



UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
“JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
Câmpus de Marília

FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

PEDRO LUIS FRACAROLI PEREIRA

MICHEL FOUCAULT E A SOCIEDADE PUNITIVA

MARÍLIA, SP

2024

FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

MICHEL FOUCAULT E A SOCIEDADE PUNITIVA

Pedro Luis Fracaroli Pereira

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Faculdade de Filosofia e Ciências da Universidade Estadual Paulista – UNESP – Campus de Marília, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Filosofia. Linha de Pesquisa: Conhecimento, Ética e Política.

Orientador: Dr. Ricardo Monteagudo

Bolsista: Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 88887.659082/2021-00

MARÍLIA, SP

2024

P436m Pereira, Pedro Luis Fracaroli
Michel Foucault e a sociedade punitiva / Pedro Luis Fracaroli
Pereira. -- Marília, 2024
135 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp),
Faculdade de Filosofia e Ciências, Marília
Orientador: Ricardo Monteagudo

1. Michel Foucault. 2. Contratualismo e punição. 3. Política
criminal e prisão. 4. Ilegalismos e poder punitivo. 5. Poder-saber
penal.. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de
Filosofia e Ciências, Marília. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

CERTIFICADO DE APROVAÇÃO

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO: Michel Foucault e a sociedade punitiva

AUTOR: PEDRO LUÍS FRACAROLI PEREIRA

ORIENTADOR: RICARDO MONTEAGUDO

Aprovado como parte das exigências para obtenção do Título de Mestre em Filosofia, pela Comissão Examinadora:

Prof(a). Dr(a). RICARDO MONTEAGUDO (Participação Virtual)
Departamento de Filosofia / Unesp, Faculdade de Filosofia e Ciências, Marília

Prof. Dr. HÉLIO ALEXANDRE DA SILVA (Participação Virtual)
Faculdade de Ciências Humanas e Sociais / Unesp/Câmpus de Franca

Prof(a). Dr(a). MARCOS CESAR ALVAREZ (Participação Virtual)
Departamento de Sociologia / Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas

Marília, 11 de dezembro de 2023

Paulo Sergio
Teles:19097331
803

Assinado de forma digital
por Paulo Sergio
Teles:19097331803
Dados: 2023.12.15
10:29:38 -03'00'

Paulo Sérgio Teles
Supervisor Técnico de Seção
Seção Técnica de Pós-Graduação

A meu pai, *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Ricardo Monteagudo, professor Dr. orientador desta pesquisa, por todos ensinamentos, desde à graduação, e por sua amizade. Agradeço também por acreditar no problema perquirido e sempre apontar a sua relevância, com o consequente estímulo para a pesquisa. Agradeço, por fim, pela colaboração com a organização e o refinamento do texto.

Agradeço a Amilton Bueno de Carvalho, jurista que enxerga o direito pela filosofia e a filosofia pelo direito, com a dignidade humana no centro e à mira. Agradeço, sobretudo, por suas lições possibilitarem, com vigor, um outro olhar sobre o direito penal e a política criminal.

Agradeço a meu tio, Benedito Cerezzo Pereira Filho, por toda inspiração com os estudos, e a meu irmão, Fabrício Fracaroli Pereira, por todo apoio.

Agradeço à UNESP, de maneira geral, especialmente ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia, na pessoa dos docentes e servidores.

Agradeço à minha mãe por possibilitar tudo.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Sempre se tem o hábito de falar da "burrice" da burguesia. Pergunto-me se o tema da burrice burguesa não é um tema para intelectuais: estes imaginam que os comerciantes são limitados, os endinheirados são cabeçudos e os que estão no poder são cegos. A salvo dessa crença, aliás, a burguesia é de uma inteligência notável. A lucidez e a inteligência dessa classe, que conquistou e manteve o poder nas condições que conhecemos, produzem realmente efeitos de burrice e cegueira, mas onde, a não ser precisamente na comunidade dos intelectuais? É possível definir os intelectuais como aqueles sobre os quais a inteligência da burguesia produz efeito de cegueira e burrice. Além disso, tudo o que estava ocorrendo naquela implementação do sistema penal foi dito: o princípio da análise em forma da busca do não dito não será próprio daqueles que não são capazes de enxergar onde está o cinismo efetivo da classe dominante? Não há necessidade do silêncio do não dito para precipitar o entendimento, a profundidade do intérprete, que encontraria aquilo que os outros não disseram. Na verdade os outros sempre disseram [tudo]. O problema, portanto, não é ir buscar nas lacunas de um texto a força ou o efeito do não dito. Por fim, isso implica que nunca será em textos de um autor ou numa obra que se irá buscar esse dito, esse cinismo e essa inteligência. Se a burguesia parece burra, é porque os vestígios de sua inteligência ou de sua burrice são buscados naquela categoria de discursos muito escolarizados que se chamam obras dos autores, textos. Todas essas categorias – autores, escritores, obras, textos – são aquilo que a escolarização da sociedade isolou em relação à massa ativa e estratégica dos discursos. Um texto é um discurso que perdeu seu contexto e sua eficácia estratégica. Uma obra é um discurso que foi vinculado por um lado a um autor e, por outro, aos significados implícitos de um não dito. "A burguesia é burra", "as coisas não são ditas", "o importante são as obras" – essas três proposições comandam a análise textual, que é preciso abandonar. Dizer que as coisas estão ditas é admitir o princípio do cinismo da burguesia e dimensionar a amplitude desse poder contra o qual se luta. Admitir que o importante são os discursos é recolocar o discurso onde, efetivamente, ele pode ser atacado: não em seu sentido, não pelo que ele não diz, mas no nível da operação que ocorreu através dele, ou seja, em sua função estratégica, a fim de desfazer aquilo que o discurso fez. Portanto, deixemos de lado as obras e os textos e estudemos de preferência os discursos nas funções ou nos campos estratégicos em que eles produziram seus efeitos. (FOUCAULT, 2018, p. 151-3)

RESUMO

O objetivo do presente trabalho consiste em analisar os pressupostos filosóficos de legitimação das teorias da pena em seu espectro *contratualista*, fase da política criminal classificada como *pena-direito*, com especial atenção para a análise crítica de Foucault sobre a penalidade, a sugerir a punição como um complexo ato de poder, momento punitivo que classificaremos como *pena-poder*. A pesquisa inicia-se pelo exame da primeira fase a partir de uma apresentação de notas elementares da relação sujeito-contrato, relação fundamental na crítica de Foucault ao contratualismo moderno para compreender os fundamentos e a funcionalidade do soberano. Para os contratualistas, a pena corresponde a um direito, uma faculdade de punir (*jus puniendi*) decorrente do *contrato* e cujo titular deste exercício é o Estado soberano. Na esteira dos dois paradigmas acima mencionados e entremeio a ambos, apresentamos um recorte da obra de Cesare Beccaria, “Dos Delitos e das Penas”, pois além de ser sintetizador do modelo punitivo contratualista (pena-direito), afigura-se um clássico do pensamento criminológico moderno até hoje revisitado nos estudos sobre Criminologia. Por último, o trabalho se concentra na aqui chamada pena-poder, com o intento de revelar a natureza política das opressões criminais como aparelho de controle de comportamentos e normalização de interesses, cujo objeto basilar será o estudo e a análise filosófica das obras de Foucault, especialmente “A Sociedade Punitiva”, “Vigiar e Punir”, “A Verdade e as Formas Jurídicas” e “‘Alternativas’ à Prisão: Michel Foucault, um encontro com Jean-Paul Brodeur”.

Palavras-chave: Michel Foucault. Contratualismo e punição. Política criminal e prisão. Illegalismos e poder punitivo. Poder-saber-penal.

ABSTRACT

The objective of the present work is to analyze the philosophical assumptions of legitimization of theories of punishment in its contractualist spectrum, a phase of criminal policy classified as penalty-law, with special attention to Foucault's critical analysis of the penalty, suggesting punishment as a complex act of power, a punitive moment that we will classify as power-penalty. The research begins by examining the first phase based on a presentation of elementary notes on the subject-contract relationship, a fundamental relationship in Foucault's critique of modern contractualism to understand the foundations and functionality of the sovereign. For contractualists, the penalty corresponds to a right, a faculty to punish (*jus puniendi*) arising from the contract and whose holder of this exercise is the sovereign State. In the wake of the two paradigms mentioned above and intertwined with both, we present an excerpt from the work of Cesare Beccaria, "Of Crimes and Penalties", as in addition to being a synthesis of the contractualist punitive model (punishment-law), it appears to be a classic of the modern criminological thought still revisited today in studies on Criminology. Finally, the work focuses on what is called power-penalty, with the intention of revealing the political nature of criminal oppression as a device for controlling behavior and normalizing interests, whose basic object will be the study and philosophical analysis of Foucault's work's, especially "The Punitive Society", "Discipline and Punish", "The Truth and Legal Forms" and "'Alternatives' to Prison: Michel Foucault, an encounter with Jean-Paul Brodeur".

Keywords: Michel Foucault. Contractualism and punishment. Criminal policy and prison. Illegalisms and punitive power. Criminal power-knowledge.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	11
INTRODUÇÃO.....	16
1. A Legitimação Punitiva para Hobbes.....	20
1.1 A Legitimação Punitiva para Rousseau.....	26
1.2 Cesare Beccaria: Dos Delitos e das Penas.....	31
2. A pós-modernidade: a análise de Foucault.....	42
2.1 Advertência epistemológica sobre a análise do discurso punitivo: a relação espúria entre poder e saber na ciência penal.....	55
2.2: Os ilegalismos como marca da transição do Antigo Regime para o Estado Moderno de Direito: as influências da economia política capitalista na legalidade penal.....	63
2.2.1 Ilegalismo popular e delinquência.....	70
2.2.2 O Estado de Direito: entre a Razão e a fraude.....	74
3. O projeto teórico da reforma penal e a instituição carcerária: cidade punitiva x cidade coercitiva.....	78
3.1 A instituição carcerária e a seletividade penal: a política enquanto guerra civil permanente.....	98
3.2 “Alternativas” à prisão.....	112
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	127
REFERÊNCIAS e BIBLIOGRAFIA.....	130

APRESENTAÇÃO

“Para a reeducação do gênero humano. – Vocês, homens prestativos e bem-intencionados, ajudem na obra de erradicar do mundo o conceito de punição, que o infestou inteiramente! Não há erva mais daninha! Ele não apenas foi introduzido nas consequências de nossas formas de agir – e como já é terrível e irracional entender sua causa e efeito como causa e punição! –, mas fez-se mais, privando da inocência, com essa infame arte interpretativa do conceito de punição, toda a pura casualidade do acontecer. A insensatez chegou ao ponto de fazer sentir a existência mesma como punição – é como se a educação do gênero humano tivesse sido orientada, até agora, pelas fantasias de carcereiros e carrascos!”. (NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Aurora*. 2004, p. 21 (livro I, aforismo 13)).

A presente pesquisa tem por objeto o problema da *punição* no cenário da filosofia política. Seu estímulo brota não de uma questão abstrata, técnica, recortada tão só academicamente, mas brota sobretudo da percepção acerca do terrível cenário punitivo contemporâneo, percepção que encontra correspondência em dados objetivos.

De acordo com o Conselho Nacional da Justiça (CNJ), o Brasil ostenta a terceira maior população carcerária do mundo, atrás somente dos Estados Unidos e da China, que também têm taxas exorbitantes. Segundo a pastoral carcerária, o número de pessoas presas alcançou o índice de 919.393¹, dos quais mais de 40% são provisórios, isto é, não possuem culpa formada.

Existe um sem número de dados alarmantes, ao menos do ponto de vista científico, isso porque contrariam as promessas declaradas pelo discurso punitivo oficial. Não cabe aqui

¹ <https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/numero-de-presos-no-brasil-ultrapassa-900-mil-a-quem-serve-o-encarceramento-em-massa> (Acesso em 10/11/2023)

listar todos, todavia, esses números se conformam em eixos que valem a menção, a exemplo da seletividade penal desse sistema², da reincidência³, além da crueldade que o adornam⁴.

Para o discurso punitivo oficial, a reincidência⁵ deve configurar aumento da pena (circunstância agravante⁶) do infrator por representar recalcitrância com o crime, isto é, vontade de continuar a delinquir, a revelar rebeldia e risco à ordem social garantida pelo Sistema Penal; por outro lado, para a Criminologia Crítica, pelo fato de a reincidência revelar falha do Estado na promessa de “ressocialização” dos infratores, deveria figurar como causa de diminuição de pena (circunstância atenuante), uma vez que não entregou o que prometeu, isto é, o efeito punitivo educador não logrou êxito, pelo contrário, permitiu e talvez até tenha contribuído para a prática de novo crime. Nesse sentido, explica Juarez Cirino dos Santos:

(...) o novo crime é produto da ação deformadora da prisão sobre o condenado, através da execução da pena do crime anterior. (...) Se novo crime é cometido após a passagem do agente pelo *sistema formal* de controle social, com *efetivo cumprimento* da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário *deveria* induzir o legislador a incluir a *reincidência real* entre as *circunstâncias atenuantes*, como produto específico da atuação *deficiente e predatória* do Estado sobre sujeitos criminalizados. (SANTOS, 2010, p. 530-1)

Ora, como compreender esses discursos confrontantes? Em análise apartada, estritamente teórica, ambos podem fazer sentido. Todavia, pergunta-se: por que prevalece, no discurso *científico* majoritário e também na prática penal, a opção pela reincidência como circunstância agravante? A resposta a essa indagação só pode ser do âmbito da *escolha política*, aquelas escolhas inconfessáveis de política criminal que animam um sistema punitivo, portanto, da *vontade* menos manifesta do *saber* e do *poder*, problema que aqui se busca perquirir.

