em suas práticas, as particularidades, as singularidades de sistemas apresentados de maneira universalizante. Buscar as explicações profundas, o foco causal da aceitação; as multiplicidades de relações, encadeamentos, interações; ações circulares; cruzamento de processos heterogêneos.

Como na genealogia foucaultiana há que se procurar a lógica de um jogo de interações; e ainda, como nenhuma dessas relações aparece como primária ou totalizante e nenhuma pode ser desconsiderada, sendo tudo uma combinação de estratégias, pareceu indispensável verificar – juntamente aos outros fatores em estudo – o discurso iluminista como uma dessas influências mútuas na constituição do sujeito encarregado de exercer o dispositivo punitivo.

¹³² Embora já se tenha demonstrado como, na prática judiciária, adota-se, em grande parte, essa mentalidade (veja-se a respeito o item relativo ao contradireito penal), existem teorias penais que legitimam essas posturas como saber formal. Pode-se exemplificar com o chamado “direito penal do inimigo”, proposto por Günther Jakobs, no qual preconiza este autor, em síntese, que, simultaneamente ao “direito penal do cidadão”, que seria o direito com origem nas ideias dos reformadores e onde se reconheceriam os direitos individuais e as garantias processuais e constitucionais, deveria haver o “direito penal do inimigo”; neste último, qualquer indivíduo que não respeite as leis penais mais relevantes de um dado Estado deve perder todos seus direitos de cidadão e, também, de ser humano. Assevera que o Estado deve tratá-lo como uma “não-pessoa”, perseguindo tal infrator por todos os meios disponíveis. Assim, por exemplo, um componente de uma facção criminosa ou um terrorista não deve ter reconhecido, em seu favor, as garantias legais, nem mesmo os Direitos Humanos e deve ser tratado como o inimigo em uma guerra. (JAKOBS, 2010). Essa teoria de Jakobs, assim como o tema do recrudescimento das punições e da desconsideração aos direitos e garantias individuais de supostos “criminosos” são abordados adiante, com mais profundidade, no item que trata do inimigo social e das punições no neoliberalismo (capítulo seis).

4.2 CRÍTICA AO DISCURSO CONTRATUALISTA E SUA RELAÇÃO COM AS PUNIÇÕES LEGAIS

Continuando a análise dos discursos político-filosóficos que cooperam para a validação do saber penal como uma teoria justificadora da existência e do funcionamento do sistema punitivo, a partir da época aqui tratada, cuida-se, agora, de revisitar, também de maneira esquemática e crítica, o aporte teórico fundado no pensamento expresso pelo contratualismo. Já se mencionou, em outro contexto, no início deste trabalho, estar a base teórica do direito penal burguês lastreada no pensamento contratualista, contudo, cumpre agora expor um pouco mais a respeito do tema.

Para tanto, inicia-se registrando que o contratualismo se fundamenta na ficção que a sociedade civil organizada existe a partir de um pacto social livremente firmado entre seus integrantes, sendo que esse fator a diferencia do estado de natureza, que a antecede. Assim, tal pensamento preconiza haver um determinado momento em que os seres humanos decidindo deixar de viver no referido estado de natureza e, buscando coexistir em uma sociedade organizada, constituem esse corpo social por meio de um contrato, um pacto social. A partir de então, renunciam aos direitos individuais, os quais desfrutavam no estado de natureza, em prol desse ente coletivo supostamente fundado na vontade de todos os membros que se associam, que proverá liberdade, igualdade e segurança a todos. Criam, então, as suas próprias leis¹³³, organizam as formas de administração e os demais elementos necessários para a vida social. Esse pensamento concebe a sociedade, portanto, como resultado de decisões da razão humana, entende que os indivíduos deliberaram viver de maneira associada, atribuindo-se e cumprindo reciprocamente normas de convivência.

A análise mais aprofundada de tais filosofias fugiria completamente às metas pretendidas para este trabalho; até porque já se mostrou antes adotar a concepção,

¹³³ A distinção entre direito natural e direito positivo, sendo este o que emana e se resume às leis criadas (positivadas) pela declaração de vontade de um Estado soberano, que concentra o poder de criar o direito, foi objeto de referência acima, em nota, no item anterior - 4.1 - deste capítulo.

fundamentada na visão foucaultiana, que a sociedade não se constitui ou é regulada por meio de um pacto social, mas, sim, que existem relações de poder as mais diversas “que atravessam, caracterizam e constituem o corpo social” (FOUCAULT, 2011, p. 179). Contudo, o mesmo pensador também mostra que não é possível o exercício do poder, e acrescenta-se aqui, inclusive do poder punitivo, “sem uma certa economia dos discursos de verdade [...]. Somos submetidos pelo poder à produção de verdade e só podemos exercê-lo através da produção de verdade.” (Idem, p. 180)

Desta forma, as referências ao pensamento em análise são feitas tão somente para situar e criticar o marco teórico do pensamento filosófico-político utilizado exatamente nessa fundamentação e legitimação discursiva do sistema penal; ou, dito de outra forma, para revelar mais um dos discursos envolvidos na economia de verdade que é empregado para fixar a legitimidade do poder punitivo. Lembra-se, então, que, com base no contratualismo, sustenta o discurso penal ter como escopo punir indivíduos que, supostamente vivendo em condições de igualdade e dispondo da liberdade, não se adequam ao contrato social e violam suas regras¹³⁴.

Diante desses pressupostos, a conclusão sobre a culpa e necessidade de punição daquele que rompe o pacto surge para o saber penal como corolário do pensamento contratualista pois, se de maneira, livre, voluntária e racional os homens teriam decidido, por meio do contrato social, constituir uma sociedade, quem quer que viole essas regras, cometendo um ato previsto como crime, estará agindo de forma incorreta no uso de seu livre-arbítrio e deverá, como consequência, ser considerado um traidor e sofrer as consequências em forma de uma pena, uma sanção penal.

Claro que, como já se comentou no item anterior, até mesmo essa igualdade é uma ficção, porque na sociedade burguesa real as relações entre os indivíduos possuidores de bens e aqueles que nada possuem sempre foram assimétricas ou, em outros termos, desiguais, sendo certo que há uma minoria proprietária dos bens

¹³⁴ Por honestidade intelectual, registra-se que Jean-Jacques Rousseau (1999) afirma, em nota, ao final do livro primeiro de sua obra, que “sob os maus governos essa igualdade é somente aparente e ilusória; serve só para manter o pobre na sua miséria e o rico na sua usurpação. Na realidade as leis são sempre úteis aos que possuem e prejudiciais aos que nada tem, donde se segue que o Estado social só é vantajoso aos homens quando todos eles têm alguma coisa e nenhum tem demais.” Essa nota de Rousseau, contudo, parece ter sido esquecida àqueles que formulam e aplicam o direito, especialmente o direito penal.

de produção e riquezas que pode exercer – e efetivamente exerce – o poder com grande privilégio e discricionariedade sobre uma maioria de despossuídos.

Sabe-se que, já no mesmo momento em que o direito penal vai deixando as características daquele exercido no absolutismo e se modelando na maneira da punição legal moderna, no século XVIII, um enorme número de pessoas migrava do campo para as cidades, motivadas por alterações sociais e legais. Fatores como a modificação da produção, de artesanal para a industrial e leis que favoreciam a acumulação da propriedade das terras nas mãos dos detentores de capital e, outras, que impediam o acesso a uma série de bens antes disponíveis gratuitamente aos mais carentes (como o caso da lenha caída nos bosques cujo recolhimento foi proibido ao povo, analisado por Marx e já mencionado antes neste trabalho)¹³⁵, não só faziam inexistir a imaginada igualdade como também cerceavam a liberdade dos despossuídos.

Todos esses fatores geravam uma situação de absoluta precariedade, na qual se encontrava uma grande massa de pessoas vivendo nas cidades; uma multidão que não possuía mais que sua própria força de trabalho. Esses indivíduos não tinham liberdade outra que não fosse a de vender-se, assalariar-se; tal conjuntura funcionava contra a valorização do “preço” dessa venda, fazendo com que a remuneração oferecida pelos donos do capital fosse quase insuficiente, ou mesmo insuficiente, à mera sobrevivência animal buscada. Tratava-se, já na origem da sociedade e da punição moderna, de flagrante situação de desigualdade real produzida pela legislação imposta¹³⁶. Foi um dos diversos momentos históricos que o exercício de poder produziu horrores.

Foucault analisou em profundidade essa situação da proletarianização do povo e da construção de um direito penal para reprimi-lo, discipliná-lo e gerir as ilegalidades, em seu curso de 1972-1973 no Collège de France, “A sociedade punitiva”, onde menciona que o direito penal do final do século XVIII e início do

¹³⁵ Primeira parte, capítulo 3, item 3.5.

¹³⁶ Também vale destacar a fala de Marx (2019) sobre a aludida liberdade dos trabalhadores que vendem sua força, quando aduz que eles “só se convertem em vendedores de si mesmos depois de lhes terem sido roubados todos os seus meios de produção, assim como todas as garantias de sua existência que as velhas instituições feudais lhes ofereciam. E a história dessa expropriação está gravada nos anais da humanidade com traços de sangue e fogo.”

século XIX se apresenta como algo que chamou exatamente “de sociedade punitiva, ou seja, uma sociedade na qual o aparato estatal judiciário desempenha, ademais, funções corretivas e penitenciárias.” (FOUCAULT, 2015, p. 129).

Nessa sociedade punitiva identificada por Foucault, a visão rousseauiana de delinquente como inimigo público, será sucedida pela ideia do inimigo social na governamentalidade biopolítica moderna¹³⁷; o elemento diferente dos demais, inimigo apesar de ser interno ao Estado; um agressor que não vem de fora e que, de qualquer forma, deve ser combatido e punido exemplarmente. Essa visão é particularmente útil a uma sociedade tão desigual que precisa de instrumentos que assegurem a manutenção de posições privilegiadas e divisões de classe. Qualquer um que se arvora contra o estado desigual pode ser considerado alguém que está rompendo um “justo pacto social” e merece ser punido e, até mesmo, morto.

Como mostra Foucault (2015, p. 31), passa-se à ideia do crime como “aquilo que prejudica a sociedade, ou seja, de que é um gesto por meio do qual o indivíduo, rompendo o pacto social que o liga aos outros, entra em guerra com sua própria sociedade.” E se o crime é um dano à sociedade, é importante que a pena seja aplicada de maneira que esse inimigo público seja contido e não se multiplique, “a punição, portanto, instala-se a partir de uma definição do criminoso como aquele que guerreia com a sociedade”. (Idem, p. 32)

Veja-se que nessa concepção de crime e criminoso estão contidos dois dos fundamentos basilares do contratualismo: a concepção de Rousseau (1999), a respeito de ser aquele que pratica um crime um inimigo público; e a concepção hobbesiana¹³⁸ do risco guerra que o pacto social procura conjurar, pois, nessas circunstâncias, o crime equivale à guerra empreendida pelo indivíduo contra a própria sociedade da qual faz parte. Justifica-se assim a punição com sólida fundamentação contratualista.

A partir desse ponto de vista, de crime como lesão à sociedade, aos interesses do soberano, compreende-se o surgimento da figura do Procurador,

¹³⁷ A questão do surgimento inimigo social será objeto de estudo mais detalhado adiante, no próximo item; já o biopoder será tratado no capítulo cinco.

¹³⁸ Lembra-se que Hobbes (2003, p. 109) afirmava que, “durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de mantê-los todos em temor respeitoso, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens.

encarregado de vigiar toda a sociedade e perseguir os crimes praticados¹³⁹. É importante ressaltar que, segundo o contratualismo, soberano é o poder que se forma a partir da vontade única manifestada pela união dos membros da sociedade civil; pouco importa se essa vontade se expressa por um monarca, como prefere Thomas Hobbes (2003, p. 143); ou pelo Poder Legislativo, como compreendem Rousseau (1999, p. 71) e Locke (1998, p. 468); será sempre a soberania expressando-se.

Dessa retrospectiva esquemática e crítica a respeito do contratualismo e sua vinculação com o poder legal de punir, no papel de legitimador desse, percebe-se como, há dois séculos, é um daqueles discursos que se entrelaçam com o poder em geral e com o poder punitivo em especial, ao tempo que o justificam. Por isso mesmo, não se pode ignorar a importante função que desempenha na subjetivação do operador do direito.

Ao abordar-se o contratualismo percebeu-se, ainda, o surgimento da figura do inimigo da sociedade nos seus discursos. Diante da importância que esse personagem representa na aplicação das punições legais, vale dizer, nas práticas dos profissionais que atuam no interior da maquinaria punitiva e, mesmo, na subjetivação deles, afigura-se indispensável sua análise mais detalhada. Por isso mesmo é que o próximo item é dedicado ao estudo do surgimento e do emprego da figura do inimigo social como discurso de verdade.

4.3 A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO SOCIAL

Como corolário do exposto acima, mostra-se necessário realizar o exame de como surge a imagem daquele indivíduo, ou segmento da população, que será o principal alvo das punições no âmbito da penalidade moderna. A esse alvo serão atribuídas as características que, por um lado, justificarão a “necessidade” de sobre

¹³⁹ Já se falou na Primeira parte, Capítulo 1, item 1.2, a respeito do surgimento da figura do Procurador, como representante do soberano, responsável por substituir a vítima, vez que o próprio soberano é lesado quando são descumpridas suas leis: “surge a noção de crime como *infração*, porque um dano não configura mais questão apenas entre indivíduos, grupos ou famílias, ‘mas também uma ofensa de um indivíduo ao Estado, ao soberano como representante do Estado’” (FOUCAULT, 2013, 69).

ele recair a atuação do sistema penal e, por outro, definirão quais os indivíduos que deverão ser punidos, combatidos, segregados ou, simplesmente, neutralizados, extintos. A atuação preferencial do sistema deve ser direcionada contra eles pela “verdade” estabelecida no sentido de serem, como se verá na sequência, considerados indivíduos ou grupos nocivos à sociedade como um todo, cuja punição ou eliminação constitui-se em um “benefício” ou, mais que isso, uma “necessidade” para a existência e a melhoria do restante da sociedade. Esse personagem construído é o inimigo social, ao qual se fez rápida referência no item anterior.

Compreender seu papel social como personagem definido, e ainda, o contexto no qual se deu seu surgimento é de fundamental importância, pois, a partir desses pontos, entende-se o funcionamento desse importante elemento para a composição da “verdade” que orienta o funcionamento da sociedade punitiva moderna, e, principalmente, que direciona as práticas dos profissionais do sistema penal responsáveis pela imposição das penas legais. A figura do inimigo social, portanto, é fator decisivo para a compreensão do objeto problematizado neste texto, vale dizer, a constituição do sujeito operador do direito penal moderno.

Interessante observar que a emergência do criminoso como inimigo social ocorre na mesma época em que se define a pena de prisão como modelo central de punição¹⁴⁰ e, embora sejam temas que guardam uma certa conexão – pois ambos dizem respeito à punição legal – essa simultaneidade temporal não corresponde a uma reciprocidade direta; vale dizer, não foram objeto de um princípio único que orientasse tal surgimento e aplicação contemporâneos; ao contrário, entre a concepção do inimigo social que inspirava simplesmente a punição ou eliminação, e o elemento penitenciário com seu conteúdo moralizante, há mesmo um certo antagonismo, como se verá logo adiante.

Antes, porém, interessante perceber que desde o século XVIII o criminoso não é mais considerado simplesmente culpado de um ato, de um mal eventualmente causado a uma vítima; passa, então, a ser visto como um inimigo da sociedade, que causa danos, faz um mal à sociedade como um todo, entra em guerra com a

¹⁴⁰ O tema da pena de prisão como forma principal de punição foi extensivamente estudado na primeira parte deste trabalho.

sociedade rompendo o pacto social¹⁴¹. Dessa forma, a punição que deve ser imposta, dosando-se a pena de maneira que seja útil e necessária para a dominação desses inimigos sociais, é “uma medida de proteção, de contra-guerra que a sociedade tomará” (FOUCAULT, 2015, p. 31).

Constata Foucault (idem, p. 33) que o inimigo social surge como um elemento que permite a articulação entre a teoria do contrato social, portanto, da soberania, e a existência da figura do procurador do soberano. Dá a essa junção uma harmonia, uma coerência. Se a sociedade é constituída por meio de um pacto social, se a soberania expressa a vontade dos componentes dessa sociedade, e se o criminoso age como inimigo dessa mesma sociedade e do soberano por ela constituído, nada mais correto que o soberano, lesado pela guerra contra a sociedade efetuada por meio do ato cometido pelo suposto criminoso, reaja a essa guerra valendo-se da contra-guerra. Para mover essa contra-guerra são necessárias as instituições como o procurador do soberano, que acusa em nome da sociedade toda (vem tornar-se, no decorrer do tempo, a instituição do Ministério Público)¹⁴²; a polícia judiciária que investiga as agressões à sociedade; e o juiz, ou o júri. Como percebe Foucault (2015, p. 33), “Ser julgado por um júri [ou por árbitros] já não é ser julgado por seus pares, mas ser julgado em nome da sociedade pelos representantes dela.”¹⁴³

A ação penal pública é legitimada por meio dessa concepção, da articulação da ideia de inimigo público e soberania decorrente do pacto social; a partir dessa compreensão, a atuação do procurador, em nome do soberano e da sociedade, agredidos que são com o crime, surge como a resposta natural e necessária, a guerra pública contra o criminoso. A ação penal pública é exercida de maneira obrigatória pelo Ministério Público (o procurador), e, uma vez proposta, dela não

¹⁴¹ Essa noção já foi analisada no item anterior, na exposição sobre o pensamento contratualista. Parece válido relembrar a noção expressa por Rousseau (1999, pp. 101-102), no sentido de que, quando comete um crime, o homem torna-se rebelde e traidor da pátria; equivale a conduta criminosa a mover guerra contra o corpo social, devendo, por isso mesmo, perecer para a manutenção do Estado. O criminoso, na perspectiva de Rousseau, transforma-se num “inimigo público”.

¹⁴² A instituição do procurador é uma ideia mais antiga, que vinha desde o século XVI, “que parte do controle dos litígios judiciários pelo poder monárquico” (FOUCAULT, 2015, p. 33).

¹⁴³ Entende-se que o termo “ou por árbitros”, pode ser tomado na equivalência de um juiz singular, nos casos de crimes que não são submetidos a julgamento pelo júri. Referido termo consta do texto manuscrito utilizado por Foucault quando ministrava sua aula de 10 de janeiro de 1973 no Collège de France, conforme mostra a nota “c” em: Foucault, 2015, p. 33.

pode desistir; a instituição da ação penal pública, entre outros efeitos¹⁴⁴, retira da vítima a possibilidade de optar ou não pela persecução do suposto criminoso e obriga ao Estado, por suas instituições punitivas, a desenvolver a atividade no sentido de obter a punição e reparar um mal, supostamente exercido não só contra a vítima, mas à sociedade.

Exatamente essa é a lição que se extrai das notas “ α ” e “ β ” da aula de 10 de janeiro de 1973, ministrada por Foucault (2015, p. 35)¹⁴⁵, onde registra ser o criminoso-inimigo um elemento “comutador”, possibilitando que “uma instituição como a ação pública [...] seja transposta para a teoria penal na forma de princípios: o crime lesa não apenas a vítima, mas a sociedade”. Anota ainda Foucault (idem) que o inimigo social “faz da pena definida pelos códigos uma medida protetora da sociedade (nos termos da teoria penal)”, e mais, que é o elemento sempre falado, exposto, em textos de lei e teorias, nas práticas, nas decisões, na literatura;

É uma afirmação permanente. Não é uma asserção que se possa situar num ponto preciso de um discurso. O comutador é aquilo que garante a coerência e a relativa sistematicidade de elementos heterogêneos (por exemplo: a prática penal; a teoria do direito criminal; os códigos; o discurso psiquiátrico, sociológico). Mas esses efeitos de reforço e estabilização estão ligados a mecanismos de limitação e fechamento. Assim: uma vez que o personagem do procurador poderá ser transcrito (nos termos da teoria penal) como representante da sociedade, já não pode ser interpretado como agente do poder centralizado [...]. Tampouco pode ser interpretado como agente de uma classe que detém o poder. (Ibidem)

A imagem desse criminoso, a partir do século XVIII então considerado inimigo social, transmite a ideia de alguém violento, agressivo, que não se adapta às regras e aos valores de dada sociedade; como leciona Foucault (2015, p. 34), serve como

um instrumento por meio do qual a classe que está no poder transfere para a sociedade [...] a função de rejeitar o criminoso. Essa exclusão [...] é aquilo que a classe que está no poder quer que aqueles para os quais ela aparentemente transferiu a função de

¹⁴⁴ A regra da ação penal pública e a atuação do Ministério Público (o Procurador), informada pelos princípios de obrigatoriedade, oficialidade e indisponibilidade em relação a essa ação penal pública, serão analisados com maior detalhamento no item subsequente.

¹⁴⁵ Vale registrar que essas notas de Foucault se encontram na preparação do curso escrito, mas não foram por ele verbalizadas em sua aula.

julgar ou castigar façam em seus atos e sua consciência.

Trata-se de uma sociologização do criminoso como inimigo social “cujos efeitos comanda atualmente a prática penal” (Idem)¹⁴⁶.

A partir dessas assertivas já é possível perceber a importância central da figura do criminoso como inimigo social na produção da verdade que vigora na sociedade moderna e que, obviamente, se transmite para as verdades que informam o discurso e a prática dos operadores do direito.

Por meio desse elemento – o inimigo social – tornam-se possíveis e começam a ser compreensíveis as contradições na articulação das teorias com as práticas quando da aplicação do direito penal, assim como no transcurso do processo penal¹⁴⁷. Entende-se como os profissionais do direito penal responsáveis pela persecução e condenação acabam refletindo os valores que interessam à classe que exerce o poder em situação estrategicamente privilegiada. Veja-se, do excerto transcrito acima, que Foucault (2015, p. 34) mostra a função de exclusão e de rejeição ao criminoso que se torna possível pelo personagem em análise; por meio do inimigo social a classe dominante transfere a função de castigar, de forma tal, que os profissionais encarregados o “façam em seus atos e sua consciência.” O

¹⁴⁶ Foucault, em outro curso que profere no Collège de France em 1975 (Os anormais, 2001), trabalha ainda a ideia do monstro e do anormal (o indivíduo que deve ser corrigido) como objetos de incidência da repressão penal. Embora tais figuras não se amoldem exatamente às mesmas noções que definem o inimigo social, com elas estão relacionadas, no sentido de também justificarem a atuação do sistema punitivo e, até mesmo, de poderem desencadear ações violentas da sociedade contra elas. A atuação jurídica, em relação ao “monstro” e, principalmente, ao “anormal”, referem-se mais exatamente àquela tendência, presente na atuação do juiz criminal moderno, em procurar “curar” ao aplicar a sentença (como foi mencionado na primeira parte deste trabalho, capítulo 3, item 3.2, ao tratar do contradireito penal). Assim, afirma Foucault (2001, p. 69-71), que uma primeira noção a ser estudada seria a noção de monstro, que “é essencialmente uma noção jurídica - jurídica, claro, no sentido lato do termo, pois o que define o monstro é o fato de que ele constitui, em sua existência mesma e em sua forma, não apenas uma violação das leis da sociedade, mas uma violação das leis da natureza. Ele é, num registro duplo, infração às leis em sua existência mesma. [...]. E, no entanto, mesmo sendo a infração (infração de certo modo no estado bruto), ele não deflagra, da parte da lei, uma resposta que seria uma resposta legal. No fundo, o que o monstro suscita, no mesmo momento em que, por sua existência, ele viola a lei, não é a resposta da lei, mas outra coisa bem diferente. Será a violência, será a vontade de supressão pura e simples, ou serão os cuidados médicos”. [...] A segunda, sobre a qual retomarei mais tarde e que também faz parte da genealogia da anomalia e do indivíduo anormal, é a que poderíamos chamar de figura do “indivíduo a ser corrigido”. Ele também é um personagem que aparece nitidamente no século XVIII, [...] o contexto de referência do indivíduo a ser corrigido e muito mais limitado: é a família mesma, no exercício de seu poder interno ou na gestão da sua economia; ou, no máximo, é a família em sua relação com as instituições que lhe são vizinhas ou que a apoiam. O indivíduo a ser corrigido vai aparecer nesse jogo, nesse conflito, nesse sistema de apoio que existe entre a família e, depois, a escola, a oficina, a rua, o bairro, a paróquia, a igreja, a polícia, etc.”

¹⁴⁷ Essas distorções vêm sendo mencionadas desde a introdução deste trabalho e foram narradas, especialmente, quando se discutiu o contradireito penal, primeira parte, capítulo três, item 3.2.

filósofo francês identifica, claramente, com a assertiva referida, que a imagem de inimigo atribuída ao criminoso, a sua exclusão como integrante da sociedade, e a rejeição à sua figura, tornam-se verdades que compõem a própria consciência dos agentes do sistema punitivo, vale dizer, constituí seus sujeitos e informa suas práticas.

Bastante importante a percepção foucaultiana no sentido que, na segunda metade do século XVIII, surge, entre os fisiocratas, uma análise da criminalidade sob o prisma dos processos econômicos; examina-se a influência da criminalidade sobre os processos de produção. Também por essa perspectiva os criminosos são caracterizados como inimigos da sociedade, inimigos públicos. Foucault (2015, p. 43) citando Le Trosne¹⁴⁸ lembra que a “vagabundagem”, foi considerada a raiz, a causa, de todas as formas de delinquência. Vagabundagem não como opção pela ociosidade ou propensão psicológica, mas como forma de existência, representada pelo grupo social daqueles que vagueiam, que não têm um trabalho definido nem residência fixa¹⁴⁹.

O principal motivo que o texto de Le Trosne identifica para considerar o vagabundo um inimigo social são as consequências de seu modo de vida para a economia; não apenas por não ter condições de ser um consumidor, mas, principalmente, por dificultar a administração da mão de obra, acarretando seu encarecimento, visto não estar fixado a um local. Ainda segundo o fisiocrata, por não

¹⁴⁸ Guillaume-François Le Trosne, foi um jurista e economista francês; conforme mostra Foucault (2015, p. 53, nota 4), “ocupou o cargo de advogado do rei no *présidial* (tribunal do Antigo Regime, com funções equivalentes a um tribunal de primeira instância)” – grifo original. É considerado uma das principais figuras da fisiocracia (sobre os fisiocratas v. nota 59, supra), uma escola de pensamento fundada por François Quesnay e o Marquês de Mirabeau em julho de 1757. Foucault refere-se ao texto *Mémoire sur les vagabonds et les mendiants* (“Dissertação sobre os vagabundos e os mendigos”), de 1764.

¹⁴⁹ De observar-se que o termo “vagabundo” está, atualmente, associado fortemente à ideia de criminoso no senso comum, sendo frequentemente utilizado, seja pela mídia em publicações e programas de cunho policiais e sensacionalistas; seja por populares em conversas informais. Outra questão bastante interessante a se destacar é que as concepções de vagabundo, no sentido de pessoas sem localização geográfica ou trabalho determinado, permeia a própria legislação. Ilustrativamente, pode-se mencionar que o Código de Processo Penal (BRASIL, 2019), para permitir a substituição da prisão preventiva por medidas alternativas dispõe: “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: [...] V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga *quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos*” – grifo não original. Vale dizer, se o investigado não tiver esses requisitos (residência e trabalho fixos), não fará jus ao benefício e deverá aguardar o julgamento preso. Já para permitir a liberdade condicional, no transcurso do cumprimento da pena determina: “Art. 710. O livramento condicional poderá ser concedido ao condenado a pena privativa da liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que se verifiquem as condições seguintes: [...] IV - aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto”.

pagarem tributos os vagabundos fazem com que esses sejam mais onerosos aos membros da sociedade que pagam. Os vagabundos são também considerados por Le Trosne irresponsáveis com os filhos que geram, pois não assumem suas obrigações em relação a eles, aumentando a massa ociosa e os custos com ela.

Le Trosne caracteriza os vagabundos não como indivíduos que vivem daquilo que recebem por meio da caridade alheia, como antes se considerava, mas como pessoas agressivas, perigosas, selvagens, que arrancam da sociedade à força aquilo que precisam para viver. No sentido, afirma Foucault (2015, pp. 45-46), reportando-se ao escrito de Le Trosne que

se os vagabundos subsistem e se multiplicam, não é porque alguém lhes dá algo, mas porque eles tomam. Estabelecem uma relação de poder selvagem, fora da lei, com as pessoas da sociedade civil no meio das quais eles existem. [...] E 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. Le Trosne escreve: [...] “Vivem no meio da sociedade sem serem seus membros; [...] nesse estado que se supõe ter ocorrido antes do estabelecimento das sociedades civis”.

Como bem observa Foucault (2015, p. 46), retoma-se a ideia da guerra hobbesiana com o modelo do criminoso inimigo da sociedade. Contra esse inimigo, Le Trosne propõe uma série de medidas de combate, tais como a escravização pelo Estado, com marcação a ferro para possibilitar que sejam capturados ou mortos por qualquer membro da sociedade em caso de fuga; propõe, ainda, uma caçada em massa contra os vagabundos, pressupondo uma sociedade onde todos se dedicam ao trabalho, podendo eliminar qualquer um que não se encontre nesse padrão desejado.

Percebe Foucault (2015, p. 48), que essa utopia (ou distopia) de uma sociedade em que todos são dedicados trabalhadores, com direito – e quase dever – de aniquilar os vagabundos, trata-se de uma antecipação e uma preparação para a imposição das medidas disciplinares e de biopoder que irá se verificar com a sociedade capitalista: “A passagem da caçada à *coerção* que transforma a força de trabalho em força produtiva é a condição de funcionamento do sistema penal em nossa sociedade”. – Grifo original.

Essa constatação é reforçada pelo que observa o pensador francês a respeito

da transição que ocorre no sistema de apuração dos crimes. Assim, embora não pronuncie, na aula de 17 de janeiro de 1973, registra em seus manuscritos haver, por trás do início da visão do criminoso como inimigo social, “indagações que já não se alinham com o fato, mas com a natureza e a norma. Indagações que já não dizem respeito à prática discursiva da *investigação*, mas uma prática discursiva do *exame*. (FOUCAULT, 2015, p. 52, nota “a”) – Grifos originais.

Ainda mostra Foucault (2015, p. 62), não se poder “dizer que o sistema de reclusão deriva de uma espécie de modelo teórico extraído da teoria penal do criminoso como inimigo social”; havendo, portanto, como mencionado no início deste item, uma heterogeneidade entre o discurso de punição e a ideia de incidência do elemento penitenciário nos castigos; decorre disso uma diversidade de concepções entre o surgimento da ideia de inimigo social e a prática da punição centralizada no modelo prisional.

A esse respeito esclarece Foucault (2015, p. 60-61) que,

por um lado, no fim do século XVIII, assiste-se à total reorganização do sistema das penas em torno do encarceramento e, por outro, essa reorganização é contemporânea da emergência do criminoso como inimigo social. Ora, apesar de ser verdade que os dois fenômenos são provavelmente correlatos, pode-se dizer que o sistema de encarceramento não deriva da redistribuição da teoria e da prática penais em torno do criminoso como inimigo social. [...] Há uma heterogeneidade entre esses dois processos.

Essa percepção não é difícil vez que, como ficou demonstrado na primeira parte deste trabalho¹⁵⁰, a ideia dos reformadores a respeito da pena, que tinha por fundamento o contratualismo, não preconizava o encarceramento como principal castigo legal; ao contrário, propunham tais pensadores uma série de diferentes formas de punições, relacionadas ao tipo de crime cometido. Isso decorria da ideia de proteção à sociedade, aos membros do pacto social; e uma reação contra os violadores desse pacto, que deveriam ser desarmados, incapacitados, para que não cometessem novos crimes. Deveria a pena, ainda, ser um exemplo para os demais indivíduos para que não incorressem em crimes.

Já a introdução da pena de prisão decorre da ideia de penitência, de castigo

¹⁵⁰ Capítulo primeiro, itens 1.7 e 1.8.

moralizador, de recuperação, reeducação e, até mesmo, salvação do indivíduo que incorreu no erro. Pressupõe que aquele que cometeu um crime tem uma dívida a saldar com a sociedade. Como diz Foucault (2015, p. 66), “se assiste ao aparecimento de toda uma ideologia da pena como dívida, que reativa velhas noções do direito germânico.” Essa ideia de dívida contraída com a sociedade pela prática de um crime está muito presente na verdade que norteia os juristas atuais, apesar de todo o discurso pretensamente científico do direito penal ter orientação completamente diversa (tal discurso dirige-se, como já se mencionou no item 1.5 do capítulo primeiro da primeira parte, no sentido proteção contra danos aos bens jurídicos).

Apesar dessa fissura existente entre o discurso dos reformadores, da ideia de inimigo social como alguém que é nocivo para a sociedade e deve ser neutralizado, e a paradoxal introdução da pena de prisão e sua função penitenciária e moralizadora, esses elementos acabam juntando-se; como mostra Foucault (2015, p. 61), “em termos de uma tática global. [...] reproduz o jogo que se encontra no nível das instituições”. Trata-se, assim, da articulação de discursos que guardam distância um em relação ao outro, entre os quais há uma perceptível oposição.

Importante lembrar que Foucault (2015, p. 150), referindo-se ao texto de G. Target¹⁵¹, *Observations sur le projet du Code penal*, aduz que se pode perceber nele ideia da separação das classes entre o povo a ser protegido, cumpridor das leis e dos deveres e o delinquente a ser combatido. Para tanto, observa que Target afirmava haver uma classe mais esclarecida, abastada, educada e moralizada; em oposição a essa, existiria uma população diferenciada, imoral, “estrangeira porque selvagem”. Afirma Foucault (idem) que essa visão, trazendo consigo a ideia da “regeneração dessa classe primitiva e abastardada pela intervenção do poder político pela vigilância perpétua possibilita articular a teoria do delinquente como inimigo social com a prática da correção.”¹⁵²

¹⁵¹ Segundo Foucault (2015, p. 150), G. Target foi um “jurista do Antigo Regime, encarregado de 1802 a 1804 de elaborar o primeiro projeto de código penal”.

¹⁵² O texto de G. Target mencionado por Foucault (2015, p. 150) afirma: “Suponham uma vasta região cuja imensa população seja formada, de certo modo, por povos diversos que só tenham em comum o centro da autoridade e esteja dividida em inumeráveis classes, umas esclarecidas pelas luzes, aperfeiçoadas pela educação, abrandadas pela socialidade, enobrecida pelos sentimentos morais; outras degradadas pela miséria, aviltadas pelo desprezo e imersas por muito tempo em antigos hábitos, ou crimes ou faltas; a cada dia se assistirá ali ao aflitivo contraste entre as virtudes mais honrosas e os vícios mais baixos. Ali, perto da elevação da coragem, da

Portanto, por meio das táticas de dominação, inerentes à sociedade burguesa, produz-se a aparentemente improvável e difícil – mas real e presente – convivência simultânea do discurso da “ciência” penal, com a disciplina da forma prisional. Essas táticas permitem que os operadores do direito, mais que técnicos aplicadores de uma suposta “ciência”, convertam-se, ou melhor dizendo, sejam constituídos em acusadores e juízes da moral, que em suas práticas buscam não apenas efetivar tecnicamente um castigo, mas – como vem-se procurando demonstrar ao longo deste texto – corrigir os erros dos indivíduos que atuam contra a lei penal; permitir que os criminosos “paguem a dívida com a sociedade”; “curar” os perigosos desajustados; moralizá-los, etc.

Essa difícil união de discursos, em princípio, contraditórios, por certo não ocorre casualmente, fortuitamente; ao contrário, tem papel em uma prática punitiva funcional à então emergente sociedade burguesa. Por meio dela é possível demarcar com eficiência aquela ilegalidade não tolerada em oposição aos ilegalismos funcionais ao capitalismo. Aquele que pratica as ilegalidades consideradas inaceitáveis é, então, considerado o inimigo social. Isso se dá pela gestão diferencial dos ilegalismos, como visto antes neste texto¹⁵³ e, para essa gestão, a classe dominante precisava introduzir “algo que não fosse apenas a lei negativa ‘isso não é seu’. Era preciso que houvesse um suplemento de código que viesse a complementar e pôr em funcionamento essa lei” (FOUCAULT, 2015, p. 138). Vale dizer, era necessário incorporar elementos com escopo de moralização dos indivíduos. Tratava-se do aspecto penitenciário, introduzindo-se na técnica penal dita científica, como fator que permite, a partir de então, o controle e o funcionamento das relações de produção, assim como a manutenção do modelo de sociedade burguesa.

Foucault (2015, p. 138-139) demonstra essa junção de maneira clara, quando

generosidade e do heroísmo, serão observados com repugnância o egoísmo, a insensibilidade, a abjeção e até a atrocidade. Ali, almas duras, secas, ferozes, desprovidas de ideias morais, só obedecerão às grosseiras sensações; preguiça, devassidão, avidez mostrar-se-ão inimigas irreconciliáveis da sabedoria e do trabalho, da economia e da propriedade. Ali, proliferarão delitos e crimes de todas as espécies, não tanto na massa da nação quanto na escória daquela população alheia ao caráter geral, formada à margem do verdadeiro povo pela força das circunstâncias e dos hábitos acumulados durante séculos. Quase sempre, para tal nação, as penas deverão ser dosadas com base na natureza dessa raça abastardada, foco dos crimes, cuja regeneração mal e mal se deixa entrever, após uma longa sequência de anos do governo mais sábio [...].”

¹⁵³ Primeira parte, capítulo três, item 3.5.

afirma

O essencial objetivo do sistema penal era romper aquele *continuum* de ilegalismo popular e organizar um mundo da delinquência. Para tanto, houve dois instrumentos. Por um lado, um instrumento ideológico: a teoria do delinquente como inimigo social. Já não era aquele que lutava contra a lei, que queria escapar ao poder, mas aquele que estava em guerra com cada membro da sociedade. [...] Por outro lado, instrumentos práticos. [...] O primeiro deles foi a prisão. [...] O outro meio consistiu em estabelecer uma concorrência entre os delinquentes e aqueles que não o eram [...] [fazer reinar entre eles] relações de hostilidade.

A emergência da figura do inimigo social, como demonstrado acima, foi sustentada com base no pensamento dos contratualistas e reformadores, e articulada com o elemento moralizador presente no penitenciário, sendo, portanto, instrumento fundamental para a atuação das disciplinas e a inserção dessas no saber penal, inclusive, dando lugar ao já estudado contradireito penal. Inequívoco que esse é mais um dos elementos importantes que se engendra a outros discursos já visitados ou a serem estudados na sequência, fazendo parte do regime de verdade responsável pela subjetivação dos profissionais encarregados de operar a maquinaria punitiva.

4.4 A PRETENSA EVOLUÇÃO DO SABER PENAL

Antes de ingressar na análise da maneira pela qual se dá o discurso e a prática do sistema penal no âmbito de uma sociedade governada sob a racionalidade neoliberal – o que se fará nos próximos capítulos – parece válida uma reflexão crítica sobre a exaltada (entre os juristas) “evolução” que teria ocorrido na “ciência” penal. Desde a época dos contratualistas até a atualidade, inúmeras teorias foram apresentadas e utilizadas pelo saber penal para justificar a punição, buscando demonstrar sempre uma suposta “evolução científica” desse pensamento jurídico, com infundáveis sustentações e raciocínios (todos tendo sempre, retoricamente, os princípios político-filosóficos analisados acima como fundamento). A respeito dessa hipotética “evolução” predominam aquelas teorias que, desde há muito, procuram

dar racionalidade à punição a partir de lesão a um bem jurídico penalmente relevante, como já tratado antes neste texto. É razoável questionar e procurar demonstrar, com embasamento na observação da materialidade da vida, se houve, efetivamente, uma evolução do direito penal que teria superado a visão contratualista de inimigo social e de guerra contra a sociedade.

Por uma reflexão em que se procure utilizar um pouco do método genealógico, ainda que não se consiga o alcance que lhe deu Foucault, identifica-se facilmente que não houve a superação das postulações contratualistas, ao contrário, continua-se a utilizá-las, não para a garantia do chamado sujeito de direito, mas para justificar a punição, contudo, sem sequer observar os princípios de limitação do poder por elas formulados. É possível chegar-se a essa percepção – a respeito da insustentabilidade de um pretense “progresso” da ciência penal – quando se vê que, mesmo sob enunciados dos quais se utilizam as mais modernas teorias penais, as classes atingidas pela punição legal, desde o final do século XVIII até o presente, continuam sendo sempre as mesmas: os mais fragilizados social e economicamente e as minorias, como se mencionou antes. Portanto, uma suposta mutação ocorrida no saber penal formal, científico e hierarquizado, ao longo desses duzentos anos, não teve nenhuma efetividade em modificar sua prática; saindo do campo discursivo e observando-se sua materialidade na sociedade, suas práticas não discursivas, percebe-se que produz os mesmos resultados desde que surgiu e em prejuízo dos mesmos segmentos sociais.

A percepção desses segmentos preferencialmente atingidos pelo sistema penal, como também já se tratou neste texto, auxilia como elemento a roborar essa análise: identifica-se a continuação do combate a um alvo (inimigo) determinado que se dá, ainda que com interpretações contrárias aos textos legais, que são realizadas corriqueiramente, violando garantias; interpretações essas que acabam validadas por tribunais¹⁵⁴. Seria razoável inserir e manter um cidadão que causou um dano a um bem jurídico, ainda que importante, nas comentadas e conhecidas condições horríveis dos cárceres onde são atirados? Parece que a resposta que se impõe é de que essa situação só é tolerável quando se trata de um inimigo de guerra;

¹⁵⁴ Como exposto e exemplificado com detalhes no item 3.2, capítulo três da primeira parte deste trabalho, no qual se estudou os efeitos do contradireito penal na prática dos operadores do direito.

quando incide sobre aquele a quem já não se vê mais como alguém que faz parte da mesma sociedade (ou talvez se entenda que nunca fez) e que merece qualquer tipo de castigo; vale dizer, quando se nega a este a condição de sujeito de direito, condição esta pretensa e teoricamente aplicável a todos os indivíduos segundo o pensamento contratualista, já comentado e criticado.

Seguindo-se a lição da análise de Foucault, é indispensável não se deixar enganar pelos saberes universais, hierarquizados e formalmente reconhecidos que procuram estabelecer as verdades. Imprescindível exercer a crítica e procurar observar as relações de saberes e poderes e o regime de verdade que constituem, observar esse imbricamento nas práticas, nos fatos como se apresentam, nos conhecimentos desvalorizados e populares. Assim, necessário buscar-se compreender o sistema penal real a partir de fontes como as condições concretas das prisões; nas rebeliões e nos massacres; procurar sua prática verdadeira não no discurso formal de saber, mas como elas são narradas nas falas dos presos e de seus familiares; nas informações de pequenas e grandes organizações que defendem Direitos Humanos¹⁵⁵ e dão voz aos reclusos ou denunciam as atrocidades que são praticadas cotidianamente no sistema penal; nos noticiários de órgãos da imprensa menor, comunitária; e, a partir dessas constatações, desses fragmentos de realidade, e dessas práticas discursivas e não-discursivas, que Foucault chamará também de dispositivos – que demonstram a face efetiva das punições modernas – compreender que o alegado “progresso da ciência penal formal” não existe.

Do exame das práticas punitivas, e não da leitura de manuais de ciência penal é que se compreende como efetivamente se exerce o poder punitivo. Não com a beleza pretendida pelos enunciados acadêmicos, mas com os combates que ocorrem diariamente nas cidades, na crueza das ruas, das condições dos cárceres,

¹⁵⁵Registra-se ter o autor deste texto conhecimento das reservas que tinha Foucault em relação aos chamados Direitos Humanos, por entendê-los como uma das táticas para o exercício da biopolítica. Como como expõe Oswaldo Giacoia Junior (2008, pp. 196-197), “se o que Foucault denominou de biopolítica pode ser compreendido também por um tipo de governo que toma a seu cargo a vida dos indivíduos e das populações, no sentido de uma gestão planificada e de uma intensificação de suas forças; então também o discurso libertário das declarações de direitos humanos compõe esse mesmo universo histórico, integra a mesma constelação e toma parte no mesmo processo caracterizado como o surgimento da biopolítica [...]”. Contudo, refere-se aqui os Direitos Humanos em contexto semelhante ao utilizado por Foucault (2010, p. 370), quando, em sua manifestação “Os Direitos do Homem em Face dos Governos”, fala que “A infelicidade dos homens não deve jamais ser um resto mudo da política. Ela funda um direito absoluto de se insurgir e de interpelar aqueles que detêm o poder.”

das favelas e as violações lá praticadas pelos agentes do Estado; nas prisões que são legitimadas pelo sistema judicial com a “flexibilização” dos direitos individuais e das limitações ao poder estatal de punir. Não se ganhou, do século XVIII para cá – portanto, há duzentos anos – uma realização prática de resultados mais condizentes com as finalidades declaradas do direito penal. Não mudou a classe preferencialmente atingida pela punição legal e não se alteraram os efeitos concretos produzidos por essa prática

Buscando as respostas na aplicação efetiva dos castigos, na superfície do exercício do poder punitivo legalizado, percebe-se que a imagem de guerra e de combate ao inimigo continuaram sempre presentes na justiça penal, na alma fabricada dos operadores do direito penal¹⁵⁶. A enorme quantidade – notável maioria – de crimes previstos no Código Penal e outras leis penais especiais, em relação aos quais o Ministério Público – o procurador – deve agir obrigatoriamente, é um contexto que mostra como a mentalidade que se mantém é ainda justificada na soberania, na defesa do soberano ofendido, na guerra movida pelo Estado contra o inimigo. Refere-se aqui aos crimes chamados de ação penal pública incondicionada, que é a regra do direito penal brasileiro¹⁵⁷, em relação aos quais a polícia tem a obrigação de agir de ofício, pelo simples conhecimento do fato, sem qualquer provocação, instaurando a investigação; e, o Ministério Público é obrigado, em havendo demonstração da existência do fato e sua autoria, a iniciar a ação penal¹⁵⁸.

Pode-se ilustrar situações em que essa persecução obrigatória se dá, lembrando-se de crimes como a subtração de um pão em um grande supermercado; ou pela subtração de uma velha bicicleta parada no estacionamento de um condomínio. De acordo com a previsão legal vigente tratam-se tais condutas de

¹⁵⁶ Imagens revigoradas ainda mais na atualidade neoliberal, como se verá no capítulo seis, adiante.

¹⁵⁷ Código Penal (2020a): “Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.”

¹⁵⁸ Como expõe Tourinho Filho (1999, pp. 322-325), o exercício da ação penal pública incondicionada não está vinculado a qualquer outro requisito além da existência de indícios do fato típico e sua autoria; não dependendo, portanto, de pedido de qualquer pessoa para ser iniciada. Em verdade, não faz nenhuma diferença a manifestação do ofendido. Destaca-se aqui, alguns princípios legais informam o exercício dessa ação: o “princípio da oficialidade” e o “princípio da obrigatoriedade”, que determinam ter o Ministério Público o dever de promover a ação penal de ofício; e, o “princípio da indisponibilidade”, que impõe, ter Ministério Público “o dever de promover a ação penal pública incondicionada, [contudo] essa não lhe pertence. Não pode, portanto, desistir da ação”.

crime de furto, processado por ação penal pública incondicionada e, em relação aos quais, a vontade da vítima é totalmente indiferente. Vale dizer, se o dono do supermercado ou da bicicleta disserem insistentemente que não querem ver processado o autor do furto, sua vontade será ignorada e a polícia e o Ministério Público serão obrigados a iniciar, respectiva e sucessivamente¹⁵⁹, a investigação e a ação penal com o intuito de obter a condenação do autor do fato.