² Sobre dados e recortes a respeito de raça, escolaridade e vulnerabilidade econômica: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao> (Acesso em 10/11/2023)

³ Segundo um estudo publicado em julho de 2013, realizado por Maiara Corrêa, pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência (NEV/USP), a taxa de reincidência criminal de 70% amplamente divulgada pela mídia não corresponde à realidade das pesquisas realizadas, que indicam taxas menores, em torno de 46%. A esse respeito, consultar a matéria pelo link: <https://nev.prp.usp.br/noticias/13-07-2023-nev-na-midia-jornal-da-usp-no-ar-dados-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil-apresentam-equivocos/> (Acesso em 10/11/2023)

⁴ <https://www.conjur.com.br/2023-fev-04/gabriel-candido-tortura-superlotacao-prisoas-brasileiras> (Acesso em 10/11/2023) e <https://www.camara.leg.br/noticias/809067-onu-ve-tortura-em-presidios-como-problema-estrutural-do-brasil/> (Acesso em 10/11/2023)

⁵ Nos termos do artigo 63 do Código Penal: “Art. 63 – Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

⁶ Nos termos do artigo 61, I, do Código Penal: “Art. 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

Em 2015, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou a situação prisional do país um “estado de coisas inconstitucional”, com “violação massiva de direitos fundamentais” da população prisional, por omissão do poder público⁷. Na sequência, em 2016, passou a permitir a forma prisional de maneira mais célere, vez que mudou o entendimento consolidado desde 2009 que afirmava a supremacia do princípio da presunção de inocência insculpido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”, de modo que a aplicação de pena, inclusive de prisão, só seria possível após o trânsito em julgado de decisão penal condenatória, isto é, após condenação da qual não mais seria possível apresentar recurso, uma vez que o esgotamento recursal sem modificar a condenação indicaria a formação de *culpa*, elemento autorizador da investida punitiva estatal. Ora, pergunta-se: o que se passa com um Tribunal, guardião supremo da Constituição, que num ato declara o sistema carcerário nacional como “estado de coisas inconstitucional” e, num ato subsequente, entende por mitigar a garantia processual fundamental da presunção de inocência, a contribuir com o agravamento desse estado de coisas inconstitucional? Afinal, o resultado prático de tal decisão foi o encarceramento acelerado e menos rigoroso. Qual a *racionalidade* desse tribunal? Ou, qual o seu compromisso? Se naquele momento o *poder* tinha interesses políticos específicos, a extensão de seu ato injusto de distorcer garantia processual penal constitucional transcendeu o alvo determinado, a prejudicar milhares de acusados que inclusive tinham a possibilidade de ter sua inocência reconhecida por julgamento ulterior ao Acórdão condenatório de segunda instância. Para além dos prejuízos políticos, jurídicos e político-penais possibilitados por tal entendimento exarado pelo STF, tal episódio contribuiu para agravar a superlotação prisional e seu “estado de coisas inconstitucional”, além de o Supremo Tribunal Federal contrariar, sem escrúpulos e sem cerimônia, sua suposta preocupação com o sistema penal carcerário, por ele mesmo declarado “estado de coisas inconstitucional”. Ou seja, declarou-se o “estado de coisas inconstitucional” e correu-se alimentá-lo.

⁷In: “*Estado de coisas inconstitucional*” nas prisões repercute dentro e fora do país, matéria publicada no portal de notícias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), disponível pelo link: <https://www.cnj.jus.br/estado-de-coisas-inconstitucional-nas-prisoas-repercute-dentro-e-fora-do-pais/#:~:text=%C2%B0%20347%2C%20o%20Supremo%20Tribunal,por%20omiss%C3%A3o%20do%20poder%20p%C3%ABlico>. (Acesso em 10/11/2023)

Em clara manifestação do Direito enquanto arte *poiética*, manipulável, em 2019 o STF reformou o entendimento de 2016 para repristinar a tese de 2009 de observância estrita à presunção de inocência, no sentido de prevalecer a regra de cumprimento da pena após o trânsito em julgado de decisão penal condenatória, como manda o artigo 5º, LVII, da Constituição.

Uma vez ciente da situação carcerária e dos descompassos jurídicos entre teoria e prática, isto é, entre choques de discursos, promessas de direitos e a verificação de suas rotineiras violações, buscou-se compreender esse problema à luz da filosofia. Para a maioria dos juristas trata-se de um cenário juridicamente justo, ou injusto ao contrário, isto é, injusto não por toda atrocidade inerente ou decorrente do sistema punitivo, mas pela falta de mais punição, de mais severidade penal. Ora, como um país que ostenta a terceira maior população encarcerada pode punir pouco? A tese da impunidade parece falaciosa por vários ângulos.

Ao organizar essa inquietação, percebeu-se a necessidade de perquiri-la em dois momentos: 1º) *apresentação* dos axiomas que sustentam diretamente ou por derivação o sistema punitivo moderno; 2º) *articulação crítica* do paradigma punitivo moderno a partir de Foucault, a fim de expor as mazelas e inconsistências da política penal.

É certo que a História do Direito e a própria ideia de Direito são tão antigas quanto o mundo. Todavia, a *modernidade* importa sobremaneira em razão do Estado de Direito Moderno, modelo de organização social, econômica e política-jurídica ainda hoje vigente, apesar das reformas desde sua elaboração e efetivação a partir do Século XVIII.

Todavia, se por um lado, para os juristas, o cenário carcerário não é um problema, para a maioria dos pesquisadores em filosofia parece que também não, isso porque os trabalhos dirigidos a enfrentar essa questão são raros.

Ocorre que, no Brasil, no mais das vezes, as pesquisas em filosofia política parecem desligadas dos problemas cotidianos. Como afirma Renato Janine Ribeiro:

A filosofia política raras vezes, ao longo da história, esteve desligada da política imediata ou próxima. Não é o que imaginamos no Brasil, onde nutrimos uma visão meio empertigada da filosofia, afastada dos problemas de nosso dia-a-dia. Mas penso que faz parte da condição subdesenvolvida, ou melhor, da aceitação de um papel subalterno no jogo político mundial, a ideia de uma excessiva solenidade dos textos e mesmo das grandes obras. Enquanto não rompermos com esse esquema respeitoso, submisso, em relação aos clássicos – ou às duas ou três línguas europeias e aos quatro ou cinco países do Atlântico Norte que oligopolizam a reflexão dita de ponta –, não iremos além da dependência, e de uma dependência, mais que tudo, introjetada, escolhida e acatada por nós. (RIBEIRO, 2000, p. 9)

Bem se sabe que os problemas decorrentes do colonialismo, inclusive na esfera intelectual, assim como os da política imperialista são complexos e merecem análises particulares mais detidas; porém, aqui importa consignar o fato de as formas jurídicas nacionais serem derivadas, sobremaneira de modo acrítico, dos axiomas formulados pelos pensadores clássicos.

Apesar de todos os senões e pela forma como as questões são colocadas nesse trabalho, a filosofia apresenta-se como o saber mais apto e mais preparado a iluminar o tema proposto, embora ressalta-se que *Sociologia da Punição* enfrenta os problemas atinentes ao sistema penal com a perspicácia e profundidade críticas que o assunto reclama.

A tentativa de aproximar ao máximo a filosofia da concretude cotidiana encontra motivação, também, por entendê-la como *força viva*, cujos problemas e efeitos transcendem o universo literário. Tratar a filosofia com responsabilidade, especialmente no âmbito da filosofia política, significa não retirar dela o contato com a realidade, bem como não perder de mira seu poder e seu rigor conceitual. Talvez também valha para os pesquisadores em filosofia a advertência que Jhering fez aos juristas: “a vida não existe para os conceitos, mas os conceitos para a vida”. (JHERING, Rudolf Von. *L'esprit du droit romain*. 1886, p. 311, apud AZEVEDO, 2015, p. 13).

Na missão de cotejar conceitos filosóficos à luz da realidade prática, elege-se o campo da filosofia para a presente pesquisa, com o esforço de primeiro apresentar os principais fundamentos filosóficos que sustentam a ideia moderna de punição e, depois, dialogar criticamente com esses fundamentos a fim de demonstrar, com Foucault, suas inconsistências, inadequações e objetivos.

INTRODUÇÃO

Compreendo que uns queiram conquistar o poder ou combatê-lo, ou que se resignem a ele, ou o temam, ou o detestem. O que não compreendo é que se possa subestimar o poder. (LEBRUN, 1981, p. 9)

Com a bancarrota do Antigo Regime, o problema da legitimação da punição e do controle de novas práticas da nascente sociedade industrial se tornam correntes por dois principais motivos: (i) pelo advento do *racionalismo moderno* que reclama justificativas *racionais* para todos os axiomas, *racionalidade* que confrontará o sistema punitivo antigo através de aspectos de *utilidade, medida e humanidade*; (ii) a necessidade efetiva de novas teorias do direito e novas formas punitivas que deem conta da nova configuração econômica e social e seus diferentes delitos.

Foucault indica como marca penal do Antigo Regime a prática do *suplício*. Com a ascensão do Estado de Direito, na empreitada de organizar a sociedade em seu novo funcionamento econômico, político, jurídico, religioso, etc., nasce uma economia do poder de punir correlata a esse momento e aos jogos de forças e interesses que se desenrolam na sociedade burguesa em vias de se estruturar.

O novo sistema punitivo substitui o suplício enquanto forma geral de punição pela detenção instrumentalizada pela instituição carcerária, a prisão.

Nesse momento movediço de afirmação de instituições, Foucault chama a atenção para o fato de as teorias penais reformadoras terem se subordinado ao poder político e econômico na tensão dos jogos de forças e interesses que circundavam o assunto, de tal modo que exsurgiu daí um arranjo *científico* sob a formatação poder-saber e uma instituição punitiva coercitiva diversa da propugnada pelos teóricos reformadores ditos humanistas.

A partir dessa lógica política e epistemológica, os discursos iluministas sofreram inflexões substanciais em suas realizações concretas. A prisão, principal instrumento do sistema punitivo moderno, constitui exemplo desse fenômeno, vez que não decorre do arcabouço teórico reformador e foi buscar justificação *a posteriori*.

Isso posto, a presente pesquisa busca apresentar, no primeiro capítulo, os axiomas e argumentos elementares que sustentam o direito de punir na relação contratualista, base da teoria reformista. Para esse mister, foram feitos recortes dos contratualistas Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau.

Tanto Hobbes como Rousseau tratam o *criminoso* como inimigo social, rompido com o pacto e irredutível às leis gerais.

A partir dessa configuração do criminoso como aquele que guerreia contra a sociedade, busca-se demonstrar, no tópico sobre Hobbes, que em sua teoria política o exercício do poder deve expulsar do espaço público tal guerra empreendida pelo criminoso, com a proteção da sociedade civil, razão pela qual a *segurança* operada pelo soberano constitui objetivo fundamental do Estado. Para garantir a paz, a ordem civil e o bem comum, o soberano, autorizado pelos súditos, detém o poder de punir os desviantes.

A *segurança*, na filosofia de Hobbes, vem acompanhada de um dever de vigilância do Estado Leviatã que a tudo deve observar, a fim de não permitir que o homem civil regreda ao estado *selvagem* natural através de práticas criminosas ofensivas ao *contrato*.

A distinção entre homem natural (*selvagem*) e homem civil, como proposta na articulação hobbesiana, fundamentará o que Foucault chama de *mito da classe bárbara*, artifício conceitual e retórico que servirá de suporte à especificação da delinquência como exclusiva das classes baixas, a colocá-las no alvo principal da atuação penal. Igualmente, Foucault demonstrará que o exercício do poder punitivo vigilante como impositivo de uma *ordem normativa* não é o que suprime a guerra civil temida por Hobbes, mas o que a trava e sustenta seus jogos de dominação.

No tópico sobre Rousseau busca-se demonstrar a legalidade do *contrato social* como instrumento de salvaguarda da liberdade e igualdade originárias do homem, de modo que as instituições políticas devem operar sem onerar nenhum cidadão e com respeito à sua liberdade, transfigurada de liberdade natural para liberdade civil, como proposto por Rousseau. Nesse sentido, uma vez que o pacto pelo bem comum constitui os homens politicamente, o crime consistiria em ato particular *egoísta*, contrário à vontade geral do corpo político, cujas respostas às infrações devem ser buscadas nos termos do *contrato*.

No cenário teórico de Rousseau, certo de que a punição decorre do contrato entabulado pelos cidadãos a fim de garantir a higidez do corpo político, seu exercício, então, não seria somente aceito, mas também desejado pelos súditos conforme acordo social. A legalidade do pacto acertada pelo povo soberano visa conferir previsibilidade e limite à relação permitido/proibido tanto para os súditos quanto para o Estado, a representar uma conjugação perfeita entre liberdade e obediência.

Para além da envergadura da teoria política de Rousseau, apresentar certos argumentos acerca da punição e da legalidade que a amarra ao *contrato* faz-se necessário, também, pela influência desses arranjos conceituais sobre Beccaria, teórico reformador com quem Foucault dialoga amplamente em suas análises sobre a penalidade moderna.

Traçado esse pano de fundo *contratulista*, a partir da análise amparada em Foucault no terceiro capítulo, sobre a instituição do sistema punitivo moderno à luz das teorias penais reformadoras, a pesquisa busca mostrar aproximações e distanciamentos entre o projeto punitivo teórico, constante, por exemplo, nos tratados contratualistas e nos teóricos reformadores, e sua realização concreta a partir das instituições penais modernas, notadamente a instituição carcerária. Acompanha esse movimento de cotejo toques críticos sobre o paradigma contratualista.

A partir da exposição de Beccaria, no item 1.2, busca-se consignar o eixo principal de seu tratado reformista “Dos Delitos e Das Penas”, com o registro assertivo dos principais fundamentos e princípios penais ainda hoje celebrados, tanto que acompanha a apresentação teórica do milanês indicações contemporâneas de prevalência e desenvolvimento de seus postulados nas legislações e teorias penais vigentes.

No segundo capítulo, apresenta-se um desenvolvimento histórico acerca da passagem do sistema punitivo do Antigo Regime para o sistema penal moderno, com especial atenção para os fundamentos filosóficos e práticos que ensejaram o surgimento da prisão.

Acompanha esse desenvolvimento histórico uma “advertência epistemológica” sobre o discurso e as instituições penais, a fim de indicar certa relação espúria entre a economia política capitalista e a legalidade penal.

Em análise subsequente, sobre a transição do Antigo Regime para o Estado de Direito, foca-se na articulação feita por Foucault acerca das práticas dos “ilegalismos”, a indicar seu aspecto decisivo na derrocada do sistema antigo e ascensão do Estado Moderno, com a sugestão de pensar o Estado de Direito enquanto gestor de “ilegalismos”, situação que o coloca entre a *Razão* e a *fraude*. A relação entre “ilegalismo” popular e delinquência também é perquirida.

Por fim, no terceiro e último capítulo, como já foi dito acima, a pesquisa se concentra em cotejar o projeto teórico da reforma penal e a instituição carcerária, com a apresentação das aproximações e distanciamentos que mudaram o curso da reforma penal e comprometeram os princípios proclamados pelas *Luzes*. Na análise de Foucault, o projeto reformista que almejava

uma *cidade punitiva* acabou realizado sob a forma *cidade coercitiva*, com conflitos e torções entre a legalidade moderna e a arbitrariedade normativa disciplinar.

Fruto do poder-saber normalizador arbitrário e estratégico, a instituição carcerária conforma-se pela seletividade penal, cenário que enseja pensar a política enquanto guerra civil permanente entre dominantes e dominados, tópico desenvolvido no item 3.1.

No fechamento do terceiro capítulo, no item 3.2, buscou-se analisar e reproduzir argumentos contemporâneos críticos à prisão e em buscas de “alternativas” à prisão. Sustenta esse momento da pesquisa a conferência de Foucault, publicada no Brasil em 2022 sob o formato de livro pela editora Vozes, intitulada “‘Alternativas’ à prisão: Michel Foucault, um encontro com Jean-Paul Brodeur”, texto inédito no Brasil e pouco conhecido mundialmente certamente em razão de sua ausência nos tomos dos “Ditos e Escritos”.

A partir desse opúsculo, apresenta-se os argumentos de Foucault segundo os quais, em vista das propostas ditas alternativas à prisão empreendidas pela Suécia, Alemanha, Holanda e Bélgica que ele apresenta em sua conferência, na verdade, não são alternativas ao sistema carcerário. Embora impliquem certa diminuição da prisão, a lógica *coercitiva* é mantida, de modo que tais medidas continuam a garantir as funções clássicas e gerais do sistema punitivo, as velhas funções carcerárias.