Qual outra justificativa seria possível para que alguém que pode destruir seu bem – no exemplo acima a bicicleta ou o pão – pode doá-lo, abandoná-lo, enfim, se desfazer dele como melhor entender e, mesmo assim, não pode evitar que quem levou tal bem clandestinamente possa deixar de ser perseguido penalmente pelo Estado? A resposta insofismável é que, o que se visa, nesse tipo de persecução penal – e em centenas de outros tipos – é assegurar o combate ao considerado inimigo da sociedade, que violou o pacto e atacou o soberano¹⁶⁰ e, com esse discurso, legitimar todos os efeitos não declarados produzidos pelo sistema penal. São os postulados punitivos do contratualismo vivos e presentes no direito penal atual, não como garantia para todos os cidadãos, mas como proteção dos privilégios de classe em relação àqueles que se encontram em posições dominantes.

Foucault (2015, p. 35) mostra essa vinculação da obrigatoriedade da ação penal com a ideia de inimigo social quando refere ser ela que possibilita o fato de “uma instituição como a ação pública [...] [ser] transportada para a teoria penal na forma de princípios: o crime lesa não só a vítima, mas a sociedade, o interesse da sociedade é ser representada na ação judicial.”

Claro que essas disposições e princípios vigentes na aplicação do direito penal, com as consequências já tratadas na primeira parte, não são aplicados mecanicamente por obra de um “gênio maligno”; nem mesmo por má-fé, falta de

¹⁵⁹ Diz-se respectiva e sucessivamente porque, normalmente, quando do conhecimento de um fato aparentemente típico, a polícia instaura a investigação, em forma de inquérito policial que, concluído, é remetido ao Ministério Público para que, entendendo estarem presentes indícios suficientes da prática do crime e de sua autoria ofereça a “denúncia” (peça processual que inicia a ação penal em juízo).

¹⁶⁰ Ressalva-se que alguns julgados já entendem, mesmo na ausência de disposição legal a respeito, que certos crimes – como esses mencionados – podem não apresentar lesão relevante ao bem jurídico supostamente protegido, não tendo importância suficiente para movimentar a máquina punitiva, permitindo-se o arquivamento da investigação ou a absolvição do acusado. Mas, reitera-se, não se trata esse entendimento de disposição legal e, nem mesmo, de posição majoritária nos tribunais.

preparo dos operadores do direito, ou qualquer outra causa simples e facilmente verificável. Trata-se de um exercício de poder construído há dois séculos por discursos de poder articulados, constituindo os sujeitos que atuam no dispositivo punitivo legal, tornando extremamente difícil o exercício da crítica e a consequente percepção das falsidades, que acabam sendo assumidas como verdades, ou mais que isso, transformam-se em um regime de verdade. Esses discursos ainda tornam opacas as consequências indesejadas pela teoria penal, que são sempre atribuídas a situações momentâneas, conjunturais, mas que, na verdade, são estruturais e produtos naturais desse exercício de poder¹⁶¹.

Procedidas as constatações acima percebe-se a importância dos discursos filosóficos aqui tratados, e que são empregados para a validação da punição legal; nota-se, especialmente, que a relevância desses discursos não está exatamente em seus enunciados, mas nas consequências concretas e materiais que eles provocam na realidade sobre a qual possibilitam o exercício do poder. Robora essa assertiva a constatação de Foucault (2015, p. 153), ao dizer que a importância dos discursos pode ser mais bem observada e até mesmo atacada “no nível da operação que ocorreu através dele, ou seja, em sua função estratégica, [...] nos campos estratégicos em que eles produziram seus efeitos.”

¹⁶¹ Embora as consequências negativas da atuação do sistema penal sobre os segmentos mais vulneráveis da população, decorrentes da atuação do sistema penal, sejam efetivamente estruturais, é importante registrar que esses efeitos deletérios se ampliaram e se aprofundaram, principalmente, com a adoção da razão de governamentalidade neoliberal e as modificações que, a partir disso, ocorrem na teoria e prática do direito penal, como se poderá observar do examinado adiante, nos capítulos cinco e seis.

CAPÍTULO 5 – BIOPODER, GOVERNAMENTALIDADE E NEOLIBERALISMO

5.1 BIOPODER E PUNIÇÃO LEGAL

Considerando o caminho até aqui percorrido neste trabalho, ao longo do qual procurou-se mostrar o poder na forma pela qual se exerce mediante o uso das técnicas disciplinares na constituição do indivíduo, na normalização, bem como a inserção dessas táticas no âmbito do direito e, especialmente, em relação ao direito penal e a punição legal, resulta indispensável fazer uma referência também a outra técnica mostrada e estudada por Foucault em sua analítica do poder: a questão do desenvolvimento do biopoder e de sua utilização política.

Como já se viu, o poder soberano tradicionalmente se exerceu, até o século XVIII, por meio da ameaça da imposição da morte; o soberano¹⁶² poderia exigir o sacrifício da vida ou impor a morte aos súditos em circunstâncias específicas, como a defesa do Estado ou como penalidade por cometerem determinados crimes. Essa era a maior demonstração de força e poder da soberania, numa lógica de expropriação, que permitia despojar desde os bens materiais, culminando com a possibilidade de retirar a própria vida dos súditos.

A partir do século XVIII, contudo, essa forma de exercer o poder vai se reorganizando, se reinventando, se transformando e a expropriação passa a não ser mais a principal forma de governar; as penas corporais, os suplícios e a até a pena de morte – como se abordou detidamente na primeira parte – vão sendo modificadas e perdendo centralidade como forma de castigo; a vida da população passa a ser a preocupação principal da soberania. A manutenção da vida, o crescimento e o melhor vigor das populações, passam a ser os objetivos do Estado; como menciona Foucault (2005, p. 130) “o velho direito de *causar* a morte ou *deixar* viver foi substituído por um poder de *causar* a vida ou *devolver* à morte.” – Grifos originais.

¹⁶² Utilizam-se aqui os termos soberano (a pessoa que detém o poder; o rei) e poder soberano (poder do Estado sobre seus súditos) da mesma forma unívoca que Foucault o faz, especialmente em *Vigiar e Punir*, tendo em vista que o preciosismo em distinguir tais termos conceitualmente parece que seria uma formalidade técnico-jurídica desnecessária e prejudicial ao desenvolvimento do texto, por agregar elementos que fugiriam ao seu objeto.

Dessa forma, o biopoder aparece pouco depois do surgimento das disciplinas. São dois polos de uma forma de exercício de poder, duas faces de tecnologias conectadas e ajustadas que sustentaram os processos econômicos então em desenvolvimento.

Foucault (2005, p. 132-133) esclarece que o biopoder

foi elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, que só pôde ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um ajustamento da população aos processos econômicos [...] operaram, também, como fatores de segregação e de hierarquização social [...] garantindo relações de dominação e efeitos de hegemonia; o ajustamento da acumulação dos homens à do capital [...] a repartição diferencial do lucro, foram, em parte, tornados possíveis pelo exercício do biopoder. (FOUCAULT, 2005, p. 133)

E no curso, já citado neste texto, “Em defesa da sociedade”, aula de 17 de março de 1976, Foucault (2018a, p. 204) afirma que enquanto a

disciplina tenta reger a multiplicidade dos homens na medida em que essa multiplicidade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados, eventualmente punidos [...], a nova tecnologia que se instala se dirige à multiplicidade dos homens, não na medida em que eles se resumem a corpos, mas na medida em que ela forma, ao contrário, uma massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc. Logo, depois de uma tomada de poder sobre o corpo que se fez consoante o modo da individualização, temos uma segunda tomada de poder que, por sua vez, não é individualizante mas que é massificante, se vocês quiserem, se faz não na direção do homem-corpo, mas do homem-espécie. Depois da anatomopolítica do corpo humano, instaurada no decorrer do século XVIII, vemos aparecer, no fim do mesmo século, algo que já não é uma anatomopolítica do corpo humano, mas que eu chamaria de uma “biopolítica” da espécie humana.

Já na introdução de outro curso no Collège de France, *Sécurité, territoire, population* (Segurança, território, população), aula de 11 de janeiro de 1978, Foucault (2008b, p. 03) define biopoder como sendo o conjunto dos mecanismos utilizados numa estratégia política, numa estratégia geral de poder, que incide sobre as características biológicas fundamentais que constituem a espécie humana. Trata-

se a biopolítica, portanto, do ingresso do exercício do poder político sobre as características biológicas dos mecanismos da vida humana, com vistas a transformá-los da maneira que for mais conveniente aos seus objetivos, de calcular as expectativas, as probabilidades e possibilidades, e enfim, de manipular as populações e suas trajetórias de vida de acordo com os interesses e conveniências das relações dos poderes em exercício. Como menciona Helton Adverse (2021, p. 240), a biopolítica trata-se de “uma tecnologia que toma o indivíduo não mais como ‘homem-corpo’, mas como ‘ser vivo’, como membro de uma espécie, como parte de uma população.”

Para iniciar o comentário sobre biopoder, Foucault (2008b, p. 6 a 9) parte do exemplo de uma lei penal que tivesse como determinação a proibição do roubo. Analisa, então, como incidiriam os mecanismos penais em cada um dos momentos punitivos históricos já comentados neste trabalho: primeiro, no sistema que chama de jurídico-legal e antigo, até o século XVIII, menciona a mera divisão do Código Penal entre aquilo que era proibido e o que era permitido, quando o sistema penal atuaria com a imposição de uma punição, em caso de descumprimento; lembra que a principal forma de castigo consistia, então, em penas corporais, como as de suplícios e a de morte.

Em seguida, fala dos mecanismos de castigo que surgem a partir do século XVIII, os quais chama de modernos, que são exatamente aqueles também já vistos, conceituados como de tipo disciplinar, com a adoção não só da mera punição, mas agindo também através da vigilância, do controle, da imposição da pena de prisão como castigo principal em conjunto com seu elemento penitenciário-disciplinar (os exercícios, os exames, a busca de diagnósticos, a transformação do indivíduo, etc.).

Mais adiante, num momento um pouco posterior às disciplinas, Foucault menciona que surge o chamado “dispositivo de segurança”, que não cuida mais do indivíduo, mas exerce uma atuação massiva, tendo como objeto o conjunto de determinada população; trata-se do exercício do biopoder.

O mecanismo de segurança ou biopoder age partindo da observação e elaboração de cálculos de probabilidades de ocorrência de determinado fenômeno em determinada sociedade (ali exemplificado no “roubo”¹⁶³), busca a média de sua

¹⁶³ Exemplo esse que parece ser bem adequado aos propósitos deste trabalho que tem como objetivo a análise

ocorrência em dada população e em um certo período; os prejuízos que pode causar; finalmente, procura estabelecer os limites social e economicamente aceitáveis desse crime; calcula os custos de sua prevenção e punição, a sua tolerabilidade e as possibilidades de se evitá-lo. Esclarece Foucault (2008b, p. 7-8) que

a aplicação dessa lei penal, a organização da prevenção, da punição corretiva, tudo isso vai ser comandado por uma série de questões que vão ser perguntas do seguinte gênero, por exemplo: qual é a taxa média da criminalidade desse [tipo]? Como se pode prever estatisticamente que haverá esta ou aquela quantidade de roubos num momento dado, numa sociedade dada, numa cidade dada, na cidade, no campo, em determinada camada social, etc.? Em segundo lugar, há momentos, regiões, sistemas penais tais que essa taxa média vai aumentar ou diminuir? As crises, a fome, as guerras, as punições rigorosas ou, ao contrário, as punições brandas vão modificar essas proporções? Outras perguntas mais: essa criminalidade, ou seja, o roubo portanto, ou, dentro do roubo, este ou aquele tipo de roubo, quanto custa à sociedade, que prejuízo produz, que perdas, etc.? Mais outras perguntas: a repressão a esses roubos custa quanto? É mais oneroso ter uma repressão severa e rigorosa, uma repressão fraca, uma repressão de tipo exemplar e descontínua ou, ao contrário, uma repressão contínua? Qual é o custo comparado do roubo e da sua repressão? O que é melhor, relaxar um pouco com o roubo ou relaxar um pouco a repressão? Mais outras perguntas: se o culpado é encontrado, vale a pena puni-lo? Quanto custaria puni-lo? O que se deveria fazer para puni-lo e, punindo-o, reeducá-lo? Ele é efetivamente reeducável? Ele representa, independentemente do ato que cometeu, um perigo permanente, de sorte que, reeducado ou não, reincidiria, etc.? De maneira geral, a questão que se coloca será a de saber como, no fundo, manter um tipo de criminalidade, ou seja, o roubo, dentro de limites que sejam social e economicamente aceitáveis e em torno de uma média que vai ser considerada, digamos, ótima para um funcionamento social dado.

Foucault observa que esses modelos de atuação do poder na repressão penal (o jurídico-legal; o disciplinar e o dos mecanismos de controle) não estão totalmente separados em suas atuações e restritos a determinadas épocas, podendo-se encontrar algumas características dos mais modernos nos que lhes antecederam. Por exemplo, já havia nos castigos corporais impostos a um indivíduo,

dos fatores envolvidos na forma pela qual se dá atuação dos operadores do sistema penal, sua constituição como sujeitos, bem como – e exatamente para isso – procura expor os reais objetivos das punições legais.

a intenção disciplinar de servir como exemplo para o resto da sociedade; ou ainda, quando se fala em buscar a recuperação de um delinquente no sistema disciplinar, para evitar a recidiva no crime, já há um evidente traço do dispositivo de segurança. Dessa mesma maneira, os dispositivos de segurança não prescindem, em sua atuação, das características dos sistemas disciplinares e nem mesmo do sistema jurídico-legal.

Na verdade, diz Foucault (2008b, p. 11) que não há “uma série na qual os elementos vão se suceder, os que aparecem fazendo seus predecessores desaparecerem”, o que ocorre é uma predominância de determinadas técnicas; uma mudança, um aperfeiçoamento ou uma maior complexidade nas técnicas de exercício do poder (e aqui trata-se do poder penal especificamente); as mais novas tomam o lugar das mais antigas, mas vão assimilando suas características, adotando-as naquilo que são úteis e eficientes.

Ainda trabalhando sobre a figura do roubo, Foucault (2008b, p. 11) dá como exemplo, a existência de uma combinação, pelo sistema de dispositivos de segurança, de aspectos do sistema antigo (jurídico-legal) e do modelo disciplinar.

O conjunto das medidas legislativas, dos decretos, dos regulamentos, das circulares que permitem implantar os mecanismos de segurança, esse conjunto é cada vez mais gigantesco. Afinal de contas, o código legal referente ao roubo era relativamente muito simples na tradição da Idade Média e da época clássica. Retomem agora todo o conjunto da legislação que vai dizer respeito não apenas ao roubo, mas ao roubo cometido pelas crianças, ao estatuto penal das crianças, as responsabilidades por razões mentais, todo o conjunto legislativo que diz respeito ao que é chamado, justamente, de medidas de segurança, a vigilância dos indivíduos depois de sua instituição; vocês vão ver que há uma verdadeira inflação legal, inflação do código jurídico-legal para fazer esse sistema de segurança funcionar. Do mesmo modo, o corpus disciplinar também é amplamente ativado e fecundado pelo estabelecimento desses mecanismos de segurança. Porque, afinal de contas, para de fato garantir essa segurança é preciso apelar, por exemplo, e é apenas um exemplo, para toda uma série de técnicas de vigilância, de vigilância dos indivíduos, de diagnóstico do que eles são, de classificação da sua estrutura mental, da sua patologia própria, etc., todo um conjunto disciplinar que viceja sob os mecanismos de segurança para fazê-los funcionar.

A respeito da atuação simultânea dessas técnicas de poder, Giacoia Junior (2008, p. 188) observa:

Dizer “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. Portanto, estamos num poder que se incumbiu tanto do corpo quanto da vida, ou que se incumbiu, se vocês preferirem, da vida em geral, com o polo do corpo e o polo da população.

Relembrando o paralelo que já havia feito antes, quando tratava das disciplinas, entre os exemplos de controle social pela penalidade e o controle biológico do desenvolvimento da vida, abordando os modelos de exclusão provocados pela lepra e os de controle, acarretado pela peste, Foucault (2008b, p. 14) traz agora um novo paradigma, que seria o da varíola, ou da vacinação.

Nesse último modelo o aspecto mais importante seriam as estatísticas, o número de pessoas que contraem a varíola, suas idades, taxa de mortalidade, as sequelas da doença, os riscos da vacinação e sua eficácia ou não. Não se trata mais, portanto, de exclusão e nem mesmo de quarentena, contudo, esse dispositivo de segurança relacionado aos exemplos da varíola e a vacinação, ao atuar, acaba fazendo funcionar, em certa medida, alguns aspectos dos mecanismos jurídicos-legais e das disciplinas.

Conclui Foucault que as tecnologias de segurança inseridas no interior de mecanismos de controle social (como no exemplo anteriormente trazido, a respeito da nova forma de se enfrentar o fenômeno do roubo), fazem surgir um novo paradigma de economia geral de poder, no qual a sociedade, já identificada antes como disciplinar e que, então, adota também o modelo de segurança, pode ser compreendida, por isso mesmo, como sociedade de segurança.

Essa nova técnica, tem como espaço de atuação o campo aberto, o conjunto da população e não um espaço ideal, artificial, a ser construído, como ocorre nas disciplinas. Nas disciplinas inserem-se os indivíduos nas instituições de sequestro e aplicam-se as diversas técnicas disciplinares sobre seus corpos com o fim de docilizá-los e otimizá-los em suas eficiências produtivas, como já se demonstrou antes. A segurança trabalha sobre o que está dado, o já existente; não pretende a

reconstrução desse real em busca da perfeição, mas, como menciona Marco Antônio Sousa Alves (2021, p. 219), procura “maximizar os elementos positivos e minimizar os riscos e inconvenientes”; ela trabalha, reitera-se, sobre algo já presente. De sorte que, para o biopoder, como diz Foucault (2008b, p. 26) não se trata “de reconstruir esse dado de tal modo que se atingisse um ponto de perfeição, [...]. Trata-se simplesmente de maximizar os elementos positivos, [...], e de minimizar, o contrário”.

Parece importante ressaltar que o biopoder, como se mencionou no início deste tópico, também produz normalização, contudo, sua normalização não é idêntica àquela normalização produzida pelas disciplinas. Enquanto nas disciplinas antes da normalização já está concebida a norma, que é um determinado padrão pretendido e em relação ao qual se busca adequar o indivíduo, utilizando-se para tanto dos processos, treinamentos, repetições, vigilâncias, exames, etc. (comentados neste trabalho), isso não ocorre com o exercício do biopoder. Nos mecanismos de segurança, a norma não existe previamente, ela é retirada da observação da coletividade sobre a qual se realizará a normalização ou, como afirma Fonseca (2002, p. 214):

Nos mecanismos de segurança, o 'normal' vem antes e a norma é deduzida dele. Se nas disciplinas partia-se da norma, separava-se o 'normal' do 'anormal' e se realizava um adestramento em função desta separação, nas seguranças, parte-se de apreensões do 'normal' e do 'anormal' descritas por diferentes curvas de normalidade, sendo que somente a partir do estudo ou do jogo das normalidades que se fixa a 'norma'. Esta será sempre específica para um determinado grupo (uma população), em relação a uma determinada situação (por exemplo, uma doença), de acordo com uma série de condições. Daí que na tecnologia de segurança não se fala em uma 'normação' (como no caso da disciplina), mas em uma 'normalização' propriamente dita.”

Como o biopoder se exerce sobre uma coletividade, ou sobre populações, entra em questão a forma de exercê-lo, vale dizer, de como exercer o biopoder sobre essa população que se pretende normalizar. Enquanto em relação às disciplinas tal se dá principalmente através das instituições de sequestro que se difundem pela sociedade e criam a alma dos indivíduos, tendo seu ápice nas prisões, o mesmo não ocorre com o biopoder. Não sendo ele exercido sobre individualidades, não pode se efetivá-lo por instituições de sequestro, obviamente.

Assim, Foucault percebe que a normalização pelo biopoder se dá através das práticas de governo, de políticas de Estado, em outras palavras, por meio daquilo que esse pensador chama de governamentalidade. O tema da governamentalidade será abordado de maneira mais detida adiante, em um percurso lógico que permita estudar o sistema penal no neoliberalismo; apenas se registra, por hora, que é uma forma de administração, não mais dos indivíduos como meros sujeitos agrupados em um território, mas o governo de populações, através de estatísticas, cálculos e técnicas específicas; essas estratégias pautam-se nos fenômenos que são específicos da população e que não se apresentam em outro agrupamento menor como, por exemplo, as famílias. Finalmente, o conhecimento fundamental da governamentalidade biopolítica é a economia política e, seu instrumento principal são os dispositivos de segurança.

5.2 GOVERNAMENTALIDADE E LIBERALISMO

O liberalismo, como momento inicial daquilo que bem mais tarde ressurgiria, com várias modificações, na forma de neoliberalismo¹⁶⁴, é visto atualmente de maneira majoritária na sociedade como a origem de uma governamentalidade que prima pelas liberdades; é celebrado nos discursos mais difundidos como forma de racionalidade governamental que introduz a possibilidade de progresso econômico e liberdade aos indivíduos. Não é essa a linha de pensamento que orienta este texto.

Na análise das lições de Michel Foucault que se fez para a construção deste trabalho, procurou-se destacar, desde logo, alguns pontos que demonstram que o liberalismo já dava indicações, desde o início, que trazia em sua forma de governamentalidade, traços que poderiam levar a um mecanismo de cerceamento daquilo que dizia buscar, que era, exatamente, a liberdade individual. Esses processos de cerceamento se constituem em alguns casos, por exemplo, em aspectos como o surgimento de conflitos entre os indivíduos pela extrema

¹⁶⁴ Não se está a afirmar que o neoliberalismo seja apenas uma outra forma de liberalismo, uma continuação desse. Tal diferenciação será devidamente analisada no item específico do neoliberalismo.

competitividade e pela ausência de intervenção do Estado; pela supressão de liberdades através dos próprios mecanismos que tentariam gerar liberdades; e ainda, pela necessária e constante criação do medo na sociedade. Todos esses fatores serão abordados a seguir e aprofundados nos próximos itens à medida que se relacionarem diretamente com o objeto do presente trabalho.

Começa-se, porém, buscando-se situar a ideia de governamentalidade. Esse termo, desenvolvido por Foucault, pode ser identificado como a razão que orienta determinada forma de governo, uma razão de governo. O desenvolvimento dessa racionalidade, para o pensador francês, estaria fortemente vinculado ao liberalismo, ao governo liberal, “no interior do qual eles apareceram e adquiriram sua acuidade” (FOUCAULT, 2008a, p. 431). Logo adiante, continua Foucault (idem, p. 432), esclarecendo que a governamentalidade deve ser compreendida como “princípio e método de racionalização do exercício do governo [...] (trata-se, é claro, não da instituição ‘governo’, mas da atividade que consiste em reger a conduta dos homens num quadro e com instrumentos estatais).”

Antes de chegar ao liberalismo, porém, no estudo das formas de práticas de governo, Foucault (2008b) realiza uma vasta pesquisa a respeito da evolução do desenvolvimento dos governos. Para tanto, trata longamente do poder pastoral, em cinco aulas no Collège de France, de 8 de fevereiro até 8 de março de 1978. Aborda desde seu surgimento pré-cristão; passando pela sociedade grega que não se adapta a esse tipo de condução, opondo, por exemplo, o pastor bíblico ao tecelão de Platão (2008b, p. 217); fala das transformações que o pastorado sofre com o cristianismo, mostrando ser essa religião (cristã) que o define no ocidente; trata da separação entre sua face religiosa de “governo das almas” distinta do aspecto político, “ainda que a Igreja e o Estado, a Igreja e o poder político tivessem todas as formas de aliança que se possa imaginar” (FOUCAULT, 2008b, p. 204). Enfim, mostra que se trata de uma técnica que “tem função de encarregar-se dos homens coletiva e individualmente ao longo de toda a vida deles e a cada passo da sua existência” (FOUCAULT, 2008, p. 219). Trata o pastorado, portanto, como uma técnica de conduzir condutas; de maneira que seria o pastorado o primórdio do que vem a chamar de governamentalidade. Traz, também, uma concepção a respeito da política, esclarecendo Michel Senellart (2008b, p. 287, nota 5) que, para Foucault, a “política não é nada mais, nada menos que o que nasce com a resistência à

governamentalidade, a primeira sublevação, o primeiro enfrentamento."

Nessa trajetória Foucault analisa desde os primórdios da arte de governar, do governo material e espiritual, o governo de si e dos outros, governo de adultos e crianças e, especialmente, sobre como governar Estados; trata do governo dos homens; da aceitação em ser governado. Essa pesquisa se aprofunda nos governos dos homens que se elaboram a partir do século XVI, com o desfazimento de estruturas feudais, o surgimento de Estados territoriais e administrativos e as questões religiosas ligadas à Reforma e Contrarreforma, até o surgimento da economia política no final do século XVII e início do século XVIII. Nesse período emerge aquilo que Foucault (2008b, p. 119) chama de "governo do Estado" ou "governo sob sua forma política".

A governamentalidade surge, então, como forma específica de racionalidade do governo político das populações, afastando-se de modelos anteriores, primitivos, que inspiravam as formas de governar; como diz como diz Alves (2021, p.217), trata-se da

nova arte de governar, que acompanha o nascimento do Estado moderno e faz parte do processo que Foucault designará de governamentalização do Estado, está ligada aos desenvolvimentos a partir do século XVI do aparelho administrativo e de um conjunto de análises e saberes, em especial a economia política.

Essa nova racionalidade não tem mais como modelo de governo, por exemplo, aquele da família, do lar; isso se dá devido especialmente ao desenvolvimento da ciência da estatística, que possibilitou a constatação de fenômenos exclusivos da população, que não eram replicáveis na pequena unidade familiar. Nessa perspectiva manifesta-se Candiotti (2010, p. 38) ao afirmar que a

expansão demográfica do século XVIII propicia o desenvolvimento de uma ciência de governo e uma concepção diferente da economia, não mais centradas no modelo da família. A estatística, que na soberania somente funcionava no quadro da administração monárquica, tornar-se-á uma ciência de governo fundamental para tal desbloqueio. Essa nova ciência descobre que a população tem fenômenos específicos decorrentes de sua agregação, irreduzíveis àqueles da família. É o caso das regularidades próprias da população, tais como taxas de natalidade, mortalidade, morbidade, endemia, epidemia, trabalho e riqueza.

E necessário registrar-se que, em pelo menos dois dos cursos que ministrou no Collège de France, *Sécurité, territoire, population* (“Segurança, território, população”, 2008b) e *Naissance de la biopolitique* (“Nascimento da Biopolítica”, 2008a), quando abordou a governamentalidade, Foucault afirmou que buscaria analisar esse tema utilizando-se de um princípio metodológico semelhante àquele que empregou para o estudo das instituições e disciplinas. Para tanto, passa ao exterior dos dispositivos analisados e busca mostrar as relações de poder ali existentes, suas tecnologias; destacá-las da função aparente e analisá-las sob o prisma da estratégia, “na constituição de campos, domínios e objetos de saber” (FOUCAULT, 2008b, p. 159). Essa mesma técnica, portanto, é aplicada por Foucault na análise da arte de governar, ou como afirma: “é mais ou menos isso, no fundo, é essa possibilidade que eu gostaria de explorar em relação ao Estado” (Idem)¹⁶⁵.

Voltando-se à busca de uma definição para essa racionalidade de governo sob sua forma política, importante trazer, novamente, as palavras de Foucault (2008b, p.143) que denomina de

governamentalidade [...] o conjunto constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que permitem exercer esta forma bem específica, embora muito complexa de poder, que tem por alvo principal a população, por principal forma de saber a economia política e por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança.

Aduz ainda Foucault (2008b, p.145):

¹⁶⁵ Vale destacar que esse movimento anunciado por Foucault, de passar ao exterior das instituições (agora do Estado e da governamentalidade), pode ser compreendido como o emprego, aqui, da mesma técnica genealógica com a qual desvendou as disciplinas e seu funcionamento nas instituições, analisando estas externamente e sem prender-se ao que elas próprias (as instituições) anunciavam como suas formas e objetivos. Em relação ao Estado e a governamentalidade, entende-se que esse “olhar de fora” (essa mesma possibilidade como diz Foucault), é deixar de centralizar a análise, por exemplo, na soberania e nas instituições de direito; observando, aqui também, a constituição e funcionamento dos Estados e a forma de sua governamentalidade externamente, de um ponto de vista da materialidade da história, dos jogos de saber-poder. E percebe-se a pertinência da aplicação dessa técnica genealógica à análise do Estado quando Foucault, na aula de 8 de fevereiro de 1978, do curso “Segurança, território, população” (2008b, p. 159) indaga: “afinal de contas, essas tecnologias gerais de poder que procuramos reconstituir, passando fora da instituição, será que afinal elas não estão na dependência de uma instituição global, de uma instituição totalizante que é, precisamente, Estado?”. Consta ainda nas anotações dessa aula (2008b, p. 160, nota de rodapé), embora não pronunciada, outro questionamento feito por Foucault: “o método que consiste em analisar os poderes localizados em termos de procedimentos, técnicas, tecnologias, táticas e estratégias não é simplesmente uma maneira de passar de um nível ao outro, do micro ao macro?” Conclui o filósofo que tal deslocamento deve ser mantido ao máximo. Finalmente, aduz que “Desinstitucionalizando e desfuncionalizando as relações de poder pode-se estabelecer sua genealogia, isto é, a maneira como elas se formam, se conectam, se desenvolvem, se multiplicam, se transformam a partir de algo totalmente diferente delas mesmas.” (FOUCAULT, 2008b, nota de rodapé, item “a”).

Vivemos na era, da "governamentalidade", aquela que foi descoberta no século XVIII. Governamentalização do Estado que é um fenômeno particularmente tortuoso, pois, embora efetivamente os problemas da governamentalidade, as técnicas de governo tenham se tornado de fato o único intuito político e o único espaço real da luta e dos embates políticos, essa governamentalização do Estado foi, apesar de tudo, o fenômeno que permitiu ao Estado sobreviver. E é possível que, se o Estado existe tal como ele existe agora, seja precisamente graças a essa governamentalidade que é ao mesmo tempo exterior e interior ao Estado, já que são as táticas de governo que, a cada instante permitem definir o que deve ser do âmbito do Estado e o que não deve, o que é público e o que é privado, o que é estatal e o que é não-estatal. Portanto, se quiserem, o Estado em sua sobrevivência e o Estado em seus limites só devem ser compreendidos a partir das táticas gerais da governamentalidade.

Conclui Foucault (idem) o pensamento acima exposto afirmando que, grosso modo, poderia se definir as três grandes formas de exercício de poder do Ocidente como sendo, primeiro, as sociedades de leis, ainda numa territorialidade de tipo feudal; em seguida, aquela que chama de Estado administrativo, em territorialidade de fronteiras, com uma sociedade marcada por regulamentos e disciplinas e; finalmente, os Estados de governo da massa da população, já não sendo definido essencialmente pela territorialidade, vale dizer, o território por onde essa população se estende é importante, mas não mais o objeto essencial; o principal objeto é a população e suas relações, que é instrumentalizada pelo saber econômico e controlada pelos dispositivos de segurança.

Vale mencionar, embora sem entrar na profunda análise feita por Foucault, por não ser o objeto específico deste trabalho, que a governamentalidade, quando surge, por volta do final século XVII e início do XVIII, é orientada como razão de Estado, fundamentada juridicamente no contratualismo¹⁶⁶ e tendo com o escopo a conservação, o fortalecimento e o enriquecimento do Estado; vale dizer, a melhor existência possível do Estado é a própria finalidade do governo e, para tanto, atua em dois campos: o das relações externas e o da administração interna.

¹⁶⁶ Como mostra Candiotti (2010, p. 38), "Serão os juristas do século XVII que tentarão efetuar esse desbloqueio quando propõem uma reatualização da teoria do contrato pela qual se postula um envolvimento recíproco entre os soberanos e os súditos como princípio fundador e matriz da arte de governar. Mas para Foucault isso sempre permaneceu no âmbito teórico do direito público, sem muita incidência no real." A respeito do contratualismo se falou no item 4.2, capítulo quatro desta segunda parte.

Nessa época havia sido superada a fase dos Impérios que buscavam a expansão e o domínio territorial irrestrito, procurando os Estados da Europa um equilíbrio de forças e a manutenção estável das suas fronteiras, sem guerras de conquista. Assim, em relação à atuação nas relações externas, pretendia o governo, portanto, uma limitação, tendendo à convivência harmoniosa e em igualdade com os demais Estados; visava-se à integridade e ao equilíbrio; com essa finalidade criavam-se exércitos fortes e diplomacias permanentes. A razão de governo desse período apoia-se, como identifica Revel (2011, p. 75) “em dois grandes conjuntos de sabres e de tecnologias políticas, uma tecnologia político-militar e uma ‘polícia’”.

É assim que, em relação às preocupações internas, aquelas que se dirigiam às suas populações, ocorria exatamente o contrário da limitação adotada quanto às práticas externas. A atuação dos governos orientados pela razão de Estado era, nesse aspecto interno, ilimitada; buscava o máximo controle da população e dos indivíduos nos mínimos detalhes da vida; pretendia a otimização desta como força do Estado; e, para tanto, surge a “polícia”, nas palavras de Foucault (2008a, p.10), “O objeto da polícia é um objeto quase infinito”; aduzindo, em outro ponto o mesmo filósofo (2008a, p. 433), que

A *Polizeiwissenschaft* é a forma assumida por uma tecnologia governamental dominada pelo princípio da razão de Estado: e é de certo modo ‘naturalmente’ que ela leva em conta os problemas da população, que deve ser a mais numerosa e a mais ativa possível – para a força do Estado: portanto, saúde, natalidade e higiene nela encontram sem dificuldade um lugar importante.

Como menciona Fonseca (2002, p. 223), a polícia era um mecanismo que tinha por objetivo fazer com que as forças do Estado crescessem ao máximo mantendo a “boa ordem”, e visava

atuar, controlar, gerir as atividades dos homens na medida em que estas têm uma relação com o Estado. [...] a polícia vai se ocupar do número dos indivíduos (a força de um Estado depende do número de seus habitantes), das necessidades da vida (não basta ao Estado ser habitado, é preciso assegurar a sobrevivência de seus habitantes), dos problemas ligados à saúde (o ar, a organização do espaço urbano, a água, as doenças), dos problemas ligados à pobreza (os tipos de atividades, a assistência aos inválidos, etc.), por fim, da circulação (o comércio das mercadorias, as estradas, a

navegabilidade dos rios, os movimentos dos homens no interior dos Estados).

Como se depreende, essa polícia tinha uma atuação extremamente ampla, e seu desempenho era absoluto; de tal sorte que através dela o Estado acabava intervindo e permeando todas as atividades que se desenvolviam em seu território; nas palavras de Foucault (2008b, pp. 439-440), essa instituição abrangia um imenso domínio que ia do “viver ao mais que viver. [...] Consolidar e aumentar a força do Estado, fazer bom uso das forças do Estado, proporcionar a felicidade dos súditos, é essa articulação que é específica da polícia”.

Foucault (2008b, pp. 451-455) entende que o surgimento da polícia, nos moldes da governamentalidade da razão de Estado, se dá motivada por alguns fatores, especialmente o desenvolvimento urbano e o aumento das atividades de trocas mercantis, produções artesanais, fabricações de produtos, comércio, intercâmbios, transportes, enfim, do incremento da economia de mercado.

Tudo isso teria gerado a entrada do ser humano no universo da mercadoria, o que poderia gerar críticas e ser considerado deplorável, porém, por outro lado, isso permite uma análise do surgimento da cidade-mercado, sua governamentalidade e todos os seus problemas, e ainda, pela primeira vez, faz com que o governo leve em consideração as condições da cidade e de vida da população, a “governamentalidade do Estado se interessa, e pela primeira vez, pela materialidade fina da existência e da coexistência humana”. (FOUCAULT, 2008b, p. 456).

Importante destacar, especialmente em função do caráter deste trabalho – que se propõe a analisar a questão da prática da punição legal pelos juristas – que na época aqui tratada, da governamentalidade de razão de Estado, a polícia não tinha nenhuma vinculação com a justiça, não era um instrumento para cumprir as ordens do poder judiciário; na realidade, era uma forma do rei interferir diretamente sobre seus súditos. E acrescenta Foucault (2008b, p. 458) ser a polícia, então, uma instituição que, embora desvinculada do judiciário, não intervém de modo radicalmente diferente deste, acabando, nas palavras do pensador, por exercer uma forma “de disciplinarização geral, de regulamentação geral dos indivíduos e do território do reino”.

Essa forma de governamentalidade ancorada na instituição da polícia, contudo, vai sofrendo abalos a partir de fatores tais como o questionamento

introduzido pelos fisiocratas e pelos economistas em geral¹⁶⁷, a respeito da prioridade das trocas e vendas sobre a produção e trazendo centralidade à questão agrícola em detrimento da urbanização; eles também se contrapõe às regulamentações das atividades naturais, artificialmente realizadas pela polícia, especialmente fundamentando-se na questão da regulamentação dos preços. A tese que defendem é a do estabelecimento natural, pelo mercado, do preço justo; argumentam ser a regulamentação algo não só inútil, mas, pior que isso, que produzia resultados contrários aos desejados.

Opõem-se, ainda, ao postulado da razão de Estado segundo o qual a população é um objeto a ser sempre aumentado, bem como ao seu controle minucioso pela polícia; afirmam que a população, na verdade, não é um valor em si mesma, mas um dado relativo que deve variar naturalmente e conforme as condições e necessidades do mercado. Finalmente, em relação ao comércio exterior, dizem não ser correto buscar vender ao máximo preço e obter todo o estoque de ouro para riqueza do Estado; propõe seja permitida a livre concorrência entre os particulares. Deve-se, portanto, admitir o Estado como mero regulador de interesses e como meio a dar condições para que os indivíduos sejam os promotores de suas próprias felicidades. Como expõe Senellart (2008, p. 441), o “princípio de limitação externa da razão de Estado, que o direito representava, é substituído, no século XVIII, por um princípio de limitação interna, sob a forma de economia.”

Dessa forma, a governamentalidade denominada razão de Estado vai sendo modificada por essa visão dos economistas e, paulatinamente, transformada em outra forma das artes de governar, que então começa a surgir. Como menciona Foucault (2008b, p. 467), não foram os juristas ou os políticos que fizeram a crítica da razão de Estado, mas os economistas.

Essa vertente orientadora de governamentalidade que vem a suceder àquela da razão de Estado, é a que Foucault chama de modelo liberal, em relação à qual demonstra que tem por característica a busca de impor limites ao poder do Estado; impor limites ao poder de governar, para que se tenha um “Estado mínimo” um

¹⁶⁷ Pode-se mencionar, entre os principais economistas da época, os nomes de Adam Smith, Jean-Baptiste Say, Thomas Malthus, David Ricardo, John Stuart Mill, Johann Heinrich von Thünen e Anne Robert Jacques Turgot.

“governo frugal”¹⁶⁸. Seria a governamentalidade liberal, nas palavras de Foucault, aquela que teria o objetivo de permitir que em seu interior funcionassem o maior número de liberdades, buscaria produzir condições para que a liberdade se desenvolvesse, para tanto, diminuindo a atuação do Estado. Nas palavras de Foucault (2008a, p. 87), “O liberalismo formula simplesmente o seguinte: vou produzir o necessário para tornar você livre. Vou fazer de tal modo que você tenha a liberdade de ser livre.”

Essa nova razão de governo, sob o aspecto teórico-filosófico, como se depreende do que foi dito antes, em boa parte decorre das concepções dos pensadores iluministas e da maioria dos contratualistas, podendo-se destacar, entre esses filósofos, o pensamento de John Locke – já comentado neste texto – e sua dedicação ao tema do liberalismo, com a consequente defesa dos direitos de igualdade perante a lei, liberdade e propriedade, bem como da postulação no sentido da restrição dos poderes do Estado.

Ocorre que, embora as noções jurídicas de Estado de direito estivessem muito ligadas ao liberalismo, pois, como afirma Foucault (2008a, p. 436), “foi na ‘lei’ que o liberalismo buscou essa regulação [...], a democracia e o Estado de direito não foram necessariamente liberais”. Por isso mesmo, os economistas e, especialmente, os fisiocratas, como observa Foucault (idem), não confiavam nas instituições jurídicas, antes, preferiam ver o governo nas mãos de um déspota com poderes institucionalmente ilimitados, desde que pautado pelas leis “naturais” da economia, de forma que o liberalismo econômico, por seu turno, não “foi necessariamente democrático ou apegado às formas do direito.” (Ibidem)

Deixando os discursos formais de saber e observando-se do um ponto de vista da materialidade do poder, é exatamente nesse tipo de orientação de governo que se tem, segundo Foucault (2008a, p. 30), o terreno fértil para a biopolítica ou,

¹⁶⁸ Vale notar que, embora Foucault trate essa governamentalidade pelo nome de “liberalismo”, entende o filósofo que se baseia fundamentalmente em um “naturalismo”, afirmando que, quando os fisiocratas sustentam que há mecanismos naturais na economia e postulam que todo governo deve respeitar tais fenômenos para atingir seus objetivos “deduzem disso tudo é que governo tem de conhecer esses mecanismos econômicos em sua natureza íntima complexa. Depois de conhecê-los, deve evidentemente comprometer-se a respeitar esses mecanismos. [...] Logo, o que vemos surgir no meado do século XVIII é de fato, muito mais um naturalismo do que um liberalismo. Mas creio que podemos empregar a palavra “liberalismo” na medida em que a liberdade está, mesmo assim, no cerne dessa prática ou dos problemas que são postos a essa prática.” (FOUCAULT, 2008b, p. 84-85)

em suas próprias palavras: “Só depois que soubermos o que era esse regime governamental chamado liberalismo é que poderemos, parece-me, apreender o que é a biopolítica”¹⁶⁹. No mesmo sentido a percepção de Senellart, (2008, p. 442), quando assinala que “o liberalismo é condição de inteligibilidade da biopolítica”.

O que justifica essa nova razão de governo que quer ver aplicadas as leis das trocas que se davam no mercado, como balizas reguladoras das formas e desígnios do governo, decorre de uma crítica que pretendia a modificação dos interesses que deveriam orientar o Estado. Não deveriam mais prevalecer os interesses do fortalecimento do Estado; o que se buscava, a partir de então, era a prioridade para os interesses dos indivíduos e do mercado; um equilíbrio entre os interesses da coletividade e do indivíduo. São tais interesses e a harmonização deles que dão norte a essa nova forma de governo.

Para tanto, o modelo liberal, apoiando-se nos princípios de economia política e, principalmente, no mercado, lança os fundamentos racionais que orientam essa concepção de governo, diminuindo e limitando a possibilidade da intervenção do Estado sobre os indivíduos e suas atividades, que passam a ser, teoricamente, preservados e protegidos de ações autoritárias estatais.

A busca da razão no mercado, já se anotou antes, decorria da crença liberal e, especialmente, da doutrina dos fisiocratas, que do mercado provinha a verdade; assim, o mercado, obedecendo às leis naturais, seria um local de veridicção. Em relação à forma de atuação do Estado, este deveria agir sempre tendo como finalidade a utilidade¹⁷⁰. “Troca para as riquezas, utilidade para o poder público: eis como a razão governamental articula os princípios fundamentais da sua autolimitação.” (FOUCAULT, 2008a, p. 60)

Pela exposição realizada até aqui, quanto à forma pela qual o funcionamento da governamentalidade liberal vai se introduzindo e orientando o funcionamento político-social, já é possível reafirmar uma ilação que se pode extrair desde o quarto capítulo desta segunda parte: não é um contrato tácito e anterior ou simultâneo à

¹⁶⁹ Nos textos escritos por Foucault, mas não pronunciados na aula de 10 de janeiro de 1979, consta ainda a anotação: “Estudar o liberalismo como quadro geral da biopolítica.” (FOUCAULT, 2008a, p. 30, nota de rodapé).

¹⁷⁰ Como observa Coelho (2006, p. 182), “A teoria econômica do Estado liberal se completa com o utilitarismo de Bentham: o objetivo principal de uma sociedade seria a maximização da felicidade individual, dos apetites de cada um [...]. A própria moralidade e a ética se tornaram um cálculo de felicidades.”

constituição da sociedade que lhe dá existência, como fazem crer os discursos de saber filosófico-políticos que explicam a sociedade a partir dessa época; não se trata de um pacto social, visando preservar os homens dos perigos existentes em um suposto estado natural, que existiria anteriormente à sociedade civil, que a constitui; enfim, não é a teoria da soberania que pode explicar o funcionamento jurídico da sociedade liberal. O que faz surgir e mantém essa forma de sociedade trata-se, isso sim, do desenvolvimento de uma prática que favorece seu funcionamento; os costumes que vão se formando, as conexões de interesses, a intervenção material das operações mercantis; e mais, o acoplamento dessa realidade com os discursos de saber que as sustentam. Dito de outra forma, o par regime de verdade e práticas concretas é que fazem surgir e operar tal sociedade. E a observação dessas relações sociais é que vão permitir a compreensão de seu real funcionamento.

Essa nova razão governamental, segundo Foucault, (2008a, p. 62): “não lida com o que eu chamaria de coisas em si da governamentalidade, que são os indivíduos, que são as coisas, que são as riquezas, que são as terras”. Concluí que essa forma de governar atua, agora, numa dinâmica de interesses, sejam os interesses dos indivíduos ou aqueles da coletividade.

Utilizando-se do exemplo da punição legal, Foucault (2008a, p. 63), lembra que na governamentalidade anterior, onde prevalecia a razão de Estado, o soberano considerava-se pessoalmente atingido em seu poder quando alguém cometia um crime, por isso, punia com os suplícios e até mesmo com a morte mediante suplícios o autor desse crime. Neste novo sistema de governo, a punição deve ser exercida em função de interesses, dizendo Foucault que há uma

fina película fenomenal dos interesses que são, doravante, a única coisa sobre a qual a razão governamental pode agir. E com isso a punição aparece como devendo ser calculada em função, é claro, dos interesses da pessoa lesada, da reparação dos danos, etc. Doravante, porém, a punição deve arraigar-se apenas no jogo dos interesses dos outros, do seu meio, da sociedade, etc. Interessa punir? Que interesse há em punir? Que forma a punição deve ter para que seja interessante para a sociedade? Interessa supliciar ou o que interessa é reeducar? E reeducar como, até que ponto, etc., quanto vai custar?

Contudo, ao contrário do que pretende fazer crer o discurso do liberalismo, Foucault (2008a, p. 86) adverte que as liberdades não são plenas nesse sistema, não são nem mesmo inerentes e naturais desse regime de governamentalidade; aduz que é necessário que sejam sempre “fabricadas” posto que constantemente “consumidas”; e mais, que necessitam ser reguladas, organizadas, limitadas, pois na sociedade podem ocorrer – e frequentemente ocorrem – diversos conflitos de interesses, entre indivíduos e coletividade, surgindo riscos de uns em relação aos outros e em sentidos recíprocos; há questões de restrições à liberdade dos indivíduos provocados por fatos imprevistos, como acidentes, doenças, existe o tema da criminalidade.

Em todas essas situações surgem as questões que Foucault chama de “problema de segurança”, afirmando que o jogo entre a liberdade e a segurança está no âmago dessa nova razão governamental. Nesse “problema da segurança”, surge uma face que se pode entender de certa forma perversa do governo liberal, fomentando a assunção de riscos bem como dando lugar ao nascimento de uma cultura do perigo, colocando os indivíduos constantemente em sensação de perigo; como afirma Foucault, o perigo é o correlato interno do liberalismo. Fomentando o medo da criminalidade, medo da degenerescência racial, das doenças, etc. Diz Foucault (2008a, pp. 90-91)

O lema do liberalismo é “viver perigosamente”. “Viver perigosamente” significa que os indivíduos são postos perpetuamente em situação de perigo, ou antes, são condicionados a experimentar sua situação, sua vida, seu presente, seu futuro como portadores de perigo. E é essa espécie de estímulo do perigo que vai ser, a meu ver, uma das principais implicações do liberalismo. Toda uma educação do perigo, toda uma cultura do perigo aparece de fato no século XIX [...] aparecimento, emergência, invasão dos perigos cotidianos, perigos cotidianos perpetuamente animados, atualizados, postos portanto em circulação pelo que poderíamos chamar de cultura política do perigo no século XIX [...] vocês veem o aparecimento da literatura policial e do interesse jornalístico pelo crime a partir do meado do século XIX [...] por toda parte vocês veem esse incentivo ao medo do perigo que é de certo modo a condição, o correlato psicológico e cultural interno do liberalismo. Não há liberalismo sem cultura do perigo.

De forma que – e parece contraditório numa governamentalidade que se denomina liberal – o Estado age, então, a pretexto de criar e ampliar as liberdades, atemorizando os indivíduos, controlando-os, vigiando-os, fomentando riscos. Essa também é a perspectiva de Senellart (2008, p. 444) ao dizer que

a incitação de ‘viver perigosamente’ implica o estabelecimento de múltiplos mecanismos de segurança. Liberdade e segurança: os procedimentos por essa múltipla exigência é que constituem o paradoxo do liberalismo.

Tanto estão imbricadas as questões do liberalismo e do controle e vigilância individual por questões de segurança, que menciona Foucault (2008a, p. 91) ser o panóptico “a própria fórmula de um governo liberal [...] O panoptipismo não é uma mecânica regional e limitada a instituições. O panoptipismo, para Bentham, é uma fórmula política geral que caracteriza um tipo de governo.” Quase nessa mesma época emergem e se disseminam pela sociedade as disciplinas, como já se tratou antes na primeira parte deste trabalho; parece ficar claro, então, a imbricação entre disciplinas e biopoder, como duas faces da mesma moeda, dois instrumentos que servem para a normalização e para o exercício do poder na sociedade capitalista e liberal que surgia.

E há uma curiosa – mas não casual – transformação que ocorre na polícia nessa época de transição de governamentalidade, e que dá as características pelas quais é conhecida hoje essa instituição. Segundo mostra Foucault (2008b, p. 475), decorrente exatamente desse modelo governamental e dos pressupostos de não intervenção direta do Estado, ocorrem modificações que fazem com que a polícia passe a não se envolver mais com todos os domínios da vida da população, não atuar em todos os setores do Estado; a não se responsabilizar por produzir, por exemplo, a felicidade da população, como antes fazia. Transfigura-se, a partir de então, em um órgão de segurança, encarregado apenas de procurar evitar episódios de fenômenos ou ocorrências indesejadas na população e que possam atrapalhar o bom caminhar natural da sociedade. Assim, “a noção de polícia se altera inteiramente, se marginaliza e adquire o sentido puramente negativo que conhecemos”. (Idem, p. 476)

Conclui Foucault (2008a, p. 92), a respeito dos paradoxos da governamentalidade liberal com a própria liberdade, que surgem “mecanismos que

têm por função produzir, insuflar, ampliar as liberdades, introduzir um “a mais” de liberdade por meio de um “a mais” de controle e intervenção”; portanto, há mecanismos que são criados para incrementar, para produzir, ou ainda, para compensar liberdades e que, em sua atuação, acabam gerando, eles próprios, maior opressão, verdadeiros efeitos destrutivos em um mecanismo inverso daqueles para os quais foram pensados.

5.3 A GOVERNAMENTALIDADE NO NEOLIBERALISMO

Como neste trabalho problematiza-se a constituição dos sujeitos operadores da punição legal moderna, caminhando-se nesta segunda parte numa sequência de análise de diversos fatores que se agregam dando lugar a um regime de verdade que permite ou legitima as práticas punitivas, afigura-se como indispensável realizar um exame da governamentalidade neoliberal pois, como se verá no capítulo seis, essa governamentalidade se reflete numa modificação da forma pela qual as punições são efetivadas, assim como uma alteração em seus objetivos e resultados. O neoliberalismo, portanto, ocasiona uma adequação sobre os operadores do sistema punitivo para que exerçam suas práticas de maneira compatível com o regime de verdade que estabelece.

Foucault (2008a, p. 104) trata do neoliberalismo a partir do ordoliberalismo alemão, que tem a intenção de legitimar o Estado fragilizado no pós-guerra, em uma sociedade onde havia uma “fobia do Estado”, fobia dos Estados totalitários, nazista, stalinista, fascista, etc., de maneira que a livre atividade econômica é que passava a produzir legitimidade política interna e externa para o Estado alemão. Baseado no pensamento weberiano¹⁷¹, o Estado recupera seus fundamentos jurídicos e reais nessas práticas de livre mercado, um fenômeno muito singular da “economia criadora de direito público. [...] Gênese, genealogia permanente do Estado a partir da instituição econômica.” (FOUCAULT 2008a, p. 114).

¹⁷¹ Foucault refere-se aqui, como mostra o organizador do curso, Michel Senellart (In: FOUCAULT, 2008a, p. 134, nota 25), ao pensamento de Max Weber exposto na obra “A ética protestante e o espírito do capitalismo”.

Em outras palavras: vendo o Estado com extrema desconfiança e atribuindo-lhe sempre a tendência à concentração de poderes e superdimensionamento, os ordoliberais entendiam que o mercado deveria regular-lhe integralmente a existência e definir suas ações¹⁷²; assim, ocorre uma verdadeira inversão nas fórmulas jurídicas e políticas anteriormente existentes de legitimação estatal e a liberdade econômica passa a ser o princípio organizador do Estado.

Da leitura das obras de Foucault, especialmente do curso “Nascimento da Biopolítica” (2008a), observa-se que não há uma única forma de neoliberalismo, mas várias vertentes de governamentalidade com fundamento no neoliberalismo, cada uma delas com suas peculiaridades e variáveis e, claro, também muitas semelhanças. Todas as formas de neoliberalismo têm sua procedência no liberalismo econômico clássico, onde foram buscar seus princípios básicos, mas esses princípios foram aprofundados, adaptados e modificados a cada contexto específico. Foucault analisa com maiores detalhes o ordoliberalismo alemão, passa pelo neoliberalismo francês e aprofunda-se no norte-americano.

Continuando sobre o neoliberalismo alemão (ordoliberalismo), Foucault afirma que este seria decorrente de uma série de transformações implementadas no liberalismo clássico para que pudesse regular todo o exercício do poder político baseando-se nos princípios da economia de mercado, trata-se “de relacionar, de referir, de projetar numa arte geral de governar os princípios formais de uma economia de mercado.” (Foucault, 2008a, p. 181).

Ao contrário do liberalismo, o neoliberalismo alemão não se contenta em garantir apenas o *laissez-faire*, respeitar a livre troca, o livre comércio; sua atenção volta-se a buscar a garantia da livre concorrência e seus teóricos sustentam que

¹⁷² Permite-se registrar aqui uma reflexão: a crítica ordoliberal de expansão irrefreável do Estado, ao que parece, é uma inversão da crítica de Joseph A. Schumpeter (*Capitalism, socialism and democracy*) ao capitalismo. Schumpeter dizia que a tendência do capital é a acumulação e o monopólio; portanto, um agigantamento autodestrutivo. Já no prólogo da parte dois de sua obra citada, afirma peremptoriamente entender que o capitalismo não irá sobreviver (“Can capitalism survive? No. I do not think it can.” - Schumpeter, 2003, p. 61) Os ordoliberais reverteram a crítica e a dirigem ao Estado dizendo que a tendência do Estado é o agigantamento, a intervenção em toda a vida social e o totalitarismo. Foucault (2008a, p. 243) trabalha sobre o pensamento de Schumpeter afirmando que: “na realidade, diz Schumpeter, historicamente, concretamente, o capitalismo não pode se dissociar de tendências monopolistas. Isso não por causa do processo econômico, mas por razões que são as consequências sociais do processo de concorrência, ou seja, a própria organização da concorrência e a dinâmica da concorrência vão exigir, e exigem necessariamente, uma organização cada vez mais monopolista.”

para tal desiderato há necessidade de intervenção, por isso fala-se de um liberalismo intervencionista ou vigilante. O governo deve agir, por exemplo, para evitar a formação de monopólios que influenciariam a livre concorrência e formação dos preços, afetando o mecanismo que regula a economia.

Por outro lado, o Estado deve adotar o que os ordoliberalis chamam de “ações conforme”; e de dois tipos: reguladoras e ordenadoras (Foucault, 2008a, p. 189); as reguladoras visam as condições de mercado (como políticas de créditos, impostos, etc.), mas nunca as condições de mercado propriamente. Nesse sentido, propõe essa teoria neoliberal que, em hipótese alguma, o Estado deve atuar diretamente sobre situações de desemprego; considera que o desempregado é um mero trabalhador em situação de trânsito entre uma de renda zero e outra de renda maior.

Já as ações ordenadoras são aquelas que atuam nas condições de mercado, na manutenção das condições naturais de mercado, chamadas “políticas de moldura”, justamente porque tem como escopo manter exatamente o que os neoliberais entendem como a moldura de mercado necessária para que as virtudes do mercado, sem serem perturbadas e em bom funcionamento, possam bem orientar a governamentalidade.

Mais adiante Foucault (2008a, p. 199) demonstra que o pensamento neoliberal afirma não ter o governo que se preocupar com as desigualdades sociais produzidas pelo mercado, não devendo adotar políticas sociais que distribuam renda. Apenas a busca do crescimento econômico deveria ser o objetivo dos governos e esse crescimento faria com que os indivíduos, por si sós, alcançassem nível de renda que lhes permitissem suas próprias autonomias e satisfação em questões como saúde, previdência, enfim, necessidades as mais diversas.

De maneira que, pelas lentes dessa visão individualista de mundo e de governamentalidade sob as quais a questão social é simplesmente ignorada, “o governo não tem que corrigir os efeitos destruidores do mercado sobre a sociedade. Ele não tem que constituir, de certo modo, um contraponto ou um anteparo entre a sociedade e os processos econômicos” (Foucault 2008a, 199).

O Neoliberalismo alemão também propõe que toda a sociedade adote a forma de empresa; toda a propriedade privada, enfim, tudo seja caracterizado como uma multiplicidade de empresas; afirma Foucault (2008a, p. 203) que

É essa multiplicação da forma “empresa” no interior do corpo social que constitui, a meu ver, o escopo da política neoliberal. Trata-se de fazer do mercado, da concorrência e, por conseguinte, da empresa, o que poderíamos chamar de poder enformador da sociedade.

Por outro lado – e isso é importante de se ressaltar diante do objeto problematizado neste trabalho – Foucault destaca a necessidade de muito mais regras jurídicas e muito maior poder de resolução de conflitos de interesses jurídicos que surgirão nessa sociedade formatada como empresas. Tanto é assim, que Foucault (2008a, p. 204) entendia ser a instituição judiciária o principal serviço público de referida sociedade.

Ao contrário do que pensavam os liberais clássicos, os neoliberais alemães viam a sociedade como consequência da aplicação do ordenamento jurídico, com seus contratos, associações, moeda, sociedades, etc. (FOUCAULT, 2008a, p.223). Assim, os ordoliberalis, apoiam a racionalidade da governamentalidade neoliberal na confiabilidade das regras de mercado como reguladores sociais, sustentadas pela institucionalidade das normas jurídicas; como diz Foucault (2008a, p. 231)

a inovação institucional que é preciso praticar agora é aplicar à economia algo que na tradição alemã se chama *Rechtsstaat* e que os ingleses chamam de *Rule of law*, Estado de direito ou reinado da lei. E é aí, então, que a análise ordoliberal vai se inscrever, não mais na linha da teoria econômica da concorrência e da história sociológica da economia que haviam sido definidas, a primeira por Walras, Wicksell, Marshall, e a segunda por Max Weber; ela vai se inscrever em toda uma linha de teoria do direito, teoria do direito do Estado, que foi importantíssima na história e no pensamento jurídico alemão e das instituições alemãs.

Foucault faz então uma exposição sobre o nascimento do Estado de Direito desde o final do século XVIII e XIX, demonstrando sua superioridade sobre o despotismo e o Estado policial e sustentando seus principais aspectos, como a limitação da ação do poder público pela lei formal (e não por qualquer ato administrativo); “um Estado em que cada cidadão tem possibilidades concretas, institucionalizadas e eficazes de recurso contra o poder público” (FOUCAULT, 2008a, p. 234), vale dizer, possibilidade de recorrer a instâncias judiciais.

Para os neoliberais, contudo, o Estado, enquanto Estado de Direito, é ainda muito mais limitado em suas ações; jamais deverá ser planificador, traçar metas

finalísticas, intervencionistas, deve ser apenas, conforme menciona Hayek, citado por Foucault (2008a, pp. 236 e seguintes), mero definidor de uma moldura legal dentro da qual as empresas estabelecerão os processos de mercado segundo as regras legais; em outras palavras, o Estado apenas traçará as regras e velará para que essas regras sejam efetivamente observadas na disputa do “jogo do mercado”. Haveria, segundo Foucault (2008a, p. 238), um “jogo de empresas regulado no interior de uma moldura jurídico-institucional garantida pelo Estado: é essa a forma geral do que deve ser o quadro institucional de um capitalismo renovado. Regra de jogo econômico e não controle econômico-social desejado.”

Em seguida Foucault (2008a, p. 266) passa em análise pelo neoliberalismo francês, constatando que se deu a partir das ideias do ordoliberalismo alemão, de forma lenta e fortemente estatizada, em um contexto de crise econômica e cujos agentes de difusão foram os próprios gestores do Estado, encontrando, por isso mesmo, serias dificuldades em se implantar. Chega, em seguida, ao neoliberalismo americano (idem, p. 297).

Foucault se propõe a analisar o neoliberalismo americano a partir do ponto de vista de dois fenômenos: o capital humano e a criminalidade e delinquência. Em relação ao capital humano, demonstra que os ideólogos dessa doutrina situam o trabalhador como um *homo oeconomicus*, um empresário de si mesmo; seu corpo uma máquina utilizável na produção¹⁷³. Compara as fases na vida de trabalhador com as fases de utilização de uma máquina para a produção: quando mais nova, melhor e mais produtiva; quando mais velha, mais obsoleta, menos produtiva. Dessa maneira o salário do trabalhador seria a “renda” do seu “capital de trabalho”; esse empresário de si mesmo deve bem administrar o seu fluxo salarial durante sua vida.

¹⁷³ Pelas próprias palavras de Foucault (2008a, p. 369), o “*homo oeconomicus* é aquele que obedece ao seu interesse”, e mais adiante mostra “o *homo oeconomicus* como sujeito de interesse individual no interior de uma totalidade que lhe escapa, mas funda a racionalidade das suas opções egoístas” (idem, p.379). Contudo, adverte Foucault (2008a, p. 345) que, “considerar o sujeito como *homo oeconomicus* não implica uma assimilação antropológica de todo comportamento, qualquer que seja, a um comportamento econômico”; mas sim, tomar essa figura como “grade de inteligibilidade que será adotada para o comportamento de um novo indivíduo” (idem). Além dessas exposições trazidas por Foucault sobre o *homo oeconomicus* como um competidor no mercado, empresário de si e uma máquina de produção a ser utilizada, Coelho (2006, p. 182) traz outras interessantes características desse “*homo oeconomicus*: um homem que é um maximizador racional e egoísta de prazer, capaz de determinar suas ações de forma estratégica e por meio de cálculos racionais de utilidade, pouco importando suas emoções, seus hábitos, sua cultura e suas contingências”.

Registra-se neste trabalho que essa parece ser uma teoria confortável para aqueles economistas que a escreveram na comodidade de uma academia e, talvez, bastante conveniente para quem utilizará os “corpos-máquinas”; mas, certamente, não será tão simples se obter mesmo a mera sobrevivência animal, especialmente na “fase de obsolescência”, em relação àqueles que não puderam constituir um bom “capital humano” que lhes permitisse auferir um razoável volume de renda; que não tiveram condições de empreender um elevado grau de desenvolvimento para suas “empresas pessoais” na juventude, devido às mais diversas condições sociais desfavoráveis sob as quais nasceram, como, por exemplo, porque seus ascendentes não puderam contribuir nessa formação.

Finalmente, como se está a tratar da subjetivação dos operadores do direito penal, não parece caber dúvidas que, por essa racionalidade, o conjunto desses profissionais é observado e analisado, formando-se, a partir desse mecanismo e da produção apresentada pela média deles, padrões de “qualidade” que são então considerados institucional e socialmente aceitáveis; *standards* devidamente registrados e que ficam disponíveis para os órgãos fiscalizatórios de cada instituição. De tal maneira, cada jurista, desse ponto de vista de *homo oeconomicus*, deve procurar adequar-se e esses padrões; buscar manter sua “produção” dentro dos limites profissionais socialmente estabelecidos como aceitáveis; nos padrões de “qualidade” apresentado pela média dos demais profissionais e esperado pela racionalidade que permeia a instituição e a sociedade à qual pertence. Essa adequação se faz necessária, - apesar das garantias profissionais diferenciadas que (ainda) contam esses operadores no ordenamento jurídico¹⁷⁴ – para que conserve

¹⁷⁴ Embora desfrutem os operadores do direito aqui enfocados (integrantes do Ministério Público e da Magistratura) de garantias constitucionais como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de rendimentos, essas garantias, evidentemente, não são absolutas. Procedimentos administrativos podem impor penas de suspensão que ensejem perdas de rendimentos equivalentes ao período da penalidade e, mediante o ingresso e posterior julgamento pela procedência de ação judicial – a chamada Ação Civil Pública – as instituições respectivas podem aposentar compulsoriamente, com salário proporcional ao tempo de trabalho, ou, até mesmo, promover a demissão de seus membros. Essas consequências devem, normalmente, decorrer de faltas graves cometidas por esses membros; contudo, a avaliação do que seja uma falta grave acaba sendo um procedimento subjetivo e vinculado à “verdade” vigente em cada época. Não se pode esquecer, ainda, que os encarregados do julgamento dessas ações judiciais específicas, direcionadas à aplicação das penalidades mais graves, são também operadores do direito, de regra com suas subjetividades constituídas pela “ciência jurídica” e, principalmente, pela verdade do tempo que vivem. Vale reiterar mais detalhadamente o registro já mencionado em nota anterior, como exemplo do funcionamento concreto de vigilância e possibilidade de prejuízos materiais e sociais aos juristas penais, ilustra bem essas práticas contido na Nota de apoio aos Juízes Edevaldo de Medeiros e Roberto Corcioli, publicado no periódico “Viomundo”, pelo Coletivo Advogadas e Advogados pela Democracia (CAAD), em novembro de 2020, onde afirma que: “Na terça, 24/11, às 14h, Roberto Corcioli, condenado pelo

seu prestígio profissional e pessoal junto aos seus pares e à sociedade em que atuam e, mais que isso, para não correr risco profissional, para não se expor às eventuais ameaças de sanções que, em extremo, possam comprometer sua “renda” e seu futuro. Instrumentos para a aferição dessa “normalização” individual do operador do direito penal já foram mencionados na primeira parte, por exemplo, quando se tratou do olhar vigilante e do exame. Somam-se aqui, agindo simultaneamente nesse processo de normalização e constituição de sujeitos, táticas e racionalidades que já se inserem em contexto de biopolítica. Feita essa observação, retoma-se a visão de foucaultiana do neoliberalismo.

Foucault (2008a, p. 314) demonstra uma preocupação com as consequências das diferenças na formação do capital humano, que, inclusive, vão muito além das questões econômicas, falando sobre a influência da própria carga genética do indivíduo e das questões de racismo¹⁷⁵ que essa concepção pode trazer, afirmando que

se vocês quiserem ter um filho cujo capital humano, entendido simplesmente em termos de elementos inatos e de elementos hereditários, seja elevado, fica claro que será necessário, da parte de vocês, todo um investimento, isto é, ter trabalhado suficientemente, ter renda suficiente, ter uma condição social tal que

TJSP disciplinarmente por interpretar a lei contra o gosto do Ministério Público, será julgado pelo Conselho Nacional de Justiça. [...] O Juiz de Direito Roberto Luiz Corcioli Filho foi punido com censura pelo TJSP por ser ‘progressista demais’.” [...] “Na quarta, 25/11, o Juiz Federal Edevaldo de Medeiros, representado por oito membros do Ministério Público Federal, será julgado por ousar ser garantista, ter visitado Lula na prisão e tecer críticas à lava-jato e Sergio Moro – quando [Moro] esteve ministro da justiça [...]”. Disponível em: < <https://www.viomundo.com.br/voce-escreve/coletivo-de-advogados-divulga-nota-de-apoio-aos-juizes-edevaldo-medeiros-e-roberto-corcioli-perseguidos-por-serem-progressistas.html>>. Acesso em: 23 nov. 2020. O site jurídico Conjur, demonstrando o grande conteúdo moralizante e normalizador da decisão que puniu um dos juízes mencionados acima, informa que o “juiz Roberto Luiz Corcioli Filho, [foi] punido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo com a pena de censura por ‘atuação com viés ideológico’ e por ‘soltar muito [...] [cujas decisões] teriam provocado prejuízos à população ‘honesto, trabalhadora e humilde’ do município de Itapevi, ‘a qual, por força da atuação do requerido, viu-se obrigada a assistir ao arrefecimento do combate a criminosos e menores delinquentes’”. A mesma matéria jornalística ainda menciona “o caso da desembargadora aposentada Kenarik Boujikian, também punida com a pena de censura pelo Órgão Especial do TJ-SP por emitir alvarás de soltura para libertar presos preventivos que já estavam cumprindo pena além do que estava estipulado em suas sentenças.” Finalmente, lembra que “Em 2015, o TJ-SP chegou a ser denunciado no Conselho de Direitos Humanos da ONU por afastar de suas áreas juízes que supostamente decidiriam mais em favor da liberdade do que da prisão.” Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-nov-23/cnj-julga-nesta-terca-juiz-paulista-acusado-soltar>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

¹⁷⁵ A questão do racismo será retomada adiante no item 6.1, quando se fala no inimigo social na sociedade biopolítica, quando da análise da possibilidade de se produzir morte de determinados indivíduos ou determinados grupos populacionais.

lhes permitirá tomar por cônjuge, ou por co-produtor desse futuro capital humano, alguém cujo capital também seja importante.[...] a partir do momento em que uma sociedade se coloca o problema da melhoria do seu capital humano em geral, não é possível que o problema do controle, da filtragem, da melhoria do capital humano dos indivíduos, em função, é claro, das uniões e das procriações que daí decorrerão, não seja posto e discutido. [...] Os efeitos, digamos, racistas da genética são certamente uma coisa que se deve temer e que estão longe de estar superados.

Incide ainda na formação desse “homem-máquina”, além da carga genética, da preparação educacional e técnica, também a atenção recebida da família, o nível cultural dessa família da qual se origina, os cuidados de saúde, a qualidade do ambiente e inúmeros outros fatores quase impossíveis de serem enumerados e que, pelo que se pode concluir, desigualarão totalmente a concorrência posterior entre tais “máquinas-humanas”.

Ora, assim sendo, a igualdade de condições de concorrência, que é um dos postulados principais da racionalidade neoliberal está, do que se pode concluir, seriamente afetada ou mesmo inviabilizada de existir, diante da realidade da formação dos indivíduos¹⁷⁶.

De maneira que o neoliberalismo não parece afigurar-se, por isso mesmo, um sistema de governamentalidade que possa trazer liberdade individual e, muito

¹⁷⁶ Daí a falsidade de postulados neoliberais como o tão prolapado princípio da “meritocracia”. Daniel Markovits, professor de Direito na Universidade de Yale, começa seu livro *The Meritocracy Trap* (A armadilha da meritocracia) com a afirmação “Mérito é uma farsa.” Ouvido pela BBC, Markovits (2020) afirma que “há uma espécie de psicologia obscura da meritocracia. [...] Se você nasceu na classe média e não entrou na universidade ideal ou não conseguiu o melhor trabalho, a razão não tem a ver com você, individualmente, mas tem tudo a ver com estruturas de riqueza, poder e exclusão em uma sociedade meritocrática. No entanto, o que a meritocracia faz é contar uma história que faz parecer que uma exclusão estrutural é, na verdade, uma falha individual.” [...] “A desigualdade que venho descrevendo é sistêmica, estrutural, mas não é absoluta. É sempre possível para as pessoas — ou por serem excepcionalmente talentosas ou por serem excepcionalmente sortudas — sair da armadilha, partir de circunstâncias modestas e chegar a conquistas gigantes. Mas política social tem que ser feita para pessoas comuns, não para pessoas excepcionais. Uma sociedade justa e eficiente não faz suas regras e políticas básicas com a exceção em mente, e sim com a maioria das pessoas em mente.” Também interessante a constatação a realizada por Maroy (2020) ao dizer que “um princípio de justiça meritocrática não só está longe de ser realizado na prática, mas que é, em termos de filosofia e prática política, claramente insuficiente, até mesmo conservador. Uma sociedade ‘meritocrática’ é de fato uma sociedade que tolera a desigualdade de ‘lugares’ (do ponto de vista da sua remuneração material ou simbólica), na medida em que essa estratificação seria apenas o resultado das desigualdades de ‘talentos’ iniciais ou dos esforços e trabalho despendidos para adquiri-los ou ocupá-los.” (Livre tradução realizada pelo autor deste trabalho a partir do excerto original : « un principe de justice méritocratique est non seulement loin d’être réalisé pratiquement mais qu’il est, sur le plan de la philosophie et de la pratique politique, clairement insuffisant, voire conservateur. Une société « méritocratique » est en effet une société qui tolère l’inégalité des « places » (du point de vue de leurs rémunérations matérielles ou symboliques), dans la mesure où cette stratification serait seulement le résultat des inégalités de « talents » de départ ou des efforts et du travail consentis pour les acquérir ou les occuper. »)

menos, justiça social, ainda que decorrente de adoção de leis regulatórias que supostamente emergem de uma pretensa natureza social do mercado, como querem fazer crer os economistas que o desenvolveram. Parece muito mais uma governamentalidade que desiguala condições básicas dos indivíduos em favor daqueles que já detêm mais capital humano (ou mesmo capital financeiro) e melhores condições de competir no mercado (e em especial no mercado de trabalho), em detrimento dos que estão em piores condições materiais. Parece também, como já identificou Foucault, que pode estimular ideias racistas; pode ainda açodar o egoísmo e enfraquecer qualquer tipo de vínculo de solidariedade entre as pessoas. Sem a intervenção do Estado, como prega essa razão de governo, o que se afigura ser uma consequência natural, em realidade, é cada vez mais aprofundarem-se as desigualdades entre as pessoas, aumentar o individualismo e outros sentimentos negativos decorrentes da falta de coesão social e excesso de competição.

O segundo aspecto que Foucault se propõe a estudar no neoliberalismo americano é o fenômeno criminalidade e delinquência; inicia o pensador sua reflexão pela constatação que essa forma de governamentalidade busca a compreensão de fenômenos sociais a partir do mercado, vale dizer, faz a leitura de fenômenos não econômicos, fenômenos sociais e individuais pela lógica mercantil. E constata ainda que se trata de uma crítica mercantil ao governo, não jurídica nem política, mas muito mais intrusiva na ação governamental que o liberalismo clássico pois, neste, simplesmente pedia-se que o governo não interferisse no mercado; já no neoliberalismo americano as leis de mercado convertem-se em princípios que se voltam contra o governo como um tribunal de julgamento e passam a regular sua ação, sua administração, ponderando o que deve ou não fazer.

Prossegue Foucault (2008a, p. 339), dizendo que o funcionamento do sistema penal e da criminalidade foram feitos por neoliberais sob a perspectiva desses dois traços antes mencionados, quais sejam: a “análise dos comportamentos não econômicos através de uma grade de inteligibilidade economista, [e] crítica e avaliação da ação do poder público em termos de mercado”. Constata que desde a reforma penal do século XVIII adotou-se um viés utilitarista e econômico a conduzir a mudança na punição, buscando-se a forma de mais baixo custo e de maior eficiência na punição, chegando-se à solução da lei. A lei, a legalidade, seria a solução mais barata e eficiente para punir as pessoas. Nas palavras de Foucault

(2008a, p. 341) “O *homo penalis*, o homem que é penalizável, o homem que se expõe a lei e pode ser punido pela lei, [...], um *homo oeconomicus*. E é a lei que permite, precisamente, articular o problema da penalidade com o problema da economia.”

Logo nas páginas a seguir do mesmo curso (Nascimento da Biopolítica, 2008a, pp. 342 e seguintes), Foucault abre uma crítica à introdução de outros saberes na punição, que atuariam ao lado da lei, fazendo alusão, inclusive, à questão da normalização, quando menciona as “medidas individualizantes em termos de norma”. Trata do surgimento de um paradoxo na busca da “economia” da punição e uma imensa inflação de saberes, de discursos e de instâncias, que transformam o *homo penalis* em *homo criminalis*. Registra ocorrer esse fenômeno, especialmente, após o aparecimento da criminologia no século XIX, quando o sistema penal passa a se interessar pelo indivíduo, quando deveria simplesmente punir o fato com a aplicação exclusiva da lei. Conclui que “o sistema penal não cessou de patinar desde o fim do século XIX”.

Em seguida, Foucault refere-se ao trabalho do pensador neoliberal Gary Becker¹⁷⁷ que discorre a respeito do problema da punição e a doutrina neoliberal, para sustentar que o erro dos pensadores do liberalismo clássico que trabalharam sobre essa questão, como Beccaria e Bentham, foi buscar adequar o cálculo utilitário dentro de uma estrutura jurídica, quando isso não seria possível, posto que a relação entre o indivíduo e o Estado deveria ser feita exclusivamente pelo prisma da economia; em seu ponto de vista, essa seria a única adequação relacional possível, sustentando o filósofo ser correta a declaração de Becker que “crime é toda ação que faz um indivíduo correr o risco de ser condenado a uma pena”¹⁷⁸.

¹⁷⁷ BECKER, Gary. *Crime and punishment: an economic approach*. Journal of Political Economy, vol. 76 (2), março-abril de 1968, pp. 196-217. Republicado em id., *The Economic Approach to Human Behavior*, op. cit., pp. 39-85. Sobre os três autores citados, cf. F. Jenny, *La theorie economique du crime: une revue de la litterature*, In: J.-J. Rosa e F. Altalion, org., *L'Economique retrouvee*, op. cit., pp. 296-324 (artigo de que Foucault extrai aqui certo número de informações). Cf. também, desde então, G. Radnitsky e P. Bemholz, orgs., *Economic Imperialism: The Economic Approach applied outside the field of economics*, Nova York, Paragon House, 1987. (FOUCAULT, 2008a, p. 359, nota 19)

¹⁷⁸ Para não entrar, por ora, nessa questão, cumpre apenas registrar que neste trabalho discorda-se totalmente da posição de Becker e que, se essa teoria fosse adotada pelo sistema penal, retiraria todo o fundamento dos princípios de limitações e garantias que reside na já tênue segurança legal existente. Tais princípios, para dizer de forma muito esquemática, consistem em que o Estado somente pode punir o indivíduo por fatos descritos anterior e detalhadamente como crime pela lei penal e com penas já cominadas entre um mínimo e um máximo (a teoria do “tipo penal” e o princípio da tipicidade, entre outros, já comentados anteriormente neste trabalho).

Assim, na governamentalidade neoliberal, o criminoso deveria ser encarado como mero *homo oeconomicus*, que faz o cálculo entre a vantagem do crime e a consequência da pena, investe em determinada ação, calcula os riscos envolvidos, e aceita a possível perda, de maneira que, sob essa perspectiva, não haveria diferença entre um homicídio qualificado e uma infração de trânsito.

Conclui Foucault (2008a, p. 350) mostrando a visão neoliberal buscar um “enforço da lei”¹⁷⁹, que significaria reforçar os mecanismos de aplicação da lei penal existente, com investigação e punição mais rápida dos crimes cometidos; punição essa mais efetiva e mais rigorosa nos parâmetros legais; execução das penas também de forma rígida; enfim, tornar o crime mais oneroso numa perspectiva de mercado de consumo para os indivíduos que se dispusessem a correr o risco de delinquir. Não procura erradicar o crime, como fora a pretensão do liberalismo clássico – ainda que reconhecidamente utópica – mas, sim, tornar menos atraente o “mercado do crime”.

Ao final da aula de Foucault de 21 de março de 1979 (2008a, p. 354), compreende-se que, a partir da racionalidade neoliberal, poderia imaginar-se uma sociedade livre das normalizações, podendo-se depreender que numa sociedade em que a política criminal fosse orientada pela governamentalidade neoliberal, tomando qualquer crime como uma mera aceitação de risco de ser submetido a uma pena, um simples “jogo de mercado”, não haveria espaço para as disciplinas e para

Mais adiante, no capítulo seis, item 6.5, ao tratar-se sobre o neoliberalismo e o sistema penal, essa questão será analisada com mais detalhamento.

¹⁷⁹ A respeito dessa ideia neoliberal de *enforcement of law*, traduzida por Foucault como “enforço da lei”, e explicada pelo pensador como “o conjunto de instrumentos de ação sobre o mercado do crime que opõe à oferta do crime uma demanda negativa” (Foucault, 2008a, p. 348) e que já foi objeto de comentário expositivo em nota, na introdução deste trabalho, pode-se perceber que encontra forte eco em alguns autores penais, especialmente naqueles alinhados com um direito penal expansionista, que buscam um direito penal máximo, como a teoria do funcionalismo sistêmico do jurista alemão Günther Jakobs (2003), que sustenta ter o direito penal como missão principal não a tutela de bens jurídicos como a vida, a integridade física, o patrimônio, etc, mas, sim, o reforço das expectativas normativas, que seriam indispensáveis à manutenção da vida em sociedade. Assim, por essa perspectiva de Jakobs, com a transgressão da norma penal ocorreria uma frustração na sociedade e, então, o Direito Penal precisaria agir, punindo o transgressor, para restabelecer a segurança jurídica, reafirmando a vigência da norma e assegurando aos indivíduos que suas expectativas de manutenção da lei e da ordem não seriam novamente burladas. Aplica-se, portanto, uma sanção, como forma de reafirmar a expectativa de cumprimento da lei que foi frustrada, negando-se que o fato praticado seja correto e se reafirmando como certo o comportamento determinado pela norma. Conforme esse entendimento a pena desempenha, portanto, o papel responsável pela revalidação de vigência da norma. No item 6.5 desta segunda parte se voltará mais detalhadamente a esse assunto.

a biopolítica atuarem, conferindo-se, por consequência, muito mais liberdade para o indivíduo e para a população. Talvez fosse possível imaginar, então, que a normalização seria afastada pelo banimento da interferência de outras ciências do campo da punição legal.

Tal, contudo, não foi o que ocorreu. Com o passar das décadas, é perceptível que a postulação neoliberal de um Estado mínimo se refletiu apenas no aspecto da diminuição ou supressão das prestações positivas em favor da população, de maneira que o Estado social foi realmente minimizado. Por outro lado, o Estado penal, repressivo, punitivo, e importante ator na produção de normalização, foi maximizado, hipertrofiado.

5.4 NEOLIBERALISMO, A ILUSÃO DE UMA RACIONALIDADE POTENCIALMENTE LIBERTADORA

O neoliberalismo se apresentava, com bastante verossimilhança, como uma governamentalidade com muito poder crítico e libertador; também fomentava a crença nas leis do mercado e sua capacidade de veridicção, e trazia enorme confiança nas entidades privadas. Tornava possível acreditar, tal como faziam os ordoliberalis alemães, que essas instituições privadas poderiam conter a tendência de totalitarismos ou autoritarismos de Estados, como aqueles que ocorreram no período entreguerras, durante a Segunda Grande Guerra e mesmo no pós-Guerra. É natural que, quando ainda não havia experiências reais de governos neoliberais, se vislumbrasse, em teoria, que essa razão de governo fosse a forma que poderia proporcionar o maior controle às tendências autoritárias do Estado e permitir as maiores liberdades aos indivíduos.

Como identifica David Harvey (2008, p. 15), “as figuras fundadoras do pensamento neoliberal consideravam fundamentais os ideais políticos da dignidade humana e da liberdade individual”, e pouco adiante, complementa o pensamento afirmando que esses valores foram os que deram vigor aos “movimentos estudantis que percorreram o mundo em 1968” (Idem).

Há que se considerar que, em muitos aspectos, o discurso neoliberal pode

ser bastante atraente para um pensador que tenha afinidade com os temas de liberdade, especialmente em face do Estado e do governo em geral. Registra-se, por exemplo, que Friedrich von Hayek se opunha não só aos regimes totalitários fascistas, nazistas, ou ao socialismo e comunismo, mas à própria intervenção estatal nas condições de vida da população; afirma Perry Anderson (1995, p. 09), dizer Hayek que, “Apesar de suas boas intenções, a social-democracia moderada inglesa conduz ao mesmo desastre que o nazismo alemão – uma servidão moderna”. A imagem de liberdade transmitida pelo neoliberalismo sempre foi de busca de liberdade e luta contra um Estado autoritário.

Uma das associações precursoras do neoliberalismo no mundo, a *Mont Pèlerin Society*, fundada em 1947, por pensadores que se reuniram em torno de Friedrich von Hayek, agregando pessoas como Ludwig von Mises, o economista Milton Friedman, o pensador Karl Popper, apenas para citar alguns nomes mais conhecidos, tinha (e tem) em sua declaração de fundação, muitos termos que transmitem a ideia de ser ela (assim como seus membros), supostamente defensora de valores libertários.

A declaração inaugural da *Mont Pèlerin Society* traz expressões que se referem a um risco iminente que, alegadamente, pairava contra a dignidade e a liberdade pelo exercício de poder arbitrário. Exalta o apreço do grupo pela liberdade de pensamento e de expressão. Alega ter como objetivos a busca da redefinição do papel do Estado para uma ordem mais libertária, com respeito ao mercado e aos direitos individuais; a preservação da história e a busca da paz internacional. Afirma ainda o compromisso com a preservação e melhoria da sociedade livre, entre outros

princípios.¹⁸⁰

Voltando às ideias de Hayek, que é um dos teóricos que mais influenciaram o neoliberalismo, especialmente em seu aspecto que foi implementado na prática (na forma norte-americana de anarcoliberalismo)¹⁸¹, vale lembrar que em sua obra *The Road to Serfdom* (“O caminho da servidão”, 2010), afirmava: “lutamos pela liberdade de conduzir nossa vida de acordo com nossas próprias ideias.” (HAYEK, 2010, p. 32). Continua Hayek nas páginas seguintes de seu livro comentando a respeito de uma proximidade que haveria entre o socialismo e regimes totalitários como o nazismo e o fascismo; que o caminho que leva a esse tipo de governo não decorreria da característica genética de um povo, mas de serem adotadas, lentamente, concepções socialistas pelos governos, bem como, abandonadas as ideias liberais. Afirma mais, que se está tendendo a voltar a uma espécie de

¹⁸⁰ Texto integral e original da declaração: “Statement of Aims - The central values of civilization are in danger. Over large stretches of the Earth’s surface the essential conditions of human dignity and freedom have already disappeared. In others they are under constant menace from the development of current tendencies of policy. The position of the individual and the voluntary group are progressively undermined by extensions of arbitrary power. Even that most precious possession of Western Man, freedom of thought and expression, is threatened by the spread of creeds which, claiming the privilege of tolerance when in the position of a minority, seek only to establish a position of power in which they can suppress and obliterate all views but their own. The group holds that these developments have been fostered by the growth of a view of history which denies all absolute moral standards and by the growth of theories which question the desirability of the rule of law. It holds further that they have been fostered by a decline of belief in private property and the competitive market; for without the diffused power and initiative associated with these institutions it is difficult to imagine a society in which freedom may be effectively preserved. Believing that what is essentially an ideological movement must be met by intellectual argument and the reassertion of valid ideals, the group, having made a preliminary exploration of the ground, is of the opinion that further study is desirable inter alia in regard to the following matters:

1. The analysis and exploration of the nature of the present crisis so as to bring home to others its essential moral and economic origins.
2. The redefinition of the functions of the state so as to distinguish more clearly between the totalitarian and the liberal order.
3. Methods of re-establishing the rule of law and of assuring its development in such manner that individuals and groups are not in a position to encroach upon the freedom of others and private rights are not allowed to become a basis of predatory power.
4. The possibility of establishing minimum standards by means not inimical to initiative and functioning of the market.
5. Methods of combating the misuse of history for the furtherance of creeds hostile to liberty.
6. The problem of the creation of an international order conducive to the safeguarding of peace and liberty and permitting the establishment of harmonious international economic relations.

The group does not aspire to conduct propaganda. It seeks to establish no meticulous and hampering orthodoxy. It aligns itself with no particular party. Its object is solely, by facilitating the exchange of views among minds inspired by certain ideals and broad conceptions held in common, to contribute to the preservation and improvement of the free society. *Mont Pelerin (Vaud), Switzerland, April 8, 1947.*

Texto disponível em: < <https://www.montpelerin.org/statement-of-aims/> >. Acesso em: 20/10/2019.

¹⁸¹ O termo anarcoliberalismo é utilizado por Foucault (2008a, 159) para referir-se ao neoliberalismo norte-americano

escravidão, abandonando não só o liberalismo, mas os fundamentos cristãos e, finalmente, greco-romanos; diz que o individualismo proposto pelo neoliberalismo teria “como características essenciais o respeito pelo indivíduo como ser humano, isto é, o reconhecimento da supremacia de suas preferências e opiniões na esfera individual.” (Idem, p. 40); que a liberdade econômica traz como subproduto a liberdade política; o desenvolvimento tecnológico e uma melhor condição de vida a todas as classes sociais (ibidem, p. 42). Enfim, é uma sensacional pregação das hipotéticas virtudes do neoliberalismo.

De qualquer perspectiva, é indiscutível a importância das lições que deixou Foucault a respeito do neoliberalismo para os estudos a respeito desse tema, como menciona Clécio Lemos (2018, p. 200):

A morte de Foucault em 1984 não permitiu que ele testemunhasse as dinâmicas concretas do neoliberalismo norte-americano ou brasileiro. Mas, nitidamente, sua interpretação da proposta teórica neoliberal trouxe dados essenciais que servem para entender o que se passou a partir de então.

A partir da implantação prática do neoliberalismo como razão de governo emerge a possibilidade de avaliar-se sua capacidade de produção de uma série de efeitos socialmente negativos. Entre essas consequências, aqui tratadas como socialmente negativas, pode-se indicar, em relação à população, a desesperança decorrente da precarização da vida, um crescente individualismo induzido pelo excesso de competitividade, chegando-se a um egoísmo e desprezo ao semelhante; como percebem Pierre Dardot e Christian Laval (2016, p. 9)

os próprios móveis subjetivos da mobilização são enfraquecidos pelo sistema neoliberal: a ação coletiva se tornou mais difícil, porque os indivíduos são submetidos a um regime de concorrência em todos os níveis. As formas de gestão na empresa, o desemprego e a precariedade, a dívida e a avaliação, são poderosas alavancas de concorrência interindividual e definem novos modos de subjetivação. A polarização entre os que desistem e os que são bem-sucedidos mina a solidariedade e a cidadania. Abstenção eleitoral, dessindicalização, racismo, tudo parece conduzir à destruição das condições do coletivo.

No aspecto do capital, percebe-se o agigantamento de algumas megacorporações privadas, enfeixada nas mãos de reduzidos grupos de pessoas

que detêm muita riqueza, e, dessa forma, passam a exercer o poder em situação muito privilegiada; um exercício de poder socialmente nocivo, que distorce todas as leis de mercado as quais, imaginava-se, seriam capazes de regular equitativamente a sociedade.

A observação empírica demonstra que, com a prática da racionalidade neoliberal, algumas corporações assumiram posições muito privilegiadas na dinâmica das relações de poder; posições essas advindas, fundamentalmente, do fato desses grupos privados possuírem capitais enormes, maiores, a título de comparação, que o Produto Interno Bruto (PIB) de muitos países do mundo somados; ou, ainda que não se considerem seus capitais, mas apenas seus resultados financeiros, vale dizer, seus lucros, já são superiores ao PIB de diversos países, ou à soma do PIB de vários países¹⁸²,

Como consequência das posições extremamente privilegiadas no exercício do poder, implementou-se paulatinamente e, finalmente, se consolidou décadas depois, aquilo que Foucault – se analisasse a governamentalidade neoliberal na atualidade – talvez chamasse de “efeito de poder”¹⁸³. Isso porque essa concentração do exercício privilegiado do poder por algumas corporações, foi articulada com a produção e disseminação de todo um saber específico que estabeleceu, ao redor do mundo, o discurso neoliberal como verdade. Foucault (2008a, p. 181) parece ter percebido a pretensão dessa razão governamental em estabelecer uma nova forma de normalização ao afirmar que, o problema do neoliberalismo, seria “saber como se pode regular o exercício global do poder político com base nos princípios de uma economia de mercado.”

¹⁸² A respeito do poder econômico das empresas privadas ser maior que o de muitos países, vários artigos tratam do tema, exemplificativamente pode-se mencionar algumas fontes de referência como: *Quando as empresas são mais poderosas que os países*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366_037336.html, acesso em: 18/10/2019. Ou ainda: *Lucro somado de 4 bancos brasileiros é maior que o PIB de 83 países*. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/02/lucro-somado-de-4-bancos-brasileiros-e-maior-que-o-pib-de-83-paises.html>>. Acesso em: 18/10/2019.

¹⁸³ Menciona-se o “efeito de poder” naquele sentido em Foucault utiliza esse termo, explicando, a partir da articulação entre saber e poder, os efeitos de dominação e a produção de práticas e de discursos de verdade, como, por exemplo, ao afirmar que a fabricação da alma se dá “onde se articulam os efeitos de um certo tipo de poder e a referência de um saber, a engrenagem pela qual as relações de poder dão lugar a um saber possível, e o saber reconduz e reforça os efeitos de poder”. Ou quando fala que “A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças às múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. 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”. (FOUCAULT, 2011, p. 12)

Esse saber, que se fundamenta a partir do liberalismo clássico, como já se abordou antes, tem como princípio serem as leis naturais do mercado aquelas ideais para se governar e limitar as ações do Estado, sendo justas e suficientes, não se devendo procurar interferir em sua naturalidade; que a atuação do Estado deve ser mínima, de mero garantidor das regras. Porém, agrega outros postulados próprios do neoliberalismo, tais como, por um lado, o total desmonte do Estado no seu aspecto de provedor de bem-estar social, criticando o que chama de planificação, preconizando a extinção de auxílios sociais e outras formas de distribuição de riquezas. Nesse sentido, escreve Hayek (2010, p. 74) que as esperanças decorrentes de um sistema de planejamento social não têm uma ampla visão da sociedade, mas são decorrentes “de um ponto de vista muito limitado, e em geral são fruto da importância exagerada atribuída a finalidades por eles consideradas prioritárias”.

Realiza uma ácida crítica às normas legais de proteção social, postulando, por um lado, a flexibilização ou supressão de normas trabalhistas protetivas dos empregados, e, por outro, pretende ver implementadas desregulações diversas que favoreçam aos empreendimentos econômicos. A respeito do caráter que deve ter a legislação afirma Hayek (2010, p. 92) que, se resultados particulares são previstos quando se faz uma lei,

esta perde o caráter de simples instrumento a ser empregado pelo povo e converte-se num instrumento usado pelo legislador para controlar o povo. O estado deixa de ser peça de um mecanismo utilitário destinado a auxiliar as pessoas a desenvolverem sua personalidade individual para tornar-se uma instituição “moral” – “moral” não em contraposição a imoral, mas no sentido de uma instituição que impõe aos que a ela se acham subordinados suas ideias sobre todas as questões morais [...]. Nesse sentido, o estado nazista ou qualquer outro estado coletivista é “moral”, ao passo que o estado liberal não o é.

Sob os argumentos de competitividade, eficiência e, claro, redução do tamanho do Estado, quer o pensamento neoliberal a privatização de todos os serviços e empresas estatais. Como constata Foucault (2008a, 339), “no liberalismo clássico pedia-se ao governo que respeitasse a forma de mercado e se ‘deixasse fazer’. Aqui transforma-se o *laissez-faire* em não deixar o governo fazer”.