Nesse contexto, as alternativas à prisão apresentadas, portanto, mantêm as formas de poder que o elemento coercitivo possibilita; mantêm o poder de controle e de produção social próprios da prisão e todo poder-saber que daí decorrem. Não são, propriamente, formas alternativas à prisão, mas integrativas do arquipélago carcerário.

Somado às razões expostas na apresentação deste trabalho, esse é o diagrama introdutório da pesquisa.

1.1 A Legitimação Punitiva para HOBBS

No fundo, tudo se passa como se Hobbes, longe de ser o teórico das relações entre a guerra e o poder político, tivesse desejado eliminar a guerra como realidade histórica, como se ele tivesse desejado eliminar a gênese da soberania. Há no Leviatã todo um início do discurso que consiste em dizer: pouco importa que nos tenhamos combatidos ou não, pouco importa que vocês tenham sido vencidos ou não. (FOUCAULT, 2019, p. 81)

Para Thomas Hobbes,

A natureza fez os homens tão iguais quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo. (HOBBS, 1997, p.107)

Segundo o filósofo, a natureza do Homem é tal que, da igualdade de forças e condições bem como dos descompassos e choques de interesses, tem-se necessariamente um estado de “guerra de todos contra todos”. O homem natural hobbesiano enxerga o seu semelhante somente como inimigo ou instrumento, afinal “os homens não tiram prazer algum da companhia uns dos outros”. (HOBBS, 1997, p.108)

O estado de natureza impele o homem para a discórdia por “três causas principais: a competição; a desconfiança; e a glória.” (HOBBS, 1997, p.108). Comum também a essa condição é a avidez pelas mesmas coisas, pelas mesmas paixões, que igualmente conduz os homens à inimizade e à vontade de um subjugar o outro e, por simetria lógica, de um resistir ao outro, a culminar, por essa forma, em conflitos.

Na verdade, mais do que *estado de natureza*, essas características de homem belicoso são, para Hobbes, essencialmente, a verdadeira natureza do homem. Ademais, Hobbes rompe com a filosofia e a tradição política aristotélica, uma vez que refuta a ideia de homem social, homem enquanto animal político, “homem que naturalmente vive em sociedade, e só desenvolve todas as suas potencialidades dentro do Estado” (RIBEIRO, 2006, p. 57)

Hobbes guarda em seu modelo de homem a *racionalidade* como elemento constituinte. Por conseguinte, essa racionalidade está presente no homem do *estado de natureza*, não somente no homem artificial do contrato.

Ocorre que as ações e cálculos racionais, antes de contratarem entre si pela existência e efetividade do Estado, consistem nessas suposições imaginárias de prever as atitudes do semelhante, sem conseguir reprimir todas as paixões, medos e instinto de disputa. Esse cenário de desentendimento entre os homens e consequente guerra generalizada não os favorece em nada, pelo contrário, impede todo progresso, toda forma de indústria e cultura. Resta ao homem uma situação grosseira, animalizada, breve e de pleno desconforto, a colocar em risco até mesmo, no limite, a própria espécie humana.

Essa situação leva à necessidade de superar tal condição precária. Para Hobbes, mesmo no estado de natureza, os homens podem firmar um acordo com seus semelhantes em busca da pacificação, porém, não teriam garantia nenhuma do seu cumprimento. Para a estrita observância de um pacto de paz, faz-se necessário que tal ordem seja garantida por força de um terceiro: o Estado soberano, no caso, particularmente, o Estado Leviatã, constituído por um *pacto* entre os cidadãos, no qual os súditos abdicam do direito natural à força e reduzem todas as suas vontades ao jugo de uma única a guiá-los: a vontade do Estado, para viverem sob a força da lei que prescreve obrigações iguais para todos. Afinal:

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns. (HOBBS, 1997, p.142, 143-4)

Dessa forma, mais uma vez contra Aristóteles, para Hobbes o homem não é naturalmente sociável e também a sociedade política não é um fato natural. Como diz o próprio Hobbes:

é certo que há algumas criaturas vivas, como as abelhas e as formigas, que vivem sociavelmente umas com as outras (e por isso são constadas por *Aristóteles* entre as criaturas políticas). O acordo vigente entre essas criaturas é natural, ao passo que o dos homens surge apenas através de um pacto, isto é, artificialmente. (HOBBS, 1997, p.142-3)

Desse pacto, que culminará na constituição do Estado soberano, nascerá, para Hobbes, a sociedade civil, a ser regida pela lei civil e não pela lei natural.

Medo e esperança deixam de girar em torno de pessoas e situações ameaçadoras e, alcançado estado de paz, com a racionalidade e a ponderação como guias, se convertem em confiança na segurança proclamada pelas leis do Estado soberano.

O medo, agora, deve ser do brasão, da espada do soberano e só deve ser experimentado pelos desobedientes, pelos “foras-da-lei”, pois por direito decorrente do contrato, sobre os infratores recairá o *poder de espada*, o poder de punição.

Uma vez que os súditos temem o peso e o corte da *espada*, ainda que queiram agir de outra forma, são impelidos por essa força soberana a agir corretamente, isto é, conforme ao pactuado, com respeito uns aos outros, a conferir concretude à esperança de vida social segura, sem ameaças.

Por essa forma, é possível dizer que o poder absoluto do Estado hobbesiano não se confunde com poder arbitrário, *tirano*. Se a Lei não o obriga (porque é ele quem faz e desfaz as leis), a legalidade que é imposta aos súditos com força de obrigação deve atender a certas finalidades benéficas aos próprios súditos, aquelas mesmas que motivaram a origem, a constituição do Estado: o alcance da paz, do bem comum e a superação do estado natural infértil, precário e belicoso. Consigna Hobbes (1997, p. 141):

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza que foram expostas nos capítulos décimo quarto e décimo quinto. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar a menor segurança a ninguém. Se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros.

Elemento fundamental, então, que deve ser proporcionado pelo Estado aos súditos é a *segurança*. No limite, a *segurança* constitui o elemento fundante do Estado, e aquilo que impede a dissolução da soberania.

Nesse cenário, os súditos têm liberdade para praticar todos os atos não defesos em Lei, todos os atos que não violem as prescrições do Estado necessárias à ordem e à segurança.

Crime, então, significa “um pecado que consiste em cometer (por feito ou por palavra) um ato que a lei proíbe, ou em omitir um ato que ela ordena.” (HOBBS, 1997, p. 223) Ato que traz em seu bojo alta carga de desprezo pela autoridade do Estado soberano.

As leis não são feitas para constranger a existência dos homens, mas para dirigi-los, protegê-los contra si mesmos e contra os outros, a fim de que reine a paz.

Afinal, entende-se por Lei⁸:

A lei civil é, para todo súdito, constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal; isto é, do que é contrário ou não é contrário à regra. (Hobbes, 1997, p. 207)

Nessa esteira, para assegurar a ordem prometida e prevista no *pacto*, superadora do estado natural de guerra de todos contra todos, compete ao Estado o exercício da espada, isto é, da *punição* dos súditos que se desviarem do caminho da paz e do bem comum, que descumprirem ou se omitirem quanto a observância das regras e das leis, pois isso significaria atentar contra o poder soberano e toda segurança que ele representa.

Portanto, o *ius puniendi* do Estado tem previsão legítima e expressa no *contrato*. Sua operacionalização pelo soberano é a garantia da incolumidade da sociedade e eficácia do Estado. Assim como a sebe não afigura-se um mal para os viajantes, a punibilidade revela-se como necessariamente boa para a ordem almejada pelos súditos.

O contrato, cessão recíproca de direitos, e o pacto, renúncia ao direito natural próprio, derivam, portanto, do direito subjetivo, da vontade subjetiva. Assim, o pacto será fonte legítima de toda ordem jurídica positiva, fonte até mesmo de toda justiça, já que para Hobbes a justiça consiste exatamente no cumprimento do pacto. A espada, isto é, o estabelecimento de penas, constitui, nesse sentido, elemento da mais lúdima justiça.

O exercício da punição, então, configura ponto fulcral na constituição e no exercício do Estado soberano, posto que funciona como medida de justiça e instrumento garantidor da ordem e da segurança que fez os homens quererem associar-se. Sem a vigilância do Leviatã que a tudo observa, e sem sua atuação punitiva na correção dos comportamentos infratores, não se sairia do estado belicoso originário, natural.

⁸ Importa esclarecer que o termo Lei Civil, na filosofia de Hobbes, busca expressar o sistema legal que ostenta a autoridade do soberano, organiza e obriga a sociedade civil como um todo, não apenas as relações privadas de direito civil. Neste sentido, o desrespeito à Lei Civil consubstancia crime. Posteriormente, a Ciência Penal se desenvolverá de tal forma que se distanciará dessa configuração hobbesiana.

Praticar crime, isto é, atentar contra a ordem legal, significa flertar com o homem natural beligerante, o que oferece risco, em última análise, à própria constituição do soberano e à segurança que ele oferece, “porque o propósito de infringir a lei manifesta um certo grau de desprezo por aquele a quem compete mandá-la executar; um tal desprezo é uma violação de todas as leis ao mesmo tempo.” (HOBBS, 1997, p. 223)

Hobbes destaca, no capítulo XVIII, doze direitos, por instituição, do soberano. Aqui, recorta-se alguns entendidos como fundamentais em sua teoria quanto à legitimação do funcionamento da jurisdição e, especialmente, do direito/poder de punir do Estado:

Visto que o fim dessa instituição é a paz e a defesa de todos, e visto que quem tem direito a um fim tem direito aos meios, constitui direito de qualquer homem ou assembleia que detenha a soberania o de ser juiz tanto dos meios para a paz e a defesa quanto de tudo o que possa perturbar ou dificultar estas últimas. [...] [Igualmente] compete à soberania ser juiz de quais as opiniões e doutrinas que são contrárias à paz, e quais as que lhe são propícias. E, em consequência, de em que ocasiões, até que ponto e o que se deve conceder àqueles que falam a multidões de pessoas, e de quem deve examinar as doutrinas de todos os livros antes de serem publicados. Pois as ações dos homens derivam de suas opiniões, e é no bom governo das opiniões que consiste o bom governo das ações dos homens, tendo em vista a paz e a concórdia entre eles. [...] [Do mesmo modo] pertence à soberania todo o poder de prescrever as regras através das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar, e quais as ações que pode praticar. [...] [Outrossim] é confiado ao soberano o direito de recompensar com riquezas e honras, e o de punir com castigos corporais ou pecuniários, ou com a ignomínia, a qualquer súdito, de acordo com a lei que previamente estabeleceu. São estes os direitos que constituem a essência da soberania, e são as marcas pelas quais se pode distinguir em que homem, ou assembleia de homens, se localiza e reside o poder soberano. (HOBBS, 1997, p.147-150)

Vê-se, pois, que apesar de absoluto, o poder soberano exerce-se pautado na Lei que tornou pública aos súditos, transparência essa necessária ao bom funcionamento do Estado uma vez que a publicização das regras é o que permite aos súditos guiarem-se conforme o esperado pelo Estado e por seus semelhantes. Essa publicidade garante a ciência dos súditos quanto aos ditames legais e os impede de alegar o desconhecimento da Lei, até porque:

A ignorância do poder soberano, no país de residência habitual de um homem, não o desculpa, pois ele tem a obrigação de saber qual é o poder pelo qual lá tem sido protegido. A ignorância da pena, quando a lei é declarada, não é desculpa para ninguém. (...) Ora, a punição é uma consequência conhecida da violação das leis, em qualquer Estado (...). (HOBBS, 1997, p.225)

Toda desconfiança e astúcia que permeavam a ação e a imaginação do homem natural são substituídas pela obediência às regras determinadas pelo Estado, pois é essa obediência a seus preceitos, garantida pela espada, que conduz à harmonia do corpo social.

Quer dizer, o Estado delimita a ação livre dos súditos ao cumprimento da Lei. Os súditos só deverão imaginar que as leis serão cumpridas, acabando assim com qualquer maquinação belicosa de um cidadão contra o outro. Aniquila-se, por essa forma, as incertezas sobre os comportamentos, que passam a ser previsíveis, porque somente serão permitidas as condutas que não violem o sistema legal, mas, caso ocorra algum desvio, a espada recairá sobre o infrator para garantir a segurança e proteção da sociedade.

Assim se entende o papel do contrato: enquanto decorrente do pacto realizado pelos homens, suas conseqüentes disposições contratuais foram concebidas, elaboradas, por eles próprios, cuja observação e obediência são incontornáveis, uma vez que plenamente cientes. Portanto, se existe Estado, é porque o homem o construiu, admitiu por consentimento.

A constituição do *contrato* e sua conseqüente instituição do Estado soberano é o destino do *arquétipo* hobbesiano de Homem, esse ser particularmente egoísta e modernamente individual, racional, calculista: a fim de conferir melhor sorte a seu destino, opta e articula pelo contrato, certo de que “o soberano, quer dizer o Estado (cuja pessoa ele representa), nada faz que não seja em vista da paz e segurança comuns”. (HOBBS, 1997, p.196)

Nessa esteira, o exercício da punição para Hobbes, então, é decorrência legítima do contrato e atividade fundamental – desejada pelos próprios cidadãos – na manutenção do homem artificial pacífico em segurança na sociedade convencionada que compõe.

1.2 A Legitimação Punitiva para ROUSSEAU

Todo malfeitor, atacando o direito social, torna-se, por seus crimes, rebelde e traidor da pátria; a conservação do Estado é então incompatível com a sua; um dos dois tem que perecer e, quando se faz perecer o culpado, é menos como cidadão que como inimigo. (ROUSSEAU, apud FOUCAULT, 2018a, p. 89)

Deve-se notar que essas ideias de Rousseau foram usadas na Constituinte por certos deputados que queriam manter um sistema de penas muito rigoroso. (FOUCAULT, 2018a, p. 89, nota 30)

Assim como em Hobbes, existe na teoria de Rousseau uma dicotomia fundamental entre homem natural e homem civil, isto é, o homem oriundo do pacto social. No capítulo VI do seu *Contrato Social*, Rousseau argumenta pela necessidade da sociabilização do homem, pois “o homem do estado primitivo, se não mudasse de modo de vida, pereceria”. (ROUSSEAU, 1999, p. 69)

Destarte, tem-se que a união do Homem pelo liame do *contrato* não é natural e se dá pela necessidade de vencer a natureza em seus obstáculos prejudiciais à sua conservação e seu desenvolvimento, para evitar mesmo, no limite, a extinção da espécie e aperfeiçoá-la. Diante dessa necessidade, os homens pactuam entre si e se associam amigavelmente para somarem forças e juntos, “em um só móvel, operarem em concerto” (ROUSSEAU, 1999, p. 69), a fim de garantir, coletivamente, a existência. Assim que deve surgir

[...] uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes”, (ROUSSEAU, 1999, p. 69-70).