A respeito dessa questão, Nilton Ota (2016, p. 2) afirma que

o neoliberalismo resulta de um processo histórico de construção estratégica. Seus princípios de controle pressupõem, como nas doutrinas liberais clássicas, a liberdade, mas uma outra que não a fundada sobre a relação diacrítica com a autoridade estatal. A liberdade neoliberal seria extraída da concorrência mercantil, cuja lógica terminaria por se generalizar para todas as esferas sociais, entre as quais o Estado, de agora em diante transformado em ente horizontal, em situação de competição com todos os outros agentes econômicos privados.

Já Harvey (2008, p. 30) afirma que os neoliberais “se mostravam ainda mais fortemente contrários a teorias do planejamento estatal centralizado [...]. Alegavam que as decisões do Estado estavam fadas à tendenciosidade política.” Entende ainda o citado teórico que esse pensamento não é coerente pois

o rigor científico de sua economia neoclássica não é facilmente compatível com seu compromisso político com ideais de liberdade individual, nem sua suposta desconfiança com respeito a todo poder estatal o é com a necessidade de um Estado forte e, se necessário, coercitivo, que defenda os direitos à propriedade privada, às liberdades individuais e às liberdades de empreendimento. (Harvey, 2008, p. 30)

Constata-se, como mostra Harvey, ser intrínseco ao neoliberalismo o postulado de um “Estado forte e, se necessário, coercitivo”; de maneira que o mesmo pensamento que pretende a minimização do Estado em seu aspecto planejador e de prestações sociais positivas, promove o fortalecimento do Estado em seu caráter repressor. O faz com o aumento do aparato de segurança, o endurecimento das leis penais, o maior rigor penal, entre outras medidas de um sistema punitivo tipicamente neoliberal¹⁸⁴. Ocorre, portanto, o paradoxal fenômeno de exigir a redução do Estado, observado, porém, que esse Estado que se quer mínimo é apenas em seu aspecto social; ao mesmo tempo, incrementa-se sua força repressiva e punitiva; aumenta-se seu poder para submeter ao controle, para neutralizar, os naturais e previsíveis movimentos dos segmentos populacionais prejudicados com a precarização decorrente da implementação dessa governamentalidade.

¹⁸⁴ Que é estudado em maiores detalhes um pouco à frente, no capítulo seis.

Importante observar, ainda, que a contradição entre Estado social mínimo e Estado penal máximo não é a única existente onde se adotou a governamentalidade neoliberal. Isso porque mesmo diante dos princípios neoliberais a respeito de a sociedade não dever ser submetida à interferência do Estado, devendo atuar livremente conforme as regras de mercado, observa-se não ser adotada essa mesma lógica quando o problema, ao invés de se abater sobre a população, recai sobre megaempresas. Nessas ocasiões, a inércia exigida do Estado em relação a atuação frente aos problemas econômicos das populações (como, por exemplo, o desemprego, ou para prover saúde e educação) não se verifica. Quando são as grandes corporações capitalistas que se encontram em dificuldades econômicas é comum que governos aderentes ao neoliberalismo injetem enormes somas de recursos públicos, retirados da sociedade, em socorro desses entes privados¹⁸⁵. A esse respeito, observam Dardot e Laval (2016, p. 17): “Mais uma vez, comprovamos as grandes análises de Marx, Weber ou Polanyi segundo as quais o mercado moderno não atua sozinho: ele foi sempre amparado pelo Estado.”

As corporações transnacionais, empresas imensas, com suas excessivas atuações no exercício do poder e a conseqüente enorme interrelação na produção e difusão dos próprios saberes neoliberais que lhes dão sustentação, tornaram-se uma ameaça às liberdades individuais tão grande quanto aquelas que emanam de um Estado autoritário (ou talvez até maior). É bastante razoável concluir sobre a ameaça representada por tais megaempresas – e os efeitos de poder-saber que obtém, a partir de suas posições – vez que, como qualquer entidade privada com interesses financeiros e corporativos, elas canalizam suas atividades em benefício exclusivo de seus proprietários, sem maiores preocupações com as possíveis conseqüências socialmente negativas geradas em relações às populações dos

¹⁸⁵ Para constatar esse tipo de aporte de recursos públicos em benefício de entidades privadas, normalmente grandes conglomerados econômico-financeiros, basta recorrer-se às notícias divulgadas pelos órgãos de imprensa. Para ilustrar, lembra-se de manchetes como: “População pagou a conta da crise de 2008, e banqueiros escaparam da Justiça... - Com a decisão do governo dos Estados Unidos de usar US\$ 700 bilhões em dinheiro público para salvar o sistema financeiro, a fatura da crise mundial aterrissou no colo dos contribuintes.... – Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/09/15/crise-financeira-de-2008-10-anos-resgate-revolta-populacao.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2020. Ou ainda: “Pacote anunciado pelo governo deve liberar R\$ 1,2 trilhão aos bancos - O Banco Central (BC) anunciou, nesta segunda-feira (23/3), um pacote de medidas para injetar dinheiro no mercado em uma tentativa de mitigar o ambiente de incerteza provocado pela pandemia do novo coronavírus.” Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/03/24/internas_economia,836224/pacote-anunciado-pelo-governo-deve-liberar-r-1-2-trilhao-aos-bancos.shtml>. Acesso em: 02 out. 2020.

locais em que atuam (excetuadas aquelas que possam gerar publicidade negativa e, com isso, trazer prejuízos).

As consequências deletérias do exercício de poder privilegiado de tais conglomerados, são dos mais variados matizes: desde prejuízos socioambientais; precarização das condições de habitação; dificuldade de acesso aos serviços de saúde para a maioria da população que não pode pagar por esses serviços; o mesmo ocorre em relação a aspectos educacionais. Até mesmo o saneamento básico, assim como os meios de transporte e o acesso a determinadas vias públicas, então privatizados, tornam-se mais onerosos e difíceis à população pobre. E, obviamente, como um dos principais fenômenos observa-se a má distribuição e concentração de renda.

Ao lado desses aspectos materiais, mencionados ilustrativamente, que são produzidos nas sociedades governadas pela razão neoliberal, pode-se constatar outros, em sede de mudança valores vigentes, de funcionamento e de percepção de como deve ser o modo de vida em sociedade. Ocorrem comportamentos como o antes citado individualismo exacerbado e a desconfiança generaliza-se em relação aos demais indivíduos; estes que são sempre vistos como concorrentes reais ou potenciais. Dá-se a criação – desde o liberalismo clássico – da ideia de perigo, e conseqüentemente, tem-se uma constante sensação de medo e de insegurança, como menciona Foucault em seu curso Nascimento da Biopolítica (2008a)¹⁸⁶; esse é um dos fatores que se soma às necessidades neoliberais, justificando a expansão de mecanismos de controle e segurança. Enfim, uma série de crenças, valores, padrões, etc, que estão seriamente afetados quando, quem determina a política, a razão de governo, e produz a verdade são os principais interessados e beneficiados com a atuação desse mesmo governo e com os efeitos dessas verdades, e, ao mesmo tempo, são grupos que representam uma ínfima minoria populacional¹⁸⁷, que

¹⁸⁶ Tratado acima, no item 2.2. Como analisado no item mencionado, Foucault mostra, a respeito da criação da sensação de perigo e do medo, que “Toda uma educação do perigo, toda uma cultura do perigo aparece de fato no século XIX [...] aparecimento, emergência, invasão dos perigos cotidianos, perigos cotidianos perpetuamente animados, atualizados, postos portanto em circulação pelo que poderíamos chamar de cultura política do perigo no século XIX.” (FOUCAULT, 2008a, p. 90-91).

¹⁸⁷ A título de exemplo de representarem os mais ricos uma ínfima minoria, pode-se conferir o artigo: *Quem são os 26 bilionários que têm a mesma riqueza que metade do mundo*. Nele se demonstra que 26 bilionários têm o equivalente à riqueza da metade da população do mundo, esclarecendo ainda que relatório divulgado pela Oxfam (ONG internacional de atuação contra a pobreza e desigualdade) em 21 de janeiro de 2019 informa que “a desigualdade

não se preocupará com o destino da maioria¹⁸⁸.

Aquilo que a teoria neoliberal fez crer que pudesse operar em favor de uma sociedade mais livre, de um Estado menos normalizador e moralizante, com a efetiva prática da governamentalidade neoliberal, acabou se mostrando exatamente o oposto algumas décadas após sua implementação, devido à concentração do exercício do poder e a incontornável voracidade do capital por constante acumulação. Harvey (2008, p. 26) afirma que o “0,1% mais rico dos Estados Unidos aumentou sua parcela de renda nacional de 2% em 1978 para mais de 6% por volta de 1999”. Constata ainda o teórico (idem, p. 27) que o neoliberalismo foi um sucesso como “projeto político de reestabelecimento das condições de acumulação de capital e de restauração de poder das elites econômicas.” Conclui que essa razão de governo teve “notável sucesso na restauração ou, em alguns casos (Rússia e a China, por exemplo), na criação do poder de uma elite econômica.” (Ibidem)

De forma que, na prática neoliberal, as instituições privadas centrais e os grandes grupos capitalistas que as controlam, devido às posições estratégicas privilegiadas que ocupam no exercício do poder, utilizam-se, com muita habilidade, de todos aqueles instrumentos de controle, como a disciplina e o biopoder, anteriormente já identificados e mostrados por Foucault, e conseguem, com isso, como se mencionou acima, produzir o conhecimento que lhes interessa.

Esses entes privados valem-se desse conhecimento, à semelhança do já mostrado por Foucault¹⁸⁹, gerando mais poder e, esse, por sua vez, produzindo mais

na distribuição de riqueza em todo o mundo está ‘fora de controle’. O documento mostra que, enquanto um novo bilionário surgiu a cada dois dias no ano passado, o patrimônio das 3,8 bilhões de pessoas mais pobres diminuiu diariamente em US\$ 500 milhões.” Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2019/01/quem-sao-os-26-bilionarios-que-tem-mesma-riqueza-que-metade-do-mundo.html>>. Acesso em: 18 out. 2019.

¹⁸⁸ Parece interessante mencionar, em relação à alusão do total descompromisso de setores da economia privada a respeito do bem-estar público, a constatação de que os bilionários ficaram ainda mais ricos durante a catástrofe mundial da pandemia de Covid-19. Nesse sentido, o artigo “Bilionários ficaram quase 30% mais ricos durante a pandemia”, que mostra os bilionários terem ficado “27,5% mais ricos durante a pandemia, e, pela primeira vez, suas fortunas somadas ultrapassaram a marca de US\$ 10 trilhões.” A mesma matéria ainda informa que “O novo relatório sobre bilionários vem pouco tempo após um outro documento, do Banco Mundial, que traz um alerta importante: 2020 será o primeiro ano desde 1998 em que a pobreza extrema no mundo deve crescer, sendo que 115 milhões de pessoas podem entrar nessa categoria até o final do ano. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/sociedade/bilionarios-ficaram-quase-30-mais-ricos-durante-a-pandemia/>>. Acesso em 10 nov. 2020.

¹⁸⁹ Tema já analisado antes neste trabalho, quando foi tratada a questão da relação saber-poder, como, por exemplo, na primeira parte, capítulo dois e seus subitens.

e novos saberes. Agora, porém, esse ciclo de geração poder-saber se dá e se retroalimenta com toda força do capital e o apoio de organizações econômicas nacionais e internacionais, não somente independentes do Estado, mas, que indicam as diretrizes econômicas, políticas e sociais, alinhadas aos interesses do capitalismo monopolista, a serem observadas pelos governos. Também se apoiam nos próprios representantes dos governos e seus órgãos de assessoramento técnico que, por suas formações e convicções neoliberais, moldadas pelo saber produzido pelo neoliberalismo, passam a defender e implementar essa racionalidade.

O Estado, minimizado e fragilizado em seu aspecto decisório, portanto, dispõe de poucos instrumentos para interferir, de forma efetiva, a fim de evitar ou diminuir a atuação desse efeito de poder do capital em benefício próprio. As práticas preconizadas pela razão neoliberal de governo são exercidas, na maior parte das vezes, às custas da pauperização de populações e com a geração de outros danos sociais; tudo isso ocorrendo porque os conglomerados empresariais-financeiros, com a dominação material e intelectual que obtiveram, podem dar vazão – estes sim livremente – às suas naturais tendências, por um lado, concentradoras e centralizadoras de lucros e de poder; e, por outro, expansionistas em relação à dominação¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Não concerne ao objeto deste trabalho ingressar no estudo das características do capital e do capitalismo, apenas destaca-se que, por meio de rápida pesquisa que se efetue, e valendo-se de conceitos derivados do pensamento marxista, é possível identificar essas características como inerentes ao movimento do capital desde sua ascensão como forma social dominante. Assim, registra-se, de maneira esquemática que, logo após a Revolução Industrial, em seu início limitada à Inglaterra, o capitalismo se mostrou expansionista, expandindo-se para outros países e continentes. Logo a seguir, após um período chamado de livre concorrência, passou a concentrar-se e centralizar-se em grandes empresas, na chamada fase monopolista ou financeira, com a produção realizada por empresas sempre maiores, pois, a chamada livre concorrência levou ao quase desaparecimento das empresas menores, absorvidas que foram pelas grandes. O desenvolvimento de tecnologias, por um lado, gerava enormes capitais e, por outro, exigia também gigantescos recursos para aquisição e domínio dessas inovações tecnológicas. Ocorre, assim, a centralização do capital, que faz surgir uma união de capitais, seja ela voluntária ou forçada, na forma fusões de empresas, holdings, ou mesmo formação de carteis. Essas características do capitalismo já foram identificadas desde Marx, estudando a extração de mais valia do trabalho; passando por pensadores marxistas, como Lênin (2011, p. 217), que identifica o capitalismo imperialista, afirmando: “convém dar uma definição do imperialismo que inclua os cinco traços fundamentais seguintes: 1) a concentração da produção e do capital levada a um grau tão elevado de desenvolvimento que criou os monopólios, os quais desempenham um papel decisivo na vida econômica; 2) a fusão do capital bancário com o capital industrial e a criação, baseada nesse “capital financeiro” da oligarquia financeira; 3) a exportação de capitais, diferentemente da exportação de mercadorias, adquire uma importância particularmente grande; 4) a formação de associações internacionais monopolistas de capitalistas, que partilham o mundo entre si, e 5) o termo da partilha territorial do mundo entre as potências capitalistas mais importantes. O imperialismo é o capitalismo na fase de desenvolvimento em que ganhou corpo a dominação dos monopólios e do capital financeiro, adquiriu marcada importância a exportação de capitais, começou a partilha do mundo pelos trusts internacionais e terminou a partilha de toda a terra entre os países capitalistas mais importantes.” Aduz mais Lênin (idem, p. 55) que “é a

Como mencionam Dardot e Laval (2016, p. 8)

O sistema neoliberal é instaurado por forças e poderes que se apoiam uns nos outros em nível nacional e internacional. Oligarquias burocráticas e política, multinacionais, atores financeiros e grandes organismos econômicos internacionais formam uma coalizão de poderes concretos que exercem certa função política em escala mundial. Hoje, a relação de forças pende inegavelmente a favor desse bloco oligárquico.

No neoliberalismo, a produção de novos conhecimentos traz consigo instrumentos de persuasão utilizados pelas grandes empresas, as efetivas novas “condutoras de condutas” ou gestoras das populações, gestão que realizam, de regra, por meio do governo¹⁹¹. Entre os objetivos dos instrumentos de persuasão, se destaca a implantação da crença que o neoliberalismo é o melhor regime de governo e a melhor forma de funcionamento da sociedade. O estabelecimento dessa nova “verdade” se deu de maneira paulatina, mas contínua e ininterrupta, por décadas, forjando uma nova mentalidade que se instalou mesmo nas classes economicamente menos favorecidas e mais prejudicadas com essa governamentalidade. Como menciona Harvey (2008, p. 15), os teóricos do neoliberalismo sempre buscaram que esse aparato conceitual se incorporasse a tal ponto ao senso comum que passasse a ser tido por certo e isento de questionamento.

A atuação no sentido da produção dessa verdade se fez através de diversas frentes, como: institutos voltados à formação de intelectuais, acadêmicos e também de novas organizações que passaram a divulgar esse pensamento, os chamados *think tanks*¹⁹²; matérias divulgadas nos mais variados meios das mídias de massas,

concentração da produção e do capital que gera o monopólio. E os monopólios nasceram já, precisamente da livre concorrência!” A constatação desses traços chega até a teóricos capitalistas, como o pensamento examinado por Foucault (2008a) e mencionado neste trabalho, de Schumpeter (2003), que identifica as características monopolísticas do capital.

¹⁹¹ Em determinadas situações o setor privado realiza essa gestão da população diretamente, mediante a atuação de institutos, associações, empresas específicas (em algumas áreas, sob a justificativa de atuar por concessão do poder público que, na realidade, dispõe de pouquíssimo poder regulamentador e fiscalizador). Isso pode ser identificado em casos como as atividades de educação, saúde, ambiental, transportes, segurança e, até mesmo, nos castigos legais, com prisões privatizadas (ou pelo menos atendidas por serviços privados em algumas áreas, como a de alimentação, etc.). No aspecto da educação, não raro, atua estimulando a criação e disseminação de saberes que interessam aos seus propósitos.

¹⁹² Exemplos de Think Tanks, no Brasil, são o Instituto Liberal do Rio de Janeiro e o Instituto de Estudos

dezenas ou centenas de vezes ao dia, ao longo de anos, com conteúdo direcionado a fazer crer a todos que as ações de governo corretas a serem adotadas seriam aquelas que, na verdade, atendem aos interesses da acumulação capitalista; introdução de mensagens de conteúdo neoliberal em diversas formas de entretenimento tais como filmes, seriados, novelas, entre outras. Mostra Harvey (2008, p. 13) que:

os defensores da proposta neoliberal ocupam atualmente posições de considerável influência no campo da educação (nas universidades e em muitos "bancos de ideias"), nos meios de comunicação, em conselhos de administração de corporações e instituições financeiras, em instituições chave do Estado (áreas do Tesouro, bancos centrais), bem como em instituições internacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial e a Organização Mundial do Comércio (OMC), que regulam as finanças e o comércio globais. Em suma, o neoliberalismo se tornou hegemônico como modalidade de discurso e passou a afetar tão amplamente os modos de pensamento que se incorporou às maneiras cotidianas de muitas pessoas interpretar, viverem e compreenderem o mundo.

O saber neoliberal, exercendo o biopoder em todo seu espectro, e valendo-se do efeito de poder obtido, parece ter agido como criador de uma nova norma, uma norma que vem regular as condutas de governantes e governados, a norma de ação e do pensamento do mundo atual. Assim como Foucault identifica que as disciplinas fabricam a alma do indivíduo, o neoliberalismo e a disseminação do saber que ele produz e propaga parece ter criado um "espírito da sociedade" atual, uma nova verdade, reitera-se, uma nova norma.

Não o que se costuma chamar de "Zeitgeist", que tem um equivalente em francês o "esprit du temps", como o espírito da época, que seria o sentimento comum em dado momento, levado pelas condições socialmente predominantes. Imagina-se algo muito mais profundo e mais denso, realmente equivalente à alma fabricada pelas disciplinas, aquela "alma, prisão do corpo" de que fala Foucault. Alguma coisa engendradora nesse jogo de poder e conhecimento que penetra, imanta, conduz

Empresariais, criados nos anos 1980; depois, já em 2003 a chamada Casa das Garças, e o mais conhecido Instituto Millenium, apoiado, inclusive financeiramente por empresas como Rede Globo e o jornal O Estado de São Paulo; Instituto Mises Brasil, etc. (a respeito v. *Think Tanks ultraliberais e a nova direita brasileira*. Disponível em: <<https://diplomatie.org.br/think-tanks-ultraliberais-e-nova-direita-brasileira/>>. Acesso em 18/10/2018.

comportamentos, determina ações, formata valores, produz verdade. Um sentimento forjado do qual o indivíduo não busca se separar voluntariamente e não percebe facilmente que foi criado em si; e, neste caso, ao mesmo tempo que está em cada um, também é coletivo, uma verdade que normaliza a sociedade.

Falar contra esses valores, essas ideias, esses objetivos comuns, soa da mesma maneira que soava aquilo que era considerado uma heresia na Idade Média. É certo, contudo, ainda que poucas vezes, ocorre de alguns indivíduos pensarem em questionar tal racionalidade e, outras minorias, realmente opõe-se a esse conjunto de práticas e valores neoliberais, demonstrando assim estar sempre presente aquela possibilidade de resistência às mais diversas formas de exercício de poder que Foucault identificara em seus trabalhos.

Esse conjunto de regras, ideais, valores, práticas, objetivos, modelos, etc, difundidos incessantemente pelo neoliberalismo é uma nova forma que se implantou como proposta de pensamento único e obrigatório; passou a ser mais uma linha divisória entre normais e anormais; quem não se adequa a esse pensamento neoliberal, atualmente, é considerado anormal. Esse é o efeito de uma nova estratégia de poder que se exerce sobre a população materializando-se nessa maneira de pensar e agir, que interessa aos grupos que controlam privilegiadamente as estruturas. O neoliberalismo, portanto, além de ser uma governamentalidade, uma razão que informa a forma ou arte de governar, fez surgir uma nova normalização; o fez por meio de hábil articulação do saber-poder, de táticas disciplinares e técnicas de biopoder também em norma.

Dessa forma é que Dardot e Laval (2016), afirmam que a análise marxista do neoliberalismo comete o equívoco de se limitar apenas aos aspectos negativos do neoliberalismo. Aludem expressamente, inclusive, a alguns pontos a respeito da visão do aqui referido David Harvey. Dizem que “a interpretação marxista, por mais atual que seja, revela-se de uma insuficiência gritante nesse caso” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 19).

Dessa maneira, seguindo as pegadas deixadas por Foucault na análise do poder, quando identificava efeitos produtivos deste, afirmam os citados pensadores que

O neoliberalismo não destrói apenas regras, instituições, direitos. Ele

também *produz* certos tipos de relações sociais, certas maneiras de viver, certas subjetividades. Em outras palavras, com o neoliberalismo o que está em jogo é nada mais nada menos que a *forma de nossa existência*. [...] O neoliberalismo define uma norma de vida nas sociedades ocidentais e, para além dela, em todas as sociedades que seguem o caminho da “modernidade”. Essa norma impõe a cada um de nós que vivamos num universo de competição generalizada, intima os assalariados e as populações a entrar em luta econômica uns contra os outros, ordena as relações sociais segundo o modelo do mercado, obriga a justificar desigualdades cada vez mais profundas, muda até o indivíduo, que é instado a conceber a si mesmo e a comportar-se como uma empresa. Há quase um terço de século, essa norma de vida rege as políticas públicas, comanda as relações econômicas mundiais, transforma a sociedade, remodela a subjetividade. (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 14) – Grifos originais.

Continuam os pensadores franceses, dizendo que o neoliberalismo não é um fruto de um complô ou teoria fabricada por poderosos do mundo, mas surgiu de forma não integralmente programada, no desenrolar da história. Procurando, perceptivelmente aplicar a genealogia foucaultiana na análise do neoliberalismo, Dardot e Laval (2016, p. 22) afirmam que os elementos que compõem essa razão de governo foram reunindo-se aos poucos, interagindo uns com os outros, fortalecendo-se.

Nesse mesmo caminho, compreendendo o neoliberalismo como uma nova instância normativa, inclusive, mencionando estar essa constatação presente já nas lições de Foucault, a fala de Lemos (2018, p. 203), quando afirma que Foucault,

ao passar pelas leituras dos grandes ícones do neoliberalismo (Von Mises, Gary Becker, Hayek, Milton Friedman), [...] notou que as diretrizes apontadas iam além de instrumentos de economia, mas diretamente apontavam para uma nova subjetividade, uma nova norma.

Registre-se ainda que, embora o neoliberalismo apele à ideia de democracia para apresentar-se de maneira aceitável à população, na verdade, esse sistema político não é o aspecto mais importante para a concepção neoliberal de governo; na verdade, está longe disso. Um dos maiores pensadores neoliberais e já mencionado acima, Hayek (2010, p. 86), entende a democracia tão somente como “um meio, um instrumento utilitário” para se alcançar valores desejados em dada

comunidade, não sendo “de modo algum, perfeita ou infalível”. Diz Hayek (idem): Não temos, contudo, a intenção de converter a democracia em fetiche. Talvez seja verdade que nossa geração fale e pense demais em democracia e muito pouco nos valores a que ela serve.”

Aliás, Hayek entrevistado pelo jornal Chileno *El Mercurio*, em 1981, portanto, em plena ditadura de Pinochet, declarou literalmente que

uma ditadura pode ser um sistema necessário durante um período de transição. Às vezes, é necessário para um país ter, durante certo tempo, uma forma de poder ditatorial. Como vocês sabem, é possível para um ditador governar de maneira liberal. E é possível que uma democracia governe com uma falta total de liberalismo. Pessoalmente, prefiro um ditador liberal a um governo democrático sem liberalismo.¹⁹³

Talvez não seja coincidência, portanto, em um mundo e em uma época em que a maior parte dos países aderiram à razão de governo neoliberal, que se esteja experimentando um acelerado decréscimo de democracia. Um estudo denominado “Matriz Democrática” em andamento desde 2016 e conduzido pela Cátedra de Política Comparada da Universidade de Würzburg, divulgado por Ana E. Souza Pinto (2020), demonstra que pelo menos 13 países perderam a qualificação de democracias em 2019 por apresentarem fenômenos como: perda de liberdade religiosa, forte repressão a protestos, violação de direitos humanos e problemas no relacionamento com o Poder Judiciário. Outros 107 países, embora não tenham deixado de se qualificar como democracias, apresentaram diminuição em seus fundamentos democráticos.

Finalmente, para encerrar esta reflexão naquilo que pareceu indispensável para o trabalho, é necessário assinalar que o modelo do neoliberalismo que se tornou prevalente no mundo, especialmente na América Latina e no Brasil, foi o modelo norte-americano, o qual, como já se mencionou acima, é chamado por

¹⁹³ Livre tradução de: “a dictatorship may be a necessary system for a transitional period. At times it is necessary for a country to have, for a time, some form or other of dictatorial power. As you will understand, it is possible for a dictator to govern in a liberal way. And it is also possible for a democracy to govern with a total lack of liberalism. Personally I prefer a liberal dictator to democratic government lacking liberalism.” De: “Extracts from an Interview with Friedrich von Hayek (El Mercurio, Chile, 12 April 1981, Santiago de Chile)”. Disponível em: < <https://puntodevistaeconomico.com/2016/12/21/extracts-from-an-interview-with-friedrich-von-hayek-el-mercurio-chile-1981/>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

Foucault de anarcoliberalismo¹⁹⁴. No Brasil, como percebe Ricardo Antunes (2004, p. 1), isso ocorre na década de 1990, com “o neoliberalismo, iniciado por Collor de modo aventureiro”, abrindo as portas do país aos pressupostos do Consenso de Washington¹⁹⁵. Nesse mesmo período, a partir do final da década de 1980 e início da década de 1990 – exceto pelo Chile, país no qual primeiro se implementou, como mencionado antes – o neoliberalismo passou a ser a racionalidade de governo em quase toda a América Latina.

Observação feita por Augusto de Oliveira (2020, p. 159), mostra que em diversos países sul-americanos cujos governos eram considerados democráticos, “o neoliberalismo muitas vezes foi adotado de surpresa, isto é, por presidentes que, enquanto candidatos, defendiam propostas diferentes.” Também parece interessante lembrar as políticas econômicas preconizadas pelos chamados Chicago-Boys a partir de 1975, no Chile, durante o governo ditatorial de Pinochet, e que acabaram difundindo-se posteriormente por toda a América; tal como o posterior Consenso de Washington, essas doutrinas consistiam em programas voltados à redução dos gastos públicos e introdução de políticas de livre mercado, com a privatização das empresas estatais e desregulamentação financeira.

Esses projetos políticos e econômicos levaram a significativas perdas dos setores assalariados e de renda média da população, bem como ao aumento da pobreza. Nas palavras de Rosana Campos (2020, p. 2),

Em países em desenvolvimento, como os da América Latina, a perversidade das transformações foi ainda maior, pois se deu numa sociedade frágil, onde ainda não estavam garantidas proteções sociais a todos. Por isso, as políticas neoliberais quando não desempregaram os trabalhadores, precarizaram ainda mais o trabalho. [...] o neoliberalismo e a reestruturação produtiva da era da acumulação flexível, dotada de forte caráter destrutivo, acarretou,

¹⁹⁴ Foucault (2008a, 159) usa essa expressão a respeito do neoliberalismo americano, como já se comentou em nota anterior, neste mesmo capítulo e item.

¹⁹⁵ Conforme expõe Lemos (2018, p. 2014) o Consenso de Washington foi o nome dado “à famosa reunião de 1989 na capital norte-americana, cujo objetivo era estipular diretrizes para a América Latina se alinhar economicamente ao modelo neoliberal. As recomendações foram sintetizadas no documento [elaborado por] John Williamson intitulado *What Washington Means by Policy Reform*. São elas: 1) disciplina fiscal; 2) redução de gastos públicos; 3) elevação de tributos; 4) aumento da taxa de juros; 5) taxa competitiva de câmbio comercial; 6) liberalização das importações; 7) abertura para os investimentos diretos estrangeiros; 8) amplo programa de privatizações; 9) desregulamentação econômica; 10) proteção dos direitos de propriedade.”

entre tantos aspectos nefastos, um monumental desemprego e uma enorme precarização do trabalho. [...] essas mudanças no capitalismo contemporâneo são de intensa destrutividade, porque eliminam a força humana que trabalha, destroçam os direitos sociais, brutalizam enormes contingentes de homens e mulheres que vivem do trabalho, tornam predatória a relação produção-natureza [...]. Neste contexto de transformações do mundo do trabalho, provocadas pelas políticas econômicas neoliberais, houve um aumento substancial do número de pobres. Nas observações de Sônia Leguizamón (2005), estas políticas representaram uma nova fase da pobreza na América Latina.¹⁹⁶

As políticas econômicas dessa racionalidade governamental, como percebe Oliveira (2020, p. 159), já no primeiro país latino-americano em que foram implementadas, além de trazer danos à classe trabalhadora, vieram em prejuízo também “dos interesses do setor empresarial tradicional do Chile, que foi profundamente transformado”. Considera ainda Oliveira que “a experiência chilena, respaldada por Friedrich Hayek e Milton Friedman, marcou a história do neoliberalismo, pois foi sua primeira adoção enquanto regra política geral de um governo” (idem). Essa experiência moldou a política adotada nos demais países Latino-Americanos, entre eles, o Brasil.

Estas eram as considerações preliminares que pareciam imprescindíveis a respeito do neoliberalismo. No próximo capítulo, será retomado esse tema no aspecto relacionado especificamente ao objeto do presente trabalho, vale dizer, quanto aos efeitos da racionalidade neoliberal sobre as práticas discursivas e não-discursivas do direito penal e sobre a subjetivação de seus operadores.

¹⁹⁶ A referência mencionada pela autora do excerto refere-se a: Leguizamón, S. (2005). Trabajo y producción de la pobreza en latinoamérica y el Caribe: discursos, e estructuras y actores. Buenos Aires, Argentina: Clacso.

CAPÍTULO 6 – PUNIÇÃO LEGAL NO CONTEXTO DO NEOLIBERALISMO

6.1 A ARTICULAÇÃO DA IDEIA DE “INIMIGO SOCIAL” NA BIOPOLÍTICA

Como mencionou-se no capítulo cinco, o biopoder, agindo de maneira sobreposta às disciplinas, é uma outra forma de normalização; essa técnica de normalização, contudo, não age sobre os indivíduos, mas sobre a espécie humana, sobre as populações, rege o homem enquanto espécie. Na biopolítica, portanto, exerce-se uma de gestão do “meio”, a fim de “regular” uma população (uma população periférica, por exemplo). Nessa técnica, não são as “instituições de sequestro” (prisão, escola, exército, fábricas, etc) que atuam¹⁹⁷, mas ocorre a gestão “a céu aberto” de fluxos populacionais mediante análises de probabilidades com o uso dos instrumentos comentados, definindo-se as normalidades aceitáveis e quantificáveis, como nova forma de gestão. Esses instrumentos são operados especialmente por meio do Estado¹⁹⁸. Os objetivos no biopoder, tal como nas disciplinas, são destinados “a maximizar forças e extraí-las, mas que passam por caminhos inteiramente diferentes.” (FOUCAULT, 2018a, p. 207).

Resta, portanto, a questão de, como seria possível atuar com a imagem do inimigo público, - que, tal como exposto antes¹⁹⁹, é aquele em relação ao qual se pretende a incapacitação, a anulação e a morte – com uma tecnologia política de poder que tem como pressuposto fazer viver. Essa aparente contradição não passou despercebida ao olhar de Foucault (2018a, p. 214), que demonstra ser o racismo o elemento chave que permite essa combinação: “Como exercer o poder da morte, como exercer a função da morte, num sistema político centrado no biopoder? É aí, creio eu, que intervém o racismo”. De tal forma, por meio do desenvolvimento da

¹⁹⁷ Essas continuam a existir e a atuar, mas como parte das táticas disciplinares que coexistem, exercem-se simultaneamente à biopolítica, nas sociedades de segurança.

¹⁹⁸ Mostra Foucault (2015, p. 210) que o biopoder se exerce “é claro, no nível estatal, mas também abaixo do nível estatal, com toda uma série de instituições subestatais, como as instituições médicas, as caixas de auxílio, os seguros, etc.”

¹⁹⁹ Capítulo quatro, item 4.3.

ideia de uma determinada raça como um grupo especial, um segmento da população a ser preservado, obtém-se a possibilidade de produzir efeitos de morte, de destruição, de extermínio em relação a outro grupo, este, considerado diferente, externo, perigoso, prejudicial.

Afirma, ainda, Foucault, agora em sua obra “História da sexualidade I: vontade de saber” (2005, p. 130), que esse poder que visa fazer viver, que se dirige às questões da vida, buscando sustentá-la, reforçá-la e multiplicá-la, somente pode ter como justificativa para causar a morte identificando determinados grupos como perigosos. “São mortos legitimamente aqueles que constituem uma espécie de perigo biológico para os outros.” O biopoder tem que exercer, de alguma forma, esse poder de morte, introjetá-lo como necessário, mesmo num contexto de preservação da vida – e especialmente no discurso do sistema punitivo – vez que, da mesma maneira que as disciplinas, e com elas articulado, o biopoder também foi indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, produzindo segregação e hierarquização social.

O racismo, como mostra Adverse (2021, p. 242), introduz “um ‘corte’ no domínio da vida que o biopoder toma a cargo: ‘o corte entre o que deve viver e o que deve morrer’”, qualificando e hierarquizando raças, umas como boas, a serem preservadas e, outras, como inferiores, prejudiciais, danosas; isso permite dividir a espécie humana, as populações, os grupos; possibilita “fragmentar esse campo do biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação a outros.” Dessa maneira, a partir dessa separação pode se impor a lógica de que quanto mais se anular, mais se extinguir, mais se matar desse grupo, dessa raça inferior, melhor será para o grupo que deve ser preservado;

quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, quanto mais os indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação à espécie [...] 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. [...] os inimigos que se trata de suprimir não são os adversários no sentido político do termo; são os perigos externos ou internos, em relação à população e para a população. [...] A função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo. (FOUCAULT, 2018a, p. 215)

Para conseguir tais efeitos, o racismo se fundamenta a partir de teorias biológicas articuladas ao discurso do poder. Assim, apropria-se o discurso político no século XIX de uma visão alargada das teorias evolucionistas, colhendo delas conceitos como os de hierarquia de espécies e as lutas que travam pela vida, de eliminação dos menos aptos, e aplica-os, como justificativa, para a necessidade de guerra, de enfrentamento duro à criminalidade, segregação de doentes mentais, da divisão da sociedade em classes, etc. Como mostra Foucault (2018a, p. 216) “cada vez que houve enfrentamento, condenação à morte, luta, risco de morte, foi na forma do evolucionismo que se foi forçado, literalmente, a pensá-los.”

Observando-se essas posições descobertas por Foucault e demonstradas acima, a respeito da possibilidade e da maneira que se torna admissível o funcionamento da biopolítica direcionada à morte, parece importante lembrar-se do que falava Le Trosne (Foucault, 2015, p. 46) sobre o criminoso como inimigo social, qualificando-o como aquelas pessoas que “Vivem no meio da sociedade sem serem seus membros”; ou ainda, recordar a fala de G. Target, mencionada por Foucault (2015, p. 150), também sobre esse hipotético inimigo social: “Suponham uma vasta região cuja imensa população seja formada, de certo modo, por povos diversos que só tenham em comum o centro da autoridade e esteja dividida em inumeráveis classes”; continua Target, procurando mostrar a existência, na sociedade, de uma parcela ordeira e que se contrapõe àquela outra, primitiva, degenerada, imoral. Target qualifica o delinquente como estrangeiro em relação à parte “ordeira” da sociedade: “[delinquência] que é estrangeira porque selvagem” (FOUCAULT, 2015, p. 151). Em relação a esse confronto de classes o papel do poder político seria o de defender os “bons” dos “maus” (ibidem).

Partindo dessas concepções de inimigo social, atribuídas àquelas pessoas que “não pertencem” à sociedade na qual estão vivendo, que são inferiores, danosas, etc, parece bastante fácil articulá-las com as ideias de racismo, aplicando-as contra os grupos populacionais indesejáveis. Por meio dessa associação é possível desenvolver no restante da população, em relação a eles, sentimentos negativos, como rejeição, desprezo e ódio. Consequentemente, viabilizam-se, assim, operações no sentido de segregação, do desaparecimento, da aniquilação e da morte dos integrantes dessas parcelas indesejáveis.

Foucault (2018a, p. 216), demonstra ainda que o direito de matar não precisa

se exercer, exclusivamente, pela infligção da morte fisicamente aos integrantes dos grupos que são considerados nocivos, afirma o pensador francês que

por tirar a vida não entendo simplesmente o assassinio direto, mas também tudo o que pode ser assassinio indireto: o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc.

Dessa forma, políticas que sonégam, ou até mesmo, violam frontalmente direitos básicos como, por exemplo, saúde, educação e habitação, parecem, sem dúvida, formas indiretas de tirar a vida. Parecem ir nesse mesmo sentido políticas que desestruturam ou dificultam proteções étnicas, indigenistas, ambientais, entre outras; isso, contudo, não ocorre especificamente na prática do direito penal nem (ao menos não diretamente) por seus operadores, não sendo, por isso, objeto do presente trabalho, motivo pelo qual, não serão expandidas as observações a esse respeito.

Por outro lado, pela mesma perspectiva exposta por Foucault e transcrita acima – quanto ao exercício do poder de matar não se resumir exclusivamente ao ato de suprimir a vida de maneira direta – podem ser entendidos como forma de exercício de racismo de Estado direcionado à morte, determinadas práticas de grande parcela dos operadores do direito penal. Assim será quando, entre outras ações, por vezes atuam “flexibilizando” dispositivos de garantia individual e de limitação do poder punitivo do Estado, que deveriam ser observadas no processo legal; ou, enviando para os estabelecimentos penais de regime fechado indivíduos que praticaram pequenos delitos, com mínimo ou nenhum prejuízo a qualquer bem jurídico (tais como pequenos furtos, entrega de pequena quantia de droga, gratuita ou onerosamente a outro²⁰⁰, etc). Isso, sabendo – posto que notórias - as condições

²⁰⁰ Veja-se, inclusive, que com o objetivo de abranger qualquer prática envolvendo substâncias consideradas tóxicas proibidas, e aplicando-se especialmente a jovens pobres, em sua maioria negros e moradores de periferia, como já se comentou antes (primeira parte, capítulo três, item 3.2), o tipo penal que prevê o crime de tráfico de drogas e lhe comina a pena, é composto por dezoito condutas que podem ser consideradas criminosas (é o chamado crime de ação múltipla ou conteúdo variado, por compreender diversas condutas que se adequam à descrição do tipo). Assim, dispõe a Lei nº 11.343/2006 (BRASIL, 2020c), em seu “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.” Além disso, em seus parágrafos e incisos, traz o referido artigo da mesma lei outras dezenas de condutas assemelhadas igualmente incriminadas.

precárias e extremamente perigosas existentes em tais estabelecimentos prisionais.

É que essa concepção de racismo, aplicada ao campo do sistema penal, induz, exatamente, à incorporação dos atributos negativos do inimigo social no contexto de técnica biopolítica de gestão dos supostos criminosos; na “economia” biopolítica da punição. Como demonstra Foucault (2018a, p. 217), a criminalidade é pensada em termos de racismo “a partir do momento em que era preciso tornar possível, num mecanismo de biopoder, a condenação à morte de um criminoso ou seu isolamento.”

Foucault (2018a, p. 218) demonstra que os Estados mais racistas são também aqueles mais assassinos; exemplifica essa questão aludindo ao regime nazista: “Não há sociedade mais disciplinar e mais previdenciária do que a que foi implantada, ou em todo caso projetada, pelos nazistas”²⁰¹. Complementa, afirmando que nessa sociedade houve o “desencadeamento mais completo do poder assassino”. Diz Foucault que o nazismo generalizou absolutamente o biopoder, e, ao mesmo tempo, generalizou o direito de o Estado matar.

Não é difícil de perceber, a partir das lições de Foucault, que demonstra como funciona o poder de matar sob as técnicas de biopoder, quais são os alvos contemporâneos. Pode-se identificar, com a aplicação desses conhecimentos às sociedades atuais, os grupos que são considerados nocivos, prejudiciais, diferentes, e que, por isso, devem ser exterminados, anulados. Essa parcela populacional fica bem definida a partir dos discursos veiculados pelos mais diversos dispositivos nas sociedades capitalistas neoliberais. O segmento constituído como socialmente nocivo, para definir-se da maneira mais ampla possível, é o composto por pessoas pobres. Aquela parte da população excluída do mercado de trabalho e a ele inservível ou desnecessária; inservível porque inapta para as exigências do mercado ou desnecessária pelo excesso de oferta de mão de obra. Também é dispensável, descartável, porque não tem capacidade de consumo, não tendo, portanto, possibilidade de proporcionar lucro a esse mesmo mercado. Nos países centrais,

²⁰¹ Em relação ao termo “previdenciária” utilizado na tradução, parece que também pode aludir à securitária, ou de segurança. O termo utilizado no original em francês é “assurancielle”. Para maior clareza, traz-se o excerto em sua língua original: “Pas de société à la fois plus disciplinaire et plus assurancielle que celle qui avait été mise en place, ou en tout cas projetée, par les nazis. » (Foucault, 2020, p. 171)

pode-se mencionar, como um dos grupos desse tipo, aquele composto pelos imigrantes ilegais, oriundos de regiões pobres ou em conflito e que vivem em situação precária. Já no Brasil, são aquelas parcelas populacionais oriundas de regiões mais pobres de dentro do próprio país²⁰²; são também os antes citados pertencentes a minorias étnicas e sociais²⁰³, especialmente os moradores de regiões periféricas nos grandes centros urbanos.

Os profissionais que atuam no poder punitivo legal, como toda a sociedade, estão inseridos em uma racionalidade que traz essa “verdade” a respeito desses considerados inimigos sociais que, dessa forma, são matáveis pela concepção racista de sociedade divididas em classes, separada em grupos de “bons” e “maus”, entre “cidadãos de bem” e “vagabundos”. Esse discurso de verdade, portanto, soma-se aos demais engendramentos de poder que os constitui, de maneira a colaborar para que tais profissionais exerçam as práticas punitivas na forma que vêm sendo mencionadas neste texto.

Parece emergir logicamente a conclusão de que os “vagabundos”, os “bandidos”, também para esses juristas, são vistos como um mal para a sociedade, “estrangeiros” em relação aos “cidadãos de bem”, como uma parcela nociva que deve ser neutralizada para a vida ser melhor para aquele outro grupo de pessoas, no qual eles se incluem, e que entendem merecer fazer parte da sociedade.

²⁰² A migração interna, regional, sempre foi a que permitiu verificar as separações sociais no Brasil, sendo visível o preconceito, por exemplo, contra os nordestinos. Contudo, embora o Brasil tenha sido, historicamente, considerado um país aberto e receptivo aos estrangeiros, já existem muitos imigrantes que para cá vieram e estão sendo malvistas e hostilizados por considerável parcela da população. São tratados como inimigos que, supostamente, “roubam” as vagas de emprego dos nacionais e oneram o Estado. Pode-se lembrar, como representantes desses novos imigrantes, os haitianos e bolivianos, que para cá vieram quando o país experimentava um forte avanço em sua situação econômica; e, por último, os venezuelanos, que também têm ingressado no Brasil, sendo considerados indesejáveis.

²⁰³ Aqui, novamente, as minorias citadas referem-se, como na nota elaborada na primeira parte, capítulo três, item 3.4, a “minorias” em sua acepção sociológica, isto é, em referência a parcelas da população que, embora quase sempre constituam uma maioria numérica, são marginalizadas no processo de socialização. As questões que levam a essa discriminação negativa referem-se, geralmente, a etnia, orientação sexual, gênero, porte de necessidades especiais, etc.

6.2 ESCORÇO SOBRE O “CIDADÃO DE BEM”

Antes de passar-se à questão da punição no contexto do neoliberalismo, mostra-se interessante e digna de observação e alguma reflexão a utilização que se faz de um termo bastante presente no vocabulário popular e, mesmo, da mídia de massas atualmente. Trata-se de analisar a assimilação e o emprego da expressão “cidadão de bem”.

Embora não esteja presente nas lições de Foucault nesses exatos termos (até pela diferença de idiomas e de época), parece que emerge diretamente das suas lições, tanto de inimigo social, como daquelas de racismo, um personagem que seria seu antagonista: o “cidadão de bem”. Aquele indivíduo que se percebe como tal, imagina-se, exatamente, como um elemento oposto à imagem do suposto grupo exterior e nocivo à sociedade; por isso mesmo, assimila com facilidade as concepções propostas em relação a esse outro grupo estranho e nocivo, que deve ser separado, neutralizado ou eliminado. Portanto, tal figura, constituída a partir dos saberes normalizadores, considera a si mesmo um adversário do inimigo social e incorpora as noções de racismo, na forma utilizada pelo biopoder. Por isso, buscar uma interpretação do “cidadão de bem” parece importante, pois ele representa um vetor básico para fazer circular e transformar em práticas sociais essas concepções e táticas de gestão do indesejável.

De forma que, para demarcar esse personagem social impõe-se questionar: o que seria o “cidadão de bem”? Inicialmente, anota-se interessante a percepção que teve Egon Rangel, a partir de uma perspectiva de análise do discurso por meio de estudos de linguística, quando entende que o uso desse termo caracteriza uma

estratégia discriminatória que não se apresenta como discriminação. [...] Separam-se os campos do 'eu-nós' e dos 'outros' como dois campos opostos, do bem e do mal; definem-se as características positivas do primeiro por oposição às negativas do segundo, sem, contudo, especificar no que consiste o bem a que a expressão se refere; não se diz quem está de um lado e quem está do outro (in: CARPANEZ, 2020).

O “cidadão de bem” surge, dessa forma, como uma figura de característica manifestamente maniqueísta, portador de uma dicotomia que não corresponde à

realidade, vez que a sociedade é muito mais complexa que essas ideias separatistas e reducionistas que informam sua percepção de mundo. A respeito da limitação da concepção reducionista de divisão binária entre “bons” e “maus”, que no âmbito da punição legal se daria como separação entre criminosos e “cidadãos de bem”, pode-se lembrar, exemplificativamente, que qualquer pessoa pode, eventualmente, vir a cometer crimes ou contravenções em alguma ocasião de sua vida; mais que isso, quase todas, em algum momento e em algum grau, cometem um ilícito penal. Como afirma Baratta (1999, p. 103)

[...] a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, como quer uma difundida concepção (e a ideologia de defesa social a ela vinculada), mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade.

A persecução e punição desse ilícito, quase certamente por todos cometido, não estão vinculadas à sua prática, como já se tratou, mas à gestão diferencial deles. De tal maneira, parece sobressair que consiste, efetivamente, em uma técnica socialmente divisória bastante eficiente a normalização e utilização do termo “cidadão de bem”²⁰⁴ pela maior parte da população.

Abaixo, procura-se realizar uma breve digressão exemplificativa sobre as principais características que se entende apresentar aqueles sujeitos que se enxergam representados nessa figura sem, contudo, a pretensão de esgotar ou delimitar completamente suas peculiaridades.

Tal indivíduo – resultado de um extraordinário sucesso da aplicação das técnicas de disciplina e de biopoder, em uma palavra, técnicas de normalização na constituição do sujeito, expostas por Foucault – em regra e majoritariamente é, do ponto de vista de inserção social e cultural, um componente da chamada classe média²⁰⁵; mas essas concepções de mundo também se acham com frequência entre

²⁰⁴ Vale lembrar que “‘Good Citizen’ (bom cidadão) era o nome de um periódico publicado nos EUA, entre 1913 e 1933, pela líder religiosa Alma White, que apoiava o grupo supremacista Ku Klux Klan.” (CARPANEZ, 2020)

²⁰⁵ Importante ressaltar que aqui não se está a defender nenhuma tese elitista e, tampouco, a afirmar que toda a classe média se adequa ao modelo do “cidadão de bem”. Embora uma parte muito expressiva dos componentes da classe média possa ser qualificada da maneira como fez Marilena Chauí (2020), quando afirmou que a “classe média é uma abominação política, porque é fascista, é uma abominação ética porque é violenta, e é uma abominação cognitiva porque é ignorante”, não se descuida que há notáveis exceções. Também se registra, por honestidade intelectual, que a classe média é uma das que vêm sofrendo os maiores ataques em suas condições

componentes da elite financeira e, paradoxalmente, alcançam até mesmo o imaginário de classes mais fragilizadas economicamente. Uma constatação terrível é que, a assunção desse discurso pelos indivíduos pertencentes às classes sociais mais débeis, faz com que se tornem algozes de si mesmos; postulam “soluções” para a violência urbana que, normalmente, consistirão em práticas repressivas direcionadas, preferencialmente, contra o grupo social ao qual pertencem.

O “cidadão de bem” imagina-se como um modelo de virtudes, alguém perfeitamente emoldurado e socialmente inserido, enfim, disciplinado; um cidadão “normal” e ajustado à sociedade burguesa; sociedade essa que, como já se mostrou, é justificada e gerida sob a aparência de regras de soberania popular e teoricamente fundamentada no contrato social, mas que, na verdade, constitui-se em uma rede onde se exerce o poder por meio das estratégias e táticas das disciplinas e do biopoder.

Passa longe desse personagem social, dessa maneira construído e que se vê sob o título do “cidadão de bem”, a percepção do real funcionamento da sociedade. Por isso mesmo ele mostra-se intransigente com o descumprimento de algumas regras e não admite as ilegalidades alheias; especialmente, as praticadas pelos inimigos sociais ou pelo grupo de diferentes. Aquelas ilegalidades que atentem contra a defesa do patrimônio, ou que ameacem a manutenção de valores tidos como tradicionais, são compreendidas como altamente nocivas e inaceitáveis; por outro lado, convive tranquilamente com os próprios ilegalismos ou aqueles que lhe favoreçam; ou ainda, que beneficiem àqueles aos quais ele se identifica como iguais.

Também tem a complacência e até a admiração do “cidadão de bem” os comportamentos que, a despeito de serem penalmente considerados ilegais, adotem a perspectiva das suas concepções da realidade²⁰⁶. Isso porque ele tem uma percepção de “certo” e “errado” moldada a partir das crenças e valores que lhe foram introjetados, e efetua julgamentos a partir de um ângulo completamente moralista e subjetivo. Por isso mesmo, não considera censurável uma série de

de vida com as políticas neoliberais implementadas ao redor do mundo; políticas que privilegiam a acumulação de capital, levando ao progressivo empobrecimento dos setores médios da sociedade e ao aumento das desigualdades.

²⁰⁶ Constituído que está, portanto, na verdade que informa a gestão diferencial dos ilegalismos, como tratado antes no texto.

atitudes socialmente nocivas, mas por ele prestigiadas, podendo-se exemplificar como componentes de seu leque de tolerância e admiração os discursos ou posturas machistas, misóginas, racistas, homofóbicas; entre outras. Como observa Juliana Carpanez (2020),

para Esther Solano, socióloga e professora da Unifesp (Universidade Federal de São Paulo), a [pretensa] pessoa de bem é aquela que segue os valores tradicionais: a ética, a ordem e a moral. Trata-se de um resgate moralista que funciona como reação às pautas progressistas em curso, como o feminismo, os movimentos negros e também LGBT. "Se esse discurso ["de bem"] tem uma penetração tão grande é porque, historicamente, o Brasil se configurou nessa dicotomia do cidadão de bem e o bandido, o inimigo. Há uma estrutura muito desigual, de raça e de classe, por trás disso".

O hipotético "cidadão de bem", muitas vezes, busca a prática de caridades através de pequenas doações daquilo que lhe sobra, como forma de expiação das culpas que eventualmente presume ter; considera-se generoso e cumpridor das leis (que lhe interessam); na maioria das vezes se diz religioso; frequentemente, é um cristão "customizado", acatando os dogmas da religião que professa naquilo que lhe interessa e ignorando o que não se coaduna com suas convicções pessoais. Ao mesmo tempo que se julga nobre por ter tais padrões morais – fazer caridade, professar uma religião, etc – concorda com a execução sumária de um suposto "bandido". Os linchamentos de pessoas que são suspeitas de alguns tipos de criminalidade – ainda que apenas por terem sido a elas imputados fatos criminosos pelos noticiários – considera ser uma conduta desejável, pois "limpa a sociedade", elimina o "inimigo", o "diferente". Simultânea e paradoxalmente a isso, posiciona-se contra temas progressistas, como o direito da mulher em pretender o aborto, pois acredita ser um defensor da vida.

O "cidadão de bem" postula que "cada um tem seu lugar" na sociedade, não só no aspecto econômico, mas, inclusive, do ponto de vista físico, de inserção geográfica; e esse lugar deve ser respeitado, de maneira que seu lugar, de regra, está inserido entre aqueles melhores para se viver, mais seguros, com melhor infraestrutura, etc; os que dele são diferentes devem se conformar com o local "que lhes cabe", as piores regiões, seja da cidade, do país ou do mundo. E, especialmente, aqueles por ele rotulados como "os bandidos", estes, para ele, de maneira óbvia,

devem estar nas prisões ou nos cemitérios. Essa percepção é partilhada por Streck e Morais (2014, p. 156), que mostram a absoluta maioria da sociedade acreditar cada um ter o seu “lugar demarcado. [...] Essa maioria, porém, não se dá conta de que essa ‘ordem’, esse ‘cada um tem o seu lugar’ engendra a verdadeira violência simbólica da ordem social.”

Esse personagem “cidadão de bem”, introjetado pelas técnicas de normalização nos indivíduos e nas populações, geralmente se vê e se adequa ao modelo da “família tradicional”²⁰⁷; modelo este importante aos processos de acumulação burguesa, pela estabilidade populacional e produtividade que permite. O indivíduo “cidadão de bem” entende fundamental a manutenção desse modelo familiar e é intransigente em defendê-lo, pois, afirma vê-lo como expressão do amor existente entre seus componentes. Contudo, não aceita, ou ao menos não aprova, padrões familiares alternativos, independentemente do afeto e dos sentimentos que unam essas pessoas que se organizam em formações familiares diferentes de sua concepção tradicional-normalizada. Por isso mesmo, de regra, se mostra crítico em relação à união homoafetiva; também desaprova famílias monoparentais, especialmente a chamada “mãe-solteira”.

Em relação a tais temas (como a outros, como o racismo, do qual se falou acima), uma das manifestações mais sutis – se é que se pode qualificar assim – e corriqueiras de desaprovação e censura, são as piadas que invariavelmente compõem seu repertório. Em reuniões de família ou de amigos, costuma emitir frequentes comentários depreciativos em relação ao que ele considera “comportamentos anormais”. Tais condutas normalizadas e, por isso mesmo, características do sujeito que se vê como “cidadão de bem”, contém uma dissimulada, mas perceptível, violência intrínseca e prenunciam, mais que a possibilidade, o apoio e, até mesmo, a disposição para a adoção de atitudes mais graves contra os grupos ou comportamentos “anormais”. Há, portanto, sempre presente, a possibilidade de atitudes desse indivíduo normalizado e moralizado que saiam da esfera da cogitação e venham a se concretizar como violência real.

Enfim, os “valores” acima mencionados são alguns daqueles que são caros

²⁰⁷ composta por um homem (pai), uma mulher (mãe) e seus filhos; cada família vivendo em uma casa, separada em cômodos para os componentes e orientada, preferencialmente por valores religiosos-cristãos.

ao “cidadão de bem”, que fazem parte da sua verdade; procurou-se, ainda, delinear alguns traços característicos do comportamento desse personagem. Isso parece ser suficiente para demonstrar que esse indivíduo constituído, normalizado pelas disciplinas e pelo biopoder, verá ao outro, que julga diferente, como o inimigo a ameaçar sua maneira “normal de vida”; isso induz a um despreço ao sofrimento e a morte desse ser humano “diferente”. É frequente que a figura em análise tenha imensa dificuldade em adotar atitudes críticas, sendo refratário às opiniões contrárias às suas verdades, buscando desqualificá-las, assim como àqueles que as emitem. Também é comum apresentar-se como nacionalista e xenófobo, ostentando apego a símbolos e líderes que professam e reforçam suas crenças.

Não por acaso, essas características do “cidadão de bem” são comuns a uma doutrina ideológico-política do início do século passado, vale dizer, ao fascismo. O fascismo, doutrina próxima do nazismo que, como identificou Foucault, foi o regime que possibilitou a existência do Estado mais assassino. Não seria, portanto, ir longe demais, considerar que esse personagem é um protótipo do fascista, constituído por técnicas de assujeitamento para, a despeito de seu latente potencial de violência contra os “inimigos sociais”, ser dócil com a classe dominante e útil à sociedade burguesa e, especialmente, à sociedade neoliberal.

Se pelas disciplinas foi possível constituir esse sujeito, por meio das técnicas de biopoder, se faz possível a gestão da população no sentido de reforçar essas concepções, normalizando grande parte da sociedade a essa verdade. Manipulando a parcela populacional que adere a esses postulados do “cidadão de bem”, instrumentalizando-se o racismo, especialmente no aspecto de definir os segmentos populacionais mais indesejáveis ao capital como a raça nociva, e contra esses dirigir o ódio, obtêm-se a gestão populacional mais próxima possível do desejado e alcançam-se práticas separatórias úteis à classe dominante. Entre essas práticas, insere-se a conduta de significativa parcela dos profissionais do direito penal que, compreendendo-se como “cidadãos de bem”, e vendo-se como responsáveis pelo bem-estar dos demais “cidadãos de bem”, assimilam a ideia de travar guerra contra os “vagabundos”; os “bandidos”, os “corruptos”, enfim, o grupo composto pelos supostos criminosos. Claro que essa normalização dos operadores do direito penal gera consequências dramáticas no aspecto do exercício do poder punitivo contra os segmentos vistos como aqueles que devem ser segregados ou neutralizados.

6.3 A MÍDIA DE MASSAS COMO INSTRUMENTO DE REFORÇO NO ASSUJEITAMENTO DOS OPERADORES DO DIREITO

Como vem-se demonstrando ao longo deste trabalho, a maioria dos operadores do direito penal exerce suas práticas de tal forma que acabam produzindo resultados negativos à maior parte da sociedade; mas não o fazem devido a uma maldade intrínseca, um problema pessoal, ou a uma “má-consciência”; vale dizer, não atuam dessa forma por um certo “voluntarismo” em fazer o mal. O que informa essas práticas, como também vem sendo trabalhado, é o fato de estarem inseridos num regime de verdade que os constitui como sujeitos, levando-os a atuarem dessa forma; fazem parte de uma rede, de uma engrenagem, de uma maquinaria de punir e normalizar.

O jurista penal, como se está a tratar no texto, tem a alma fabricada pelas disciplinas, está incorporado na sociedade panóptica, sendo uma das suas peças. Lembra-se uma vez mais que, desde a família, a igreja, a escola, a instituição à qual pertence, entre outros círculos sociais nos quais se insere, vê constantemente repetidos e reforçados os discursos que levam à manutenção dessas verdades. Os modelos de normalidade e as práticas que deve exercer fazem parte desses discursos ditos e repetidos inumeráveis vezes; está submetido completamente às técnicas de olhar hierárquico e exames das mais diversas formas (sociais, institucionais, etc), e pode sofrer sanções das mais variadas intensidades à proporção que afastar-se da norma²⁰⁸. Está inserido, simultaneamente, em uma sociedade onde o poder se exerce também por meio da biopolítica, normalizando a população, da qual ele faz parte, racializando as diferenças e representando-as como perigosas, modelando, assim a forma desse grupo enxergar parcelas significativas da sociedade – sobre as quais exerce suas práticas punitivas – como

²⁰⁸ Já se mencionou na primeira parte do trabalho, nos itens 2.2 “As técnicas e táticas empregadas na fabricação de almas” e 2.3 “O olhar vigilante na sociedade disciplinar”, as sanções que o profissional do direito penal pode sofrer por atuar de maneira que não se encontre dentro dos padrões considerados dentro da norma. Também se tratou dessa questão, das possíveis perdas profissionais no contexto da análise do neoliberalismo, nesta segunda parte, capítulo cinco, item 5.3 (e especialmente na nota 67).

nocivas, estranhas, perigosas, não pertencentes à mesma população que ele. Vê esse penalista, portanto, em determinados grupos periféricos e socialmente fragilizados, a imagem do elemento socialmente danoso a ser neutralizado.

Há, contudo, mais um elemento poderoso que não foi ainda analisado (elemento este cada vez mais poderoso, graças à evolução e facilidade de propagação de discursos de saber articulados ao poder, pelos meios eletrônicos). Trata-se de mais um, entre aqueles fatores que se somam no sentido de reforçar a normalização, o disciplinamento e a reconstrução, a cada dia, da alma dos sujeitos, entre os quais estão os profissionais do direito penal, responsáveis pelas perseguições e condenações. Esse outro instrumento, que vem a juntar-se ao processo de constituição desse sujeito disciplinado e vigiado, tendo ainda a característica de dificultar a possibilidade do exercício da crítica; trata-se dos discursos veiculados pela mídia de massas²⁰⁹.

Tais discursos estão contidos nas mais diversas formas de noticiários levados ao público por meio de jornais, rádios, telejornais, revistas de informação, etc. Também são forma de discursos massivos geradores de normalização os produtos da indústria cultural; vale dizer, as obras de ficção tais como romances, novelas, filmes, séries, programas humorísticos; entre outros. Importante registrar que, essas mesmas notícias e produtos de ficção, com conteúdo portador da verdade que a classe dominante deseja ver estabelecida, agora são transmitidos por outros meios, não mais apenas aqueles tradicionais e citados acima. Essas novas mídias, obviamente, referem-se às possibilidades propiciadas pelo avanço da rede mundial de computadores, a internet. Essa verdade, assim veiculada, se reproduz ainda nos discursos presentes – também pelo advento da internet – em redes sociais, que se transformaram em uma nova forma de comunicação em massa; aliás, uma forma muito penetrante e com grande poder de construção de verdades.

É perceptível que os meios de comunicação em massa têm um papel muito importante como um daqueles sistemas de separação entre o verdadeiro e o falso; fazem parte do suporte institucional de onde emanam os “discursos de verdade”; têm a capacidade de, para utilizar a percepção de Foucault (1997, p. 15) a respeito

²⁰⁹ Foucault reconhece a importância dos discursos dos meios de comunicação como importante dispositivo de produção, controle e circulação dos discursos de verdade. (2011, p. 13)

dessa questão, produzir um discurso de verdade que não somente anuncia o que se passou ou irá se passar, mas contribui para sua realização, suscita a adesão dos homens e se trama, assim, com o destino. Nesse mesmo sentido, Foucault identifica o papel dos meios de comunicação como importante maneira de legitimação do funcionamento do sistema penal e presentes desde o início da punição moderna. Mostra o pensador em questão que, simultaneamente à adoção da forma de castigo centrada na prisão, ocorre o aparecimento do noticiário a respeito da criminalidade,

que invade parte da imprensa e começa a ter seus próprios jornais. A notícia policial, por sua redundância cotidiana, torna aceitável o conjunto dos controles judiciais e policiais que vigiam a sociedade; conta dia a dia uma espécie de batalha interna contra o inimigo sem rosto; nessa guerra, constitui o boletim cotidiano de alarme ou de vitória. (FOUCAULT, 1999, p. 237)

Como consequência do discurso midiático em relação ao crime, desde que se iniciou, é perceptível sua capacidade de criar um sentimento popular contra aquilo que se considerava na época o “conforto das prisões”; fez surgir a pretensão que se atribuíssem aos presos trabalhos perigosos e duros; gerou falas contrárias aos movimentos de filantropia direcionado aos reclusos; suscitou a desconfiança das próprias classes mais frágeis – os operários – contra os delinquentes.

Já em tempos de Estado neoliberal, como não poderia deixar de ser, por tudo que se demonstrou antes sobre essa racionalidade política²¹⁰, o discurso midiático transmite, centralmente, a ideia de que o perigo está sempre presente; aguça a desconfiança em relação ao “outro”; e ainda, trabalha de maneira que a percepção da violência se reduz à violência da criminalidade urbana. Como observa Alberto Silva Franco (2000, p. 112)

A violência, explorada politicamente, submete-se a um conceito reducionista. Violência e criminalidade passam a ser expressões sinônimas, como se houvesse uma superposição conceitual, apesar

²¹⁰ Essa assertiva é feita tendo em vista as diversas ponderações realizadas no decorrer desta segunda parte do trabalho a respeito da racionalidade neoliberal. Pode-se aludir, especificamente, como reflexão que sustenta essa percepção, àquela contida da capítulo cinco, item 5.4, quando destaca-se presente nesse modelo de governo, como fundamentos, o individualismo, a concorrência, e, principalmente, a necessidade da criação da ideia de perigo, e conseqüentemente, da constante sensação de medo e de insegurança, como mencionado por Foucault em seu curso Nascimento da Biopolítica (2008a, p. 90-91): “aparecimento, emergência, invasão dos perigos cotidianos, perigos cotidianos perpetuamente animados, atualizados, postos portanto em circulação pelo que poderíamos chamar de cultura política do perigo”

da área de abrangência do conceito de violência ser bem maior do que a da criminalidade. Mas o que é pior, essa coincidência conceitual ajuda a criar um clima de pavor geral, de insegurança coletiva.

Faz isso trazendo ao conhecimento público, de maneira exaustiva e repetitiva, notícias de práticas criminosas; dando ênfase àquelas mais violentas, mais cruentas²¹¹, que tendem a gerar e potencializar um sentimento popular de insegurança, medo, revolta, repulsa; cria a sensação de necessidade de sempre maior e mais completa vigilância e punição, ou melhor, de vingança da sociedade contra seu agressor, reiterando, de maneira subliminar ou expressa, o discurso de necessidade de combate ao inimigo social.

Daí a frequente utilização e destaque pela imprensa, quando está a referir-se à criminalidade, de práticas típicas de guerra e, igualmente, o emprego de termos bélicos – que se sedimentam no vocabulário da população. Dessa maneira, é comum observar-se nos noticiários alusões à “guerra” ao crime, às drogas; o “combate” à impunidade; as referências a operações militares, como “invasão” de comunidades por tropas; “destruição de barricadas” que impediam o “avanço” da polícia nas ruas; o uso de blindados; helicópteros; enfim, toda uma linguagem e uma lógica de guerra quando trata das práticas supostamente criminosas e da sua repressão. Reativa tal discurso, portanto, a ideia de guerra da sociedade contra seu agressor, ou contraguerra, tal como proposto desde o pensamento contratualista e dos reformadores, e utilizados por ocasião do surgimento do personagem do inimigo social. Fosse pouco a lógica de neutralização do inimigo por qualquer meio, que é própria da guerra, soma-se a ela a concepção de racismo – temas tratados acima – trazendo consigo a noção do necessário extermínio do grupo nocivo à sociedade.

Para que se aprimore ainda mais essa seleção de quem deverá ser o alvo preferencial do sistema punitivo, os emissores midiáticos dos discursos sobre a violência urbana reforçam os estereótipos do inimigo social e do grupo pretensamente lesivo à sociedade, sobre os quais interessa à classe dominante se

²¹¹ A esse respeito, vale lembrar que Loïc Wacquant (1999, p. 43) falando a respeito desse fenômeno nos Estados Unidos da América diz que “a maioria dos novos detentos que vêm se amontoar atrás das grades não são criminosos perigosos e inveterados, mas pequenos delinquentes não violentos. Enfim, apesar da mídia, que faz do espetáculo cotidiano da violência criminal seu prato principal, a maior parte dos americanos não tem nenhum motivo para viver no terror da agressão.”

descarregue a força repressiva do sistema penal. Assim, os meios de comunicação parecem discursar a uma massa de pessoas que reiteradamente intitulam “cidadão de bem”²¹², fazendo com que se coloquem em oposição a um outro grupo, cujos componentes são chamados de criminosos, bandidos, vagabundos, marginais, etc. Esse grupo hostilizado pela mídia tem seus componentes identificados através de estereótipos como a maneira de se vestir, de falar; as suas formas de expressão artística e de lazer são desqualificadas. Além disso esses indivíduos também se ajustam a parâmetros já referidos, tais como, pertencimento a grupos étnicos sociologicamente minoritários; moradores de periferias urbanas; migrantes e imigrantes de regiões pobres, etc. E são, então, vistos como o “eles”, separados do resto da sociedade, por serem um conjunto de “diferentes” e de “maus”. A raça a ser exterminada, o inimigo a ser combatido.

Como mostra o Professor do Departamento de Sociologia da University of Califórnia-Berkeley e pesquisador do Centro de Sociologia Europeia do Collège de France, Loïc Wacquant (1999, p. 45), para aqueles que estão no poder e pretendem conservar a sociedade tal como ela se apresenta, o discurso realizado sempre foi que a “sociedade [é] composta de duas espécies distintas de indivíduos, os cidadãos honestos (the innocent) e a gente má (the wicked), o encarceramento deve servir antes de tudo para proteger os primeiros dos segundos.

Uma mensagem que se pode observar normalmente, com muita frequência nos programas de televisões e rádios e nas publicações de jornais, revistas e internet, é que um conjunto de adolescentes de um bairro humilde, em sua maioria do sexo masculino e da etnia negra, trajando roupas características, são responsáveis pelas práticas criminosas mais torpes e podem, a qualquer momento, voltar a praticá-las contra os “cidadãos de bem”. Como diz Zaffaroni (2001, p. 131), na “América Latina, o estereótipo sempre se alimenta das características de homens jovens das classes mais carentes”. “Eles” são os culpados da violência e devem ser separados da sociedade e, de preferência, neutralizados, eliminados. Candiotto (2016) informa ter Foucault identificado que, através do biopoder, “foram estatuídas categorias populacionais consideradas degenerativas, em relação às quais não se deveria

²¹² Conceito sobre o qual se fez uma análise no item imediatamente acima.

cuidar, mas abandonar e, até mesmo, eliminar”.

Fabricar um estereótipo não é difícil, como se fez desde o surgimento da figura do inimigo público, do anormal e da raça ruim. Parte-se de um modelo específico e se imputa a esse modelo a autoria de todos os males; e esse modelo específico passa a ser considerado, efetivamente, o inimigo. A fabricação do inimigo é essa fabricação de um “eles”, diferente, imaginariamente sempre agressivo e perigoso. Com isso, cria-se uma população amedrontada e obcecada pela ideia de insegurança, uma verdadeira fixação que pede o aniquilamento desse inimigo. Carl Schmitt (2008, pp. 48-49), já teorizava dizendo que não há possibilidade de acordo com o inimigo, a única possibilidade é aniquilá-lo, é a eliminação física daqueles que são considerados diferentes, “hostis”²¹³.

Todos os que integram esse “eles” são mostrados diariamente pela mídia de massas como “elementos” perigosos, assassinos potenciais; tais mensagens agora também se espalham pelas redes sociais, veiculadas pela internet. A culpa desse grupo de diferentes precede a qualquer julgamento e se constitui como verdade por meio de uma sedimentação produzida na alma dos indivíduos, entre outros fatores, pelo referido discurso midiático. Discurso que, uma vez enunciado, além do poder produtivo de verdade que já carrega em relação ao público que alcança, ainda se reproduz de boca em boca, nas ruas, nas famílias, nas escolas, nos locais de recreação, nas igrejas, e mesmo nas escolas e academias; ocorre a capilarização pela sociedade das ideias interessantes ao grupo dominante no exercício do poder. Como percebe Maurizio Lazzarato (2006, p. 161),

Os públicos, os consumidores, os modos de subjetivação das sociedades de controle constituem-se na comunicação de indivíduo a indivíduo, pela circulação dos exemplos mudos ou verbais veiculados pela publicidade, pelo mundo da informação, pela imprensa; é ao mesmo tempo através dos signos, da imagem e dos agenciamentos de enunciação que a atenção (força intensiva, *conatus* do cérebro) e a memória dos indivíduos são mobilizadas, fixadas, capturadas.

Em relação aos operadores do sistema penal, desde os delegados de polícia,

²¹³ Schmitt (2008, p. 30) fala, inclusive que inimigo é sempre público, o “hostis”, um conjunto de pessoas em combate; fala ainda de situações em que pessoas que pertencem ao mesmo país podem ser consideradas inimigas, declarados como “inimigo interno”, qualificadas como “hostis”.

passando-se pelos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, normalmente recrutados entre a classe média, reforçam-se os conceitos que já trazem do regime de verdade que os constitui, e cria-se uma sensação de necessidade ou de obrigação de agirem “como for necessário” para combater o inimigo da sociedade ordeira e a insegurança (entenda-se: ainda que extrapolando ou “flexibilizando” os limites legais) contra o perigo representado pela violência urbana e pelos inimigos sociais.

Vale lembrar a fala de Candiotti (2016), no sentido que a ideia de um dispositivo de segurança que deve proteger a população exige, em troca, a “restrição de suas liberdades”, e que essa proteção,

em função dos riscos e perigos internos ou externos possui um elevado ônus, posto que, muitas vezes, está embutida a anuência dos cidadãos [e entre eles os responsáveis pela punição] à atuação extralegal do Estado e seus mecanismos diante de outras populações potencial ou realmente consideradas perigosas.

Como o objeto sobre o qual esses sujeitos que exercem o poder penal atuam é a própria sociedade, o discurso da mídia de massas e os demais fatores antes examinados, constituintes do profissional do direito penal, se mesclam e resultam numa aplicação ainda mais seletiva e distorcida de um saber que, como demonstra Foucault e se expôs ao logo deste trabalho, já é, mesmo dentro de sua chamada “ciência”, existente para exercer um controle seletivo da sociedade, privilegiando os indivíduos pertencentes às classes mais altas e agindo com enorme rigor contra aqueles integrantes das classes menos favorecidas.

Nada mais útil que os discursos dos meios de comunicação em massa em uma sociedade onde atua, além das disciplinas, o biopoder, e onde a razão de governo é neoliberal. Assim, tanto as técnicas da biopolítica, estudando, medindo e buscando prever fenômenos específicos de massa; controlando as populações; criando normalizações a partir de padronização de comportamentos coletivos mais próximos possível ao desejável aos exercentes do poder; vale dizer, dando lugar a uma população normalizada; quanto o sistema no qual ela se exerce, o neoliberalismo, com sua característica de criar o medo, a competitividade, intervir nos riscos e de valer-se de dispositivos de vigilância e segurança, têm como instrumento fundamental o discurso midiático que pode alcançar milhares, milhões

de indivíduos, de forma a produzir a verdade para eles, moldar condutas, pensamentos e desejos; como menciona Lazzarato (2006, p. 74) produzir “o homem enquanto mente.”

De maneira que essas sociedades de governos neoliberais onde funciona a biopolítica, e que, como já se afirmou antes, são sociedades de controle, utilizam-se de estratégias específicas, dirigidas às populações. Não se trata mais de, apenas, como nas disciplinas, agirem as instituições e as táticas sobre o indivíduo para assujeitá-lo e constituí-lo; trata-se de efetuar o controle sobre toda uma população, regular essa população, separá-la, estabelecer as normalidades aceitáveis e, assim, produzir subjetivação.

O poder dos meios massivos de comunicação²¹⁴ é enorme, seja no sentido de produzir condutas desejadas; seja criando medo e produzindo verdades para uma dada população; sentimentos esses que se convertem em desejo de punição e eliminação do perigo. Como percebe Zaffaroni (2001, p. 131), “na necessidade de uma criminalidade mais cruel para melhor excitar a indignação moral, basta que a televisão dê exagerada publicidade a vários casos de violência ou crueldade gratuita”. Dessa forma, identifica o professor argentino, os papéis daqueles considerados inimigos sociais adquirem cores de crueldade e geram correspondente desejo de vingança no público que recebe as informações.

É de se registrar que o discurso das mídias de massas é capaz de produzir o fenômeno de converter a população em um público e, sobre esse público, obtém um desejado fenômeno, identificado por Gabriel Tarde e mencionado por Lazzarato (2006, p. 76), no sentido de conectar os cérebros como se estivessem em uma rede, integrados que são por meio de dispositivos tecnológicos, com poder de agir a distância – como os acima mencionados meios de comunicação em massa – gerando sujeição e subjetivação. Diz Lazzarato (Idem):

A integração e a diferenciação das novas forças, das novas relações de poder, se faz graças às novas instituições (a opinião pública, a percepção coletiva à distância). Nas sociedades de controle, as

²¹⁴ Interessante lembrar que os veículos de comunicação em massa têm como seus principais instrumentos: dados estatísticos, índices de audiência, números de rejeição ou aprovação de seus discursos, análise de probabilidade de sucesso de determinados produtos, etc.; ferramentas de intervenção junto aos seus públicos muito semelhantes àquelas utilizadas pelo biopoder para produzir verdade e normalização. Pode se intuir, por essa proximidade de forma de se efetivar e pelos efeitos que produz, portanto, que os próprios meios de comunicação em massa são instrumentos de exercício de biopoder.

relações de poder se expressam pela ação a distância de uma mente sobre outra, pela capacidade de afetar e de ser afetado dos cérebros, mediatizada e enriquecida pela tecnologia.

Franco (2000, p. 112), percebe que os meios de comunicação

são capazes de permitir a contemplação da violência sem que ninguém por ela seja afetado, direta e fisicamente. [...] Assim, pouco e pouco, o fenômeno da violência se tornou mais comunicacional do que experimental” [...]. Os meios de comunicação passam a trabalhar com ela, não como um fenômeno em si, concreto, real, mas sim como o próprio fenômeno comunicacional, dando-lhe um caráter seletivo, [...].

Com os meios de comunicação em massa surge um novo fenômeno, a criação de públicos. Isso diferencia esses grupos de massas populacionais ou ainda de classes sociais e, por isso mesmo, a ação discursiva midiática, conectando cérebros, produz a opinião desse público, vale dizer, fabrica a opinião pública; gera as percepções coletivas homogêneas a respeito de acontecimentos sociais. Esclarece Lazzarato (2006, p. 78) que a separação da sociedade em públicos “superpõe-se cada vez mais visível e eficazmente às formas de divisão religiosa, econômica, estética e política, [...] [os públicos] substituem as divisões claras e persistentes entre as múltiplas variedades de associação humana”.

Não é diferente a percepção de Zaffaroni (2001, p. 132) ao afirmar que as propagandas dos meios de comunicação são capazes de preservar ilusões e fabricar realidades; percebe ainda que a estrutura de comunicação da sociedade tecnocientífica “muda a comunicação ‘entre pessoas’ pela comunicação ‘através dos meios’. Este tipo de comunicação não se limita a proporcionar uma falsa imagem da realidade, mas a produzir realidades.”

Assim, as sociedades biopolíticas, de segurança, por meio da comunicação em massa permitida pela tecnologia, “modulam os cérebros, constituindo hábitos sobretudo na memória mental” (LAZZARATO, 2006, p. 86). Claro que essas “modulações cerebrais” produzem efeitos dramáticos em relação ao sistema punitivo, como vem se demonstrando neste item; modulam os cérebros de conjuntos populacionais que desenvolvem ódio ao inimigo social, desejo de vingança e aniquilamento da raça ruim. Incluídos nessa população estão os operadores do direito penal, que compartilham os sentimentos comuns à população da qual fazem

parte, tendo seus cérebros igualmente conectados, modulados, compõe parte do mesmo público.

Como as verdades vigentes para os públicos acabam se sobrepondo a qualquer noção ligada à condição de classe social, ocorre uma distorção trágica que deve ser registrada; trata-se do fato que mesmo as parcelas socialmente mais fragilizadas da população, em relação às quais o sistema penal atua com maior dureza, acabam partilhando dos conceitos, das verdades que constituem o público ao qual pertencem, desenvolvendo também ódio e desejo de extermínio a esse inimigo social e à raça nociva exibida midiaticamente, sem perceber que suas próprias características são exatamente aquelas que são delineadas como alvo de atuação repressiva. Como percebe Maria Lúcia Karam (1993, p. 206),

onde a eficácia publicitária do sistema penal se manifesta mais forte e perversamente é em sua atuação sobre as classes subalternas, que, desejando a solução penal, não percebem que são elas próprias as vítimas preferenciais daquela carga de estigma, injustiça e violência; que, levadas a aplaudir a solução extrema da pena de morte oficializada ou extraoficial, não percebem que estão assinando suas próprias sentenças de morte.

Isso, além de demonstrar o drama social que se efetua por meio da realização de discursos punitivos, pode revelar parte do poder das comunicações midiáticas. Ora, se são elas capazes de produzir uma verdade que, embora prejudicial, vige entre aqueles que serão seus alvos, certamente transformam completamente a percepção de mundo dos profissionais do direito penal. Lazzarato (2006, p. 166) aduz que “O rádio, a televisão, fazem circular os discursos de outrem, segundo lógicas antagônicas ou em oposição em diversos pontos, favorecendo ou neutralizando o plurilinguismo.” Vale dizer, com os discursos das mídias, da forma pela qual são veiculados nas sociedades capitalistas, diminui-se muito a possibilidade do exercício da crítica, por meio de criação e circulação de discursos divergentes. Impõem-se ideias hegemônicas (que são transmitidas por aquilo que Lazzarato chama de monolinguismo), dificultando, conseqüentemente, o surgimento de verdades que destoem daquelas que interessam aos exercentes do poder estrategicamente posicionados.

Dessa forma, as notícias transmitidas principalmente pela televisão, que

ainda é o meio de comunicação em massa com maior penetração no Brasil²¹⁵, como também as divulgadas pelo rádio, têm a característica de serem reduzidas a uma circulação de informações homogeneizadas, dominadas pelo discurso que interessa ser divulgado; uma maquinaria política, como menciona Lazzarato (2006, p. 166) de “centralização, de captura unilateral e de neutralização acontecimental. A co-criação e a co-efetuação da palavra são assim reduzidas a uma simples circulação de informações.”²¹⁶ Diz mais o filósofo italiano (idem, p. 178), “O acontecimento criado ou gerado pela televisão e pelas mídias não abre nenhum possível, mas constitui um ponto de partida de uma produção autoritária do sentido.”

Em relação ao sistema punitivo, o discurso hegemônico que é propagado de maneira central, produzindo a verdade e dificultando o surgimento e circulação de ideias que lhes sejam contrárias, como registrado desde o início deste item, é da necessidade de endurecimento da atuação do sistema penal, de máxima punição e neutralização dos perigosos, daqueles que são prejudiciais e vitimizam a sociedade. São discursos que, como diz Wacquant (2001, p. 17), invadem “o debate público até a saturação [...], os encontramos caracterizados por toda parte e assim nos parecem naturais [...] entopem os jornais e as televisões.”

Mas há que se observar que não apenas em forma de notícias esses discursos se apresentam nos meios de comunicação em massa, especialmente na televisão. Como foi referido acima, eles estão inseridos, também, em forma de produções culturais ou obras de ficção; talvez dessa forma sejam ainda mais penetrantes para a constituição da realidade social, vez que, são apresentados sem a conotação de produzir comportamentos ou narrar realidades; aparentemente, estão desprovidos de intenções formadoras de opinião, embora, em sua produção e execução, tenham essas finalidades, capacidades e propriedades.

Theodor Adorno e Max Horkheimer, em sua obra *Dialektik der Aufklärung, Philosophische Fragment* (Dialética do Esclarecimento, fragmentos filosóficos, 1985, p. 99), já falaram da homogeneização promovida pelos meios de comunicação em

²¹⁵ Conforme Relatório Final da Pesquisa de Mídia Brasileira de 2016 (o mais recente disponível) da Secretaria de Comunicação (Brasil, 2020d), a televisão ainda tem 63% da preferência do público, em seguida vem a internet com 26%, o rádio com 7% e jornal com apenas 3%.

²¹⁶ Essas características de promoção de discurso unívoco, homogêneo, segundo Lazzarato (2006, p. 168) são encontradas tanto em monopólios estatais como privados de emissoras de televisão, não sendo importante opor um bom monopólio a um mau monopólio, mas desfazer todos os monopólios (idem, p. 179)

massa e pelas obras de ficção. Tratando da indústria cultural, mencionam que o “cinema, o rádio e as revistas constituem um sistema. Cada setor é coerente em si mesmo e todos o são em conjunto”.

De forma que são muito presentes filmes, novelas, seriados, enfim, obras ficcionais, que tratem do tema violência urbana com uma postura maniqueísta, de bem contra o mal; nelas os vilões quase sempre são sanguinários e decidem, livremente, atacar uma sociedade constituída de pessoas ordeiras e respeitosas; a resposta a esses delinquentes, fatalmente, se apresenta como um triunfo do bem contra o mal, com seus extermínios, de regra, com resquícios de crueldade. Nesse sentido a percepção de Francesco Barata (2000, p. 255) quando afirma que

A partir da televisão com seus seriados policiais de grande popularidade a insegurança coletiva aumentou. O mundo fictício da televisão está cheio de estereótipos e se alinha com as visões mais conservadoras sobre a criminalidade. O fenômeno da insegurança da cidadania se apresenta como uma luta entre bons e maus, em que os policiais aparecem como heróis solitários na luta contra o crime.

Em outro trabalho o autor deste texto (COUTO NETO, 2009, p. 110) alude que o chamado “combate” à criminalidade retratado frequentemente em filmes, de regra vindos dos Estados Unidos da América, trazem uma “guerra” travada entre policiais, considerados heróis, e vilões, oriundos das camadas mais pobres ou pertencentes a etnias reconhecidamente discriminadas na sociedade. Menciona que é

Emblemático a tal respeito, o filme lançado no Brasil, [...], com o título “15 minutos”, onde imigrantes de países socialistas em decadência chegam aos Estados Unidos e se deslumbram com os produtos oferecidos pelo mercado aos consumidores (dos quais estão obviamente excluídos), tanto quanto se fascinam pelo poder, fama e impunidade que podem ser alcançados pela exposição na mídia. Obviamente que passam a cometer inúmeros crimes repletos de crueldade e são perseguidos por policiais, até serem executados no final.

Acredita-se que alinhar mais exemplos dessas obras ficcionais que reproduzem o discurso de divisão da sociedade entre bons e maus, e estimulam ao tratamento violento daqueles grupos sociais cujas características fazem com que

sejam considerados socialmente nocivos, seria um exercício de repetição desnecessário. Poderiam ser trazidos, de memória, dezenas, centenas de exemplos, o que reforça a percepção de que tais discursos, simplistas e unívocos, produzem a verdade vigente na sociedade.

Parece ir nessa mesma perspectiva a afirmação de Adorno e Horkheimer (1985, p. 100): “Sob o poder do monopólio, toda cultura de massas é idêntica [...] é o poder que os economicamente mais fortes exercem sobre a sociedade [...] é a racionalidade da própria dominação.” Percebem os pensadores alemães que a sociedade, orientada pela indústria cultural, pela arte para as massas, “permanece irracional apesar de toda racionalização” (Idem, p. 103).

Adorno e Horkheimer (1985, pp. 103-107) já observavam, mesmo na época em que o livro mencionado foi escrito²¹⁷, anterior à explosão da transmissão televisiva, que a chamada indústria cultural, com seus filmes, novelas e seriados, enfim, as obras ficcionais (ou “obras de arte” destinadas para exibição às massas), eram modelos de atrofiar a imaginação do público, inibindo a atividade intelectual dos espectadores. Trazendo jargões, um “idioma tecnicamente condicionado” que o “povo transforma em seu idioma”, habitua e levam à aceitação pelos consumidores desses produtos culturais, recheados de gestos, imagens e palavras velozes, que prescindem de qualquer complementação pelo uso da racionalidade; obtém aprovação logo ao primeiro olhar. Aduzem mais (idem, p. 103) que

Desde o começo do filme já se sabe como ele termina, quem é recompensado, e, ao escutar a música ligeira, o ouvido treinado é perfeitamente capaz, desde os primeiros compassos, de adivinhar o desenvolvimento do tema e se sente feliz quando ele tem lugar como previsto. O número médio de palavras da *short story* é algo em que não se pode mexer. – Grifo original.

O tema da manipulação da ideia de violência não lhes passou despercebido, afirmando os pensadores germânicos que a “violência da sociedade industrial instalou-se nos homens de uma vez por todas” [...] “O prazer com a violência infligida

²¹⁷ Vaz (2020) informa que o livro de Adorno e Horkheimer, *Dialética do Esclarecimento*, “foi gestado, entre 1939 e 1944. Nesse mesmo ano circulou entre poucos em cópia mimeografada com o título de *Fragmentsos filosóficos*, depois tornado subtítulo da versão definitiva. Faltavam as notas finais e o capítulo sobre antissemitismo e dominação política, incorporados na versão final, publicada em 1947.” – Grifo original.

ao personagem transforma-se em violência contra o espectador” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, pp. 105-114). Também identificam que a indústria cultural produz necessidades e, essa geração de necessidades, aumenta sua capacidade de dominação.

Lazzarato (2006, p. 170), também identifica que a televisão e os demais meios de comunicação em massa, com rádio, jornais, revistas, têm essa forma de atuar para atender aos interesses daqueles que, de maneira preponderante, exercem o poder na sociedade capitalista; afirma que a “televisão torna-se um instrumento do poder econômico e político aplicado ao discurso do outro”. E mais adiante (idem, p. 171), conclui que os discursos transmitidos pela televisão são comparáveis

ao que pregava o nazismo, que utilizava o rádio e o cinema para organizar ‘microfascismos’, através de ‘uma segmentaridade maleável e molecular, fluxo de imagens e de sons, capazes de banhar cada gênero de células da sociedade.

De maneira que, seja pelos noticiários que veicula, seja pelas obras de ficção que transmite, não há como discordar da afirmação de Lazzarato (2006, p. 169) que a televisão – assim como os demais meios de comunicação em massa – é uma “máquina de constituir maiorias, de criar um homem mediano e formar os padrões de subjetividade”; entre essas maiorias constituídas e subjetividades padronizadas estão a maioria dos operadores do direito criminal.

Finalmente, cabe realizar considerações sobre a circulação desses discursos homogeneizantes, de perigo do crime e necessidade de punição ou eliminação, no mais recente meio de comunicação em massa, a internet.

No início de sua utilização popular, quando saiu do ambiente de defesa militar e pesquisa acadêmica onde foi desenvolvida²¹⁸, e até há alguns anos, a internet foi celebrada como uma verdadeira forma de democratização das comunicações e divulgação do conhecimento, permitindo que diversos segmentos sociais e, mesmo

²¹⁸ Como mostra Silva, L. (2020) “A internet foi criada em 1969, nos Estados Unidos. Chamada de Arpanet, tinha como função interligar laboratórios de pesquisa e o Departamento de Defesa norte-americano. Naquele ano, um professor da Universidade da Califórnia passou para um amigo em Stanford o primeiro e-mail da história. [...] A partir de 1982, o uso da Arpanet tornou-se maior no âmbito acadêmico. Inicialmente, o uso era restrito aos EUA, mas se expandiu para outros países, como Holanda, Dinamarca e Suécia. Desde então, começou a ser utilizado o nome internet. Por quase duas décadas, apenas os meios acadêmico e científico tiveram acesso à rede. Em 1987, pela primeira vez foi liberado seu uso comercial nos EUA.”

minorias, tivessem acesso a uma diversidade de informações bem como a possibilidade de se expressar e ganhar visibilidade, expondo seus pensamentos e rompendo com a lógica padronizada e com a linguagem homogeneizada de outros meios de comunicação.

Essa também foi a impressão de Lazzarato, quando, em 2004, publicou sua obra que tem sido referenciada neste texto, *Les révolutions du capitalisme* (“As revoluções do capitalismo”). No livro, Lazzarato (2006, p.179) afirma que neste meio (internet) a diversidade de opiniões e discursos, que antes eram interdidas, tendo sido “capturadas pela força de unificação e homogeneização das redes analógicas (televisão) é liberada, ativada, e inventa outras máquinas de expressão, outros regimes de signos.”

A internet, efetivamente, em muitas ocasiões viabilizou que pessoas e grupos não pertencentes a segmentos privilegiados, por meio dela, pudessem se organizar e realizar movimentos, conseguindo resultados importantes para reivindicações populares. Essa fase, contudo, acabou sendo superada. Como ocorre em relação a toda tecnologia, a internet passa a expressar seu valor pelas forças que dela se apoderam.

Ainda em 2004, Lazzarato (2006, pp. 179-181) imaginava ser difícil acontecer o domínio da rede mundial de computadores pelas grandes empresas privadas, afirmando que as empresas comerciais “pensavam poder facilmente privatizar o bem comum, segundo a lógica de predação que as caracteriza.” Concluía que essa tentativa “não foi bem-sucedida, e não logrou subordinar a multiplicidade à empresa.” Entendia o pensador que tal tentativa capitalista encontraria obstáculo na forma de funcionamento da internet, onde uma multiplicidade de mônadas²¹⁹ exerceriam suas diferenças, suas individualidades e suas subjetividades. Essa característica faria com que os usuários, deixando de ser uma massa indiferenciada e constituindo-se em um público temporário e com opções diferentes de mundos, ofereceriam forte resistência para suas capturas e cooperação.

²¹⁹ Lazzarato trabalha com o conceito de “mônada”, dentro da chamada neomonadologia, a partir do pensamento de Gabriel Tarde. Como explica Lazzarato (2006, p. 29-31), o conceito de mônada é criado por Leibniz, para designar “forças constitutivas das coisas”, de maneira que “cada mônada (não importa se inerte, viva ou humana) tem, em maior ou menor grau, forças ‘psíquicas’ (desejo, crença, percepção, memória).” Já para Gabriel Tarde “A mônada é, ao mesmo tempo, singularidade e multiplicidade. [...] O modo de existência das mônadas é a diferença: existir, para uma mônada é ser diferente de outra mônada.”

Infelizmente a previsão de Lazzarato parece não ter se concretizado e, atualmente, a internet encontra-se colonizada pelos grandes grupos empresariais e econômicos, como os demais instrumentos que permitem o exercício do poder na sociedade burguesa. De maneira que o real controle da rede mundial de computadores encontra-se, atualmente, nas mãos de megaempresas privadas bilionárias como Facebook, Google, Microsoft, Amazon, Apple (apenas para citar as principais), as quais detêm um quase monopólio do controle daquilo que é ou não visto na rede. O que não está no Google hoje, na prática, não está na internet, não é visto. Os interesses dessas megaempresas são corporativos e financeiros nada tendo a ver com a democracia ou cidadania. As postagens são visibilizadas de acordo com o impulso financeiro que recebam para tanto.

De forma que, também dominada pela lógica capitalista, a internet passa a veicular os mesmos discursos que os demais meios de comunicação em massa fazem; aliás, a rede mundial passa a ser o suporte de veículos como jornais e revistas de informação já existentes, divulgando as mesmas notícias antes publicadas apenas em versão impressa. Além disso, em plataformas específicas de transmissão de vídeos, as grandes empresas de comunicação retransmitem programas televisivos ou criam outros, exclusivos para o ambiente virtual, mantendo a linha editorial; o rádio segue a mesma lógica, passando as tradicionais emissoras comerciais a divulgar seus programas por esse meio.