Como se vê, o compromisso civil tal como pensado por Rousseau deve toda a sua originalidade ao fato de que cada contratante está obrigado sem, no entanto, sujeitar-se a pessoa alguma, ao fato de que cada um, unindo-se a todos, *só obedece a si mesmo, permanecendo tão livre quanto antes*. Cada um adquire, sobre qualquer outro, exatamente o mesmo direito que lhe cede sobre si mesmo.

Afinal, “cada um dando-se a todos não se dá a ninguém e, não existindo um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o

equivalente de tudo que se perde, e maior força para conservar o que se tem”. (ROUSSEAU, 1999, p. 70-1)

Assim, ocorre uma espécie de transferência de liberdades e forças, pelos cidadãos/súditos⁹, e acúmulo dessas pelo Estado¹⁰, a formar um corpo político coeso e simétrico em obrigações e direitos, do qual nasce a legitimidade do soberano como garantidor da liberdade civil.

Ressalte-se que o fundamental neste processo de legitimação do pacto social é a condição de igualdade dos contratantes, pois as condições do contrato:

Quando bem compreendidas, reduzem-se todas a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos, e, sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa por torná-la onerosa para os demais. (ROUSSEAU, 1999, p.70)

A *liberdade* e a *igualdade*, cuja existência no estado de natureza é tradicionalmente afirmada, Rousseau pretende reencontrá-las no estado de sociedade, mas *transformadas*, sofrem uma espécie de modificação química, *desnaturadas*.

Como afirma o próprio Rousseau:

A passagem do estado de natureza para o estado civil determina no homem uma mudança muito notável, substituindo na sua conduta o instinto pela justiça e dando às suas ações a moralidade que antes lhes faltava. E só então que, tomando a voz do dever o lugar do impulso físico, e o direito o lugar do apetite, o homem, até aí levando em consideração apenas sua pessoa, vê-se forçado a agir baseando-se em outros princípios e a consultar a razão antes de ouvir suas inclinações.(...) Poder-se-ia, a propósito do que ficou acima, acrescentar à aquisição do estado civil a liberdade moral, única a tornar o homem verdadeiramente senhor de si mesmo, porque o impulso do puro apetite é escravidão, e a obediência à lei que se estatuiu a si mesma é liberdade. (ROUSSEAU, 1999, p.77-8)

Nota-se que a transformação quanto à forma de vida do Homem que o leva a superar o estado de natureza e alcançar a ordem civil impõe uma nova vida ao Homem.

⁹ O próprio Rousseau explica a distinção: “Quanto aos associados, recebem eles, coletivamente, o nome de *povo* e se chamam, em particular, *cidadãos*, enquanto partícipes da autoridade soberana, e *súditos* enquanto submetidos às leis do Estado. (ROUSSEAU, 1999, p. 71)

¹⁰ Explica Rousseau (1999, p. 71): “Essa pessoa pública, que se forma, desse modo, pela união de todas as outras, tomava antigamente o nome de *cidade* e, hoje, o de *república* ou de *corpo político*, o qual é chamado por seus membros de *Estado* quando passivo, *soberano* quando ativo, e *potência* quando comparado a seus semelhantes.”

Reconfigurado de primitivo para civil, de bárbaro para civilizado, esse *sujeito* deve balizar-se pela moral pública e conduzir-se à *vontade geral*; tornar sua preferência natural por si mesmo no sentimento moral que a associação exige. Somente assim se tornará um ser moral, consciente e livre, apto a viver harmonicamente em sociedade.

Nesse sentido, percebe-se que o *contrato social* representa, antes, uma obrigação do homem consigo próprio, a significar e elevar seu vínculo com o corpo político, em última análise, a um compromisso moral consigo mesmo, e, também, com a moralidade pública.

Em decorrência da relação contratual do Soberano, o Estado detém o direito de corrigir, à força, as condutas dos súditos que contrariem o escopo do bem público, bem como, por conseguinte, o dever de manter o povo alinhado a essa consciência moral fundante da associação. Afinal

Não sendo o Estado mais que uma pessoa moral, cuja vida consiste na união de seus membros, e se o mais importante de seus cuidados é o de sua própria conservação, torna-se-lhe necessária uma força universal e compulsiva para mover e dispor cada parte da maneira mais conveniente a todos. (ROUSSEAU, 1999, p. 95) [Portanto], [...] aquele que recusar obedecer à vontade geral a tanto será constrangido por todo um corpo, o que não significa senão que o forçarão a ser livre, pois essa é a condição que, entregando cada cidadão à pátria, o garante contra qualquer dependência pessoal. Essa condição constitui o artifício e o jogo de toda a máquina política. [...] (ROUSSEAU, 1999, p. 75)

Por essa forma, o corpo político legitima-se e constitui-se pela racionalidade e moralidade de seus associados empenhados livremente e em igualdade a alcançar os fins pactuados e representados nos termos da Lei pelo Soberano e pelo Estado. Assim, ao mesmo tempo em que essa constituição política expressa a própria vontade dos cidadãos, garante o respeito à sua dignidade humana, enquanto ser livre, racional, moral e autônomo.

Uma vez que, a partir dessa relação contratual convencionada, o povo soberano detém o direito de coibir aqueles que infrinjam os fins e prescrições do Estado, para Rousseau, esse *jus puniendi* (direito de punir) decorre precisamente do consentimento e da vontade de associar-se, afinal, a infração, enquanto realização de vontade particular *egoística*, opõem-se à vontade geral do corpo político.

Afinal, “o tratado social tem como fim a conservação dos contratantes. Quem deseja os fins, também deseja os meios.” (ROUSSEAU, 1999, p. 75) Isto é, se os súditos desejam a liberdade moral, desejam também que sua própria consciência os “forcem” pela culpa moral a essa liberdade. Se desejam a justiça que o sistema jurídico do pacto deve trazer, desejam também os instrumentos morais dessa justiça. Por isso que “são, pois, necessárias convenções

e leis para unir os direitos aos deveres, e conduzir a justiça a seu objetivo.” (ROUSSEAU, 1999, p. 106)

À punição, nesse sentido, acrescenta-se um instrumento jurídico de justiça e de garantia do pacto pelo Estado. Origina-se, igualmente, das concessões mútuas que constituem o contrato social. Portanto, a atuação punitiva do Estado não seria apenas aceita, mas também desejada, porque pertencente ao acordo previamente firmado cujo escopo é consolidar a sociedade que formaram.

A punição enquanto decorrente de cláusula contratual elaborada pelos próprio súditos e confiada ao Estado que a manterá na forma da Lei, é por eles mesmos, necessariamente, assentida e desejada. Uma vez delegado o exercício punitivo ao soberano (enquanto depositário da “vontade geral” dos súditos, expressa na Lei), deve-se obediência.

Neste sentido, Monteagudo (2006, p.143-4) assevera:

Todos são ao mesmo tempo autores e atores do corpo político, todos são simultaneamente cidadãos fazendo leis e súditos obedecendo-as. Ou seja, os compromissos só são obrigatórios porque são recíprocos, e, se essa reciprocidade não for respeitada, ou o contrato deve prever uma punição (“forçar a ser livre”) ou é o fim do corpo moral e da liberdade convencional ou pública.

É inegável certo humanismo trazido por essa legalidade do pacto, pois confere previsibilidade ao permitido/proibido tanto para os súditos quanto para o soberano.

Vislumbram-se, assim, indícios do que se costumou chamar na criminologia de teoria da *aquiescência* ou do consentimento, defendida como presunção de consentimento efetivo do delinquente com sua pena, pois quem conhece a lei penal e ainda assim comete um delito, concorda com o condicionado no contrato.

Por essa razão, a punição prevista no pacto se apresenta como garantia do cidadão, pois enquanto conjugação perfeita entre liberdade e obediência, ao obedecer à lei que prescreve a si mesmo pelo pacto, sua liberdade resta preservada na medida em que estabelecidos os limites das atuações dos súditos e do soberano. Garantia inerente à sociedade almejada, por isso que necessária.

Quanto a essa lógica contratual moderna, vale trazer à colação ilustração de RADBRUCH (2010, p. 236-7):

A teoria da *aquiescência* ou do consentimento, foi defendida ao início por Feuerbach como presunção de consentimento efetivo do delinquente real com sua pena: quem, conhecendo a lei penal – exigida por Feuerbach como

pressuposto da pena –, ainda assim comete um delito, consente com o condicionado, e a pena lhe pode ser imposta com o mesmo direito com que se pode exigir o cumprimento de um contrato. Essa doutrina empirista adquire configuração mais espiritualizada na forma de um contrato semelhante ao social, ou melhor, na forma de uma cláusula nele possivelmente inserida, por meio do qual o indivíduo – caso cometa um delito – se submeteu previamente à pena – decerto não o indivíduo real, mas aquele pensado como um ser racional, para quem a aceitação lógica das consequências do seu ato é exigida como desejada: o ladrão pretende fundar sua propriedade na lesão à propriedade alheia; portanto, afirma como fundamental a necessidade de proteção do bem jurídico que lesa, e, por conseguinte, tem de estar igualmente de acordo com a pena imposta ao seu delito para a proteção desse bem jurídico, ou seja, há de sancionar a sua própria pena. O falsificador de documentos reivindica para os falsos documentos a fé pública que propriamente lesou pela falsificação, e novamente afirma, portanto, a necessidade de proteção do bem jurídico por ele destruído e de preceitos jurídicos necessários à sua proteção, dentre eles a lei penal. Logo, ao ser considerado como desejado pelo autor do delito o que, de um modo consequente, ele teria de querer – e utilizando as palavras de Hegel – honra-se o delinquente como um ser racional e considera-se a pena como o seu direito próprio incluído em sua conduta.

Neste contexto da pena-direito, sua imputação se afigura não só como direito do soberano, mas também como direito do súdito de recebê-la, como consequência lógica da simetria contratual pactuada que prevê certa sanção para dado comportamento.

1.3 Cesare Beccaria: Dos Delitos e das Penas

Que as leis que definem os crimes e prescrevem as penas sejam perfeitamente claras, “a fim de que cada membro da sociedade possa distinguir as ações criminosas das ações virtuosas”. (BRISSOT, apud FOUCAULT, 2018a, p. 94)

Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, entusiasta das ideias iluministas, fundou, em Milão, uma sociedade literária com o escopo de divulgar os princípios fundamentais da Nova Filosofia Francesa. Publicou o livro *Dos delitos e das penas* em 1764 de modo anônimo. Seu nome foi anexado ao livro somente após as autoridades aprovarem sua circulação. A obra foi bem recebida até mesmo na França:

O abade Morellet traduziu para o francês, Diderot anotou-o, Voltaire colocou-o nas nuvens e comentou-o. D’Alembert, Buffon e Helvetius manifestaram desde logo admiração e entusiasmo pelo novo e audacioso autor. Em 1766, tendo ido a Paris, foi alvo das maiores demonstrações de apoio. Regressando, porém, a Milão, teve de suportar infamante campanha por parte dos inimigos, que se apegavam aos preconceitos para acusá-lo de heresia e de desobediência contra a Igreja e contra o Governo. A denúncia não teve maiores consequências, mas Beccaria, daí por diante, foi mais reservado, com medo de que novas perseguições o levasse à prisão. Em 1768, o Governo da Áustria, sabendo que ele recusara as ofertas de Catarina II, da Rússia, que o convidara para lecionar em São Petersburgo, criou, especialmente para Beccaria, a Cátedra de Economia Política. (CRETELLA JR., apud, BECCARIA, 2009, p. 14)

Dos delitos e das penas, obra animada pelo contratualismo de Rousseau e pela filosofia de Montesquieu, representa a compreensão de Beccaria sobre o sistema punitivo clássico e a legislação penal da época. Em suas proposições, de algum modo comum ao efervescente período histórico de seu tempo, contra a tradição antiga, invoca a *Razão moderna*.

Uma vez que Beccaria foi preso, experimentou na própria pele as agruras do processo penal¹¹ que o conduziu ao cárcere¹². Este evento também contribuiu com as ideias apresentadas em sua obra e mesmo com a ideia de publicá-la, isso porque percebeu enorme necessidade de reflexão sobre o tema e exposição das mazelas do sistema punitivo.

Beccaria teceu contribuições importantíssimas para a ciência penal e gritou contra a crueldade e a arbitrariedade da época. Levantou como bandeira várias pautas contra o poder penal, das quais salientam-se a oposição à pena de morte e às penas atrozes; oposição à tortura e aos julgamentos secretos.

Os princípios apresentados no livro *Dos delitos e das penas*, muitos dos quais foram incorporados às legislações penais ocidentais, ainda hoje são invocados como símbolo de humanismo, dentre os quais destacam-se: 1) princípio da legalidade; 2) princípio da igualdade perante a lei penal; 3) princípio da proporcionalidade das penas; 4) princípio da lesividade; 5) princípio da publicidade dos atos penais e processuais penais, dentre outros.

Passa-se agora a apresentar os pilares e princípios fundamentais da filosofia político-penal articulada por Beccaria. No primeiro capítulo do livro *Dos delitos e das penas*, intitulado *Origem das penas*, vislumbra-se uma premissa fundamental assumida por Beccaria: a fundação contratualista de sua obra inspirada em Rousseau. Afirma o milanês:

Leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la. Parte dessa liberdade foi por eles sacrificada para poderem gozar o restante com segurança e tranquilidade. A soma de todas essas porções de liberdades, sacrificadas ao bem de cada um, forma a soberania de uma nação e o Soberano é seu legítimo depositário e administrador. (BECCARIA, 2009, p. 31)

¹¹ O processualista italiano contemporâneo, Francesco Carnelutti, bem destaca que o processo penal, *per se*, já é uma tortura: “Infelizmente, a justiça humana está feita de tal maneira que não somente se faz sofrer os homens porque são culpados, senão também para saber se são culpados ou inocentes. Esta é, infelizmente, uma necessidade, à qual o processo não se pode subtrair, nem sequer se seu mecanismo fosse humanamente perfeito. Santo Agostinho escreveu a este respeito uma de suas páginas imortais; a tortura, nas formas mais cruéis, foi abolida, ao menos no papel; mas o próprio processo é uma tortura. Até certo ponto, tem-se dito, não se pode prescindir dela; mas a denominada civilização moderna tem exagerado de um modo inverossímil e insuportável esta triste consequência do processo. Ao homem, quando sobre ele recai a suspeita de ter cometido um delito, é dado *ad bestias* como se dizia em um tempo dos condenados oferecidos como comida para as feras.” (Carnelutti, 2009, p. 66) Dado *ad bestias* ou, podemos dizer: dado ao Leviatã...

¹² O crime? Um namoro proibido, um relacionamento reprovado por seu pai que, ao ver o filho namorar e casar com uma mulher de classe socioeconômica inferior, sentiu sua autoridade paterna ofendida e atuou para a prisão do próprio filho.