Com essa propagação pelo meio virtual, têm-se uma maior visibilidade e penetração social em relação às notícias que são postas em circulação pelas mesmas grandes empresas de comunicação. Trazem elas a mesma orientação discursiva e, em se tratando de matéria relacionada à criminalidade e à chamada, de forma reducionista, segurança pública, repete os já comentados modelos de constituição de verdade, com a criação de medo, ódio e separação da sociedade entre “bons” e “maus”.

Pior ainda a situação quando percebe-se que as megaempresas, como mencionado antes, as principais controladoras do ambiente virtual, procedem, principalmente por meio das chamadas redes sociais, uma constante captura de dados pessoais dos usuários para comercialização e outras finalidades as mais diversas. Obtém, dessa maneira, uma enorme quantidade de pormenorizadas informações individuais particulares, pessoais, que são espontaneamente

fornecidas ou, em alguns casos, ilegalmente obtidas de seus usuários.

Esses dados, capturados nas redes sociais, ou ainda, a partir respostas às mais variadas formas de pesquisas (de satisfação; preferências pessoais, etc); em site de jogos virtuais, ou por inúmeros outros mecanismos corriqueiros em tais aplicativos informáticos, podem ser utilizados para diferentes finalidades, especialmente, para o convencimento a respeito de concepções de realidade; persuasão no sentido de adesão a visões políticas; criação de objetivos comuns para a maioria dos usuários (que, então, se comportam como os públicos descritos por Lazzarato), ainda que a consecução desses objetivos seja realmente benéfica apenas a uma minoria privilegiada.

De sorte que obtém-se, pelos caminhos proporcionados pela internet, uma maior eficiência em reforçar aqueles conceitos interessantes à minoritária parcela dominante das sociedades capitalistas; em matéria de sistema punitivo, se repetirão os discursos já propagados pelos meios de comunicação em massa tradicionais, constituindo-se, com mais capacidade e efetividade, as verdades pretendidas, que orientarão as práticas sociais, entre as quais, as práticas punitivas exercidas pelos profissionais do direito penal.

Essa maior eficácia nos discursos que orientam as práticas dá-se devido ao fato, constatado por Michel Foucault e demonstrado ao longo deste texto, que saber e poder sempre estão engendrados; ora, se há uma obtenção muito maior de dados do público alvo a ser atingido pelos discursos, evidentemente se realiza a constituição de um saber mais específico, mais direcionado e mais poderoso em seu aspecto de convencimento dessa massa atingida, permitindo uma atuação mais adequada do poder, no escopo de alcançar seus objetivos.

Para o desenvolvimento desses saberes, a partir dos dados obtidos na rede de computadores, utilizam-se de recursos de análise e manejo disponibilizados pela mais moderna tecnologia, tais como, inteligência artificial e algoritmos; mas também são empregados saberes já mencionados pela análise realizada por Foucault, especialmente quando fala de governamentalidade e biopoder, como a conexão com setores militares, saberes psicológicos e, especialmente, o uso da estatística. Dessa maneira obtém-se, então, um aumento inédito da base de conhecimento, gerando uma fenomenal capacidade de exercício de poder àqueles poucos privilegiados que dispõem dos recursos para ter o controle sobre esses dados e, por consequência,

sobre esse público.

Levando-se em conta o enorme número de sujeitos acessados por esse novo dispositivo de controle, o poder que, a partir dele, pode-se dispor é assombroso. Para se ter uma ideia da sua dimensão, vale a pena trazer um excerto com a fala da professora-associada de filosofia na New York University, Tamsin Shaw, que investigou o financiamento e o uso de pesquisas psicológicas pelos militares dos EUA para uso em tortura, a qual esclarece:

A capacidade de essa ciência ser usada para manipular emoções está muito bem estabelecida. Esta é uma tecnologia financiada por militares que tem sido aproveitada por uma plutocracia global e está sendo usada para influenciar as eleições de uma forma que as pessoas nem podem ver, nem percebem que isso está acontecendo com elas [...] Trata-se de explorar um fenômeno existente, como o nacionalismo, e então usá-lo para manipular as pessoas nas margens. Ter tantos dados nas mãos de uns poucos plutocratas internacionais para fazer o que eles querem é absolutamente arrepiante. [...] Estamos em uma guerra de informação e bilionários estão comprando essas empresas, que são então empregadas para trabalhar no coração do governo. Essa é uma situação muito preocupante.²²⁰ (CADWALLADR, 2018).

Se, como esclarece a professora, esses dados podem ser utilizados para a manipulação de intenções eleitorais, certamente também são igualmente úteis para o direcionamento de concepções sociais, como aquelas sobre riscos de criminalidade, identificação de alvos, e estratégias de neutralização desses alvos. Vale dizer, através desses meios pode-se fazer, com muito mais poder e eficiência, aquilo que os meios de comunicação em massa vêm fazendo há algumas décadas e foi tratado no início deste item. Isso porque, com tais ferramentas, fica muito fácil gerir aquelas emoções e sentimentos mais primários dos seres humanos, como o medo ou o ódio, com a finalidade de buscar um aliciamento dos indivíduos para que

²²⁰ Livre tradução pelo autor do seguinte texto original: “The capacity for this science to be used to manipulate emotions is very well established. This is military-funded technology that has been harnessed by a global plutocracy and is being used to sway elections in ways that people can’t even see, don’t even realise is happening to them. [...] It’s about exploiting existing phenomenon like nationalism and then using it to manipulate people at the margins. To have so much data in the hands of a bunch of international plutocrats to do with it what they will is absolutely chilling. [...] We are in an information war and billionaires are buying up these companies, which are then employed to go to work in the heart of government. That’s a very worrying situation.”

estes atuem da maneira pretendida pelos grupos que exercem o poder.

A percepção de Alves (2021, pp. 241-242) corrobora essa reflexão, quando conclui que

Quanto mais informações nós disponibilizamos, mais nos tornamos transparentes para os algoritmos que “facilitam” a nossa vida, mais nos tornamos conhecidos em nossos mínimos detalhes, e cada vez mais os algoritmos serão capazes de antecipar nossas condutas, oferecer serviços e direcionar nossas ações. Mas é um equívoco acreditar que os algoritmos simplesmente oferecem aquilo que queremos. Mais do que isso, eles fazem com que algo seja desejável. [...] Não se trata de simplesmente dar às pessoas o que elas querem, mas sim de fazer com que se queira isso ou aquilo. No mundo administrado, o sujeito é objetificado e não livre. Em suma, é preciso que o sujeito acredite que quer realmente aquilo que se quer que ele queira. E com os novos recursos, o sujeito parece tornar-se ainda mais débil, incapaz de raciocinar e deliberar por conta própria, sendo facilmente levado (sem que ele se dê conta disso) na direção que se deseja. Com o tempo, podemos imaginar um mundo no qual seremos praticamente conduzidos por esses algoritmos

De todo o exposto, parece ser razoável concluir-se pela enorme importância dos meios de comunicação em massa no processo de produção da verdade em dada sociedade; sejam aqueles que funcionam desde o início da punição moderna, como os jornais; sejam os que surgem durante o século XX, como o rádio e a televisão; sejam, finalmente, as novas formas, trazidas pela revolução da informática. A verdade da qual esses meios massivos são, em grande parte, responsáveis pela produção e manutenção, define a racionalidade que orienta o funcionamento da sociedade em determinado período. No caso em estudo, está a orientar as sociedades capitalistas em seu momento atual, quando se adota a razão de governo neoliberal e se empregam, em simultâneo às disciplinas, táticas de biopoder. Vale lembrar que, como já identificou Foucault (2006, p. 338), a partir do regime de verdade no qual se está inserido, dão-se as condições que tornam aceitáveis determinadas práticas; estas, no sentido daquilo que se diz e se faz; das regras e das razões que o indivíduo se atribui; práticas com “sua regularidade própria, sua lógica, sua estratégia, sua evidência, sua “razão”. Essa racionalidade que define o regime de práticas consideradas aceitáveis para dada sociedade, inseridas e reforçadas pelos meios de comunicação em massa, é aquela que programa as

condutas e orienta a atuação dos operadores do direito penal, que dela fazem parte e sobre ela atuam.

6.4 A RACIONALIDADE NEOLIBERAL E SEUS DEDOBRAMENTOS NO DISCURSO DE SABER PENAL

Importante lembrar que como já demonstrou a criminologia com as lições de, entre outros, Rusche e Kirsheimer (2004); Melossi e Pavarini (2006); Zaffaroni (2001) e, principalmente, consoante mostra a genealogia de Foucault, especialmente em sua obra “Vigiar e punir” (1991), o sistema punitivo legalizado não decorre simplesmente de evoluções teóricas ou éticas de uma dada sociedade mas, na realidade, está vinculado às necessidades e conveniências dos poderes materiais exercidos nessa malha social. Conforme escreve Lemos (2018, p. 194), Foucault permitiu “ultrapassar a ilusão de ver as novas formas da sanção como tecnologias mais eficazes na forma de suprir delitos ou como adesão de valores humanitários.” Dessa maneira, nas sociedades nas quais prevalece a racionalidade de governo neoliberal, a forma punitiva certamente está relacionada e comprometida com essa governamentalidade e suas exigências.

Por isso mesmo, em um trabalho que pretende analisar a constituição daqueles sujeitos responsáveis por impor castigos penais, é indispensável investigar a influência das concepções neoliberais na configuração desse novo patamar de vigilância e castigo que está em curso, e que, segundo Wacquant (1999, p. 48), nasce nos Estados Unidos da América, sob o governo Nixon e que se espalha para o mundo a partir de Ronald Reagan e Margaret Thatcher. Tal movimento, considerado “incontestavelmente, uma das experiências históricas mais imprevistas e mais cruéis da era democrática” pelo pensador acima nominado, é fortemente apoiado pela mídia, como se tratou no acima (item 6.3) e teria como finalidade principal, de acordo com o que constata Wacquant (idem), possibilitar a edificação de Estados policiaescos, pois, o “sobredesenvolvimento do setor penal é, de fato, a contrapartida necessária do enfraquecimento do Estado do Bem-Estar Social neste

período”.

Interessante lembrar que, no momento pós-Segunda Guerra, quando o capitalismo mundial dos países centrais ingressou na fase chamada de Estado de Bem Estar Social²²¹, no qual havia vários fatores que se voltavam à proteção e aos interesses das classes economicamente menos favorecidas, como a segurança de uma assistência e de uma previdência social, mantidas pelo Estado; intervenção estatal ativa contra o desemprego; serviços de saúde e educação públicos, assim como políticas habitacionais, havia muito maior confiança no futuro, harmonia e despreocupação na base da sociedade, não sendo necessários instrumentos de tirania penal.

Dessa maneira, mesmo no Brasil, que nunca teve um completo Estado de Bem-estar Social, as condições de vida da população eram muito mais esperançosas e tranquilas que nos atuais tempos neoliberais. Na época em que houve preocupação do Estado em promover o bem-estar da população, pôde-se observar uma progressiva atenuação do rigor da legislação criminal. De maneira que os Códigos Penal e de Processo Penal, desde que entraram em vigor no início da década de 1940²²², tiveram, paulatinamente, abrandado seu rigor por seguidas alterações. Pode-se citar, entre outras, aquelas alterações que permitiram a fiança; a liberdade provisória em crimes nos quais, antes, ela era proibida; e, também, para os presos em flagrante que não tivessem contra si motivos que levassem à adoção da prisão preventiva, etc. Destaca-se, ainda, nesse período de mitigação do rigor penal, além dessas medidas processuais mencionadas, a grande reforma realizada

²²¹ A referência ao período pós-Guerra é apenas indicativo da época em que se desenvolveu mais notoriamente esse modelo de Estado, especialmente na Europa, pois, é verdade, como mostra Vera M. R. Nogueira (2001, p. 90), que a expressão Estado-Providência “segundo referências históricas encontrados em Rosanvallon, foi usada em 1860”; lembra ainda a autora que “A expressão inglesa – *Welfare State* foi criada na década de [19]40, ainda que a menção à *Welfare Policy* – Política de Bem-estar, ocorra desde o início do século XX. Registra-se ainda que, segundo CRUZ (2001, p. 207), o “Estado de Bem-estar é o produto da reforma do modelo clássico de Estado Liberal que pretende superar as crises de legitimidade que este possa sofrer, sem abandonar sua estrutura jurídico-política. Caracteriza-se pela união da tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento, como direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia aos cidadãos de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos.” A esse conceito, poderíamos acrescentar que os referidos “serviços sociais” seriam prestações positivas do Estado (como: educação, saúde, proteção ao trabalho, previdência, etc); tem também como característica, esse modelo de Estado, a intervenção ativa na economia no sentido de fomentá-la, inclusive, atuando diretamente para criar empregos.

²²² Necessário destacar, ao mencionar que a legislação penal foi se atenuando, desde que entrou em vigor o Código Penal de 1940, que este era inspirado no Código Italiano de 1930, o famoso “Código Rocco”, sendo “um código rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico [...]. Seu texto corresponde a um tecnicismo jurídico autoritário”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 194)

no Código Penal em 1984, por meio da lei nº 7.209/84, bem como a amenização na execução das penas trazida pela Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210/84. Houve ainda o importante surgimento de inúmeros princípios jurídico-penais garantidores de direitos individuais e limitadores do poder punitivo; e com hierarquia constitucional, pois, plasmados na Constituição Federal de 1988²²³.

Essas alterações são da década de 1980, ao final da qual observa-se, coincidentemente à adoção da governamentalidade neoliberal, uma guinada brusca no sentido das alterações em direito e processo penal, rompendo com a tendência de abrandamento que vinha ocorrendo e, em uma evidente mudança de sinal, verifica-se o crescente recrudescimento dessas legislações punitivas, como ocorre em todos os países que adotam essa razão de governo, como se verá adiante²²⁴.

Michel Foucault, apesar de sua morte prematura, não deixou de analisar a punição no contexto neoliberal, mesmo estando essa questão presente apenas em teoria na época em que viveu – conforme se depreende do exposto acima quando se tratou do neoliberalismo. De maneira que, apesar dessa racionalidade governamental só haver se implementado, efetivamente, a partir dos anos 1980, o pensamento de Foucault sobre o neoliberalismo, como menciona Lemos (2018, p

²²³ São muitos esses princípios constitucionalizados, podendo-se mencionar, exemplificativamente, que o artigo 5º traz vários deles em seus incisos, como: “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis” (BRASIL, 2020b). Há ainda outros inúmeros princípios cuja transcrição aqui desbordaria do enfoque do trabalho.

²²⁴ A análise esquemática da evolução das normas penais que se faz neste texto é aquela necessária para a fundamentação da pesquisa principal, que busca compreender o processo de subjetivação dos profissionais do direito. Assim, não se falará detalhadamente de cada norma jurídico-penal em cada época, contudo, necessário registrar que o mencionado período de atenuação do rigor das normas penais pós-edição do Código Penal, em 1940, experimentou uma interrupção, evidentemente, nas duas décadas de regime de exceção vividos pelo Brasil durante o golpe militar-capitalista, a partir de março de 1964. De maneira que, nesse período, como registra Ligia Madeira (2020), “havendo a supremacia do Poder Executivo sobre todos os demais, com o lançamento de Atos Institucionais e controle sobre a atuação do Judiciário, não há que se falar em relações de independência. Entre as principais características, houve a suspensão de garantias constitucionais e legais, com cassação de mandatos e abertura de inquéritos; os militares tinham poder de legislar; o Judiciário ficou efetivamente sem poder, com um aumento do número de ministros do STF, garantindo o domínio do regime sobre o STF; crimes contra a segurança nacional passaram para o domínio do Tribunal Militar; o Poder judiciário perde a competência para julgar atos praticados ‘em nome da revolução’ [...]. O poder demasiado ao Executivo foi garantido pelo Ato Institucional número 5. [...] o direito penal da época também demonstra esse viés: uma atuação voltada à defesa social, com a perspectiva teórico-criminológica da periculosidade e uma tentativa, inefetiva, coordenada com as legislações e experiências internacionais, voltadas a ‘curar’, tratar, readaptar aqueles que cometessem atos criminosos.”

200) “figura como fundamental para compreender o agenciamento produzido naquele país [Estados Unidos da América] a partir da década 1980 e no Brasil a partir da década de 1990.”

Assim, Foucault (2008a, p. 311), no curso “Nascimento da biopolítica” (2008a) ministrado no Collège de France em 1979, analisando o neoliberalismo que se expandiu para a América Latina, vale dizer, estudando a racionalidade neoliberal norte-americana, mostra que aparece uma nova norma para reger a vida social; adota-se a ideia da constituição do *homo oeconomicus* como o indivíduo empresário de si mesmo; e ainda, que o funcionamento do sistema penal e da criminalidade foram vistos pelos neoliberais sob a perspectiva da “análise dos comportamentos não econômicos através de uma grade de inteligibilidade economista” (idem, p. 339). Reportando-se ao trabalho de Gary Becker, Foucault (ibidem, p. 343) mostra que, para esse economista norte-americano, toda a prática punitiva deve orientar-se por padrões econômicos²²⁵, pois, o indivíduo, enquanto *homo oeconomicus*, racional e calculista, leva em consideração as vantagens e desvantagens de cada ação que adota; o “criminoso” passa a ser visto sem qualquer atributo moral ou pessoal específico, é só mais um indivíduo que calculou o investimento no crime, suas possibilidades de lucro ou de perda.

Como menciona Foucault em outro curso, “Segurança, território, população” (2008b, p. 9),

o sistema, digamos, contemporâneo, aquele cuja problemática começou a surgir bem cedo, mas que está se organizando atualmente em tomo das novas formas de penalidade e do cálculo do custo das penalidades: são as técnicas americanas, mas também europeias que encontramos agora.

Essas questões foram abordadas antes, detalhadamente, no capítulo em que se falou a respeito da análise foucaultiana sobre a governamentalidade neoliberal, item 5.3, ao qual ora reporta-se para evitar repetição do tema. Vale ressaltar, contudo, que Foucault demonstra, já na época em que tratou dessa questão (1979), o pouco apego do pensamento criminológico neoliberal aos princípios humanitários, bem como, a inexistente preocupação com pontos ético-sociais quando, além de

²²⁵ Lembra-se que como mencionado no item 5.3, Becker afirma que “crime é toda ação que faz um indivíduo correr o risco de ser condenado a uma pena” (FOUCAULT, 2008a, p. 344).

referir à simplificação de garantias, mostra que há outro pensador do direito penal neoliberal, Ehrlich, fazendo “uma análise sobre a pena de morte, na qual ele conclui que, no fim das contas, a pena de morte é bastante útil.” (FOUCAULT, 2008a, p. 350). Em consequência da gradual implantação desse modelo, percebe Lemos (2018, p. 204), que “a normalização neoliberal acabou por refletir um neopunitivismo.”

As ideias neoliberais de aumento da efetividade e do rigor das leis penais e seus dispositivos foram aceitas por alguns teóricos penalistas dos dias atuais. Essa visão é que dá ensejo ao aparecimento de teorias como a funcionalista radical e do direito penal do inimigo, de Günther Jakobs, já mencionada neste texto e que se tratará mais detidamente adiante. Há o surgimento de outras, como a *broken window theory* (teoria da janela quebrada), também chamada de “tolerância zero; cujos mais conhecidos autores são James Wilson e George Kelling²²⁶.

E necessário falar-se, ainda, das teorias criminológicas atuariais, onde se pretende calcular os riscos da delinquência baseando-se em modelos econômicos e estatísticos; utilizando-se a pena criminal de forma prospectiva, à maneira de um controle antecipado, “para o sistemático controle de *grupos de risco* mediante *neutralização* de seus membros salientes, isto é, a *gestão* de uma permanente população *perigosa*, pelo menor preço possível.” (DIETER, 2012, p. 86) – grifos originais. A respeito dessas concepções se falará um pouco à frente, à medida que seja compatível com a finalidade deste trabalho.

Antes, porém, indispensável registrar ser possível perceber, desde logo, que, além das políticas e práticas penais que surgem a partir do pensamento neoliberal

²²⁶ Segundo Valle; Miska; Freitas (2018, p. 148) “A denominação original de ‘janelas quebradas’ foi consequência de um experimento organizado, em 1969, por Philip Zimbardo, psicólogo da Universidade de Stanford, que constou na seguinte ocorrência; dois automóveis (mesma marca, cor e modelo) foram deixados em locais distintos, um foi estacionado em um bairro de classe rica de Palo Alto, Califórnia, e outro no Bronx, Nova York, zona pobre e conflituosa (MASSON, 2018, p. 602). Após o decurso de 30 (trinta) minutos, o veículo abandonado no Bronx, foi depenado; em contrapartida, em Palo Alto, o automóvel manteve-se intacto. Todavia, após o cientista quebrar uma das janelas do veículo em Palo Alto, houve a destruição e saqueamento, horas depois, por vândalos.” Vale lembrar que com fundamento nessa teoria, a política de “tolerância zero” foi implementada especialmente em Nova York a partir de 1994, pelo então prefeito Rudolph Giuliani – o mesmo que veio a ser advogado do então presidente Donald Trump, alegando fraudes nunca demonstradas nas eleições americanas de 2020 – dirigindo políticas altamente repressivas contra os setores mais pobres da população, mais exatamente, a “teoria das janelas quebradas, guerreou com voracidade contra mendigos, vadiagem, pichadores, serviços informais nos semáforos, bêbados, pedestres imprudentes, adolescentes barulhentos e baderneiros em geral”. (Idem, p. 150). E Loïc Wacquant afirma que essa é uma teoria que foi difundida por um dos think tanks do direito penal neoliberal, o Manhattan Institute, e “jamais comprovada empiricamente, serve de álibi criminológico para a reorganização do trabalho policial [...], [para] refrear o medo das classes médias e superiores – as que votam – por meio da perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus e metrô, etc).”

direcionarem-se ao enrijecimento das políticas punitivas, do ponto de vista criminológico também há um retorno à ideia de crime como livre decisão de um indivíduo que resolveu descumprir a lei, assumindo os riscos da punição. Não se produzem questionamentos valorativos a respeito de quais os interesses motivam a criminalização de determinadas condutas (em favor de quais grupos e contra quais outros ela é realizada); ou, que fatores direcionam a atuação dos sistemas repressivos e punitivos (em termos de seletividade dos grupos e indivíduos alcançados preferencialmente pelo sistema penal), entre vários outros aspectos necessários de serem analisados.

Parece ocorrer uma ruptura com a crítica criminológica e um retorno ao pensamento da criminologia etiológico-positivista do século XIX. Como mostra Baratta (1999, p. 87), a antiga criminologia positivista é aquela que toma o crime e o comportamento criminoso como uma realidade objetiva; da mesma forma, têm por evidente que as normas e os valores sociais transgredidos pelos indivíduos que delinquem são universais, intersubjetivos, imutáveis. Nessa mesma perspectiva, expõe Nilo Batista (1999, p. 1) que a criminologia etiológico-positivista não questionava a legitimidade do sistema penal, os motivos da produção legislativa penal, nem a atuação dos órgãos encarregados de sua aplicação; cingia-se a uma explicação causal do crime e do indivíduo que o praticava. Assim, legitimava o sistema penal e era dependente, na definição de seu objeto, do direito vigente.

O pensamento criminológico neoliberal, analisado por Foucault (2008a), não parece decorrer de uma “ciência” que tenha como objetivo explicar e atuar de maneira adequada sobre as diversas determinantes que estão envolvidas no fenômeno social chamado de crime, pois, a bagagem de conhecimentos acumulada a esse respeito é bem mais complexa que tal visão simplista. Pode-se tomar como exemplo de simplificação descabida a afirmativa mencionada e criticada acima, de Becker, sobre o crime ser a “ação que faz um indivíduo correr o risco de ser condenado a uma pena” (FOUCAULT, 2008a, p. 344). A partir dessa assertiva conclui-se que não haveria, na perspectiva de Becker, nenhuma outra determinação (seja social, econômico-material, cultural, etc) para a concretização do ato legalmente definido como crime, além de uma simples opção individual, fundamentada em uma avaliação de custo-benefício (ou risco-lucro). Da mesma forma, retrocedendo aos primórdios da criminologia etiológico-positivista, acata o

teórico neoliberal a lei vigente como legítima, necessária e imparcial, pois sequer faz referência a essas questões valorativas.

Ora, essa percepção reducionista não é compatível com os estudos criminológicos existentes. Como leciona Zaffaroni (2001, p. 60), o chamado interacionismo simbólico, fundamentado na sociolinguística de George H. Mead²²⁷, já afirmava, em meados do século passado, que cada indivíduo se torna aquilo que os outros nele veem e esperam que ele seja. Assim, da mesma maneira como demonstra com maior profundidade Foucault, em “Vigiar e punir” (1999), esse pensamento criminológico lembra que a prisão cumpre, entre outras, a função de fazer com que as pessoas, consideradas criminosas, passem a desempenhar esse papel que lhes foi atribuído (na percepção foucaultiana, de delinquentes); assumem tal papel e passam a comportar-se de acordo com ele. De maneira que o sistema penal deve fazer parte, como objeto, de qualquer investigação criminológica séria. Mas isso parece ter sido esquecido nas teorias neoliberais.

Barratta (1999, p. 88) refere-se à criminologia tratada acima, o interacionismo simbólico, agregando-lhe mais alguns atributos e conferindo-lhe o nome de “teoria da reação social”; mostra revelar essa teoria que a compreensão da criminalidade passa, necessariamente, pela análise da reação do sistema punitivo em relação a certos indivíduos e determinados comportamentos. Por isso, estuda desde o que chama de criminalização primária, que consistem nas definições legais daquilo que é considerado crime, para, então, chegar até a atuação seletiva dos dispositivos de investigação, persecução e imposição de penas, fase chamada pelo criminólogo italiano de criminalização secundária. Já a criminologia do *labeling approach* (ou teoria do etiquetamento) faz, entre outros, os seguintes questionamentos: “quem é definido como desviante? Quais os efeitos dessa definição sobre o indivíduo? Quais as condições que podem levar um indivíduo a ser rotulado como desviante? E quem faz as definições” (Idem).

Finalmente, lembra-se da criminologia radical, que se orienta, como mostram Santos (2008, p. 38) e Baratta (1999, p. 156), pela aplicação do método marxista

²²⁷ George Herbert Mead nasceu no dia 27 de fevereiro de 1863, em New England, Massachusetts, cursou Filosofia em Harvard e especializou-se em psicologia fisiológica, estudando em Leipzig e Berlin. Acabou direcionando seus estudos para a área da sociologia; fez parte da Escola de Chicago e teve seus estudos lá desenvolvidos denominados de interacionismo simbólico por Herbert Blumer, seu sucessor na Universidade de Chicago. Faleceu em Chicago, em 26 de abril de 1931.

dialético-materialista na análise dos fenômenos criminais. Afastando-se da visão causa-efeito centrada no indivíduo da criminologia positivista, investiga as diversas determinantes do fenômeno criminal. Nessa análise, enxergam os criminólogos críticos o sistema punitivo como forma de controle social, que compreende dois níveis. Por um lado, trata daquilo que chamam de superestrutura social, analisando, nesse ponto, a própria atuação do Estado na formação do direito; os interesses que moldam os conceitos de crime; as ideias sociais a respeito da criminalidade, entre outros fatores. Por outro lado, a observação realizada pela criminologia radical compreende o estudo dos fatores denominados estruturais, tais como: o funcionamento econômico-material da sociedade no qual ocorrem as condutas tidas como criminosas; a complexidade dos interesses em jogo nessa sociedade; as contradições de classe; a atuação dos dispositivos de repressão e persecução penal, entre outros.

De tal maneira que o distanciamento das concepções neoliberais de crime e de criminalidade em relação a todas essas investigações já existentes e necessárias para compreender o fenômeno da criminalidade, bem estabelecidas por teorias criminológicas que surgem a partir de meados do século XX²²⁸ e se aperfeiçoam com a criminologia crítica, traz um estranhamento àquele que, se dedicando a esse estudo, com elas se depara. Encontram-se, em seus postulados, afirmações tão superficiais como aquela de Becker, já muito criticada neste texto, ou ainda a assertiva de Ehrlich, no sentido que a pena de morte pode ser “bastante útil.” (FOUCAULT, 2008a, p. 350).

Esse aparente retorno a percepções primárias e simplistas, como aquelas próprias da antiga criminologia etiológico-positivista, faz lembrar que esta era vista por Foucault como mera legitimadora do sistema penal e desprovida de qualquer utilidade real – ressalvada essa de legitimação do sistema penal. Nesse aspecto, como saber validador do sistema punitivo, a criminologia positivista seria tão utilitária

²²⁸ Embora a obra de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, *Punishment and Social Structure* (Punição e estrutura social, 2004), tenha sido editada na década de 1930 – portanto, antes da metade do século XX – ficou praticamente desconhecida até o final da década de 1960. No Brasil, especificamente, foi somente a partir da publicação da obra de Foucault, “Vigiar e punir” em 1977, que faz referência ao livro dos pensadores alemães, que este veio a ser conhecido. Afirma Neder (2004, p. 14) que “A colocação da questão carcerária como foco principal de atenção, juntamente com a militância político-ideológica que se vinha levantando contra as denominadas ‘instituições de sequestro [...]’ deu ao livro de Rusche e Kirchheimer a visibilidade merecida entre nós.”

a esse sistema que prescindiria de qualquer justificativa teórica, “ou mesmo simplesmente de ter uma coerência ou uma estrutura.” (FOUCAULT, 2011, p. 138). Parece ganhar atualidade o questionamento proposto por Foucault (idem) ao comentar a criminologia positivista, no sentido de ser “necessário procurar porque um discurso ‘científico’ se tornou tão indispensável pelo funcionamento da penalidade”. Parece que a resposta, em relação à teoria das finalidades da punição encontrada no sistema neoliberal de governo vai no mesmo sentido daquela descoberta por Foucault a respeito da relação da criminologia etiológico-positivista e o sistema punitivo liberal clássico: “a necessidade de passar a tarefa para pessoas que vão formular, sobre o crime e sobre os criminosos, um discurso que poderá justificar as medidas em questão.” (FOUCAULT, 2011, p. 138)

O discurso justificador da punição neoliberal, cujo rigor, extensão e seletividade são potencializados em relação a grupos sociais específicos, é certamente um dos fatores fundamentais para determinar a forma pela qual se dá a atuação de grande parcela dos profissionais do direito. Tal discurso impõe que não atuem mais como garantidores dos preceitos fundamentais limitadores da punição estatal e protetores das liberdades individuais, mas, ao contrário, exige que se comportem como justiceiros, encarregados de fazer recair punições, as mais duras possíveis, àqueles que tenham assumido o papel – que lhes é atribuído – de inimigos sociais ou de grupos em guerra contra a “sociedade ordeira”. Passam a ser esses juristas, mais que antes, produtores dos valores e da racionalidade neoliberal em matéria criminal, permitindo que se realize a gestão de significativas parcelas populacionais por meio da imposição de duras punições àqueles indivíduos que “assumiram o risco” de cometer atos descritos na lei como penalmente ilícitos.

Parece ficar claro que essa visão criminológica, mostrada por Foucault já em 1979, apresenta-se como um daqueles discursos constituintes do sujeito e, particularmente, constituinte do sujeito que se converte, pela investidura em cargo público respectivo, em operador do direito penal responsável pela persecução ou condenação dos indivíduos em dada sociedade. Esses discursos certamente são funcionais à manutenção de uma sociedade onde são estimulados sentimentos de competição, egoísmo, e com direitos sociais cada vez mais precários, como é a sociedade neoliberal, onde os clamores e reações sociais necessitam maior contenção e coerção. Nesse tipo de sociedade é importante para a classe dominante

que os operadores do direito não exerçam crítica, mas, ao contrário, efetuem rápida e severamente as repressões programadas pelo sistema penal.

Finalmente, em matéria de pensamento criminológico, necessário realizar alguma reflexão a respeito da acima referida – mas ainda não examinada – política criminal atuarial que é constitutiva da racionalidade neoliberal. Esse pensamento nasce nos Estados Unidos da América e se expande para grande parte do mundo, juntamente com a adoção da razão neoliberal (início da década de 1980); segue a tendência já identificada neste trabalho, no sentido de afastar-se de todo o estudo já acumulado a respeito dos fatores concorrentes no fenômeno criminalidade, e busca realizar uma gestão econômica da questão criminal²²⁹. Esse giro na criminologia não chega a surpreender, considerando que aparece em tempos de governamentalidade fundamentada na adoção da lógica das leis de mercado, assim como na utilização de estratégia de normalização biopolítica.

Mais que um regresso do pensamento criminológico, a respeito do qual teceram-se as considerações acima, há que se consignar que, na atualidade neoliberal, preconiza-se a utilização de modelos fundamentados em lógicas gerenciais e atuariais, apoiadas na utilização de dados estatísticos e perfis de risco e, a partir do manejo desses dados, traçar estratégias para buscar a previsibilidade do cometimento de crimes e a implementação de ações preventivas, dirigidos aos setores urbanos e grupos populacionais considerados mais ameaçadores.

É fácil perceber-se que a análise dessa nova forma de gerenciar a criminalidade é fundamentada em táticas biopolíticas identificadas por Michel Foucault pelo menos cinco anos antes que fossem apresentadas em estudos criminológicos²³⁰, constituindo-se em táticas aplicadas naquilo que o pensador francês denomina “sociedade de segurança”, que se caracteriza pela

²²⁹ Essa é a época que realmente se insere o pensamento penal atuarial no saber jurídico, embora já existissem precedentes desse pensamento, como mostra Dieter (2012, p. 53) na Criminologia estatística do século XIX, e “na aplicação de instrumentos atuariais no processo de avaliação para ‘parole’ nos Estados Unidos da década de [19]20.” Afirma ainda, mais à frente, que seus “primeiros passos podem ser descobertos ainda no início da década de [19]70”. (Idem, p. 79)

²³⁰ Michel Foucault lança a obra “História da sexualidade I: a vontade de saber” em 1976 onde trata da biopolítica. E mesmo antes disso, o conceito de biopolítica foi enunciado numa conferência ministrada por Foucault em 1974 na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Essa palestra foi publicada em com o nome de “O Nascimento da Medicina Social”; nela Foucault (2011, p. 80) afirma: “Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade bio-política. A medicina é uma estratégia bio-política.” E mais, na realidade, o termo “penologia atuarial”, como se verá logo adiante, somente

emergência de tecnologias de segurança no interior, seja de mecanismos que são propriamente mecanismos de controle social, como no caso da penalidade, seja dos mecanismos que têm por função modificar em algo o destino biológico da espécie. (FOUCAULT, 2008b, p. 15)

A escrita de Maurício Dieter, que traz ao conhecimento do universo acadêmico brasileiro essa teoria americana, permite perceber o acerto da constatação de Foucault, quando esclarece ser possível observar-se

a progressiva colonização das estratégias para prevenção, repressão e tratamento das consequências da criminalidade pelo gerencialismo, que operacionaliza o sistema de justiça criminal a partir da lógica atuarial com o fim de neutralizar preventivamente indivíduos perfilados como reincidentes crônicos. [...] Instrumentalizada pela retórica do risco, este movimento pode ser identificado como parte de um processo mais geral e bastante conhecido de racionalização do mundo da vida, que foi operacionalizado pela técnica-contábil e consagrado por sua utilidade na securitização da propriedade privada, favorecendo a acumulação de capital. Invadindo o campo das políticas públicas para facilitar o controle biopolítico da população e promovido pelo ideal de eficiência [...]. Acompanhou, contudo, o recrudescimento do sistema penal americano, vinculando-se à proposta de incapacitação seletiva que surgiu em base ao descrédito nas funções clássicas da pena, especialmente nos caros programas de ressocialização. Graças ao suporte de novas teorias criminológicas – que ressuscitaram a etiologia-individual para conveniente redescoberta das classes perigosas – os prognósticos de risco passaram a disciplinar todos os setores da criminalização secundária, do cotidiano dos presos à inocuização dos predadores sexuais, da definição da imputabilidade à restrição da discricionariedade da polícia, órgãos de acusação e judiciário. Em análise crítica, contudo, a óbvia desumanidade deste sistema é facilmente denunciada, aproximando-se das piores experiências jurídico-penais da história da civilização ocidental. [...] a pesquisa de sua legitimidade material encontra na reorganização do modo de produção da vida material nos Estados Capitalistas ocidentais durante o período de crise a explicação de sua existência e desenvolvimento, coerente com a necessidade de controle social do inevitável excedente de mão-de-obra determinado pelo pós-fordismo.

é apresentado, nesses termos, em 1992, portanto quase vinte anos depois de Foucault falar em biopolítica.

Dessa maneira, a política criminal atuarial adere a uma forma gerencial em relação ao sistema punitivo, em atenção à razão neoliberal que preconiza ou, mais que isso, normaliza a necessidade de eficiência estatal. Estabelecem-se metas de produtividade (no sentido de prevenção de ocorrências e punições de criminosos); de economia no desempenho das funções punitivas (corte de custos); e de especialização de atividades (com a criação, por exemplo, de forças-tarefas, delegacias de polícia, setores do Ministério Público e Varas Judiciais especializadas, instituições que em muitos casos atuam de maneira combinada).

Identifica David Garland (2008, p. 369) que surge toda uma nova rede de dispositivos de segurança, “uma forma bem diferente de gerir o crime e os criminosos [...]”. Ele consiste principalmente em redes de práticas coordenadas”; essa rede seria composta de autoridades locais, grupos de trabalho, comitês de ação; com objetivo de reunir as atividades, direcionando-as para a redução do crime. Percebe mais, Garland (idem, p. 370) que há o surgimento de um verdadeiro “terceiro setor” no “combate” ao crime, com parcerias público-privadas, mecanismos de policiamento comunitário e rotinas de trabalho multiagência; entende que os dispositivos de segurança agora se estendem para além do Estado²³¹. Conclui que

dois séculos depois de Patrick Colquhoun, e no fim de um período durante o qual a função de controle do crime ficou concentrada nas diferentes camadas das burocracias estatais, monopolizada por autoridades estatais, um movimento discreto, porém significativo no sentido da pulverização agora se iniciou. (GARLAND, 2008, p. 370)

Agrega-se a isso, como mostra Dieter (2012, p. 7) o discurso da presença do risco e da necessidade de diminuí-lo, que é veiculado pela mídia de massas (como se mostrou acima), como forma de legitimação do aparelho punitivo.

²³¹ Embora Garland esteja referindo-se à realidade norte-americana e inglesa em sua obra, podem ser lembrados como modelos de privatização da segurança, no Brasil, entre outros exemplos, as patrulhas realizadas por agentes de segurança, muitos deles armados, de empresas privadas que cuidam de bairros, condomínios; etc; as seguranças, também privadas, realizadas em instituições bancárias, estabelecimentos comerciais, locais de entretenimento, etc (e cujos agentes frequentemente abusam da violência, como diversos e recentes exemplos em redes de supermercados, ocasiões em que tais agentes de segurança privada agiram infligindo torturas e causando lesões a até a morte de supostos suspeitos). Também ilustram essa incursão do setor privado na segurança pública as empresas encarregadas de fiscalizar as vias públicas em relação a circulação de veículos; as fiscalizações realizadas por dispositivos eletrônicos nos mais diversos locais, cuja maioria é operada pela iniciativa privada. Vale finalmente as administrações privadas de alguns estabelecimentos prisionais.

Todo esse pensamento criminológico e penal que emerge juntamente com o neoliberalismo, parece ser a concretização mais bem acabada da sociedade de segurança descrita por Foucault (2008b, pp. 14 e seguintes), quando ele diz que elas são uma combinação dos novos mecanismos de segurança com os antigos sistemas de dominação jurídico-legal e disciplinar; portanto, desenvolvem-se e aplicam-se novas táticas de dominação por meio de gerenciamento, previsões, separações, otimizações de resultados, sem abandonar as velhas técnicas.

É possível observar-se, assim, o efeito corrosivo das políticas neoliberais (que são concentradoras de privilégio para o exercício do poder e de alta renda nas mãos de poucos), não apenas na desintegração das garantias sociais, mas também, no recrudescimento, sofisticação e expansão da punição. Como mencionado no item em que se tratou especificamente do neoliberalismo, os detentores de enormes riquezas não têm nenhum compromisso com o bem comum, mas, tão somente, com a manutenção de suas posições estrategicamente privilegiadas.

Registra-se, ainda, que o termo justiça atuarial foi introduzido por Malcolm Feeley e Jonathan Simon, no trabalho de 1992 intitulado *The New Penology: notes on the emerging Strategy of corrections and its implications*. Observam Feeley; Simon (2020, p. 449) que, as práticas criminológicas passaram por perceptíveis mudanças nas décadas de 1970 e 1980, adquirindo um caráter mais conservador, apresentando, entre outras características, a de se apresentarem mais duras com os que praticam crimes; afirmam os estudiosos mencionados que, por falta de termo melhor, chamam isso de nova penologia²³².

Seguem expondo que percebem a realização de ações, ideias, processos, etc, que, como os elementos estruturais em um edifício, se unem e criam um padrão de relações de força, que “cada vez mais molda a forma como o poder de punir é exercido. A noção de Foucault (1978: 94) de que o poder é ao mesmo tempo ‘intencional e não subjetivo’ [...] fornece uma ferramenta metodológica útil aqui”²³³.

²³² No original: “we call (for lack of a more descriptive term) the new penology.” (Feeley; Simon, 2020, p. 449)

²³³ Livre tradução do autor do original: “increasingly shapes the way the power to punish is exercised. Foucault's (1978:94) notion that power is both ‘intentional and nonsubjective’ [...] provides a useful methodological tool here.” – a referência do excerto à Foucault refere-se a: Michel Foucault, 1978 *The History of Sexuality*. Vol. I, *An Introduction*. New York: Random House.

Segundo os autores, a configuração geral criada por estratégias múltiplas seria, ela mesma, "estratégica", ainda que sem ser deliberada. Explicam que essa criminologia, ou penologia, como chamam, "afasta o foco das preocupações tradicionais do direito penal e da criminologia, que se concentraram no indivíduo"²³⁴ e as redireciona para considerações atuariais. Anotam que os discursos de probabilidade e de risco cada vez mais substituem os discursos anteriores de retribuição e, ainda, que as novas técnicas cada vez mais pretendem que se atue sobre "agregados", no sentido de grupos ou segmentos populacionais, e não apenas sobre indivíduos. (FEELEY; SIMON, 2020, p. 450). Afirmam, textualmente, que: "Uma característica central do novo discurso é a substituição de uma descrição moral ou clínica do indivíduo por uma linguagem atuarial de cálculos probabilísticos e distribuições estatísticas aplicadas às populações."²³⁵ (Idem, p. 452)

Parece apropriado os acima mencionados Feeley e Simon referirem-se a esse discurso como uma penologia, pois, efetivamente, não se parece em nada com a criminologia, nem mesmo com a pioneira criminologia etiológico-positivista e, muito menos, com as criminologias mais críticas. Isso porque, enquanto a criminologia sempre se preocupou em encontrar os fatores que determinam o crime e as formas de criminalização, a concepção atuarial simplesmente, num claro emprego de instrumentos do biopoder, se utiliza de estatística relacionada aos fatores de risco da criminalidade, calcula probabilidades, custos e dirige-se a grupos populacionais, colocando-se de maneira totalmente insensível às características particulares de cada ser humano, de cada indivíduo, exatamente como já explicou Foucault (2008b, pp. 7-8) ao exemplificar a forma de atuação do sistema criminal em uma sociedade biopolítica.

Como menciona Dieter (2012, pp. 10-11), sob a ótica de uma

economia vulgar, desiste-se de buscar uma solução para a questão criminal. Logo, se não é possível mais do que gerenciar o problema, nenhum esforço teórico se justifica para tentar compreender as

²³⁴ Tradução do original: "shifts focus away from the traditional concerns of the criminal law and criminology, which have focused on the individual" (2020, p. 449).

²³⁵ Do original: "A central feature of the new discourse is the replacement of a moral or clinical description of the individual with an actuarial language of probabilistic calculations and statistical distributions applied to populations."

causas do crime – na linha das teorias etiológicas – ou as raízes dos processos de criminalização – conforme a teoria crítica – devendo prevalecer o puro pragmatismo ao estilo “what works?”. [...] os filósofos saem de cena para que os técnicos possam gerenciá-lo de modo eficiente, decidindo suas ações conforme o cálculo atuarial das utilidades desejadas.

Percebe-se, dessa forma, que a criminologia, ou para empregar o termo de Feleey e Simon, a penologia, surgida a partir da implementação da racionalidade neoliberal de governo e da adoção das táticas biopolíticas, eleva o patamar de punibilidade, direcionando-o, já de maneira preventiva, em relação àqueles grupos que pretende gerenciar, regular e separar do restante da sociedade. Esse novo discurso criminológico cria uma também nova normalização, refletindo-se nas práticas dos operadores do direito, que são por ela constituídos.

Para abranger mais completamente a rede discursiva produtora de verdade e constituinte do jurista com atuação na área penal em tempos neoliberais e de sociedade prevalentemente de segurança, parece indispensável alguma reflexão sobre os discursos efetivamente direcionados à técnica punitiva, vale dizer, aqueles discursos chamados no meio jurídico de “dogmática” penal. Dessa forma, além do que se tratou sobre o saber criminológico, se fará um exame esquemático sobre tais saberes ditos “dogmáticos”, pois, enquanto a criminologia realiza um estudo teórico dos fatores envolvidos no fenômeno criminoso e pode definir direcionamentos para a política criminal²³⁶, a “dogmática” é aquele segmento do saber que orienta a prática punitiva.

Nesse sentido, cabe observar que, com a acima tratada introdução no pensamento criminológico de ponderações a respeito de estatísticas, probabilidades, fatores de risco, metas de produtividade, eficiência nos resultados, entre outras já tratadas, essa racionalidade se reflete também nas práticas dos operadores do direito. Se os princípios iluministas e contratualistas já permitiam uma atuação bastante direcionada à proteção dos interesses burgueses, a lógica atuarial se

²³⁶Registra-se que, a criminologia realiza os estudos teóricos do fenômeno criminalidade; a política criminal direciona as normatizações penais; e, a dogmática informa as práticas punitivas. Nas palavras de Pierangeli e Zaffaroni (2010, p. 118), “a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores já eleitos.” – Grifo original.

instala de maneira sobreposta a esses saberes, reduzindo e subordinando os aspectos desses antigos discursos, naquilo que eles apresentavam de limitadores da atuação do sistema punitivo e de garantidores dos direitos dos indivíduos. O comprometimento dos princípios limitadores da punição que se verifica com a introdução da lógica atuarial, própria de mecanismos de segurança, vai ao ponto de permitir, ou mais que isso, induzir a prática do poder punitivo com a negação de normas jurídicas positivadas que possam criar obstáculos a uma desejada “eficiência” punitiva.

Esse novo regime de verdade surgido na governamentalidade neoliberal certamente é mais um – e de muita relevância – entre outros efeitos da racionalidade que informa práticas como aquelas já comentadas no item que tratou do contradireito penal, na primeira parte deste trabalho; práticas por meio das quais alguns profissionais do direito penal simplesmente negam efetividade a normas garantidoras e limitadoras vigentes no ordenamento jurídico nacional. Importante lembrar que esses profissionais, quando não se adequam a essa veridicção presente, sofrem as consequências das sanções disciplinares, estas, consideradas em sua forma ampla (profissionais e sociais), na forma demonstrada por Foucault e largamente trabalhada ao longo deste texto. Como constata Zaffaroni (2000, p. 17) neste mundo neoliberal, cada profissional ou cada “personagem, por poderoso que se acredite ou pareça sê-lo, surge como um microchip descartável em um enorme engenho eletrônico: *não pode deixar de fazer o que faz sob pena de imediata substituição.*”²³⁷ – Grifo original.