Uma vez formado o corpo social em suas constituintes e observáveis disposições contratuais, a punição, por meio de penas necessárias, torna-se indispensável à sua manutenção. Afinal, não basta formar esse repositório estatal de liberdades individuais; em sua administração “é mister defende-lo das usurpações privadas de cada homem, em particular, o qual sempre tenta não apenas retirar do escrínio a própria porção, mas também usurpar a porção dos outros.” (BECCARIA, 2009, p. 31)

O princípio da igualdade¹³ perante a lei (ou princípio da isonomia), corolário do princípio da legalidade, constitui proposição fundamental do contrato, pois os homens se uniram livremente, em condições de igualdade ao abrir mão de parcelas simétricas de sua liberdade natural, a fim de obter tratamento igualitário tanto em obrigações como em direitos. Essa isonomia constitui, aliás, pressuposto para o objetivo maior do pacto, qual seja, o bem comum.

Por essa razão, a lei penal deve descer do trono até a choupana e ligar igualmente o mais poderoso ao mais desgraçado dos homens. O tratamento igualitário expressa e conserva o interesse de todos em observar pactos úteis à maioria. (BECCARIA, 2009)

Além da condição de igualdade perante a *Lei*, a garantir tratamento isonômico aos cidadãos, faz-se mister frisar que a incidência da lei penal deve pautar-se pela estrita e incontornável necessidade de punição, à luz de efetivo e relevante dano autorizador da intervenção punitiva do estado (princípio da lesividade¹⁴), a revelar o caráter utilitário de sua aplicação e afastar qualquer configuração de *vendeta*, isso porque, para Beccaria:

¹³ Em nosso ordenamento jurídico, consagrado especialmente no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”.

¹⁴ Para Beccaria, o poder penal só deve atuar quando comprovada a existência de dano efetivo e relevante ao corpo social. Esse axioma conduz ao *princípio da lesividade*. Explica Juarez Cirino dos Santos: “O princípio da lesividade proíbe a cominação, a aplicação e a execução de penas e de medidas de segurança em casos de lesões irrelevantes contra bens jurídicos protegidos na lei penal. Em outras palavras, o princípio da lesividade tem por objeto o bem jurídico determinante da criminalização, em dupla dimensão: do ponto de vista qualitativo, tem por objeto a natureza do bem jurídico lesionado; do ponto de vista quantitativo, tem por objeto a extensão da lesão do bem jurídico. Assim, do ponto de vista qualitativo (natureza do bem jurídico lesionado), o princípio da lesividade impede criminalização primária ou secundária excludente ou redutora das liberdades constitucionais de pensamento, de consciência e de crença, de convicções filosóficas e políticas ou de expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, garantidas pela Constituição da República acima de qualquer restrição da legislação penal. Essas liberdades constitucionais individuais devem ser objeto da maior garantia positiva como critério de criminalização e, inversamente, da menor limitação negativa como objeto de criminalização por parte do Estado. Do ponto de vista quantitativo (extensão da lesão do bem jurídico), o princípio da lesividade exclui a criminalização primária ou secundária de lesões irrelevantes de bens jurídicos. Nessa medida, o princípio da lesividade é a expressão positiva do princípio da insignificância em Direito Penal: lesões insignificantes de bens jurídicos protegidos, como a integridade ou saúde corporal, a honra, a liberdade, a propriedade, a sexualidade etc., não constituem crime.” (SANTOS, 2010, p. 26)

(...) toda pena que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. (BECCARIA, 2009, p. 32)

Na teoria da pena Beccariana, necessidade e adequação¹⁵ (proporcionalidade) aparecem como dois dos requisitos fundamentais autorizadores da atuação punitiva estatal justa. E por *justiça* entende “o vínculo necessário para manter unidos os interesses particulares, que, do contrário, se dissolveriam no antigo estado de insociabilidade. Todas as penas que ultrapassem a necessidade de conservar esse vínculo são injustas pela própria natureza.” (Beccaria, 2009, p. 33). Ademais, “não devem as penas ser somente proporcionais entre si e aos delitos, em intensidade, apenas, mas também no modo de aplicação.” (BECCARIA, 2009, p. 108)

O princípio da proporcionalidade ocupa posição especial na teoria da execução penal beccariana. Acompanha essa proposição uma espécie de teoria da sensibilidade, a consignar a delicadeza de uma sociedade, a forma sutil e respeitosa com que os cidadãos se relacionam como medida apta a inferir o tratamento punitivo correspondente e devido pelo Estado e aferir seu nível de intensidade. Isto é, se os cidadãos se relacionam amistosamente, como consequência, disporão de uma punibilidade igualmente branda; por outro lado, se se baseiam na brutalidade, na grosseria, encontrarão penas igualmente brutas. Afirma Beccaria que “à medida que os espíritos se abrandam no estado de sociedade, cresce a sensibilidade, e, crescendo esta, deverá diminuir a intensidade da pena, se se desejar manter constante a relação entre objeto e sensação.”. (BECCARIA, 2009, p. 147)

A proporcionalidade¹⁶, enquanto princípio a balizar as punições, encontra sua razão “para que toda pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular,

¹⁵ Segundo Juarez Cirino dos Santos: “O *princípio da proporcionalidade*, desenvolvido pela teoria constitucional germânica – o célebre *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* – é constituído por três princípios parciais: o princípio da adequação (*Geeignetheit*), o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) e o princípio da avaliação (*Abwägungsgebote*)”. (SANTOS, 2010, p. 27)

¹⁶ Princípio fundamental na humanização do discurso punitivo moderno, propagado com força por Beccaria, encontrou respaldo no teor da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, especialmente no art. 15º, do mesmo modo que no nosso ordenamento, o princípio da proporcionalidade encontra-se implícito em todo rol de direitos fundamentais constantes do artigo 5º da Constituição Federal, e expresso em diversos ditames, como na exigência de individualização das penas (art. 5º, XLVI), proibição de penas perpétuas, cruéis, de morte, de trabalhos forçados, de banimento (salvo em caso de guerra declarada – art. 5º, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV) etc.

devendo, porém, ser essencialmente pública¹⁷, rápida¹⁸, necessária, a mínima dentre as possíveis, em dadas circunstâncias, proporcional aos delitos e ditada pelas leis.” (BECCARIA, 2009, p. 147)

A justiça, portanto, como valor intrínseco ao Estado e cuja insígnia deve expressar-se em sua atuação, deve unir os homens. Por essa forma, eventual pena desnecessária e desproporcional, estaria na contramão deste objetivo público de união. Por isso também as penas e seu processo de execução pelo Estado devem encontrar limites nos termos arrazoados no *contrato*, de tal modo que a ação do Estado não seja só aceita como desejada pelos súditos.

Ao limitar sua liberdade com o contrato social, o homem espera não ter contra si arbitrariedades, nem uma atuação desmedida do poder estatal. Por isso a edição do contrato que busca delimitar o campo de atuação estatal bem como a relação permitido/proibido tanto para o homem como para o Estado. Os homens contratam as formas de liberdade assim como contratam as formas de punição. Afinal, “homem algum entregou gratuitamente parte da própria liberdade.” (BECCARIA, 2009, p. 32) O ônus está no cumprimento do contrato cujas disposições foram, ao menos em tese, participativamente deliberadas. Se não fosse possível aos cidadãos deliberar sobre os termos contratuais, “cada um de nós desejaria que os pactos que ligam os outros não nos ligassem.” (BECCARIA, 2009, p. 32)

Assim, “as primeiras consequências destes princípios é que só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social.” (BECCARIA, 2009, p. 34)

Os contratualistas, de modo geral, ao afirmarem a supremacia da lei (pacto), afirmaram o princípio da legalidade. Beccaria, de modo específico, formulou o princípio da legalidade

¹⁷ A publicidade dos atos processuais, bem como o dever de transparência do Estado afiguram-se, também, princípios modernos elementares do Estado de Direito, ainda hoje necessários e expressos nos ordenamentos ocidentais, a saber o brasileiro: art. 93, IX, Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.” O artigo 37 da Constituição também dispõe sobre essa garantia de transparência nos limites legais.

¹⁸ A Constituição da República Federativa do Brasil prevê o direito à duração razoável do processo com status jurídico de garantia fundamental, por isso constante do art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

penal¹⁹, ainda que, posteriormente, esse princípio recebesse uma fórmula, na estrita acepção do termo, isto é, expressado em máxima concisa e rigorosa, elaborada por Feuerbach²⁰.

Pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida e a respectiva pena. Esse deve ser o limite da atuação punitiva estatal.

Beccaria afirma, assim, a necessidade do *Princípio da legalidade* para alcançar punições justas e, por consequência, um tratamento justo dos súditos, na medida em que a lei penal deve expressar punições necessárias e adequadas. Princípio da legalidade e justiça, para o milanês, estão umbilicalmente ligados, daí a imprescindibilidade da atuação do Estado dentro de um círculo de legalidade.

O princípio da legalidade como formulado pelos contratualistas – fonte na qual Beccaria bebera, como já dito – representa a pedra angular do Estado de Direito Moderno, pois ao derrocar o Antigo Regime, a autoridade absoluta do Rei cedeu lugar à autoridade da Lei.

Por essa forma, Beccaria compartilhava dos ideais liberais a fim de frear os desmandos do Antigo Regime e impor nova organização e configuração à insurgente sociedade que brotava no cenário burguês-revolucionário. Os liberais encontraram na *Lei* o comando para substituir o *Rei*, isto é, o princípio da legalidade passou a funcionar como diretriz suprema e o *direito* foi reduzido à *lei*. Segundo a ideologia liberal, esse “império” da lei significaria o império do povo, representado pelo parlamento.

¹⁹ Conforme Cezar Roberto Bitencourt: “Os postulados formulados por Beccaria marcam o início definitivo do Direito Penal Moderno.” (BITENCOURT, 2010, p. 70)

²⁰ Como bem explica Juarez Cirino dos Santos: “As Constituições dos Estados americanos de Virgínia e de Maryland (1776) instituíram pela primeira vez o princípio da legalidade, depois repetido na Constituição americana (1787) e, mais tarde, como norma fundamental do Estado de Direito, foi inscrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A primeira legislação penal a incorporar o princípio da legalidade foi o Código Penal da Bavária (1813), depois a Prússia (1851) e a Alemanha (1871), generalizando-se por todas as legislações penais ocidentais sob a fórmula latina do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, inaugurada por FEUERBACH (*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 1801, p. 20.) O princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravamento da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravamento de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização ou de punição de condutas, e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais (art. 5º, XXXIX, CR). O significado político do princípio da legalidade é expresso nas fórmulas de *lex previa*, de *lex scripta*, de *lex stricta* e de *lex certa*, incidentes sobre os crimes, as penas e as medidas de segurança da legislação penal.” (SANTOS, 2010, p. 20)

Dentro dessa sistemática, o princípio da legalidade enquanto axioma definirá o modo de atuação de outra esfera do Estado: o poder Judiciário. Ao preconizar pela supremacia absoluta da lei, Beccaria apresenta um modelo de juiz à maneira de Montesquieu: o “juiz boca da lei”. Assim, o judiciário deve funcionar como sinalizava Montesquieu: “a boca que pronuncia as palavras da lei, os seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força nem o rigor” (MONTESQUIEU, 2000, p. 175). Afinal,

A autoridade de interpretar leis penais não pode ser atribuída nem mesmo aos juízes criminais, pela simples razão de que eles não são legisladores. Os juízes não receberam as leis de nossos antepassados como tradição de família, nem como testamento, (...) recebem-nas da sociedade vivente ou do soberano que a representa, como legítimo depositário do atual resultado da vontade de todos. (BECCARIA, 2009, p. 36)

A atividade do juiz deve se limitar à verificação dos fatos apresentados no processo, “pois é necessário que um terceiro julgue a verdade do fato. Daí a necessidade do magistrado, cujas sentenças sejam inapeláveis e consistam, tão só, em afirmações ou negações de fatos particulares.” (BECCARIA, 2009, p. 34-5)

Mais precisamente: “em cada crime, o juiz deverá estruturar um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a premissa menor, a ação, conforme ou não à lei; a conclusão: a liberdade ou a pena.” (BECCARIA, 2009, p. 37)

Se aos juízes fosse permitido interpretar a lei, correr-se-ia o risco de “reduzir os homens do estado de sociedade ao estado de rebanho.” (BECCARIA, 2009, p. 36) Portanto, “o magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem comum, aumentar a pena estabelecida [pela lei] para um delinquente cidadão.” (BECCARIA, 2009, p. 34)

Afinal, o judiciário recebe as leis “como efeito de um juramento tácito ou expreso, que as vontades reunidas dos súditos vivos fizeram ao soberano, como vínculos necessários para frear e reger o fermento intestino dos interesses particulares. Esta é a física e real autoridade das leis.” (BECCARIA, 2009, p. 37)

A preocupação de Beccaria, comum a tantos outros teóricos do seu tempo, reside na necessidade de observar-se o estrito cumprimento da lei. O magistrado deve ocupar-se tão somente da verificação dos fatos e montar o silogismo²¹, já que não lhe é facultado sopesar de forma nenhuma os comandos legais. Essa perspectiva resultou na exegese francesa, modelo

²¹ Famoso princípio da subsunção, segundo o qual o juiz deve subsumir o fato à norma e extrair a conclusão jurídica para o caso.

propagado nos países europeus (de matriz jurídica civilista), à exceção dos Estados com tradição de direito consuetudinário – *common law*²². A exegese²³ se fortaleceu e ganhará novos contornos, posteriormente, no positivismo.

Para Beccaria, um efeito positivo e consequente de um Estado alicerçado no princípio da legalidade consiste na segurança jurídica²⁴, entendida esta como garantia de estabilidade e previsibilidade das disposições legais e das decisões judiciais, isto é, da resposta do Estado para dado caso jurídico:

Um código fixo de leis, que devem ser observadas *ad litteram*, só deixa ao juiz a incumbência de examinar as ações dos cidadãos e de julgá-las de acordo ou não com a lei escrita. Dessa forma, adquirem os cidadãos a própria segurança, que é justa por ser o escopo pelo qual os homens vivem em sociedade e é útil²⁵ porque os levam exatamente a calcular os inconvenientes de um crime. (BECCARIA, 2009, p. 38)

²² Importante esclarecimento de Marinoni: “Cumpro distinguir que, de certa forma, o parlamento inglês eliminou o absolutismo, ao passo que a assembleia parlamentar do direito francês, embora substituindo o rei, manteve o absolutismo através do princípio da legalidade. Isso significa que no direito inglês a lei pôde ser conjugada com outros valores, dando origem a um sistema jurídico complexo – o *common law* –, enquanto nos países marcados pelo princípio da legalidade o direito foi reduzido à lei.” (MARINONI, 2011, p. 26)

²³ A esse respeito, merece nota os apontamentos de Tércio Sampaio Ferraz Junior: “A crítica dos pensadores iluministas e a necessidade de segurança da sociedade burguesa passou, então, a exigir a valorização dos preceitos legais no julgamento dos fatos. Daí originou um respeito quase mítico pela lei, base, então, para o desenvolvimento da poderosa Escola da Exegese, de grande influência nos países em que dominou o espírito napoleônico. A redução do jurídico ao legal foi crescendo durante o século XIX, até culminar no chamado legalismo. Não foi apenas uma exigência política, mas também econômica. Afinal, com a Revolução Industrial, a velocidade das transformações tecnológicas aumenta, reclamando respostas mais prontas do direito, que o direito costumeiro não podia fornecer. Ao contrário, o direito reduzido ao legal fazia crescer a disponibilidade temporal sobre o direito, cuja validade foi sendo percebida como algo maleável e, ao fim, manipulável, podendo ser tecnicamente limitada e controlada no tempo, adaptada a prováveis necessidades futuras de revisão, possibilitando, assim, em alto grau, um detalhamento dos comportamentos como juridicizáveis, não dependendo mais o caráter jurídico das condutas de algo que tivesse sempre sido direito (como acontecia com a predominância do direito consuetudinário). O direito, com a Revolução Francesa, torna-se uma criação *ab ovo*. Com isso, ele instrumentaliza-se, marcando-se mais uma vez a passagem de uma prudência prática para uma técnica poética.” (FERRAZ JUNIOR, 2023, p. 50).