De maneira que aqueles profissionais do direito penal que não se submetem aos postulados da penologia atuarial, que não permitem a essa verdade, atualmente vigente, informar suas condutas, serão considerados, pelo público, por seus pares e por suas próprias instituições, como incapazes de atingir metas punitivas desejadas, bem como, de atender às postulações sociais por segurança pública – essas que são sempre estimuladas pela mídia de massas.

²³⁷ Livre tradução do original: “Cada personaje, por poderoso que se crea o manifieste serlo, aparece como un microchip descartable en un enorme ingenio electrónico: *no puede dejar de hacer lo que hace, so pena de inmediato reemplazo.*”

Necessário, agora, ilustrar-se o afirmado com referência aos pensamentos chamados “dogmáticos penais” produzidos por essa lógica; vale dizer, discursos de saber penal orientado por ideias de combate ao inimigo, de neutralização de riscos, etc, que tem como finalidade produzir uma suposta maior taxa de segurança pública, ou de otimizar a segurança. Essas são teorias penais, portanto, desvinculadas de finalidades de justiça, ou de garantia aos indivíduos submetidos ao poder punitivo estatal, bem como, sem compromisso com a limitação à atuação punitiva do Estado. Para tanto, comenta-se, exemplificativamente, a anteriormente já referida teoria do “direito penal do inimigo”. Esse pensamento penal é trazido à análise vez que, embora não expresse diretamente os postulados da penologia atuarial, contendo ancoragem filosófica em um pensamento sistêmico, e sendo, também, apoiado em uma base contratualista, identifica-se com as finalidades neoliberais, no sentido de neutralização de inimigos, à custa de supressão de garantias construídas ao longo do desenvolvimento do discurso penal iluminista.

Criação teórica do alemão Günter Jakobs, o “direito penal do inimigo” funda-se no pensamento do funcionalismo sistêmico²³⁸; sustenta o penalista germânico ter o direito penal como missão principal o reforço das expectativas normativas, que seriam fundamentais à manutenção da vida em sociedade. Afasta-se essa teoria, assim, das tradicionais justificativas para a punição, no sentido que elas ocorreriam para a tutela de bens jurídicos, tais como a proteção da vida, da integridade física, do patrimônio, etc. Diz-se funcionalista porque, ao analisar as prestações do direito penal, Jakobs (2003, p. 3) afirma que o funcionalismo jurídico-penal entende serem “funções as prestações que – sozinhas ou junto com outras – mantém um sistema”²³⁹. Mais adiante, esclarece o jurista germânico que o “funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o direito penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade.” (Idem)

Por essa perspectiva de Jakobs, com a transgressão da norma penal ocorreria uma contradição às suas disposições normativas, gerando frustração na

²³⁸ Diz Jakobs (2003, p. 1) textualmente que: “A exposição mais esclarecedora da diferenciação entre sistemas sociais e psíquicos, que tem consequências para o sistema jurídico [...] encontra-se atualmente na teoria dos sistemas de Luhmann.” (Idem, p. 2)

²³⁹ Para essa assertiva, Jakobs (2001, p. 1, nota 5) embasa-se no pensamento de Luhmann, expresso na obra *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. II, 1972.

sociedade; e, então, o direito penal precisaria agir, punindo o transgressor, para restabelecer a segurança jurídica, reafirmando a vigência da norma e assegurando aos indivíduos que suas expectativas de manutenção da lei e da ordem não seriam novamente burladas, conseqüentemente, mantendo a coesão social. Aduz Jakobs (2003, p. 4) que “A prestação que realiza o direito penal consiste em contradizer por sua vez a contradição das normas determinantes da identidade social.” A pena significaria, assim, uma “autocomprovação” da lei penal.

Aplica-se, portanto, uma sanção, como forma de reafirmar a expectativa de cumprimento da lei que foi frustrada, negando-se que o fato praticado seja correto e se reafirmando como certo o comportamento determinado pela norma jurídica. Conforme esse entendimento a pena desempenha, portanto, o papel responsável pela revalidação de vigência da norma. As questões empíricas de justiça, prevenção, tutela de bens seriam secundárias, o significado fundamental do direito penal aplicado seria esse: a confirmação da norma.

Com a aplicação radical dessa teoria, Jakobs vem a falar de um direito penal de dois polos, ou de duas tendências, um dirigido ao cidadão, em relação ao qual reconheceria garantias e que apenas reagiria para confirmar as expectativas normativas da sociedade; e outro, o direito penal do inimigo, dirigido aos “inimigos sociais”, delinquentes contumazes, perigosos, contra quem se deve travar uma guerra de caráter preventivo. Nesse caso, afirma Jakobs (2007, p. 35) que se trata de eliminar um perigo; a pena visa a segurança relacionada a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos. Para fundamentar essa sua teoria, afirma o jurista que

Para Rousseau e Fichte, todo delinquente é, de per si, um inimigo; para Hobbes, ao menos o réu de alta traição assim o é. Kant, quem fez uso do modelo contratual como ideia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, situa o problema na passagem do estado de natureza (fictício) ao estado estatal. Na construção de Kant, toda pessoa está autorizada a obrigar a qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã. [...] Conseqüentemente, quem não participa na vida em um “estado comunitário-legal”, deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser “tratado” como anota expressamente Kant, “como um inimigo”. Como acaba de citar-se, na posição de Kant não se trata como pessoa quem “me ameaça... constantemente”, quem não se deixa obrigar a entrar em um estado

cidadão. De maneira similar, Hobbes despersonaliza o réu de alta traição: pois também este nega, por princípio, a constituição existente. Por conseguinte, Hobbes e Kant conhecem um Direito penal do cidadão - contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio - e um Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o status de pessoa. O Direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito penal do inimigo é Direito em "outro sentido". Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. (JAKOBS, 2007, p. 29)

Assim, separando a sociedade entre cidadão e inimigos, ou pessoas e não-pessoas, Jakobs (2006, p. 49) conclui que estes últimos devem ser combatidos: “Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança”. Afirma ainda, que o inimigo deve ser excluído, os perigosos neutralizados. Finalmente, assevera que esses dois modos de compreender o direito penal devem se repetir no processo penal, atribuindo direitos e garantias aos cidadãos e impondo medidas preventivas restritivas aos inimigos.

Percebe-se bem as raízes contratualistas²⁴⁰ a orientar o pensamento de Jakobs; da mesma forma, as noções de inimigo social e de guerra ao grupo diferente²⁴¹ se fazem claramente presentes nas noções desse “direito penal do inimigo” de Jakobs. A teoria do jurista alemão surge de maneira muito oportuna na sociedade neoliberal, contrapondo-se, em relação às chamadas não-pessoas ou inimigos, a todo o discurso de garantias e limitações construídos – ainda que de forma muito mais retórica que prática – nos últimos dois séculos.

Trata-se de um discurso de saber punitivo que se amolda com perfeição àquilo que se chamou de contradireito penal, na primeira parte²⁴². Expõe tal teoria, em forma de saber “científico”, exatamente aquilo que a racionalidade neoliberal procura para orientar sua prática punitiva, legitimando-a. Permite maior rigor punitivo e melhor repressão, inclusive de maneira preventiva, às reações que eventualmente venham a manifestar aqueles segmentos populacionais atingidos pelas políticas

²⁴⁰ Como tratadas no capítulo quatro, itens 4.1 e 4.2 dessa segunda parte do trabalho.

²⁴¹ Identificadas por Foucault e tradas, aqui, no segundo capítulo.

²⁴² O contradireito penal foi objeto de análise na primeira parte, capítulo três, item 3.3.

econômicas de empobrecimento das massas e de concentração de fortunas nas mãos de grupos privilegiados muito restritos. Com a desconsideração de garantias e limitações em relação às chamadas não-pessoas, o direito penal do inimigo permite atingir a eficiência punitiva e a prevenção pretendidas pela penologia atuarial.

Nesse contexto, não é difícil perceber-se que em países que não estão inseridos no capitalismo central, como é o caso do Brasil, os segmentos a serem tratados como inimigos, como não-pessoas, sendo preventivamente objeto de “guerra contra o crime” e outras políticas de segurança preventiva, são aqueles aos quais, mais de uma vez, referiu-se aqui como principais alvos do sistema punitivo: pobres; moradores de periferias dos centros urbanos; componentes de grupos étnicos discriminados; migrantes de regiões pobres; minorias sociais, entre outros setores socialmente frágeis. A prática de tratamento desses grupos sob a forma de “inimigos sociais” está muito presente na aplicação da lei penal, no interior do processo penal, na forma efetuada pelos operadores do direito assujeitados pelas técnicas de constituição de sujeitos tratadas neste trabalho.

Teorias como essa surgem, ainda, como resposta à necessidade de manutenção do modelo prisão, mesmo constatado seu fracasso para atingir seus fins declarados. A partir das análises realizadas e as conclusões a que chega Foucault em “Vigiar e punir” (1999), é fácil constatar que a prisão nunca cumpriu, nos dois séculos que vem se mantendo como forma central de castigo, aqueles fins prometidos, como a ressocialização ou a prevenção de crimes. Não é diferente a percepção de Robert Martinson (2020); após analisar detidamente todos os modelos de medidas empregadas com a finalidade de ressocializar criminosos e evitar a reincidência, conclui que nada funciona adequadamente. Afirma Martinson (2020, p. 25):

Com poucas e isoladas exceções, os esforços de reabilitação relatados até agora não tiveram efeito considerável sobre a reincidência. Estudos que foram feitos desde que nossa pesquisa foi concluída não apresentam fundamentos importantes para alterar essa conclusão original”.²⁴³

²⁴³ Livre tradução de: “With few and isolated exceptions, the rehabilitative efforts that have been reported so far have had no appreciable effect on recidivism. Studies that have been done since our survey was completed do not present any major grounds for altering that original conclusion”.

Martinson ficou célebre em todo o mundo como o autor da afirmação que “nada funciona” (nothing works). Conclui seu famoso artigo de 1974, *What works? Questions and answers about prison reform*, onde faz essa assertiva sobre nada funcionar, propondo a substituição da prisão por qualquer outra coisa mais eficiente, afirmando que, com amplos estudos, “estaremos em uma posição melhor do que estamos agora para julgar até que ponto a prisão se tornou um anacronismo e pode ser substituída por meios mais eficazes de controle social.”²⁴⁴ (MARTINSON, 2020, p. 50)

Todas essas constatações, desde a criminologia crítica, passando por Foucault e Martinson, geram uma crise para a manutenção da pena de encarceramento, considerada cara e inútil. Mas a sociedade burguesa não pode renunciar à instituição central no adestramento da sociedade; o capitalismo não pode prescindir, especialmente em sua forma de racionalidade governamental neoliberal, dessa maquinaria, centrada na prisão, de produção de corpos adestrados, produtivos, úteis, e portadores de almas neles fabricadas, portanto, obedientes e dóceis. Também as demais funções prisionais, como aquela justificadora das disciplinas em toda a sociedade; a produção de delinquentes, entre outras, precisam ser mantidas para que a pequena parcela que exerce o poder em posição estratégica continue a controlar privilegiadamente as táticas uteis para si.

A constatação de Martinson de que nada funciona e que se tornou famosa, aumentando o descrédito da população na prisão e fomentando maiores questionamentos nas academias, trazia o risco de levar à produção de um saber que afastasse a centralidade da prisão. Wacquant (2001, p. 81) mostra que “alguns chegavam a anunciar com audácia o crepúsculo da instituição carcerária”²⁴⁵. Mas como o saber sempre está articulado, em uma relação de interdependência, com o exercício do poder, a sociedade neoliberal produziu os saberes, em parte tratados neste item, que permitiram a manutenção da prisão em funcionamento, a despeito de sua ineficiência em atingir suas finalidades declaradas.

²⁴⁴ Tradução de: “we will be in a better position than we are now to judge to what degree the prison has become an anachronism and can be replaced by more effective means of social control.

²⁴⁵ Comentando essa questão, refere-se Wacquant (2001, p. 163) a um livro que bem indicava o humor dos especialistas penais, *A Nation Without Prisons* (Uma nação sem prisões), publicado pela Lexington Books, em 1975.

Apenas substituíram-se os discursos iluministas de reabilitação, recuperação do indivíduo desviante, ressocialização do cidadão, reparação social, pelos discursos utilitaristas, que foram gestados desde o contratualismo e liberalismo clássico. Wacquant (1999, p. 45) demonstra existir um discurso claro a sustentar que

a missão prioritária da prisão é punir e não reabilitar: sendo uma sociedade composta de duas espécies distintas de indivíduos, os cidadãos honestos (the innocent) e a gente má (the wicked), o encarceramento deve servir antes de tudo para proteger os primeiros dos segundos, prendendo estes últimos entre quatro paredes o maior tempo possível.

Com a mesma percepção, Dieter (2012, p. 86) mostra que o discurso para a manutenção da pena de prisão desiste de seu ideário supostamente humanista e cinge-se à tarefa de “conter e destruir os muito indóceis e inúteis, subtraindo-os da vida livre em sociedade pelo maior tempo possível.” Retomam-se e reforçam-se, assim, as postulações de eliminação do inimigo social e das não-pessoas; de neutralização de grupos perigosos e de guerra ao crime. Estas justificações passaram a funcionar de maneira potencializada pelas ferramentas biopolíticas, como estatísticas de grupos perigosos e a probabilidade de suas atuações criminosas; necessidade de segurança e políticas securitárias de prevenção possíveis de serem adotadas, tais como a neutralização e/ou eliminação preventiva desses grupos.

Todos esses saberes punitivos somente poderiam trazer como resultado, em sua articulação com o exercício efetivo do poder de castigar e por meio da verdade que produzem, um panorama de enorme crueldade nessas práticas. Foi exatamente o que ocorreu, as práticas punitivas, como se mencionou no início deste item e se tratará no próximo, atingiu níveis de dureza nunca vistos antes durante a época da punição moderna. Rigidez e severidade essas preferencialmente direcionada, como sempre, às classes socialmente mais frágeis.

6.5 GOVERNAMENTALIDADE NEOLIBERAL E AS PRÁTICAS PUNITIVAS LEGALIZADAS

As questões tratadas no item acima eram indícios extraídos dos discursos de saber e que demonstravam o quanto poderia perder o sistema penal de garantias com a implementação, em suas práticas, da racionalidade neoliberal de governo e as técnicas biopolíticas de exercício do poder. O que acabou se mostrando em relação às práticas punitivas, com a paulatina implementação dessa racionalidade na maior parte dos países do mundo capitalista, foi muito mais cruel do que se poderia imaginar. A devastação das garantias dos trabalhadores, a corrosão dos salários, a precarização das formas de trabalho, o aumento da pobreza, a concentração de riquezas, o individualismo, a competição desmedida entre os indivíduos dessas sociedades, a permanente sensação de medo e insegurança, enfim, a razão de mundo neoliberal trouxe, também, como mais uma consequência nefasta, um extraordinário e, até então, inconcebível recrudescimento da vigilância, da repressão e das punições na modernidade.

A nova normalização do sistema punitivo legalizado age agora com a finalidade de, como constata Wacquant (2001, p. 18) “criminalizar a miséria – e, por esse viés, normatizar o trabalho assalariado precário”; ou talvez seja ainda pior que isso, como vê Zaffaroni. Afirma o pensador argentino que, pelo regime de verdade anteriormente vigente em nossas sociedades, havia uma intenção do poder punitivo em homogeneizar as pessoas, docilizá-las, mas não de excluí-las. Também Foucault²⁴⁶ não utiliza muito o conceito de exclusão para referir-se à atuação do sistema punitivo sobre a parcela mais fragilizada da sociedade e os efeitos da prisão. Contudo, para Zaffaroni (2000, p.15), em tempos de racionalidade neoliberal, a

²⁴⁶ Foucault, contudo, algumas vezes trabalha com a ideia de exclusão, especialmente quando fala da prisão (1999, p. 226), ao afirmar que entre seus efeitos estão os de “riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, *de excluir uma parte*, de tornar útil outra, *de neutralizar estes*, de tirar proveito daqueles [...] – Grifo não original. Contudo, na primeira aula de seu curso *La société punitive*, no *Collège de France*, no dia 3 de janeiro de 1973, Foucault (2015, p. 5) afirma ser o conceito de exclusão insuficiente para analisar as várias estratégias e táticas de poder que estão por trás da própria exclusão. Contudo, se esse conceito parece mesmo ser, como menciona Foucault, insuficiente para realizar a análise do poder, parece bastante adequado para demonstrar a atual situação, referida por Zaffaroni, na qual se encontram os inservíveis à sociedade neoliberal, por não apresentarem potencial, seja para serem explorados como trabalhadores, seja por não possuírem capacidade para consumir.

anterior relação “explorador-explorado” foi substituída por uma “não relação incluído-excluído”. Nesse novo modelo percebe-se que, se o explorado era necessário, o excluído não o é; na verdade, o excluído figura como uma sobra, “sua existência mesma é desnecessária e incomoda, é um *descartável* social.”²⁴⁷ – Grifo original.

Como consequência dessa nova normalização punitiva, há uma explosão de encarceramentos como nunca visto antes em sociedades democráticas, mostrando Wacquant (2001, p. 80) que, mesmo em um período em que a criminalidade se mantinha em um nível constante, a população carcerária norte-americana quadriplica em duas décadas. No Brasil o fenômeno foi ainda mais dramático, como mencionou-se na primeira parte deste trabalho, a população carcerária multiplicou-se por cinco em vinte anos, conforme dados do INFOPEN (2017, p. 9)²⁴⁸.

Essa situação dramática decorre, sem dúvida, de um endurecimento da atuação de toda a maquinaria repressiva e punitiva do Estado, iniciando-se, como demonstrado neste capítulo, pela normalização da população no sentido de temer a violência urbana e exigir a eliminação do criminoso. Passa, em seguida, pela atuação seletiva dos órgãos administrativos do sistema penal que, ao incorporar e responder a essa nova norma, efetuam inúmeras prisões de indivíduos autores de pequenos ilícitos, que representam uma produção quase nula em termos de danos. Essas prisões, contudo, só se mantêm por meio de sua legitimação formal, quando da aplicação das punições legalizadas pelos juristas penais; isso é feito de maneira rígida e ampla contra as parcelas carentes e fragilizadas da população, que leva ao estado de coisas ilustrado no parágrafo acima.

Essa realidade já foi constatada por este autor, em obra publicada, quando, referindo-se especialmente aos Promotores de Justiça e Juízes de Direito com competência criminal, observa que esses, que deveriam

ter uma postura imparcial e buscar a efetiva justiça, não têm como fugir - senão com uma aguçada crítica e com uma clara visão da realidade - da imagem de trágica situação de criminalidade que aflige a sociedade e que só pode ser resolvida com o direito e o processo

²⁴⁷ Livre tradução de: “su existencia misma es innecesaria y molesta, es un *descartable* social.”

²⁴⁸ Segundo informativo do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias divulgado pelo Ministério da Justiça (BRASIL, 2017, p. 9) em junho de 2017 (último informativo disponível), a população carcerária do Brasil, que era de 148,8 mil em 1995, atingiu a marca de 726,7 mil presos, estimando-se que esse número atualmente esteja ao redor de 800 mil encarcerados.

penal, imagem essa que perpassa toda a sociedade. [...] Assim, não é incomum observarem-se Promotores de Justiça em busca de estrita aplicação da lei penal a pequenos crimes que, se bem observados, sequer têm uma danosidade efetiva, sequer afetam realmente algum bem jurídico. [...] estão preocupados em obter uma condenação a todo custo e, com isso, “proteger e dar exemplo para a sociedade”; fazer com que “os maus” sejam punidos. Por outro lado, é fácil encontrarmos juízes agindo de maneira inquisitiva, determinando produção de provas para acusação, contrariando pedidos fundamentados de absolvição, por vezes, inclusive, os expressos pelo Ministério Público, legítimo representante da sociedade e responsável pela persecução penal em juízo em nosso Estado Democrático de Direito (ao menos formalmente podemos qualificar assim o Brasil). [...] tais operadores jurídicos [...] imaginam necessária e benéfica essa atuação, em prol de uma sociedade mais segura, ordeira e justa. De outro modo, como aceitar as condenações por crimes que podem ser facilmente conceituados como de “bagatela”; como entender a inércia da Justiça (e de seus operadores) diante da caótica situação dos estabelecimentos prisionais, que não se ajustam aos mais comezinhos princípios legais, ferindo mesmo toda a legislação infraconstitucional, a Constituição e os Pactos Internacionais dos quais o Brasil é signatário; como admitir a aplicação de leis que se divorciam totalmente do conteúdo progressista e humanitário da Constituição Federal; como entender a busca da interpretação dessa Constituição a partir dos Códigos, quando o correto seria o contrário? (COUTO NETO, 2009, pp. 107-108)

O direcionamento dessa nova normalização punitiva a condutas de baixa lesividade social e aos setores mais carentes da população já foi identificado por Wacquant (2001, p. 83), ao afirmar que o “assombroso crescimento do número de presos” pode ser debitado “em três quartos, pelo encarceramento dos pequenos delinquentes e, particularmente, dos toxicômanos”; aduz, ainda, que ao contrário do que é propagado pela mídia de massas as prisões não estão cheias de delinquentes perigosos e violentos mas, na verdade, estão lotadas de pequenos entregadores de drogas, indivíduos que cometeram pequenos furtos ou roubos, enfim, indivíduos “em geral oriundos das parcelas precarizadas da classe trabalhadora e, sobretudo, das famílias do subproletariado de cor.” (Idem)

Nessa mesma perspectiva vai a constatação de Luiz Flávio GOMES (1995, p. 78) ao dizer que a política-criminal e a prática punitiva desde a década de 1990, “caracteriza-se inequivocamente pela tendência ‘paleorrepressiva’. Suas notas

marcantes são: endurecimento das penas, corte de direitos e garantias fundamentais, tipificações novas e agravamento da execução penal.” Diz mais o jurista que ninguém pode ignorar que as modificações mais acentuadas “das nossas últimas reformas penais, [foram] emocionalmente inspiradas no movimento ‘Law and Order’.” (Idem)

O país do qual provém as ideias neoliberais implantadas no Brasil tem vários exemplos da crueldade penal que lota os cárceres. Dieter (2012, p. 90) mostra que em 1994 passou a vigorar na Califórnia, uma lei que fazia referência à regra esportiva do beisebol a “Three strikes”²⁴⁹, estabelecendo, basicamente, que indivíduos com condenação anterior por crimes mais graves devem ter como pena mínima o dobro do previsto para o tipo legal; mais ainda, qualquer pessoa com duas ou mais condenações por crimes da mesma natureza, deve ter a pena de um novo crime multiplicada por três, entre o mínimo de 25 (vinte e cinco) anos e a prisão perpétua e, tudo isso, sem direito a qualquer benefício. Esclarece Dieter (idem) que leis permitindo ou obrigando o “isolamento prolongado ou permanente de delinquentes habituais faziam-se presentes em 44 (quarenta e quatro) dos 50 (cinquenta) estados”. Ainda antes do início do século XXI mais três 3 (três) Estados norte-americanos adotaram o mesmo tipo de legislação. Com algumas particularidades em cada Estado, esse tipo de legislação impõe prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional para criminosos após a segunda, terceira ou quarta condenação.

Mas as práticas penais neoliberais são ainda piores do que o mostrado no parágrafo acima. Wacquant (2019, p. 47) esclarece que o Estado da Califórnia votou mais de mil leis repressivas em um período de quinze anos. Zaffaroni (2019, p. 62) também comentando a regra dos *three strikes*, demonstra ser possível a imposição da prisão perpétua “a quem tenha cometido três ou mais delitos (*three strikes out*), ou seja, restabeleceu-se o desterro definitivo dos *indesejáveis ou inimigos*”; e o mais nefasto, demonstra o professor argentino que a pena de morte, afastada pela Corte Suprema americana em 1972, foi reinserida nas sanções aplicadas nos Estados Unidos por juízes republicanos nomeados pelo presidente Nixon, sendo esse o único

²⁴⁹ Wacquant (1999, p. 47) informa que essa expressão surge a partir de um conluio político-midiático em prol de leis mais repressivas, sendo “vendida ao eleitorado graças à expressão do beisebol, ‘Three Strikes and You’re Out’”.

país das Américas e da Europa que “aplicam profusamente a pena capital, sendo condenados pela Organização dos Estados Americanos (OEA) por executar menores.” (idem)

Essa atuação penal, que traz requintes de insólita crueldade, é incorporada à realidade atual como necessária por força de um regime de verdade fabricado por meio dos mais diversos discursos e, principalmente, mediante a pregação midiática, antes comentada, que a estimula. De maneira que as falas dos mais diversos políticos, seja em suas campanhas eleitorais, seja em suas práticas como gestores, replicam enfaticamente esses discursos. Dessa forma, é cada vez mais comum a presença de candidatos e políticos eleitos falando de como implementarão políticas penais mais repressivas, incorporando a ideia de inimigos sociais e a condição de não-pessoas àqueles considerados delinquentes; prometendo e, o que é pior, cumprindo a promessa de suas neutralizações e extermínios²⁵⁰.

Essa postura também é percebida no país modelo do neoliberalismo, aliás, lá tem sua origem; como mostra Zaffaroni (2010, p. 64), nos Estados Unidos da América “alguns governadores tentam reeleger-se rodeados das fotografias dos executados de quem não comutaram a pena de morte”; traz ainda o professor argentino citado, a informação sobre um presidente eleito que encerrou sua campanha exibindo a identidade funcional de um policial que havia morrido em

²⁵⁰ Para ilustrar essas afirmativas, basta lembrar que o candidato eleito à presidência da República no Brasil em 2018, defendeu abertamente em sua campanha a liberação do porte de armas para que o “cidadão de bem” pudesse defender-se dos “bandidos” (entre milhares de matérias a respeito, v., p. ex.: < <https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/12/29/bolsonaro-defende-nas-redes-sociais-maior-direito-posse-e-porte-de-armas.ghtml>>); antes disso, quando ainda era deputado federal, mencionou que milícias de extermínio que agiam no Estado da Bahia seriam bem vindas ao Rio de Janeiro (seu domicílio eleitoral) dizendo que “enquanto o Estado não tiver coragem de adotar a pena de morte, o crime de extermínio, no meu entender, será muito bem-vindo. Se não houver espaço para ele na Bahia, pode ir para o Rio de Janeiro. Se depender de mim, terão todo o meu apoio” (v. Revista Época on-line < <https://epoca.globo.com/guilherme-amado/em-2003-bolsonaro-discursou-elogiando-grupos-de-extermínio-da-bahia-1-24252818>>); e, já quando primeiro mandatário da República afirmou, em tom de deboche que, sua opinião a respeito do massacre de presos ocorrido em presídio superlotado e com inúmeros presos provisórios (não condenados) deveria ser perguntada “aos parentes das vítimas” (v. em < <https://www.cartacapital.com.br/politica/bolsonaro-debocha-ao-ser-questionado-sobre-massacre-no-para/>>). No mesmo sentido, o então candidato e, posteriormente, eleito governador do Estado do Rio de Janeiro afirmou diversas vezes em sua campanha que a polícia deveria “atirar na cabecinha” de suspeitos nas favelas: “A polícia vai fazer o correto: vai mirar na cabecinha e... fogo! Para não ter erro” (v. em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2018/11/01/a-policia-vai-mirar-na-cabecinha-e-fogo-afirma-wilson-witzel.htm>>). O mesmo governador comemorou publicamente a execução de um rapaz de 20 anos e aparentando doença mental que, sem portar arma de fogo, manteve um ônibus sob suposto sequestro. Outro político, então candidato e, a seguir, eleito governador do Estado mais rico da federação, disse que em seu governo a polícia iria “atirar para derrubar, para matar”. Inúmeros outros exemplos poderiam ser trazidos, mas parece ser desnecessário pela notoriedade dos fatos comentados.

serviço e prometendo vingar sua morte. Wacquant (1999, p. 46) afirma que “combater o crime é o grito de convergência de políticos preocupados em tranquilizar as classes médias brancas”.

Voltando a questão de recrudescimento da legislação penal nacional, desde 1990, como consequência da nova forma neoliberal de pensar a punição, surgiram no ordenamento jurídico brasileiro muitas novas normas que diminuíram ou suprimiram direitos e garantias individuais, aumentaram as penas, ou tornaram a obtenção de benefícios no sentido da liberdade muito mais difíceis de serem alcançados. Ilustrativamente, pode mencionar-se a Lei 8.072/90, chamada Lei dos Crimes Hediondos e Assemelhados, que, durante a execução das condenações, cerceia inúmeros direitos dos aprisionados, aumenta penas e dificulta progressões no seu cumprimento que se direcionem à liberdade,²⁵¹. Também digna de nota a Lei 9.034/95, que disciplina a repressão às organizações criminosas, permitindo, entre outras coisas, o chamado “flagrante retardado”, situação na qual o agente do sistema repressivo, sabendo de condutas criminosas que estão sendo praticadas, tem a faculdade de não interrompê-las, deixando que esses atos criminosos possam se desenrolar, sob o controle de quem os vigia, até o ponto no qual constituam o crime que se esperava e, então, possibilitar a válida prisão de seus autores. Essa mesma lei autoriza, em seu art. 3º, que o próprio juiz realize diligências investigatórias, em afronta ao princípio da separação entre o órgão que acusa e aquele que julga, entre outros pontos altamente questionáveis.

Lembra-se ainda as Leis 10.792/2003 e 13.964/2019, que alteraram a Lei de Execuções Penais e o Código de Processo Penal, criando e regulando o terrível regime disciplinar diferenciado (chamado abreviadamente de RDD), que determina, entre outras coisas, o isolamento celular do preso (mesmo provisório, isto é, sem condenação), a ser mantido 22 horas por dia na cela, com permissão de duas horas para banho de sol. Nesse regime, o preso terá restrições enormes à frequência e forma das visitas, com as quais não pode ter contado físico; suas correspondências

²⁵¹ A Lei dos Crimes Hediondos – que não se aplica apenas a crimes realmente hediondos, incluindo, por exemplo, a falsificação de produtos terapêuticos ou medicinais (p. ex. um creme facial para combater acne) – proíbe, entre outros benefícios, o arbitramento de fiança; a concessão de anistia, graça e indulto; seu regime inicial de cumprimento é obrigatoriamente fechado e os prazos para eventual obtenção dos benefícios da execução da pena são prolongados.

serão vigiadas e as audiências que participar serão por videoconferência, mantendo-o no ambiente prisional. Entende Dieter (2012, p. 199) que essa “perversa forma de *neutralização* de seres humanos por meio do isolamento celular” pode ser compreendido como “uma ‘pena dentro da pena’” afrontando a proibição constitucional instituída pelo princípio da humanidade, a todos aplicável. Para concluir – sem esgotar²⁵² – o tema das legislações, lembra-se que a mesma lei citada acima, 13.964/2019, chamada de “pacote anticrime”, entre outras medidas para endurecer as punições²⁵³, alterou o artigo 75 do Código Penal e aumentou o limite máximo para o cumprimento de penas, que antes era de trinta, para quarenta anos.

Vale registrar que, se em todos os países em que o neoliberalismo se encontra instalado como política de governo pode-se perceber um endurecimento nas punições e um incremento no sistema repressivo, no Brasil essa situação se apresenta de forma ainda mais dramática pois, fosse pouco os endurecimentos legislativos e os discursos de verdade neo-punitivos que orientam os juristas penais,

²⁵² Não se fará uma análise, um a um, dos diplomas legislativos de caráter mais repressivos editados no Brasil nas últimas décadas, pois, tal exame demandaria, talvez, centenas de páginas para ser realizado. Assim, como o objetivo do trabalho é totalmente diferente de uma análise legislativa, sendo mencionadas as normatizações jurídico-penais tão somente na medida necessária para a percepção do papel que desempenham, enquanto fatores componentes dos discursos produtores de verdade que atuam na constituição de sujeitos, e especialmente dos operadores do direito penal, parece ser suficiente, para ilustrar, os exemplos trazidos.

²⁵³ Como observa Núñez Novo (2020), o chamado pacote anticrime “criou uma *hipótese fictícia de legítima defesa do agente de segurança pública*, de aplicabilidade e técnica jurídica discutíveis (novo art. 25, parágrafo único); dispôs-se sobre a execução da pena de multa (novo art. 51); *alterou de 30 para 40 anos o tempo máximo* de cumprimento de penas privativas de liberdade (novo art. 75); ampliou os requisitos [vale dizer, exigências] para concessão de livramento condicional (novo art. 83, inc. III); criou uma hipótese de perda ‘dos bens [...] correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito’, de difícil e perigosa aplicação concreta (novo art. 91-A); *ampliou o rol de causas impeditivas da prescrição* (novo art. 116, incs. III e IV); *incluiu novas hipóteses de roubo majorado* – a saber, pelo emprego de arma branca (novo art. 157, § 2º, VII) e pelo emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido (art. 157, § 2º-B); *e aumentou de 8 para 12 anos a pena máxima do crime de concussão* (novo art. 316), equiparando-a à do crime de corrupção [...] *Diversas figuras típicas do Código Penal e da legislação penal extravagante foram incluídas no seletor dos crimes hediondos*, o que pode gerar impactos no sistema carcerário brasileiro. [...] Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03); as alterações foram voltadas ao *endurecimento de penas e à criação de um novo crime*. [...]. Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06); *criação uma figura equiparada ao tráfico de drogas* (art. 33, §1º, IV); *venda ou entrega de drogas a agente policial disfarçado*, quando houver provas de que a conduta era preexistente ao fato. Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98); passou a permitir expressamente a *utilização da ação controlada e da infiltração de agentes* no âmbito da investigação de crimes de lavagem de capitais. Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84); regulamentação da Identificação do perfil genético e do regime disciplinar diferenciado (RDD). Acréscimo de *nova hipótese de falta grave*. Alteração dos requisitos para a progressão de regime (agora o apenado reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte *só poderá progredir de regime ao cumprir 70% da pena*). Estabeleceu restrições à saída temporária.” – Grifos não originais. Essas são algumas, entre várias outras modificações, trazidas pelo chamado pacote anticrime.

há ainda a violência exercida à margem da própria lei que, embora não faça parte dos temas investigados nesta análise, merece ser lembrada, ao menos pela referência àquilo que constata Wacquant (2001, p. 9) e registra em nota que escreve à edição brasileira de seu livro:

O uso rotineiro da violência letal pela polícia militar e o recurso habitual à tortura por parte da polícia civil [...] as execuções sumárias e os “desaparecimentos” inexplicados geram um clima de terror ente as classes populares, que são seu alvo, e banalizam a brutalidade no seio do Estado. Uma estatística: em 1992, a polícia militar de São Paulo matou 1.470 civis – contra 24 mortos pela polícia de Nova York e 25 pela de Los Angeles – o que representa um quarto das vítimas de morte violenta da metrópole naquele ano. É de longe o recorde absoluto nas Américas. Essa violência policial inscreve-se em uma tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida por duas décadas de ditadura militar, quando a luta contra a “subversão interna” se disfarçou em repressão aos delinquentes. Ela apoia-se numa concepção hierárquica e paternalista de cidadania, fundada na oposição cultural entre *feras* e *doutores*, os “selvagens” e os “cultos”, que tende a assimilar *marginais*, trabalhadores e criminosos, de modo que a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundem. – Grifos originais.

Essa situação que, como constatado por Wacquant na nota citada acima, já é tradicional no modelo de repressão social brasileiro, parece incorporar e refletir bem os discursos de inimigo social e de guerra contra as raças inferiores ou indesejáveis, identificados por Foucault e trados antes neste trabalho, aliando-os, ainda, a esses conceitos e padrões, referidos por Wacquant, de divisão da sociedade brasileira.

Importante registrar e demarcar, para que não restem dúvidas, que aquilo que está a ocorrer na política criminal e na prática penal inseridas no contexto de governamentalidade neoliberal – demonstrado tal fato pelas inúmeras alterações de procedimentos, enrijecimento de punições, e flexibilizações ou supressões de garantias tratadas acima – é um constante desmonte da proteção individual contra a atuação punitiva estatal que, ao menos em teoria, eram proporcionadas pelo direito penal liberal.

Mas não são apenas – como se fosse pouco – as exigências neoliberais de Estado fortemente repressor contra as classes indesejadas que trazem o

recrudescimento da legislação e a notável diminuição de garantias no trâmite dos processos criminais implementados pelo novo pensamento punitivo. O próprio funcionamento social, estabelecido pela nova razão neoliberal de mundo, faz surgir uma criminalidade que, por um lado, é real e é consequência dessa nova verdade vigente; e, por outro, é usada para justificar muitas das “flexibilizações” na contenção ou limitação do Estado punitivo ou proteção do indivíduo submetido a uma investigação criminal ou persecução penal judicial.

Contribuem para esse contexto de desintegração de garantias, a própria concepção de crime organizado que, em um primeiro momento, surge vinculada à banalização da ideia de que toda a verdade está no mercado e tudo deve por este ser regulado. Isso ocorre exatamente porque é no mercado que, para obter os maiores lucros possíveis e vencer a concorrência, os gestores de organizações que administram os negócios capitalistas, cada vez mais se dispõem a correr riscos. Não é incomum que para atingir tal objetivo, pratiquem atos que ingressam em um campo de licitude duvidosa, onde torna-se difícil distinguir o que é ou não penalmente ilícito. Nesse cenário, os próprios crimes considerados “tradicionais”, como furtos, roubos, extorsões, estelionatos, etc, com o intuito aumentar sua “eficiência” e “lucratividade”, seguindo as concepções trazidas pelo pensamento neoliberal, também procuram organizar-se e tornam-se menos visíveis.

Exatamente por conta dessa nova realidade de funcionamento do capitalismo e da dificuldade de realizarem-se investigações nesse âmbito, Zaffaroni (2019, p. 62) mostra que se desenvolveram legislações inquisitórias com instrumentos investigatórios de características semelhantes àqueles existentes na Idade Média, com delatores, procedimentos secretos, absurdas violações de garantias, agentes infiltrados, etc. Na percepção do professor argentino, a denominação de crime organizado trata-se de “um ‘pseudoconceito’ inventado pelo jornalismo e pelos políticos [...] que agora tem sido adotado legislativamente” (idem); conclui serem essas práticas do sistema repressivo absurdas, pois, não pode se propor combater a criminalidade adotando métodos iguais àqueles por ela utilizados.

Ainda sobre essa concepção de crime organizado, a qual considera descabida e entende como equivalente à criminalidade de mercado, Zaffaroni (2019, p. 63) constata que a maior parte destas atividades requer, para sua efetivação, o complemento da corrupção pública. Por essa característica, tem essa nova categoria,

inventada pelo neoliberalismo, o potencial de desencadear campanhas de combate à corrupção que são verdadeiras operações de “caça às bruxas”; dá ensejo a investigações que nunca identificam os responsáveis pelo esvaziamento dos cofres de países inteiros, mas motivam um falso moralismo nacional e internacional. Dessa maneira, ainda segundo a visão do jurista argentino, chega-se a pedir ou obter o *impeachment* de chefes de Estado com fundamento nos discursos de criminalidade organizada; tais discursos seriam funcionais para permitir ao poder punitivo estatal a intromissão em qualquer atividade incômoda àqueles que exercem o poder de fato; também justificam a atuação do sistema penal quando tal seja útil para eliminar competidores, sem limites ou garantias constitucionais. Conclui Zaffaroni (2019, p. 64), que a concepção de crime organizado, assim como as chamadas campanhas contra a corrupção que fomenta, parece estar mais vinculada à intenção de evitar “maiores custos aos investidores estrangeiros nos países periféricos do que [aos] princípios éticos que são enunciados ou nos danos estruturais que causam nas economias locais.”

Diante de todo o exposto, parece ficar claro que uma nova verdade penal, que se trama com práticas as quais orienta, surge em tempos de governamentalidade neoliberal; desde a busca de metas de eficiência e produtividade nas punições, de atuação preventiva e neutralizadora dos “perigos”, passando por, ou tendo como efeito, o enfraquecimento das limitações ao poder de punir e a corrosão das garantias individuais. Nesse cenário, necessariamente, há um reforço à já velha ideia de inimigo social; o recrudescimento do medo e da sensação de necessidade de combate ao crime, de se travar guerra ao criminoso; legitima-se até mesmo as “ações preventivas” desencadeadas contra os grupos que são considerados nocivos, danosos à sociedade; essas parcelas da população, mais que em qualquer outra época da punição moderna, são transformadas em alvos.

Pautada nos interesses do mercado e, por isso mesmo, na produção e acúmulo de lucros, sem se preocupar com custos sociais (como tratado ao logo dos dois últimos capítulos), a lógica punitiva neoliberal produz e exige dos responsáveis pelo sistema punitivo legalizado a internalização e a adoção dos discursos e das práticas penais “eficientes” em reação à criminalidade, seja essa suposta criminalidade real ou midiaticamente criada. Como o objetivo, agora, é exclusivamente de eficiência mercadológica, estabelece-se que, sempre que

necessário, devem ser “flexibilizados” os princípios garantistas, de cunho social, que possam criar obstáculos à implementação de maior eficiência na segregação, neutralização ou eliminação das parcelas populacionais que não representem interesse para o mercado. Também estão implícitos nos objetivos ocultos dessa mesma racionalidade punitiva, que sejam afastados quaisquer empecilhos ao exercício privilegiado do poder pelos grandes detentores de capital.

De maneira que, na persecução desse objetivo, pela nova racionalidade punitiva, os indivíduos integrantes dos setores públicos e governamentais têm seus sujeitos constituídos pelos complexos enredamentos entre saber e poder, com o emprego das técnicas e táticas expostas ao longo do trabalho, para que, em suas funções, exerçam rigorosas práticas de punição que seguem pressupostos atuariais de eficiência; práticas essas que, ao final, provocam a desintegração de direitos e garantias sociais. Como percebe Wacquant (1999, p. 46), “a necessidade de ser *tough on crime*²⁵⁴ vai rapidamente se impor tanto ao conjunto dos políticos como aos promotores e juízes”.

Essa verdade fabricada apresenta em seu discurso, por um lado, enunciados emocionais, gerando a expectativa de liberdade individual; liberdade essa irrealizável para a maioria da população pelas próprias condições de carência material em que se encontram; e praticamente inalcançável por todos os componentes de dada sociedade, em face do ambiente hostil, egoísta, competitivo, de separações e de medo, que, como já se mostrou, é gerado por essa racionalidade. Por outro lado, ao difundir o medo, especialmente o medo do crime, suscita o clamor popular por mais intervenção repressiva que, obviamente, obstará a realização da liberdade desejada. São discursos, portanto, paradoxais, contraditórios, que trazem um retrocesso civilizacional em termos de garantias e liberdades individuais – como foi possível perceber do estudo realizado. São, porém, produzidos, mantidos e praticados por serem convenientes àqueles que exercem o poder em posições estrategicamente privilegiadas na sociedade burguesa, para que, cada vez mais, exerçam o controle sobre expressivas parcelas da sociedade, diminuindo o espaço para outras visões de mundo e neutralizando os segmentos populacionais indesejados.

²⁵⁴ Livre tradução: “*duro com o crime*”.

Especificamente em relação ao profissional responsável pela punição legal, destaca-se a constatação de que a tática biopolítica se engendra àquela disciplinar, e, dessa forma, a racionalidade punitivista neoliberal integra sua alma. Na parcela majoritária desses profissionais, cada um dos sujeitos operadores do direito penal traz consigo a percepção da necessidade de aderir àquelas metas de otimização da punição, devendo esse indivíduo constituído demonstrar, em suas práticas, a produtividade e a eficiência social e institucionalmente esperadas, sob pena de ser socialmente discriminado e disciplinarmente sancionado, considerado um profissional deslocado, fora do lugar.

Vale dizer, aqueles indivíduos integrantes da maquinaria repressiva que resistem à nova verdade, são entendidos como “anormais”; suas condutas, em todo caso, não se harmonizam com a perspectiva de “correto” e de “bem”, construída na maior parte dos integrantes da sociedade e, por isso mesmo, eles sofrem, como já mencionado, consequências por isso. A esperança que remanesce é a constatação que esses operadores do direito penal “anormais” são focos de resistência e podem representar pequenos obstáculos à racionalidade punitiva atual; focos de resistência que podem multiplicar-se e iluminar a crítica, levando à reflexão sobre a tragédia que representa o funcionamento da maquinaria punitiva nos últimos duzentos anos e, tragédia essa que foi especialmente potencializada mais recentemente, em tempos de governamentalidade neoliberal.

CONCLUSÃO

Considerando tudo o que se desenvolveu ao longo deste trabalho, acredita-se terem sido lançadas algumas luzes que permitem uma compreensão mais adequada dos reais efeitos do poder, decorrentes dos múltiplos enredamentos entre os diversos conteúdos de conhecimento, regime de verdade e mecanismos de coerção analisados, que atuam no sentido que as práticas punitivas legais ocorram tais como são desenvolvidas por significativa parte dos operadores do direito penal, e cujos resultados, há duzentos anos, negam os objetivos declarados do saber penal, como se apontou reiteradamente ao longo do texto.

Atento ao pensamento foucaultiano, nesse estudo problematizou-se a constituição do sujeito que aplica o direito penal desconsiderando-se a hierarquia de saberes formais e a estrita esfera do conhecimento científico, procedendo-se a análise de cada um dos temas percorridos no texto como forma de compreender os efeitos reais de poder, decorrentes dos engendramentos que aqui puderam ser visitados. Essa assertiva aplica-se, especialmente, aos estudos de saberes formais que foram mostrados – como, por exemplo, a menção que se fez sobre o Iluminismo e o contratualismo – sem atribuir-lhes valor maior que qualquer outra prática discursiva ou não discursiva, mas, sim, com um olhar crítico e apenas tratando-os como discursos eleitos por determinado regime de verdade para facilitar o seu funcionamento e dar lógica intrínseca a referidos sistemas.

A busca dos efeitos reais de poder, recusando-se as tradicionais valorações feitas pelos conhecimentos padronizados, foi igualmente empregada em relação à análise dos mecanismos de coerção e a “política geral” de verdade correspondente, e ainda, das relações dessa maquinaria com os estímulos econômicos e políticos; pôde-se perceber, aí, realidades conectadas como elos ou engrenagens. Não se descuidou, nessa seara, de lançar o olhar persecutório sobre os aparelhos de propagação da “verdade” prevalente, valendo lembrar, com algum destaque, no que diz respeito mais próximo ao presente estudo, as práticas discursivas dos já mencionados saberes formais e os mecanismos sociais e institucionais de vigilância, coerção e exclusão.

De tal forma e tomado o objeto em estudo – a subjetividade construída do aplicador de punição legal – acredita-se ter sido possível desvelar, ao menos em boa parte, as forças produtivas de subjetivação que sobre ele incidiram e incidem, sendo agora factível, com esses elementos expostos, contribuir, ao menos com mais um fragmento, no avanço do pensamento crítico a respeito das práticas acríticas desenvolvidas na aplicação de punições jurídico-legais.

Não se desconhece nem se ignora que muitas outras correntes de pensamento já se debruçaram sobre a crítica da aplicação do direito penal e os fins materiais e econômicos a ela vinculados, tema, aliás, tratado com a necessária profundidade ao longo da tese, iniciando-se com a menção ao pensamento pioneiro de Georg Rusche e Otto Kirchheimer e passando por diversos outros estudiosos críticos. Contudo, com apoio na genealogia de Foucault, acredita-se ter sido possível dar um passo a mais nessa caminhada, não esquecendo de demonstrar-se as falsas verdades sobre as quais se sustenta a prática punitiva legalizada, mas, indo um pouco mais adiante, saindo-se desse campo já tão bem estudado da prática punitiva – a qual foi necessário tratar com alguma profundidade - e concentrando o olhar, especificamente, no processo de subjetivação do operador do direito criminal, visto agora, como se mencionou ao longo do texto, como constituído e constituidor das práticas discursivas e não discursivas do regime de verdade em que vive.

E foi possível demonstrar que o operador do direito penal, inserido que está na sociedade panóptica e onde se exerce o biopoder, trata-se de um indivíduo disciplinado e disciplinador, fiscalizado e fiscalizador, normalizado e normalizador, moralizado e moralizador ou, em uma definição: constituído e constituidor, objeto e agente do próprio regime de verdade em que vive e do jogo de poder no qual está inserido.

É constituído pois está situado, no contexto de sua singularidade histórica, nas condições identificadas e analisadas no texto, que, muito mais que condicionantes, são constituintes de sua subjetividade. Desvendaram-se, portanto, as condições e limites nos quais existe esse sujeito responsável por aplicar legalmente punições em nossa sociedade, o regime de verdade no qual vive, trabalha, efetua suas práticas; mostrou-se, portanto, o sujeito constituído, aquele que Gros (2012, p. 320) denomina de “sujeito de verdade”, que pensa como se pensa em seu tempo (VEYNE, 2009, p. 18).

E é constituidor ou agente, ao tempo que exerce o poder, especificamente o poder punitivo; faz parte, como uma engrenagem, da maquinaria punitiva e, com suas práticas, produz todos os efeitos de poder relacionados às punições e minuciosamente relatados na tese. É constituído e constituidor nessa sociedade que identifica Foucault ter na própria prisão o seu reflexo invertido, um espelho no qual se enxerga, pune e se isenta de culpa e onde tem lugar o aperfeiçoamento do poder.

Parece cabível destacar um ponto da análise aqui procedida e que, ao início, pode ter sido observado com uma certa estranheza, que foi a utilização da genealogia foucaultiana e o genial pensamento de Michel Foucault para estudar a constituição do sujeito em relação a alguém como o operador do direito penal, um “normal”, socialmente incluído e muito distante das figuras enfocadas com destaque pelo citado filósofo francês, tais como o louco, o monstro, o “anormal” ou o delinquente.

No desenrolar da leitura do trabalho, contudo, percebe-se que a “normalização” dos indivíduos em dada sociedade não recai apenas sobre as figuras tidas como marginais ou socialmente excluídas. Certamente é mais fácil visualizar o poder punitivo e os mecanismos de vigilância se exercendo de forma mais incisiva sobre essas figuras tão estudadas por Foucault; também é bastante claro que são muito mais aparentes os efeitos do exercício do poder sobre os “anormais”, exatamente por não se adequarem à verdade construída de sua época e não terem se amoldado à norma; não serem normalizados.

Isso, contudo, de nenhuma maneira significa que o poder se exerça apenas sobre esses indivíduos marginais, ao contrário, está demonstrado que os processos de normalização incidem sobre todos os indivíduos de uma sociedade, envolvendo igualmente os “normais” (ou, e por isso mesmo, normalizados) e os “anormais”. Em outras palavras, os processos de assujeitamento não produzem somente loucos, delinquentes, etc, mas também produzem esses outros indivíduos que, embora não sejam excluídos da sociedade, preteridos, marginalizados, são, igualmente, assujeitados. Essa análise perpassa todo o trabalho e encontra-se implícita ou explicitamente tratada em quase todos os tópicos nele abordados.

Há, é verdade, uma maior dificuldade de se observar o processo de normalização e de constituição do sujeito em relação aos incluídos e normais, bem como, sobre aqueles que não desenvolvem atividades mecanizadas, como é o caso

do operador do direito punitivo legal. Contudo, se o resultado da atuação das ferramentas do poder microfísico, que são disciplinas, pode ser mais facilmente perceptível nas condutas de um operário ou de um soldado quando esses realizam tarefas básicas, quase como máquinas, isso não significa que deixem de incidir sobre profissionais que realizam atividades intelectuais e até mesmo exercem algum aspecto do poder. Nesse caso, a incidência desses mecanismos de controle e produção é certamente menos perceptível à primeira análise – e por isso a extensão deste trabalho foi necessária para demonstrá-la – contudo, não tem importância menor que nos casos mais evidentes e, igualmente, fabrica a alma dos profissionais ora em estudo, como demonstrado.

Pôde-se perceber que, por serem pessoas incluídas e que pertencem à sociedade em que vivem e desenvolvem suas práticas, os operadores do direito criminal são, efetivamente, indivíduos normalizados; normalização que se deu ao longo de sua existência e pelos diversos dispositivos que fizeram incidir o poder de maneira microfísica sobre seus corpos e por meio da biopolítica enquanto parcelas da população, como aqui se demonstrou de maneira minuciosa e reiterada. Analisada a constituição desses sujeitos, vislumbrou-se que sobre eles recai o controle das ínfimas parcelas de suas vidas, que são organizadas por uma racionalidade econômica e técnica para, como em relação a qualquer outro indivíduo assujeitado dessa sociedade, obter seu melhor controle e sua máxima utilidade. O trabalho mostra, portanto, que sobre esse profissional também incidem as pequenas “astúcias, dotadas de um grande poder” (FOUCAULT, 1999, p. 119). Percebe-se, assim, que o sujeito aqui estudado é aquele que já foi disciplinado e normalizado, e que agora é encarregado de infligir as punições.

Como já se mencionou no item que trata das disciplinas, não há na sociedade burguesa contemporânea aqueles indivíduos que apenas submetem outros indivíduos às disciplinas; tampouco o poder é aplicado de cima para baixo; tudo ocorre em uma rede de relações sociais onde o jogo do poder se desenvolve e na qual todos os indivíduos de uma sociedade estão inseridos, todos são sujeitos constituídos. Como constatam Dreyfus e Rabinow (1995, p. 204), Foucault mostra que “o poder se exerce tanto sobre o dominante como sobre o dominado”. De maneira que, o fato de esse profissional ser alguém encarregado do exercício do poder punitivo legalizado não o subtrai da condição de integrante da sociedade sobre

a qual também atua; assim, em regra desenvolve suas práticas de maneira acrítica e de acordo com que é o “normal” do regime de verdade que está inserido. Por esse aspecto, sua atuação chega a ser quase tão mecânica quanto aquela do operário ou do soldado. A esse respeito vale lembrar a citação de Veyne (2009, p. 19), no sentido que “em cada época, os contemporâneos encontram-se assim fechados em discursos como em aquários falsamente transparentes, ignoram quais são e até que existe um aquário.”

Observe-se que não se desconhece, como também ficou demonstrado, que existem privilégios de classe conferidos por posições econômicas e de inserção social em relação a esse profissional; nem se está a dizer aqui que o operador do direito é simplesmente um “alienado”, alguém que está despojado da possibilidade de conhecimento e exercício da crítica em relação às consequências negativas de suas práticas. Não se trata disso, por evidente.

Primeiro porque, sempre com o apoio do pensamento foucaultiano, percebe-se que o conceito de alienação seria insuficiente para descrever essa atuação; ela não é apenas o resultado da relação entre infraestrutura material de produção e superestrutura ideológica. Não se pode dizer, em relação ao profissional do sistema penal, que ele não se reconhece naquilo que faz, não reconhece seu trabalho; que não entende o conjunto do processo que desenvolve e nem entende o resultado desse processo, sendo-lhe quase impossível sair dessa forma de atuação da maquinaria punitiva. Não, não se trata disso o que condiciona sua atuação.

Reitera-se, sendo a ideologia, para dizer de uma maneira básica, um efeito no nível das ideias e das crenças, percebe-se não ser possível concluir que as práticas penais criticadas neste trabalho seriam tão somente resultado delas que, ao transmitirem uma visão ilusória da realidade, justificariam essas práticas tais como são efetivadas por seus operadores, e que interessam à manutenção das relações de troca e produção praticadas na infraestrutura. Afastou-se o trabalho da ideia do operador do direito penal como um indivíduo puro, ingênuo, que está dentro de um mecanismo ideológico e que apenas reproduz essas ideias sem percepção alguma dos resultados de tais práticas.

Como se demonstrou, o sistema penal é uma rede complexa, que vai muito além das instituições punitivas estatais; essa rede é composta pelo acoplamento entre saberes que se constituem em práticas de poder; e esses saberes, por seu

turno, dão sustentação às práticas. Dessa forma, mostrou-se a prática punitiva desenvolvida pelo operador do direito para além de sistemas filosóficos, mas enquanto resultado de sua inserção em um emaranhado de redes de relações sociais, de luta, de dominação, de teorias políticas, de técnicas e táticas de poder. De maneira a poder afirmar-se com segurança que, para além de ideologias, o que move e condiciona as práticas dessa grande parcela normalizada dos operadores do sistema punitivo é a expressão da localização histórica e do contexto de verdade em que se encontram inseridos esses profissionais, constituídos pelos jogos de poder e condicionados às práticas sociais predominantes em sua época.

Foucault (2005, p. 90) constatou serem as relações de poder situadas em posição de imanência com outros fenômenos sociais, tais como os processos econômicos ou relações de conhecimentos; “não estão em posição de superestrutura, com um simples papel de proibição ou de recondução; possuem, lá onde atuam, um papel diretamente produtor.”

Muitos desses processos, táticas e relações foram objeto de análise ao longo do texto, podendo se destacar, pela sua relevância e ilustrativamente, no que se refere às relações de conhecimento, o papel desempenhado pelo contradireito penal. Mostrou-se que, sob um aspecto de direito de inspiração iluminista da “ciência penal”, a qual, em teoria, deveria buscar assegurar a igualdade e a justiça social, inseriram-se arditosa e lentamente no sistema jurídico as disciplinas que, como verificam Dreyfus e Rabinow (1995, p. 203) “restringem a igualdade teórica determinada pela lei e pelos filósofos políticos”, convertendo-o no que se denominou aqui de contradireito penal, e assim permitindo, ou mais que isso, dando lugar a práticas jurídico-penais moralizantes pelos profissionais do direito punitivo; práticas essas que, como ficou claro, produzem separações e normalizações interessantes àqueles que encontram-se em posições estrategicamente privilegiadas para o exercício do poder na sociedade burguesa da qual fazem parte.

Esse suposto e teórico caráter iluminista do conhecimento e das práticas penais fez necessário que fosse objeto de uma análise esquemática tal pensamento, assim como o contratualismo, para demonstrar quais os principais postulados dessas teorias que dão fundamentação retórica à chamada “ciência penal” bem como, também apenas em tese, orienta suas práticas. Após mencionar essas teorias, demonstrou-se que, como menciona Foucault (1999, p. 161), embora o direito e o

próprio modelo de sociedade sejam atribuídos às formas jurídicas abstratas do contrato, a realidade é produzida pelas astúcias, pela violência, pela coerção; ela é fruto da tecnologia de poder das disciplinas, tecnologia que fabrica verdade, conhecimento e sujeitos. Os saberes formais e historicamente tradicionais, como esses examinados, cuidam, na realidade, de dar uma aparente coerência ao discurso de verdade contido na “ciência” penal, torna possível, em todo caso mais fácil, a sua aceitabilidade e reprodução.

Já quanto a inserção dos indivíduos em processos econômicos conforme constatado acima na análise foucaultiana, pôde-se perceber que os operadores do direito criminal estão subjetivados em uma sociedade de governamentalidade neoliberal e, portanto, acreditam nos pressupostos dessa racionalidade; absorvem o saber penal que sustenta e justifica o poder punitivo característico dessa realidade (o contradireito penal) e o reproduzem atendendo aos postulados, entre outros tratados, de combate ao perigo representado pelos inimigos sociais, e às lógicas atuariais de eficiência e produtividade desse pensamento. Aliado a isso, mostrou-se o discurso de um saber criminológico raso que emerge no neoliberalismo, preconizando deva-se ver na decisão de cometer um crime, uma mera operação de cálculo de custo-benefício, conforme exposto longamente no capítulo seis.

Mas entre aquelas condicionantes do poder e práticas sociais predominantes, evidentemente, não é apenas a “crença” no saber e na verdade punitiva atual que move o profissional do direito criminal em suas práticas. Como se afirmou antes, a tática genealógica de Foucault permite avançar nessa percepção e, dessa forma, pode-se concluir da leitura deste trabalho que, em paralelo a todos os elementos constituintes da subjetividade do operador do direito em questão, encontram-se também outros fenômenos produtores do exercício do poder – tomado aqui em seu sentido amplo.

Dessa forma, inserido que está em uma racionalidade neoliberal, o profissional que ora se analisa, como todos os demais indivíduos da sociedade atual vive, querendo ou não, uma regulação neoliberal, que introduz variáveis econômicas de racionalização e que são muito difíceis de não serem assimiladas, das quais é muito complexo escapar. Dessa maneira o operador do sistema penal, orientado pelos pressupostos de tal racionalidade, converte-se em um *homo oeconomicus*. Como explica Foucault (2008a, p. 369), o “*homo oeconomicus* é aquele que obedece

ao seu interesse”, e mais adiante mostra “o *homo oeconomicus* como sujeito de interesse individual no interior de uma totalidade que lhe escapa, mas funda a racionalidade das suas opções egoístas” (idem, p.379); expõe mais o filósofo que isso não significa que todo o comportamento deva ser considerado como um comportamento econômico, contudo, também adverte que não se pode deixar de lado essa compreensão, utilizando-se tal “grade de inteligibilidade” para a análise do comportamento dos indivíduos assujeitados.

Essa lógica econômica, acoplada ao funcionamento das instituições sociais, compõe o emaranhado de percepções e a constituição desse sujeito na direção de fazê-lo entender que o exercício de suas práticas dentro da norma, no sentido que a dá Foucault (e mesmo quando essa norma se afasta da normatização jurídica), traz vantagens ao seu status social, vez que é corroborado e apoiado pelos mais diversos dispositivos de poder. Como tratou-se detalhadamente no texto, esses indivíduos são vigiados e examinados social e institucionalmente, estabelecendo-se padrões de qualidade considerados aceitáveis, também pela sociedade à qual pertencem quanto pela instituição da qual são parte. É certo que, por uma perspectiva de lógica econômica, o profissional procura adequar-se aos padrões socialmente desejados, elaborando sua “produção” na “qualidade” presente na média de seus pares e esperados pela racionalidade prevalente na sociedade e na instituição.

E é exatamente pela lógica de mercado que essas práticas se apresentam como recomendáveis, ou mais que isso, necessárias, pois, embora os operadores do direito enfocados neste trabalho – especialmente Magistrados e Membros do Ministério Público – possuam garantias constitucionais²⁵⁵ que lhes dão uma relativa liberdade de atuação, não estão isentos de consequências negativas de eventual atuação fora do que é tido como o “normal”.

É fácil concluir ser uma conduta esperada que os operadores do sistema punitivo, inseridos que estão na racionalidade neoliberal, realizem um raciocínio

²⁵⁵ Conforme expôs-se no trabalho, essas garantias constitucionais tratam-se da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de rendimentos; também já se esclareceu que elas, evidentemente, não são absolutas. Procedimentos administrativos podem impor penas de suspensão que ensejem perdas de rendimentos equivalentes ao período da penalidade e, por meio de ação judicial, as instituições respectivas podem aposentar compulsoriamente, com salário proporcional ao tempo de trabalho, ou, até mesmo, promover a demissão de seus membros.

mercadológico visando conservarem bom conceito profissional e social, não apenas entre os demais profissionais da área, mas, mesmo perante a sociedade em que estão inseridos; e, principalmente, para não se submeterem aos riscos de serem alvo das possíveis sanções administrativas e judiciais, que possam comprometer seu status social, seu futuro profissional e pessoal e, até mesmo, sua renda. De maneira que, pelos cálculos de custo-benefício, assim como pela busca da diminuição dos riscos pessoais, sua forma de atuar conforme a norma certamente se apresenta como um fator a ser cuidadosamente considerado, parecendo, aliás, ser a forma mais segura e que lhe trará maiores benefícios sociais; seu capital social será certamente valorizado nesse meio no qual encontra-se inserido, não sendo, por isso mesmo, surpreendente que busque agir de acordo com as expectativas institucionais e da sociedade.

Enfim, há que se lembrar que, como já demonstrado no trabalho, nessa sociedade onde, sobrepostas às disciplinas, também se exercem as táticas biopolíticas, o operador direito não atua somente na esfera jurídica, mas também é conduzido em suas condutas e, ao mesmo tempo, se vale, enquanto condutor de condutas, de outras maneiras de “governar” ou, de qualquer modo, de exercer o poder, que se depreendem nas diversas práticas discursivas, podendo ser mencionados, além daqueles antes tratados e exemplificativamente, os discursos da psicologia forense, da medicina legal, etc.

É certo que nem todos os operadores do direito penal atuam dessa maneira, sendo esse o motivo pelo qual sempre se usa, neste texto, a expressão “a maioria significativa”, ou “grande parte”, ao referir-se a esses profissionais. Aqueles que fogem a essa atuação, como se percebe do texto, inclusive ilustrado com exemplos, acabam sendo os “anormais” de suas instituições e, não é incomum que, em algumas ocasiões, acabem por receber punições de diversas naturezas por adotarem práticas que escapam à normalização.

Cabe ressaltar que, não fosse a abordagem detalhada dessa situação realizada neste texto, poderia, eventualmente, soar estranha ou descabida a afirmação do risco ou temor de penalizações dos operadores do direito ora em análise. Esse questionamento seria possível, especialmente, porque a ideia mais frequentemente transmitida pelos órgãos de comunicação em massa e que já se

instalou no senso comum, é que há uma escassez de punição em relação a referidos profissionais, sendo regra a impunidade ou punições levíssimas.

Por paradoxal que possa parecer a afirmação seguinte, essa ideia difundida e assimilada pelas massas é verdade e, simultaneamente, não é. A esse propósito vale observar que, em relação aos operadores do direito que atuam “normalmente”, segundo o regime de verdade em que se encontram inseridos e atendendo as expectativas sociais e institucionais fundamentadas pela racionalidade neoliberal, por exemplo, infligindo punições duríssimas a pequenos delitos e a grupos socialmente frágeis, penas essas que servem muito mais aos já tratados propósitos ocultos da pena que aos seus objetivos declarados, raramente se vê a aplicação de algum tipo de sanção. E quando, por um motivo qualquer, ocorre uma irregularidade mais evidente, de regra, as punições são mesmo brandas. Essas práticas institucionais, portanto, vão ao encontro da percepção comum.

Ao contrário, tornam-se inconvenientes e são facilmente alcançados pelos mecanismos disciplinares de fiscalização e punição aqueles operadores do direito penal que ousam não realizar o jogo do poder conforme a norma vigente, ignorando a “polícia” discursiva²⁵⁶ própria do regime de verdade no qual vivem, bem como deixando de realizar – ou sendo indiferentes aos seus custos – os cálculos mercadológicos de custo-benefício de suas atuações. Nesse caso, a percepção comum de impunidade ou punições brandas não encontra fundamento. Expõem-se esses profissionais aos mecanismos sancionatórios quando, atuando de maneira crítica, buscam atingir, tanto quanto possível, os desígnios publicamente declarados do saber penal; nessa prática, procuram evitar, também na medida do possível, toda a plêiade de consequências ocultas e nefastas causadas pela maquinaria punitiva e amplamente discutida neste texto.

Para complementar esse raciocínio, não se pode esquecer, como já foi dito, que os responsáveis pela avaliação e procedimentos voltados à aferição da oportunidade e cabimento das punições são também operadores do direito, portanto, também em sua parcela majoritária sujeitos constituídos pelo mesmo regime de verdade e submetidos aos mesmos cálculos de custo-benefício antes tratados, não

²⁵⁶ O termo “polícia” discursiva é empregado por Foucault (1997) quando de sua aula inaugural no *Collège de France*, pronunciada em 2 de dezembro de 1970, “A ordem do discurso”.

sendo nenhuma surpresa que operem no sentido de punir o profissional crítico, vez que “anormal”, e isentar de responsabilidades o que age segundo a “normalidade” vigente.

Diante disso tudo, de todos esses jogos e efeitos de poder e regimes de verdade trabalhados na pesquisa, é possível compreender que os processos de assujeitamento de indivíduos fabricam, no caso dos penalistas, mais do que corpos úteis, mentes dóceis e, assim, igualmente úteis aos objetivos de grupos privilegiados. Percebe-se, com Foucault (2006, pp. 337-338), que as práticas por eles desenvolvidas não são simplesmente determinadas pela instituição que integram, tampouco ditadas por qualquer “ideologia” ou resultado aleatório de acasos circunstanciais, mas que respondem a uma lógica, uma estratégia e a uma razão específica. O trágico é que, ao exercer tais práticas de poder punitivo de forma acrítica e dentro de determinada racionalidade, como exaustivamente tratado, o operador do direito dá lugar, como se viu, a nefastas consequências para a maior parte da população.

Fechando esta conclusão, cabe ressaltar que, apesar da desalentadora realidade concreta das práticas punitivas realizadas pela maioria dos juízes criminais e membros do Ministério Público, como destacado na pesquisa, o texto não se encerra de maneira desesperançada. É que, como menciona Foucault (2005, p. 91), exatamente no ponto onde o poder se exerce sempre existe resistência; de maneira que sempre haverá, mesmo que em minoria, profissionais com a capacidade de perceber a violência, a arbitrariedade e o excesso do poder punitivo. Esses profissionais farão a crítica do regime de verdade vigente e das consequências materiais que ele produz, procurando pensar diferentemente do “normal” e deslegitimar as práticas discursivas e não discursivas oficiais, arriscando-se a, eticamente, exercer práticas de resistência em todas suas manifestações pessoais e profissionais.

Não há a pretensão, neste trabalho, de inaugurar uma nova teoria que possa fundamentar ou reconstruir o discurso ou a prática dos operadores do direito penal, até porque, o próprio Michel Foucault afasta da filosofia a pretensão de ocupar um lugar de poder; como menciona Candiotta (2020, pp.143-144), “mais que fundamentar o poder, em sua forma representativa [e aqui se trata do poder de punir], é necessário limitá-lo em seu exercício.”

Esse foi o aspecto almejado no trabalho: a partir da exposição e do exame das diversas práticas e discursos de saberes tática e historicamente enredados, com maior ou menor importância, às práticas punitivas, possibilitar ou facilitar que esses elementos tramados sejam olhados criticamente, expondo seus excessos, suas falácias, e as violências cuja produção possibilitam; mostrar como permitem e legitimam um regime de verdade que se reflete na constituição dos sujeitos operadores do direito penal e, a partir desse olhar crítico, possibilitar que mais focos de resistência possam surgir, fomentar contracondutas e, como consequência, limitar o exercício do poder punitivo.

Busca-se, ainda, permitir, por meio da divulgação do emprego da tática genealógica, um estímulo à atitude crítica que produza um aumento no número daqueles profissionais que escapam à normalização e transformam-se em focos de resistência ao poder punitivo; fomentar um pensamento a partir do qual possa haver a constituição de pontos insurreição, como propõe Foucault (2018, p. 10) “contra os efeitos centralizadores de poder”, e especificamente, promover pontos de resistência e insurreição contra aqueles efeitos de poder de qualquer maneira vinculados ao discurso “científico” que fundamenta a prática da maioria dos operadores do direito penal.

Tendo em vista que se está a tratar do operador do direito que é responsável pela aplicação das punições legais, poder-se-ia indagar: o fato dele encontrar-se alocado no interior da maquinaria punitiva, não constituiria óbice à formação dos referidos focos de resistência? A resposta há de ser negativa, uma vez que, conforme já se mencionou, tais focos de resistência sempre existiram, e, exercendo uma atitude crítica e assumindo os ônus dessa contraconduta, esses profissionais podem realizar escolhas éticas em suas práticas, que rompam com os regimes de verdade e as lógicas que se pretendem ver impostas pelos jogos de poder, ou, ao menos, deles se desviem ou, ainda, ajudem a frear o ímpeto punitivista.

"Romper" com um regime de verdade não é simples, a atitude crítica pode não ser suficiente para levar a uma profunda alteração do panorama punitivo como seria desejável. Mas lembra-se que a filosofia, como diagnóstico crítico do presente, proporciona a evidenciação da maquinaria do poder-saber punitiva, despojando-a de sua roupagem e retórica formalista e, assim, mostrando que, se ela pôde ser constituída, poderá igualmente ser desconstruída. Ao menos, a resistência ou

contraconduta poderá minimizar seus efeitos, retardar suas incidências imediatas, furtar-se aos seus jogos capciosos. Entende-se, assim, que não existe uma única maneira de propor resistências ou de traçar a crítica, mas que a própria crítica é uma "arte", uma técnica com múltiplas possibilidades, formas e intensidades, a depender da fixação do poder contra o qual ela é exercida.

Nessa perspectiva, lembra-se, ainda com apoio nas ideias de Foucault (2018a, p. 227), que não basta expor a trama do poder como um princípio de explicação, é necessário reativar as percepções e travar batalhas decisivas. Com a apresentação e divulgação dessa pesquisa e com efetivação pessoal de práticas de resistência, pensa-se estar a plantar sementes, acreditando que muitas delas germinarão e prosseguirão nessas batalhas.

Enfim, parafraseando Foucault (2018a, p. 12), espera-se que esses fragmentos de genealogia possam, de alguma forma, ajudar a quebrar o "silêncio prudente" por ele identificado a respeito de seu pensamento crítico, aqui utilizado como ferramenta para desvendar a constituição do sujeito operador do direito penal.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

ADVERSE, Helton. *Foucault, o Totalitarismo e o Racismo de Estado*. In: O que nos faz pensar, [S.l.], v. 29, n. 48, p. 232-255, june 2021. ISSN 0104-6675. Disponível em: <<http://www.oquenosfazpensar.fil.puc-rio.br/index.php/oqnf/article/view/746>>. Acesso em: 23 set. 2021

ALTHUSSER, Louis. *Sobre a reprodução*. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis-RJ: Vozes, 1999.

ALVES, Marco Antônio Sousa. *Cidade inteligente e governamentalidade algorítmica: liberdade e controle na era da informação*. In: *Philosophos - Revista de Filosofia*, [S. l.], v. 23, n. 2, 2019. DOI: 10.5216/phi.v23i2.52730. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/philosophos/article/view/52730>. Acesso em: 23 set. 2021.

AMORIN, Letícia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy*: Esboço e críticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, nº 165, jan./mar. 2005, pp. 123-134.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir & GENTILI, Pablo (orgs.) *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, pp. 9-23.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Michel Foucault*. Lecciones y Ensayos, n. 85. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, 2008, pp. 45-60.

ANTUNES, Ricardo. *Desertificação Neoliberal no Brasil*: Collor, FHC e Lula. Campinas-SP, Autores Associados: 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad.: Pietro Nassetti; Coleção "A Obra-Prima de Cada Autor"; São Paulo: Martin Claret; E-book. Disponível em: <<https://www.academia.edu>>. Acesso em: 19 out. 2020.

_____. Aristóteles. *Metafísica*: volume II. Ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentário de Giovanni Reale; trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BAGGIO, Antônio Maria. *A ideia de fraternidade em duas revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791*. Instituto Universitário Sophia, Florência, Rede Universitária para o Estudo da Fraternidade (RUERF). Disponível em: <<http://www.ruef.net.br>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2ª ed., trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARATA, Francesc. La violencia e los mass media: entre el saber criminológico y las teorías de la comunicación. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 29, p. 255-267, jan/mar de 2000.

BATISTA, Nilo. *Introdução*. In: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2ª ed., trad. de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

_____. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. *Todo crime é político*. Caros Amigos. São Paulo: Editora Casa Amarela, ano VII, nº 77, ago. 2003, pp. 28-33.

BECCARIA, Marquês de (Cesare de Bonesana). *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus Editora, 1983.

BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. 2ª ed. Org. Tomaz Tadeu; trad. Guacira Lopes Louro; M. D. Magno e Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*. Introdução e princípios fundamentais. 2ª. ed. Coleção Ciência Criminais, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2ª. ed. - São Paulo: Saraiva. 2001.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 22ª ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Comp. Nello Morra; trad. e notas: Márcio Pugliesi; Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

BRASIL. *Código Penal*: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 04 mai. 2020a.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 mai. 2020b.

BRASIL. *Lei antitóxicos*. Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm >. Acesso em 17 nov. 2020c.

BRASIL, *Pesquisa Brasileira de Mídia – 2016: Relatório Final*. Secretaria de Comunicação Social, Brasília 2016. Disponível em: <<file:///C:/Users/Silvio/Downloads/Pesquisa%20Brasileira%20de%20M%C3%ADdia%20-%20PBM%202016.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2020d.

BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: atualização de junho de 2017*. Org.: Marcos Vinícius Moura Silva. Ministério da Justiça e Segurança Pública - Departamento Penitenciário Nacional: Brasília, 2017.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral, vol 1*. 3ª ed., revist., atual. e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017.

CADWALLADR, C. The Guardian. The great British Brexit robbery: how our democracy was hijacked. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2017/may/07/the-great-britishbrexit-robbery-hijacked-democracy>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

CAMPOS, Ana Cristina. *IBGE: desemprego na pandemia atinge maior patamar em agosto*. In: Agência Brasil. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br>>. Acesso em: 23 out. 2020.

CAMPOS, Rosana Soares. *O impacto das reformas econômicas neoliberais na América Latina: desemprego e pobreza*. Polis Revista Latinoamericana [Online], nº 47, 2017. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/polis/12585>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

CANDIOTTO, Cesar. *A dignidade da luta política: incursões pela filosofia de Michel Foucault*. Caxias do Sul-RS: Educs, 2020.

_____. *A governamentalidade política no pensamento de Foucault*. Filosofia Unisinos 11(1), jan/abr. 2010, pp. 33-43.

_____. *Disciplina e segurança em Michel Foucault: a normalização e a regulação da delinquência*. Psicologia & Sociedade, 24(n. Spe.), 2012, pp. 18-24.

_____. *Foucault e a crítica da verdade*. 2ª ed., Belo Horizonte: Autêntica Editora; Curitiba: Champagnat, 2013.

_____. *Foucault e a governamentalidade biopolítica*. IHU - On Line, *Revista do Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo-RS, n. 324, ano X, 12 abr. 2010. Entrevista. Disponível em <<http://www.ihuonline.unisinos.br>>. Acesso em: 14 set. 2016a.

_____. *Foucault: uma história crítica da verdade*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v29n2/v29n2a06>>. Acesso em: 15 set 2016b.

CANDIOTTO, Cesar; COUTO NETO, Silvio. *O panoptismo eletrônico virtual e sua ameaça ao exercício da atitude crítica*. Cadernos de Ética e Filosofia Política, [S. l.], v. 2, n. 35, p. 83-101, 2019. DOI: 10.11606/issn.1517-0128.v2i35p83-101. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/162507>. Acesso em: 31 dez. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARDOSO, Ciro Flamarion. *Escravidão antiga e moderna*. In: Tempo, Vol. 3 - nº 6, Dezembro de 1998. Disponível em: <https://www.historia.uff.br/tempo/artigos_dossie/artg6-1.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2020.

CARPANEZ, Juliana. *O que está por trás do termo 'cidadão de bem', usado pelos presidentiáveis?* In: UOL, São Paulo, 08/09/2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.34306*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTEL, Robert. *As transformações da questão social*. In: Desigualdade e a questão social. Org.: Lucia Bógus, Maria Carmelita Yazbek, Mariangela Belfiore-Wanderley, trad. Mariangela Belfiore-Wanderley. São Paulo: Educ, 2000, pp. 235 – 264.

CASTRO, Edgardo. *El vocabulario de Michel Foucault: un recorrido alfabético por sus temas, conceptos y autores*. Buenos Aires: Prometeo/Universidad Nacional de Quilmes, 2004.

_____. *¿Un Foucault neoliberal?* Revista Latinoamericana de Filosofía Política, vol. VII, nº 2, 2018, pp. 1-32.

CASTRO, Lola Anyar de. *Criminologia da reação social*. Trad.: Ester Kosovski. - Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

CAULYT, Fernando. *Brasil encarcera em ritmo cada vez maior*. Website da Pastoral Carcerária. Disponível em: <<http://carceraria.org.br>>. Acesso em: 31 dez 2018.

CERTEAU, Michel. *A invenção do cotidiano: tomo 1, artes de fazer*. 3ª ed., org. Luce Giard, trad. Ephraim Ferreira Alves, Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1998.

CHAUÍ, Marilena. *Chauí: classe média é fascista, violenta e ignorante*. In: Portal Galedes. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br>>. Acesso em 30 ago 2020.

COELHO, André Felipe Canuto. *O estado liberal: entre o liberalismo econômico e a necessidade de regulação jurídica*. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados-MS, v. 8, n. 15, Jan./Jun. 2006, pp. 179-189.

COSTA, Fernando Nogueira da. *Estamento/Ordem x Classe*. Blog cidadania e Cultura. Disponível em: <<https://fernandonogueiracosta.wordpress.com>>. Acesso em: 16 out. 2020.

COUTO NETO, Silvio. *O movimento de "lei e ordem" e a iniquidade do controle social pelo sistema penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

DARDOT, Pierre; LAVAL Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Epub. Trad. Mariana Echalar, São Paulo: Boitempo, 2016.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2017.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manoel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra, 1997.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Orientador: Juarez Cirino dos Santos. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba: 2012.

DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica*. Trad. Vera Porto Carrero, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

ERDELYI, Maria Fernanda. *Brasil dobra número de presos em 11 anos diz levantamento*. Disponível em: Globo.com – G1: <<https://g1.globo.com>>. Acesso em: 31 dez. 2018.

EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. Trad. António Fernando Cascais, Lisboa: Veja, 1993.

FEELEY, Malcolm M; SIMON, Jonathan. *The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications*, Criminology, Volume 30, Number 4, pp. 449 – 472, 1992. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/718>>, Acesso em: 03 dez. 2020.

FÊO, Flávio. *Acontecimento e história: Foucault e os historiadores*. Orientador: Cesar Candiotto. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018.

FONSECA, Marcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

_____. *A coragem da verdade: o governo de si e dos outros II: curso no Collège de France (1983-1984)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. In: MARCIONILO, Marcos José (Ed.). São Paulo: Edições Loyola, 1997.

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

_____. *A verdade e as formas jurídicas: conferências proferidas na PUC-RJ por Michel Foucault*. Trad. Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

_____. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. Trad. Salma Tannus Muchail, 8ª ed., 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Aulas sobre a vontade de saber*. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

_____. *Estratégia, Poder-Saber*. ditos e escritos, vol. IV. Org. Manuel Barros da Motta, 2ª ed., Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. São Paulo, Forense Universitária, 2006.

_____. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975 -1976)*. 2ª ed., 3ª tiragem, trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2018a.

_____. *Gerir os ilegalismos*. In: POL-DROIT, Roger. Michel Foucault: entrevistas a Roger Pol-Droit. Trad. Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro, rev. tec. Andrea Daher. São Paulo: Graal, 2006. pp.41-52.

_____. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. 16ª ed., Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque, Rio de Janeiro: Edições Graal, 2005.

_____. *História da Sexualidade II: o uso dos prazeres*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque, rev. José Augusto Guilhon Albuquerque, Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1998.

_____. *Il faut défendre la société: cours au Collège de France (1975-1976)*. Édition numérique réalisée en août 2012 à partir de l'édition CD-ROM, Le Foucault Électronique (ed. 2001). Disponível em: <https://monoskop.org/images/9/99/Foucault_Michel_II_faut_defendre_la_societe.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

_____. *Malfazer, dizer verdadeiro: função da confissão em juízo: curso em Louvain*. Trad. Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2018b.

_____. *Microfísica do poder*. 29ª Reimpres., Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2011.

_____. *Nascimento da biopolítica: curso no Collège de France (1978 -1979)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

_____. *O que é a crítica? (Crítica e Aufklärung). Qu'est-ce que la critique? Critique et Aufklärung*. Bulletin de la Société Française de Philosophie, Vol. 82, nº 2, pp. 35 - 63, avr/juin 1990 (Conferência proferida em 27 de maio de 1978). Tradução de

Gabriela Lafeté Borges e revisão de Wanderson Flor do Nascimento. Disponível em: <<http://portalgens.com.br>>, acesso em: 03 dez 2018c.

_____. *O sujeito e o poder*. In: DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica*. Trad. Vera Porto Carrero, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, pp. 231-249.

_____. *Os anormais: curso no Collège de France (1974 -1975)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Repensar a política: ditos e escritos*, vol. VI. Org. Manoel Barros da Motta, trad. Ana Lúcia Paranhos Pessoa, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. *Segurança, território, população: curso no Collège de France (1977 -1978)*. Trad. Eduardo Brandão, rev. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

_____. *Surveiller et punir*. Naissance de la prison. Paris: Gallimard, 1975.

_____. *Verdade, poder e si mesmo*. In: Ditos e escritos, volume V: ética, sexualidade, política. Org. e sel. de textos Manoel Barros da Motta; trad. Elisa Monteiro, Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, pp. 294-300.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e criminalidade dos poderosos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 31, jun/set de 2000, pp. 102-136.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad., apres. e notas André Nascimento. Rio de Janeiro: Revam, 2008.

GIACOIA JUNIOR, Osvaldo. *As relações entre violência, poder e direito*. Escola Superior do Ministério Público do Paraná, *live* violência e direito. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9DoLqkNC5IA>>. Acesso em 23 dez 2020.

_____. *Conferência em live comemorativa do dia nacional do Ministério Público*. Escola Superior do Ministério Público do Paraná, *live* violência e direito. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=sqBXF0PCvE4>>. Acesso em 14 dez 2021.

_____. *Foucault*. In: Rago, Maria; Veiga-Neto, Alfredo (org.). *Figuras de Foucault*. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Prisões: falência ou sucesso total?* IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – online. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/artigo/853-Artigo-Prisoos-falencia-ou-sucesso-total>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

_____. *Suspensão condicional do processo penal: o novo modelo consensual de justiça criminal*. São Paulo: RT, 1995.

GREGÓRIO, Sérgio Biagi. *Dicionário de Filosofia on-line*. Disponível em: <<https://sites.google.com/view/sbgdicionariodefilosofia/>>. Acesso em 20 ago. 2020.

GROS, Frédéric. *Problematização*. In: Mnemosine, Artigos, trad. Alessandro Francisco, vol.11, nº 2. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015, pp. 296-297.

_____. *A propósito de A hermenêutica do sujeito*. In: Mnemosine, Artigos, trad. Alessandro Francisco, vol.8, nº 2. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012, pp. 316-330.

HAYEK, Friedrich A. *O caminho da servidão*. 6ª ed. Trad. Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HARCOURT, Bernard E. *Situação do curso*. In: FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972 -1973)*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. pp. 241-281.

HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios fundamentais da filosofia do direito*. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: M. Fontes, 1997.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Trad. e notas: Renato Janine Ribeiro, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HORÁCIO. Q. *Epistularum liber primus*. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com>>. Acesso em 18 out. 2020.

HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. [on-line]. Disponível em: <<https://houaiss.uol.com.br>>. Acesso em: 30 set. 2020.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica aplicada. Publicações: *Atlas da violência 2018*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em: 31 dez 2018.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: _____; CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo – noções e críticas. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri-SP: Manole, 2003.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes, 2016.

_____. *A metafísica dos costumes*. Trad. e notas: Edson Bini, Bauru-SP: Edipro, 2003.

_____. *A Paz perpétua*. Trad. Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2008.

_____. *Respondendo à pergunta: o que é esclarecimento*. In: MARCONDES, Danilo. *Textos de ética: de Platão à Foucault*. Pág. 88-89, 3ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

KANTOROWICZ, Ernest H. *Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval*. Trad. Cid Knipel Moreira, São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*, Rio de Janeiro: Luam, 1993.

LEMOS, Clécio. *“Homo penalis” no Brasil neoliberal: entendendo o grande encarceramento a partir de Foucault*. In: *Reinvenções de Foucault*. Org. Ana Kiffer et al. E-book Google. Rio de Janeiro: Lamparina, 2018.

LÊNIN, Vladimir Ilitch. *O imperialismo: etapa superior do capitalismo*. Apres. Plínio de Arruda Sampaio Júnior. Campinas-SP: FE-UNICAMP, 2011.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad.: Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Trad. de Anoar Aiex, São Paulo: Editor Nova Cultural, 1999.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

MADEIRA, Ligia Mori. *Mudanças no Sistema de Justiça Criminal Brasileiro nas Duas Últimas Décadas: Rumo a um Estado Penal?* Conference: IPSA World Congress Santiago Chile. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/279848537_Mudancas_no_Sistema_de_Justica_Criminal_Brasileiro_nas_Duas_Ultimas_Decadas_Rumo_a_um_Estado_Penal>. Acesso em 05 dez. 2020.

MALLART, Fábio. *O arquipélago*. In: Tempo social, vol.31 nº 3, São Paulo, set./dez. 2019. pág. 59-79. Epub. - 27-Jan-2020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ts/v31n3/1809-4554-ts-31-03-0059.pdf>>. Acesso em 30 out. 2020.

MARKOVITS, Daniel. *Entrevista: BBC News Brasil*. In: ALEGRETTI, Laís. *Farsa da meritocracia cria ressentimento explorado por populistas como Trump e Bolsonaro, diz professor de Yale*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-54373123>>. Acesso em: 05 out. 2020.

MAROY, Christian. *La méritocratie : seule en cause?* In: Sociologies [Online], Essential abstracts, Le Mérite contre la justice, Online since 27 January 2012, connection on 05 December 2020. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/sociologies/3779>>. Acesso em: 05 out. 2020.

MARTINS, Carlos Estevam; MONTEIRO, João Paulo. *John Locke vida e obra*. In: LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Trad. de Anoar Aiex, São Paulo: Editor Nova Cultural, 1999.

MARTINSON, Robert. *What Works? Questions and answers about prison reform*. The Public Interest, nº 35, pp. 22 – 54. Disponível em: <<https://www.gwern.net/docs/sociology/1974-martinson.pdf>>. Acesso em 04 dez. 2020.

MARX, Karl. *A lei não está desvinculada do dever geral de dizer a verdade*. Disponível em: <http://www.scientificsocialism.de/KMFEDireitoCAP7Port.htm#_ftnref3>. Acesso em: 16 fev. 2015.

_____. *O capital: crítica da economia política*, livro I: o processo de produção do capital (Coleção Marx e Engels). Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo Editorial. E-book - Kindle (1783 p.), Acesso em: ago. de 2019.

MELLOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2ª ed., trad. Ana Prata. Lisboa: Estampa, 1989.

MILL, John Stuart. *O utilitarismo*. Trad. Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras, 2000.

MELLO, Vico Denis S. de; DONATO, Manuella Riane A. *O pensamento iluminista e o desencantamento do mundo: Modernidade e a Revolução Francesa como marco paradigmático*. In: Revista Crítica Histórica, Programa de Pós-Graduação em História - Universidade Federal de Alagoas, Ano II, Nº 4, dezembro de 2011, pp. 248-264.

MELLOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Trad.: Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MOTTA, Manuel Barros da. *Introdução*. In: FOUCAULT, Michel. *Estratégia, Poder-Saber: ditos e escritos*, Vol. IV, Manuel Barros da Motta (org.), 2ª ed., trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. São Paulo, Forense Universitária, pág. V – LXVI, 2006.

MUCHAIL, Salma Tannus. *Foucault, simplesmente: textos reunidos*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. *Um filósofo que pratica histórias*. Revista Cult – Edição Especial: Michel Foucault, São Paulo, ano 18, janeiro de 2015.

NEDER, Gizlene. Nota introdutória à edição Brasileira. Pp. 11 – 16. In: RUSCHE, Georg; KIRSHEIMMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª ed., trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A gaia ciência*. Trad. Antônio Carlos Braga, São Paulo: Lafonte, 2020.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. *Estado de Bem-estar social: origens e desenvolvimento*. In: Katálisis – Universidade Federal de Santa Catarina, nº 5, pp. 89-103, jul/dez. 2001.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal, vol 1: introdução e parte geral*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal, apresentação esquemática da matéria, jurisprudência atualizada*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NÚÑES NOVO, Benigno. *As mudanças na legislação penal e processual penal com o pacote anticrime*. In: Conteúdo Jurídico, 29 jan. 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54192/as-mudanas-na-legislao-penal-e-processual-penal-com-o-pacote-anticrime>>. Acesso em: 06 dez. 2020.

OLIVEIRA, Augusto Nefali Corte de. *Neoliberalismo durável: o Consenso de Washington na Onda Rosa Latino-Americana*. In: Opinião Pública, Campinas, vol. 26, nº 1, jan.-abr., p. 158-192, 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/op/v26n1/1807-0191-op-26-1-0158.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

PACHUKANIS, E. B. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Trad. Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Trad. Ignacio Muñagorry. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.

PIACENTINI, Ébano. *Entenda o Maio de 68 francês*. Folha Online, 30 abr. 2008. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2008/04/396741-entenda-o-maio-de-68-frances.shtml>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

PINTO, Ana Estela de Sousa. *Mundo vive onda de desdemocratização, afirma estudo*. In: Folha de São Paulo online, 12.set. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/09/mundo-vive-onda-de-desdemocratizacao-afirma-estudo.shtml>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

PLATÃO. *Teeteto*. 3ª Ed. Tradução de Adriana Manuela Nogueira e Marcelo Boeri; intr. e com. José Trindade Santos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

REVEL, Judith. *Dicionário Foucault*. Trad. Anderson Alexandre da Silva, rev. tec. Michel Jean Maurice Vicent, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

RIBEIRO, Josuel S. P. *Os Contratualistas em questão: Hobbes, Locke e Rousseau*. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 16, n. 1, 2017, pp. 3-24.

RIBEIRO, Paulo Silvino. *Rousseau e o contrato social: Brasil Escola*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br>>. Acesso em 23 de ago. de 2020.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: vol 1, Parte Geral*. 34. ed., atual. de acordo com o novo Código Civil Lei n. 10.406, de 10-1-2002, 4. tir. São Paulo, Saraiva, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Coleção Os Pensadores, vol. 1. Trad.: Lourdes Santos Machado, São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos; la estructura de la teoría del delito*. Trad. da la 2ª ed. alemana y notas: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal; 3ª reimp. Madrid: Civitas, 2003.

RUSCHE, Georg; KIRSHEIMMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SALOMÃO NETO, Antônio; DAVID, Décio Franco. *Reflexões sobre a pena em Hegel: (in)compreensão e dificuldade de superação*. In: Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 10, n. 18, jan./jun. 2018, pp. 59-80.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 7ª ed. (rev. atual. e ampl). Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

_____. *A criminologia radical*. 3ª ed. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SEHELLART, Michel. *Situação do curso*. In: FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica. curso no Collège de France (1978 -1979)*. Trad.: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político: teoria do Partisan*. Trad.: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. New York and London: Taylor & Francis e-Library, 2003.

SILVA, Leonardo Werner. *Internet foi criada em 1969 com o nome de "Arpanet" nos EUA*. In: Folha de São Paulo – Cotidiano, 12 ago. 2001. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u34809.shtml?origin=folha>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (eigenschaften) solipsistas do direito*. In: Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011. ISSN 1982-4564. disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/561/373>>, acesso em 17 out. 2021.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 8ª. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

THOMPSON, Edward P. *The making of the English working class*. New York: Vintage Books, 1966.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 1. 21ª ed. (rev. e atual.), São Paulo: Saraiva, 1999.

VÁRNAGY, Tomás. *O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo*. In: Filosofia política moderna: de Hobbes a Marx Boron, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo DCP-FFLCH, 2006.

VAZ, Alexandre Fernandez. *Dialética do esclarecimento: 70 anos*. In: Pensar a Educação, 22 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://pensaraeducacao.com.br/pensaraeducacaoempauta/dialetica-do-esclarecimento-70-anos/>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

VEYNE, Paul. *Michel Foucault, O pensamento, a pessoa*. Trad.: Luís Lima. Lisboa: Edições Texto e Grafia, 2009.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*, Trad.: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Crime e castigo nos Estados Unidos: de Nixon a Clinton*. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, nº 13, nov. 1999, pp. 39-50.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Org. e Int.: H.H. Gerth e C. Wright Mills.; Trad.: Waltensir Dutra, rev. téc.: Prof. Fernando Henrique Cardoso; 5ª ed., Rio de Janeiro: LTC Editora, 1982.

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

_____. *En busca de las penas perdidas, deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1989.

_____. *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*. In: PIERANGELI, José Enrique (coord.). *Direito Criminal*, nº 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 11-40.

_____. *O inimigo no direito penal*. 3ª ed. (6ª reimp.), trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral – vol. 1*. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.