²⁴ No ordenamento jurídico pátrio, regra consagrada especialmente no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal: “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”; e também no artigo 6º das Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957) §1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957) §2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957) §3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957).”

²⁵ Esclarece Bitencourt: “Beccaria tinha uma concepção utilitarista da pena. Procurava um exemplo para o futuro, mas não uma vingança pelo passado, celebrizando a máxima de que “é melhor prevenir delitos que castigá-los”. Não se subordinava à ideia do útil ao justo, mas, ao contrário, subordinava-se à ideia do justo ao útil. Defendia a proporcionalidade da pena e a sua humanização. O objetivo preventivo geral, segundo Beccaria, não precisava ser obtido através do terror, como tradicionalmente se fazia, mas com a *eficácia e certeza* da punição. Nunca admitiu a vingança como fundamento do *ius puniendi*.” (BITENCOURT, 2010, p. 71)

Decisões imprevisíveis e instáveis implicam, necessariamente, em tratamentos injustos, na medida que podem impor ordens desiguais a casos idênticos. Além de afetar o homem concretamente, a imprevisibilidade também o afeta em abstrato, na sua imaginação, pois este não conseguirá calcular a previsibilidade da resposta do Estado a eventual ação sua. Afinal, “estarei preparado para tudo temer, se o espírito da tirania for consonante com o espírito da leitura.” (BECCARIA, 2009, p. 39)

Para Beccaria, a segurança jurídica, portanto, consubstancia-se da certeza quanto ao teor das legislações, elemento fundamental ao conhecimento prático dos homens, bem como da eficácia quanto à sua aplicação, que na esfera penal se traduzirá na certeza da punição e seus modos. Afinal: “a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo” (BECCARIA, 2009, p. 94), desde que observado “outro traço essencial, a saber, que somente a lei determine os casos em que o homem merece pena” (BECCARIA, 2009, p. 106), isso porque “não há homem esclarecido que não goste dos pactos públicos, claros e úteis da segurança comum. Todo aquele que, dotado de alma sensível, lançando um olhar sobre um Código de leis bem feito e achando que nada perdeu a não ser a nefasta liberdade de prejudicar a outrem, será levado a bem-dizer o trono e quem o ocupa” (BECCARIA, 2009, p.138) e assim bem agir, isto é, agir conforme à lei.

Um Estado sem segurança jurídica revela-se um Estado desorganizado e produtor de injustiças: “Vemos, pois, os mesmos delitos punidos diferentemente em épocas diferentes, pelo mesmo tribunal, por ter este consultado não a voz imutável e constante da lei²⁶, mas a errante instabilidade das interpretações.” (BECCARIA, 2009, p. 38)

Assentado, fundamentalmente, o princípio da legalidade, dele decorrem outros tantos, aqui já mencionados, que, apesar de importantíssimos para a sistemática penal, foram apresentados mais brevemente (princípios da proporcionalidade, transparência e publicidade, igualdade, razoável duração do processo, segurança jurídica). Todos eles constam na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, alguns explicitamente outros implicitamente. Igualmente, todos também compõem a maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais que se configuram sob a forma Estado de Direito, inclusive o brasileiro.

²⁶ Nesse momento histórico, especialmente animado pelo Racionalismo Moderno, os juristas ambicionavam transformar o Direito em uma ciência exata, razão pela qual entendia-se a lei jurídica à maneira das leis naturais: unívocas, imutáveis, universais e neutras quanto a valores. Por essa razão, o método de epistemologia jurídica era o método geométrico, único capaz de produzir verdades absolutas e igualmente unívocas, imutáveis, universais e neutras quanto a valores.

Refinados pelos contratualistas e sempre reafirmados pelos teóricos do Direito desde então, tais princípios filtram as atividades punitivas contemporâneas, embora receba configuração particular nos Estados com tradição de direito consuetudinário – common law.

Produto da revolução legalista moderna, fundamentalmente presente nas legislações contemporâneas de matriz civilista, cujo principal direito a ser tutelado é o da propriedade privada²⁷, o princípio da legalidade funciona como eixo dos sistemas jurídicos, a figurar como uma espécie de centro de gravidade jurídica. Por exemplo no Brasil, além das previsões infraconstitucionais, encontra-se disposto no rol de garantias fundamentais, precisamente o artigo 5º XXXIX, e também no artigo 37, ambos da Constituição Federal:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; Art. 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)

E logo no artigo primeiro do Código Penal Brasileiro (Lei Federal nº 2.848 de sete de dezembro de 1940, reeditada por outras tantas leis federais.): “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

Essa exposição é importante para mostrar como até hoje o direito, em geral, e o direito penal, em específico, alicerçam-se sobre fundamentos e engrenagens modernas, embora não raro vivencie-se experiências pré-modernas, em que os tribunais, arbitrariamente, sobrepõe-se ao princípio liberal da legalidade, isto é, situações nas quais o judiciário extrapola ou não observa os limites e garantias legais fixados pelo parlamento²⁸.

²⁷ Artigo 17º da Declaração Dos Direitos Do Homem E Do Cidadão de 1789 – “Art. 17º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indemnização.”

²⁸ A famigerada operação “lava jato”, com seu espetacular procedimento – com destaque para as ilegais conduções coercitivas e prisões ilegais para forçar delações –, representa um macro exemplo do atropelo à legalidade e ao sistema de justiça, verdadeiro atentado ao Estado de Direito. Outro grande exemplo são os 40% de presos provisórios, sem culpa formada, portanto, mencionados na apresentação desta dissertação. Exemplos menores estão pulverizados no dia a dia da atuação penal de um modo geral, desde abordagens policiais truculentas e trâmites irregulares de processos à sonegação, de toda ordem, de direitos dos apenado(a)s recluso(a)s nas penitenciárias pátrias.

O direito ainda constrói-se, majoritariamente, a partir da epistemologia racionalista moderna²⁹ e tem como pilares o contrato social, a concepção ilustrada de sujeito moral calculista e o valor verdade a partir dessas sistematizações modernas. Com esse paradigma travar-se-á o diálogo crítico a partir de Foucault.

²⁹ Precioso apontamento de Ovídio A. Baptista da Silva: “Assim como Leibniz procura tornar o Direito uma ciência exata, igualmente Savigny o “geometriza”, ao sustentar que o Código deveria ser a única fonte do direito e que, portanto, haveria de “conter efetivamente de antemão, a solução para todos os casos que pudessem apresentar-se”. Imaginou-se inicialmente, diz ele, que seria possível, pela experiência, adquirir um completo conhecimento dos casos singulares, de modo a resolvê-los de acordo com a respectiva norma constante do Código. Entretanto, diz Savigny, quem observe com atenção os casos litigiosos, logo se dará conta de que uma tal empresa mostrar-se-á infrutífera, porquanto os casos reais apresentam, entre si, um tal grau de diversidade que seria impossível inseri-los diretamente na correspondente regra legal inscrita no Código. Ao invés de valerem-se da experiência judiciária, os juristas haviam optado por conseguir o mesmo resultado por outra via, precisamente a via *geométrica*. Compreende-se, a partir desta perspectiva ideológica, a vedação imposta aos magistrados franceses de interpretar as leis que lhe cabiam aplicar. É igualmente explicável o desespero de Napoleão ao perceber que seu Código seria, inevitavelmente, interpretado. Seu conhecido gênio político não teve dúvida de que a interpretação – portanto a criação jurisprudencial do direito – roubar-lhe-ia uma significativa parcela de poder. A “sua” interpretação do direito acabaria democratizada, transformando-se na interpretação do “outro” coletivo. A dogmática exerceu, portanto, um duplo papel: a) aprisionou o juiz, libertando-o do absolutismo monárquico; b) através da certeza do direito instituído no Código, impediu, ou ao menos, dificultou as tentativas das classes dominadas de insurgirem-se contra a ordem estabelecida.” (SILVA, 2004, p. 24-5)

2. A pós-modernidade: a análise de Foucault

É preciso situar a tese de Foucault dentro dos seus devidos limites: o homem condicionado, adestrado pelos poderes, é o privilegiado, o europeu. Não é o colonizado, não é o proletário do Terceiro Mundo (assim como não era o proletário europeu do Século XIX). Estes, o poder não pensa sequer em domesticar: domina-os – e muito de cima. (LEBRUN, 1981, p. 21-2)

Não obstante o esmero e os requintes intelectuais *modernos*, um olhar foucaultiano a partir da contemporaneidade indica que o *projeto punitivo* daquele tempo, cujo slogan era a negação da barbárie e a afirmação da civilização, não deixou de ser cruel e nem eliminou a criminalidade.

Apesar das grandes transformações provocadas pela modernidade, em especial pela Revolução Francesa e demais movimentos iluministas, inclusive com nova forma de organização dos Poderes estatais e econômicos, com reformas penais e, por conseguinte, novas promessas, as punições não apenas mantiveram, na prática, a característica de imposição de sofrimento, como angariaram novos elementos igualmente terríveis, cujo escopo fundamental passou a ser a formatação de comportamentos úteis ao projeto capitalista.

No Antigo Regime, a violência sobre o corpo do apenado era tamanha que muitas vezes sua execução, de tão cruel, provocava mais comoção que o próprio crime que houvera praticado. Contribuía para isso o caráter espetacular desses suplicios, os quais configuravam-se a partir de verdadeiras encenações que passaram a ser vistas como estímulos à violência. Afinal (FOUCAULT, 2018a, p. 14):

Tal rito que dava um “fecho” ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e admiração. Beccaria há muito dissera: o assassinato que nos é apresentado como um crime horrível, vemos-lo sendo cometido friamente, sem remorsos. (*Traité des délits et des peines*. 1764, p. 101 da edição dada por HÉLIE, F. em 1856)

A par desse cenário, torna-se possível concordar com Ferrajoli, quando este diz que “[...] a história das penas é seguramente mais horrenda e infame para a humanidade que a própria história dos delitos”. (FERRAJOLI, apud CARVALHO, 2010, p. xxiii)

Ocorre que a execução da pena, a partir das reformas modernas, pouco a pouco deixa de ser uma cena para se tornar a parte mais velada do processo penal. A justiça não mais assume a parte de violência que está ligada a seu exercício. A publicidade dos atos penais, portanto, assumiu nova forma e novos princípios:

Desde então, o escândalo e a luz serão partilhados de outra forma; é a própria condenação que marcará o delinquente com sinal negativo e unívoco: publicidade, portanto, dos debates e da sentença; quanto à execução, ela é como uma vergonha suplementar que a justiça tem vergonha de impor ao condenado; ela guarda distância, tendendo sempre a confiá-la a outros e sob a marca do sigilo. É indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir. Daí esse duplo sistema de proteção que a justiça estabeleceu entre ela e o castigo que ela impõe. A execução da pena vai se tornando um setor autônomo, em que um mecanismo administrativo desonera a justiça, que se livra desse secreto mal-estar por um enterramento burocrático da pena. (FOUCAULT, 2018a, p. 15)

Como se observa da passagem da retaliação de Damiens³⁰ em contraste com o regulamento redigido por Léon Faucher para a Casa dos jovens detentos em Paris³¹, a investida

³⁰ “É possível lembrar uma das cenas mais prodigiosas dessa morte por marcação: a execução de Damiens em 1757. Damiens, que de início foi condenado à retratação pública, depois foi colocado na roda, seus membros foram quebrados a golpes de barra de ferro, seu peito foi lacerado, e sobre as chagas foi derramada cera fervente, sendo ele depois esquartejado com o corte das articulações e incinerado; suas cinzas finalmente foram lançadas ao vento. Tudo isso funcionou, até na imaginação do tempo, como a derradeira encenação dessa enfiada de suplicios. O soberano havia sido arranhado por um alucinado que saíra da multidão. A esse gesto o poder político respondeu com a exibição mais cabal de seu brasão penal. Exibiu os traços mais atrozes e ao mesmo tempo mais rituais de seu direito de justiça. O soberano mostrou o que podia fazer com o corpo de um homem.” (FOUCAULT, 2018, p.11)

³¹ “Art. 17 - O dia dos detentos começará às seis horas da manhã no inverno, às cinco horas no verão. O trabalho há de durar nove horas por dia em qualquer estação. Duas horas por dia serão consagradas ao ensino. O trabalho e o dia terminarão às nove horas no inverno, às oito horas no verão. Art. 18 - Levantar. Ao primeiro rufar de tambor, os detentos devem levantar-se e vestir-se em silêncio, enquanto o vigia abre as portas das celas. Ao segundo rufar, devem estar de pé e fazer a cama. Ao terceiro, põem-se em fila por ordem para irem à capela fazer a oração da manhã. Há cinco minutos de intervalo entre cada rufar. Art. 19 - A oração é feita pelo capelão e seguida de uma leitura moral ou religiosa. Esse exercício não deve durar mais de meia hora. Art. 20 - Trabalho. As cinco e quarenta e cinco no verão, às seis e quarenta e cinco no inverno, os detentos descem para o pátio onde devem lavar as mãos e o rosto, e receber uma primeira distribuição de pão. Logo em seguida, formam-se por oficinas e vão ao trabalho, que deve começar às seis horas no verão e às sete horas no inverno. Art. 21 - Refeições. Às dez horas os detentos deixam o trabalho para se dirigirem ao refeitório: lavam as mãos nos pátios e formam por divisão. Depois do almoço, recreio até às dez e quarenta. Art. 22 - Escola. Às dez e quarenta, ao rufar do tambor, formam-se as filas, e todos entram na escola por divisões. A aula dura duas horas, empregadas alternativamente na leitura, no desenho linear e no cálculo. Art. 23 - Às doze e quarenta, os detentos deixam a escola por divisões e se dirigem aos seus pátios para o recreio. As doze e cinquenta e cinco, ao rufar do tambor, entram em fila por oficinas. Art. 24 - À uma hora, os detentos devem estar nas oficinas: o trabalho vai até às quatro horas. Art. 25 - Às quatro horas, todos deixam as oficinas e vão aos pátios onde os detentos lavam as mãos e formam por divisões para o refeitório. Art. 26 - O jantar e o recreio que segue vão até às cinco horas: neste momento os detentos voltam às oficinas. Art. 27 - Às sete horas no verão, às oito horas no inverno, termina o trabalho; faz-se uma última distribuição de pão nas oficinas. Uma leitura de um quarto de hora, tendo por objeto algumas noções instrutivas ou algum fato comovente, é feita por um detento ou algum vigia, seguida pela oração da noite. Art. 28 - Às sete e meia no verão, às oito e

punitiva moderna sobre o corpo dos súditos pelo soberano mudou, de tal modo que o antigo suplício cedeu lugar ao adestramento através da prisão e demais dispositivos de controle. Esse cotejo fundamental entre os modelos punitivos antigos e modernos é mostrado por Foucault no início de *Vigiar e Punir*. Sobre essa relação, afirma:

Apresentamos exemplo de suplício e de utilização do tempo. Eles não sancionam os mesmos crimes, não punem o mesmo gênero de delinquentes. Mas definem bem, cada um deles, um certo estilo penal. Menos de um século medeia entre ambos. É a época em que foi redistribuída, na Europa e nos Estados Unidos, toda a economia do castigo. Época de grandes “escândalos” para a justiça tradicional, época de inúmeros projetos de reformas; nova teoria da lei e do crime, nova justificação moral ou política do direito de punir; abolição das antigas ordenanças, supressão dos costumes; projeto ou redação de códigos “modernos”: Rússia, 1769; Prússia, 1780, Pensilvânia e Toscana, 1786; Áustria, 1788; França, 1791, Ano IV, 1808 e 1810. Para a justiça penal, uma nova era. (FOUCAULT, 2018a, p. 13)

Ao analisar essas transformações nos modos de punir dos sistemas penais quando da transição de caracteristicamente antigo para moderno, Edgardo Castro pontua:

Para além das aparências, não são as ideias ou os sentimentos humanistas os que explicam essa mudança. Segundo Foucault, no lapso dos setenta e cinco anos que separam essas duas formas de castigo, assistimos antes a um duplo processo de transformação: a desaparecimento do espetáculo punitivo, pois a pena se vai a deslocar da intensidade visível do sofrimento à consciência abstrata da certeza de ser castigado, e uma modificação maior na finalidade explícita do sistema judicial que, em lugar de castigar, agora diz que busca corrigir e curar. Em outros termos, o objeto desse novo dispositivo punitivo já não é simplesmente o corpo dos indivíduos, mas sua vida, ou melhor dizendo, seu corpo por intermédio da alma. (CASTRO, 2021, p. 87)

As políticas punitivas direcionadas a anular a violência do bárbaro e a afirmar os ideais civilizados, ao longo do processo de constituição da Modernidade, colocaram em marcha tecnologia formatada ainda pelo uso desmedido da força, da dominação, porém, com programação caracterizada não por aniquilar o sujeito infrator, mas para convertê-lo em corpo dócil e conforme ao modo de vida útil à nascente sociedade capitalista, com a introjeção de valores morais, em sua maioria valores religiosos, sobretudo assentados no trabalho³².

meia no inverno, devem os detentos estar nas celas depois de lavarem as mãos e feita a inspeção das vestes nos pátios; ao primeiro rufar de tambor, despir-se, e, ao segundo, deitar-se na cama. Fecham-se as portas das celas e os vigias fazem a ronda nos corredores para verificarem a ordem e o silêncio. (FAUCHER, *De la reforme des prisons*, 1838, p. 274-282, apud FOUCAULT, 2018a, p. 11)

³² Para Foucault, o trabalho não constitui atributo ontológico do homem. A esse respeito afirma: “Alguém disse: a essência concreta do homem é o trabalho. Na verdade, essa tese foi enunciada por várias pessoas. Nós a encontramos em Hegel, nos pós-hegelianos, e também em Marx; em todo caso em um certo Marx, no Marx de um

A ideia da prisão como casa ou asilo que operasse, principalmente, uma espécie de “pedagogia universal do trabalho” influenciou também sobre a duração das penas dos condenados recolhidos às instituições carcerárias, pois, nesta proposta, a pena (i) não poderia ser tão breve que não transformasse o indivíduo em força produtiva ou o tempo para aprendizagem fosse insuficiente; (ii) e nem tão longa ou perpétua que o desinteressasse de aprender ou tornaria tal transformação inútil³³. Explica Foucault:

Reconstrução do *Homoeconomicus*, que exclui a utilização de penas muito breves – o que impediria a aquisição das técnicas e do gosto pelo trabalho, ou definitivas – o que tornaria inútil qualquer aprendizagem. A duração da pena só tem sentido em relação a uma possível correção, e a uma utilização econômica dos criminosos corrigidos. (FOUCAULT, 2018a, p. 121)

E cita memória sobre os meios de correção da Cadeia de Gand:

O prazo de seis meses é curto demais para corrigir os criminosos e levá-los ao espírito de trabalho; [em compensação] o prazo perpétuo os desespera; ficam indiferentes à correção dos hábitos e ao espírito de trabalho; só se ocupam com projetos de evasão e de revolta; e já que não foram julgados quanto a serem privados da vida, por que procurar torná-la insuportável? (VILAN, *apud* FOUCAULT, 2018a, p. 121)

Desse modo, “a cela, esta técnica do monarquismo cristão e que só subsistia em países católicos, torna-se nessa sociedade protestante o instrumento através do qual se podem reconstituir ao mesmo tempo o *homoeconomicus* e a consciência religiosa.” (FOUCAULT, 2018a, p. 121)

Max Weber, na obra *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, sugere e bem demonstra essa relação da cultura capitalista com os valores da moral puritana. Foucault não a menciona em “A Sociedade Punitiva” nem em “Vigiar e Punir”, mas aborda a influência dos

certo período, diria Althusser; como eu não me interesso pelos autores mas pelo funcionamento dos enunciados, pouco importa quem o disse ou quando foi dito. O que eu gostaria de mostrar é que de fato o trabalho não é absolutamente a essência concreta o homem, ou a existência do homem em sua forma concreta. Para que os homens sejam efetivamente colocados no trabalho, ligados ao trabalho, é preciso uma operação, ou uma série de operações complexas pelas quais os homens se encontram efetivamente, não de uma maneira analítica mas sintética, ligados ao aparelho de produção para o qual trabalham. É preciso a operação ou a síntese operada por um poder político para que a essência do homem possa aparecer como sendo a do trabalho.” (FOUCAULT, 2013, p.121-2)

³³ Talvez mais do que inútil, politicamente insustentável e economicamente menos rentável, isso porque existem exemplos históricos de fábricas-prisões ou mesmo de campos de trabalho forçado. Sobre as fábricas prisões, Foucault afirma que “trata-se de um fenômeno que teve, na época, uma amplitude econômica e demográfica muito grande. De tal maneira que podemos dizer que não somente tudo isso foi o sonho do patronato, mas foi o sonho realizado do patronato.” (FOUCAULT, 2013, p. 109) A esse respeito, ver mais nas páginas 108-110 da obra citada.

protestantes na tentativa de moralização³⁴ dos apenados, sobretudo ressalta a importância dos Quakers nessa missão religiosa capitalista, os quais, inclusive, levantavam uma bandeira “progressista, humanista”: opunham-se à pena de morte. Por outro lado, essa penetração religiosa nas prisões pós-revolução industrial, no decorrer do tempo, implicou em certa distorção das teorias criminais modernas, de modo que misturou o conceito contratualista de sujeito infrator com o religioso de pecador, isto é, infração e *culpa* passaram a confundir-se. A esse respeito, Foucault (2018, p.81):

O caráter central do mal em relação à organização política é um dos fundamentos da concepção *Quaker* da política. Ora, tem-se aí uma definição de crime e infração oposta àquela que se encontra em Beccaria ou Brissot: entre esses reformadores, o problema era distinguir [claramente] infração e culpa e definir a infração em relação à sociedade, qualquer que fosse a lei da religião ou a lei natural que se impusesse ao homem; a infração, portanto, não pode se sobrepor à culpa ou ao pecado, ela não é infração moral, mas infração contra a lei tal qual formulada pelo soberano e justificada pela utilidade social. Ao contrário, para os *quakers* punível é, acima de tudo, o mal tal qual definido moral e religiosamente.

Isso explica também como a prisão não decorre do saber e da organização religiosa. Esse dispositivo de controle foi elaborado e efetivado pelo capitalismo a partir do século XVIII, a fim, sobretudo, de estruturar objetivos econômicos e políticos. A religião ingressou na prisão após sua consolidação:

Essa primeira articulação da moral cristã com a prática judiciária não ocorreu no nível dos princípios. Não foi em virtude de uma penetração ideológica que a consciência cristã irrompeu no sistema penal. Foi por baixo, no último estágio do processo penal: prisão, punição. Foi pela invasão do penal e do jurídico inteiro pelo penitenciário que a consciência cristã penetrou. A confusão, nunca feita, mas sempre a ponto de ser feita, entre crime e pecado, teve seu espaço de possibilidade na prisão. Assim ocorreu a culpabilização do crime, cujos efeitos se fazem sentir em outros campos: psiquiatria, criminologia. (FOUCAULT, 2018, p. 83-4)

Do mesmo modo, “assim também se explica a impressão de antiguidade da prisão: se ela parece tão profundamente radicada em nossa cultura, é precisamente por ter nascido

³⁴ Importa destacar que essa moralização se caracterizava em dois grandes e principais aspectos: um de funcionalidade endógena, isto é, aqueles que seguissem os ditames preconizados pelos *Quakers* estavam a salvo da lei penal, numa espécie de autodefesa do poder punitivo; outro de funcionalidade externa, que visava a conversão, o convencimento mesmo dos cidadãos sobre os benefícios proclamados por tal moral e assim angariar seguidores e, com isso, força política para inclusive interferir nas disposições das leis penais. Ademais, bem se sabe que ainda hoje a penetração das religiões no cárcere é intensa. Sobre o trabalho de moralização feito pelos dissidentes no século XVIII, afirma Foucault que “os agentes da dissidência religiosa assumiam a tarefa de interligar moral, produção capitalista e aparato estatal.” (FOUCAULT, 2018, p. 104)

sobrecarregada de uma moral cristã que lhe confere uma profundidade histórica que ela não tem.” (FOUCAULT, 2018, p. 85). Portanto, “a prisão não é o convento da época industrial.” (p. 80).

Antes da prisão tal como arquitetada pelo capitalismo, existiram, sim, modalidades prisionais, porém distintas da moderna na medida em que a forma-reclusão que as orientavam não era punitiva³⁵, quer dizer, as pessoas não eram encarceradas para cumprir pena, mas para cumprir outras funções, das quais se destacam duas mais comuns a título de exemplo: 1) a prisão enquanto medida acautelatória ou preparatória para outro ato, mormente de execução sobre o corpo – suplicio³⁶; 2) a prisão religiosa, a qual consistia não em proteger o meio externo do indivíduo enclausurado, mas ao contrário, proteger o indivíduo dos vícios externos e religiosamente purifica-lo³⁷.

Outro aspecto importante que configura a originalidade prisional pós revolução industrial reside no foco do controle sobre o tempo. Na verdade, o controle do tempo é uma marca moderna geral³⁸ e aparecerá também na gestão punitiva, em especial no dispositivo

³⁵ Ainda hoje nem todo encarceramento significa cumprimento de pena. Existem modalidades de prisões “acautelatórias”.

³⁶ Um exemplo bastante antigo e conhecido está na morte de Sócrates, pois antes do filósofo ingerir, por condenação, a cicuta, aguardou a cerimônia do seu julgamento encarcerado.

³⁷ Sobre a clausura monástica, escreve Foucault (2018, p. 79): “No caso da clausura, não se trata de impedir ninguém de ter acesso ao mundo exterior, de sair, mas trata-se de proteger do mundo exterior os locais, os corpos, as almas: a clausura fecha o interior contra todos os possíveis assaltos do exterior; faz parte dos locais sagrados nos quais não se pode entrar de modo algum. A clausura, portanto, não impede a liberdade de alguém dentro de um lugar do qual esse alguém não possa sair e em relação ao qual o exterior seja inacessível; ela define um local interior protegido, que deve tornar-se inacessível ao exterior. O mundo é que é mantido fora, e não o indivíduo dentro. O mundo é que é fechado para o lado de fora. Há, portanto, uma heterogeneidade essencial entre a j reclusão punitiva e a clausura monástica. Sem dúvida, o recolhimento está ligado ao pecado; mas, mesmo quando motivado pelo pecado, não é em si uma punição. Aparece como condição da penitência, do remorso, como o local favorável por sua solidão sacralizada, que possibilita que os castigos (jejum, flagelação etc.) se tornem atos de penitência e que o indivíduo se reconcilie com Deus. O que o recolhimento garante não é a penitência em si mesma, mas o fato de que os castigos autoimpostos terão efetivamente valor de penitência para o resgate da alma e a reconciliação do homem, de tal modo que o signo do verdadeiro arrependimento reside no próprio amor ao recolhimento.”

³⁸ Sobre o tempo enquanto ponto de concentração de instituições modernas, escreve Foucault: “(...) estas instituições pedagógicas, médicas, penais ou industriais – têm a propriedade muito curiosa de implicarem o controle, a responsabilidade sobre a totalidade, ou a quase totalidade do tempo dos indivíduos; são, portanto, instituições que, de certa forma, se encarregam de toda a dimensão temporal da vida dos indivíduos. Creio que, a esse respeito, é possível opor a sociedade moderna à sociedade feudal. Na sociedade feudal e em muitas sociedades que os etnólogos chamam de primitivas, o controle dos indivíduos se faz essencialmente a partir da inserção local, do fato de pertencerem a um determinado lugar. O poder feudal se exerce sobre os homens na medida em que pertencem a uma certa terra. A inscrição geográfica local é um meio de exercício do poder. Este se inscreve sobre os homens por intermédio da sua localização. Ao contrário, a sociedade moderna que se forma no começo do século XIX é, no fundo, indiferente ou relativamente indiferente à pertinência espacial dos indivíduos; ela não se interessa pelo controle espacial dos indivíduos na forma de sua pertinência a uma terra, a um lugar, mas simplesmente na medida em que tem necessidade de que os homens coloquem à sua disposição seu tempo. É preciso que o tempo dos homens seja oferecido ao aparelho de produção; que o aparelho de produção possa utilizar

prisão, de tal modo que a forma-prisão se aproxima da forma salário. Afirmar Foucault que “a introdução na prisão dos princípios gerais que regem a economia e a política do trabalho”³⁹ [fora dela] é antinômico de tudo o que até então foi o funcionamento do sistema penal. O que se vê aparecer, por essas duas formas, é a introdução do *tempo* no sistema do poder capitalista e no sistema penal.” (FOUCAULT, 2018, p. 66). Mais precisamente, sobre a forma-prisão como correlata da forma salário, explica Foucault (2018, p. 78):

Essa forma remete àquele fenômeno essencial que é a introdução da quantidade de tempo como medida, não só como medida econômica no sistema capitalista, mas também como medida moral. Por trás dessa introdução, para que a quantidade de tempo possa tornar-se matéria e medida de troca, é preciso tomar o poder sobre o tempo, [não como uma] abstração ideológica, mas como extração real de tempo da vida dos homens: condição real de possibilidade do funcionamento do sistema de salário e do sistema de reclusão.

Importa dizer, contudo, que mesmo que deixado de lado o suplício, a crueldade e o sofrimento também estão presentes nas prisões. A despeito de corrigir condutas, práticas violentíssimas e tratamentos indignos são tolerados, tanto no seio de penitenciárias como também na vigilância das ruas, dos trabalhadores nas fábricas, enfim, em todos os espaços nos quais se impõe *disciplina*. O motivo deste aparente paradoxo é sugerido por Morin: “a barbárie não é somente um elemento que acompanha a civilização, mas a integra. A civilização produz barbárie, em particular a barbárie da conquista e da dominação”. (Morin, 2007, p.19, tradução nossa)

Foucault buscou significados para a relação *poder/punição* além dos discursos oficiais modernos legitimadores da imputação penal. A ele não convenciam as teorias modernas da *acquiescência* ou *retributiva*. Faltam elementos para a compreensão prática dos efeitos penais.

O objetivo de reconstruir a história do poder de punir através da história da prisão subordina-se às seguintes coordenadas, segundo Foucault: a) os sistemas punitivos devem ser

o tempo de vida, o tempo de existência dos homens. É para isso e desta forma que o controle se exerce. São necessárias duas coisas para que se forme a sociedade industrial. Por um lado, é preciso que o tempo dos homens seja colocado no mercado, oferecido aos que o querem comprar, e comprá-lo em troca de um salário; e é preciso, por outro lado, que este tempo dos homens seja transformado em tempo de trabalho. É por isso que em uma série de instituições encontramos o problema e as técnicas da extração máxima do tempo. (FOUCAULT, 2013, p. 114-5)

³⁹ A esse respeito, oportuno registrar o ditame do *caput* do artigo 28 da Lei de Execução Penal Brasileira (Lei 7.210/1984): “Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.”

estudados em seus *efeitos positivos*, que realizam uma função social complexa – e não em seus *efeitos negativos* de sanção/repressão; b) a função social dos mecanismos punitivos não é explicável pelas regras do Direito, mas como técnicas específicas relacionadas aos processos de produção material: a tecnologia punitiva, como “tática política dos castigos”, constituiria um “investimento do corpo” por relações de poder, cujas transformações estariam ligadas às mudanças nas relações de produção (SANTOS, 2018, p. 63).

As investigações de Foucault sobre o *poder* passam também por examinar, sob o prisma da economia política, as relações de produção bem como os interesses e formas de explorações regidas pelo poder disciplinar, o qual busca *normalização* pelo discurso científico, pelo funcionamento das instituições e mesmo pela introjeção de valores morais nas relações interpessoais (familiares etc):

Há sistemas de poder muito mais amplos que o poder político em seu funcionamento estrito: todo um conjunto de focos de poder que podem ser as relações sexuais, a família, o emprego, a moradia. A família e o Estado funcionam em relação mútua. O sistema disciplinar é a forma na qual o poder se insere.” (FOUCAULT, 2018, p. 209).

Nesse sentido, Foucault demonstra que o poder de punir do Estado transcende o sujeito que *infringiu* a lei e cumpre funções e objetivos bem determinados na estrutura socioeconômica. Funções e objetivos bem diferentes dos proclamados oficialmente pelas teorias e instituições punitivas, como “prevenção ao crime”, “ressocialização dos infratores” etc. A organização punitiva ultrapassa a *culpabilidade* dos cidadãos e constitui um programa político, *biopolítico*.

Destarte, oportuno esse trecho de *Vigiar e Punir*:

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. (FOUCAULT, 2018a, p. 189)

O mérito de Foucault consiste em demonstrar a *mediação política* do sistema punitivo, como domínio das forças corporais para realizar *objetivos econômicos específicos*, sob a formatação disciplinar de “corpos dóceis e úteis.”

As práticas punitivas, enquanto relações de poder normativo vinculadas às relações de comportamentos, representam um sistema de dominação para constituir um *poder* sobre o *poder do corpo*: uma “anatomia política” que articula conhecimento (científico) e técnicas de controle e gestão para dominar as capacidades produtivas do corpo.

Por essa forma, afirma Foucault no seu curso *A Sociedade Punitiva* (2018, p. 66-7):

[...] Finalmente, há aí uma curiosa proximidade e ao mesmo tempo uma oposição entre trabalho e prisão: a prisão está, de certo modo, bem próxima de algo como um salário, mas é ao mesmo tempo o inverso do salário, de que, portanto, exclui o salário efetivo. Daí a tendência a organizar a prisão como fábrica e, ao mesmo tempo, a impossibilidade ideológica e institucional de admitir que o prisioneiro possa receber salário durante seu tempo de prisão, pois esse tempo é como o salário que ele reembolsa à sociedade. [...] O tempo é permutado com o poder. E, por trás da forma-salário, a forma de poder posta em prática pela sociedade capitalista tem essencialmente por objeto exercer-se sobre o tempo dos homens: a organização do tempo operário na fábrica, a distribuição e o cálculo desse tempo no salário, o controle do lazer, da vida operária, a poupança, as aposentadorias etc. [...] Assim, o que nos permite analisar de forma integrada o regime punitivo dos delitos e o regime disciplinar do trabalho é a relação do tempo de vida com o poder político: essa repressão do tempo e pelo tempo é a espécie de continuidade entre o relógio de ponto, o cronômetro da linha de montagem e o calendário da prisão.

Um dos pontos centrais da filosofia de Foucault consiste na apresentação da sociedade contemporânea como *panóptica*, ideia inicialmente descrita por Jeremy Bentham.

O modelo panóptico tem por características os constantes controles e policiamentos; e por índice, a disciplina arquitetada pelo *poder* e “corrigida” pela *punição*. Explica Foucault em *Vigiar e Punir* (2018a, p. 194-5):

O *Panóptico* de Bentham é a figura dessa composição. [...] O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. [...] A visibilidade é uma armadilha. [...] E esta é a garantia da ordem. Se os detentos são condenados não há perigo de complô, de tentativa de evasão coletiva, projeto de novos crimes para o futuro, más influências recíprocas. [...] Se são operários, não há roubos nem conluios, nada dessas distrações que atrasam o trabalho, tornam-no menos perfeito ou provocam acidentes [...].

Aqueles que, por um momento, escapam⁴⁰ às diretrizes do regime disciplinar imposto pela estrutura socioeconômica e pelo policiamento das cidades ou das fábricas, serão conduzidos para adestramento a partir da disciplina e da vigilância das penitenciárias. Portanto,

O que é agora imposto à justiça penal como seu ponto de aplicação, seu objeto “útil”, não será mais o corpo do culpado levantado contra o corpo do rei; não será mais tampouco o sujeito de direito de um contrato ideal; mas o indivíduo disciplinar. O ponto extremo da justiça penal no Antigo Regime era o retalhamento infinito do corpo do regicida: manifestação do poder mais forte sobre o corpo do maior criminoso, cuja destruição total faz brilhar o crime em sua verdade. O ponto ideal da penalidade hoje seria a disciplina infinita. [...] (FOUCAULT, 2018a, p. 218)

Esse paradigma reclama um novo estatuto de análise para a pena: a pena como um complexo ato de poder!

Torna-se diminuto e ingênuo reduzir a pena à natureza de direito do Soberano decorrente de um contrato *ideal*, ou do dever do Estado derivado de uma moralidade imperativa acessível coletivamente por sujeitos livres, autônomos e *racionais*⁴¹.

O objetivo real mais geral do sistema de justiça penal, enquanto tática disciplinar de poder, é a moralização da classe trabalhadora, através da inculcação de uma “legalidade de base”: o aprendizado das regras da propriedade, a disciplina no trabalho produtivo, a estabilidade no emprego, na família etc. A criação da poupança bancária representa uma tática dessa ordem que intenciona fixar residência a sujeitos que poderiam aventurar-se pelo mundo errantes, nômades e não permitir a exploração de sua força laboral de modo sistemático e perene como interessa à produtividade capitalista:

Para dar alguns exemplos, vou me remeter ao problema da poupança operária: como se dá? Durante o século XIX, ela é sede de uma batalha de poderes, com

⁴⁰ Ainda que essa fuga configure absoluto não fazer: é o que basta para incorrer o sujeito válido na contravenção de “vadiagem”, conforme artigo 59 da Lei nº 3.688/41 da República Federativa do Brasil. Ademais, este comando legal também serve para as asquerosas “políticas de higiene social”.

⁴¹ Cirino dos Santos salienta que: “No trabalho de Foucault, a transformação histórica do poder de punir, explicável pelos processos subjacentes à “microfísica do poder”, evolui do “suplício do corpo”, como ritual de poder na sociedade medieval, para o “arquipélago carcerário”, a rede de controles da “economia do poder” nas “cidades carcerárias” do capitalismo moderno. A transição do castigo do corpo, no pelourinho, na fogueira etc., para a supressão do tempo livre, nos mecanismos administrativos da moderna burocracia penal, coloca o corpo do condenado como intermediário da “alma”, construída como prisão do corpo. [...] A lógica positivista, que considera o crime revelação da alma do criminoso, apresenta novas questões. [...] Assim, as penas criminais, como retribuição aflitiva de sujeitos livres, e as medidas de segurança, como controle e readaptação de sujeitos determinados, constituem os sistemas de reação anticriminal da sociedade moderna. [...] Uma evolução não linear, com mediações e contradições ligadas às lutas históricas entre classes e grupos sociais, alterando ou deslocando as relações de poder, acomodadas, transitoriamente, em novos esquemas de dominação.” (Santos, 2018, p. 72)

toda uma série de estratégias opostas, de vitórias e derrotas apoiadas umas nas outras. Aquela poupança teve origem na necessidade sentida pelo patronato de fixar a classe operária a um aparato de produção, de evitar o nomadismo operário; ele a fixou no espaço fixando-a no tempo: depositando em determinado lugar algo que garantisse o futuro. Mas, ao mesmo tempo, aquela poupança, imposta pela estratégia patronal, produziu como contrafeito o fato de o operário ter algumas disponibilidades que lhe possibilitavam algumas liberdades, entre elas a de fazer greve. De modo que a greve como instrumento de represália contra o patronato está inscrita na própria medida por meio da qual o patronato pretendia controlar a classe operária. Por isso, em contrapartida, nova medida patronal: controlar aquela poupança e impor a presença de representantes patronais nas caixas de previdência. Por isso, a partir da segunda metade do século XIX, as lutas por causa da direção e do controle de tais caixas. Assim se vê como, dentro de uma estratégia geral de sequestração operária pelo patronato, é travada toda uma série de lutas, como ocorre toda uma série de vitórias e derrotas umas em seguida às outras, umas sobre as outras. (FOUCAULT, 2018, p. 208)

A utilidade complementar da constituição de uma “criminalidade de repressão”, isto é, da clientela penal sujeita e selecionada à incidência da espada, do brasão penal, localizada nas camadas vulneráveis da sociedade e objeto da vigilância e punição, é camuflar a criminalidade dos opressores, os ilegalismos praticados pelos burgueses⁴², pelos ricos, com o abuso do poder político e econômico, com a tolerância das leis, a indulgência dos tribunais e a discricção da imprensa.

Portanto, vê-se que existem um discurso e uma realidade velados que se opõem aos objetivos oficiais⁴³ proclamados pelo poder punitivo, de modo que a racionalidade penitenciária desempenha funções *(im)positivas*⁴⁴ necessárias à lógica capitalista.

Embora seja uma característica capitalista, não se trata de particularidade capitalista, isso porque tanto os EUA como a URSS recorreram/recorrem à reclusão como tática de poder e luta política. Como afirmado na apresentação desta dissertação, as maiores populações carcerárias estão nos EUA (símbolo maior do capitalismo) e na China (país governado por partido único comunista). Mas o que Foucault aponta, genealogicamente, é que o uso político da prisão enquanto poder disciplinar surgiu com a economia política capitalista.

⁴² Para além da configuração de *homoeconomicus*, da perspectiva da moralidade é possível definir o burguês como aquele que não tem nem a nobreza de um aristocrata e nem o brio de um camponês. A esse respeito, ver Foucault, 2018, p. 144 e p. 153-4, nota 3.

⁴³ Prevenção do crime, ressocialização etc.

⁴⁴ Positivo em itálico para destacar o significado preciso enquanto jargão filosófico a indicar o “caráter do que é instituído” (Giacoina, 2006, p. 145).

Num primeiro momento, poder-se-ia opinar pelo fracasso do sistema carcerário, uma vez que a criminalidade subsiste. Todavia, esse “fracasso” constitui precisamente seu sucesso. Questiona Foucault (2018a, p. 267):

Mas talvez devamos inverter o problema e nos perguntar para que serve o fracasso da prisão; qual é a utilidade desses diversos fenômenos que a crítica, continuamente, denuncia: manutenção da delinquência, indução em reincidência, transformação do infrator ocasional em delinquência. Talvez devamos procurar o que se esconde sob o aparente cinismo da instituição penal [...] Não podemos ver aí mais que uma contradição, uma consequência? [...]

Por isso Cirino dos Santos (2018, p. 83) afirma: “Essa perspectiva inverte a avaliação do resultado histórico da prisão: o aparente fracasso do projeto “técnico-corretivo” da prisão é a própria história de um êxito político real, como aparelho de poder que garante e reproduz as relações sociais”.

A pena para Foucault, portanto, configura-se como um complexo ato de poder, a revelar a natureza eminentemente política e econômica das opressões criminais como aparato de controle social e normalização de interesses para além da *culpabilidade* do *sujeito* e dos discursos proclamados pelo ideal repressivo de combate à criminalidade.

Cumprir destacar alguns aspectos da problematização dos axiomas modernos trazidos por Foucault. A ele não convencem as teorias contratualista (aquiescência) ou moralista (retributiva) da punição articuladas pela legalidade penal.

Foucault evidencia como a organização política punitiva é produto do capitalismo, o qual atropela qualquer ideal de participação política igualitária no estabelecimento das normas. As regras penais são ditadas, sobremaneira, pela classe dos proprietários. A configuração das instituições penais, assim como o tratamento punitivo a elas correlatos, revelam-se fruto de uma atuação política de ricos para vigilância, contenção e disciplina do proletariado. Por meio da atuação penal, impõe-se o modo de vida arquitetado pela economia capitalista e produzem sua normatividade.

A análise de Foucault sobre a penalidade, a partir desse prisma econômico-político, coloca em xeque, também, a ideia da punição como dever do Estado enquanto derivado de uma moralidade imperativa acessível coletivamente por sujeitos livres, autônomos e *racionalis*.

Ao denunciar a relação inescrupulosa entre legalidade punitiva e capitalismo, revela-se a natureza particular dos interesses que se pretende proteger, a configurar uma moralidade privada. Isto é, a moralidade punitiva está longe de corresponder a valores universais. Funciona,

isso sim, como instrumento de classe enquanto tal classe pode exercer maior influência para controlá-la, a fim de atender a objetivos específicos e servientes a grupos bem determinados: os detentores do poder econômico. Assim, ainda que compreensível *racionalmente* por todos, a lei penal servirá somente para a proteção de alguns, bem como para a reprodução das relações de poder, dada sua condição privilegiada no jogo do poder, a lutar pela manutenção da ordem⁴⁵ social capitalista. A autonomia do sujeito parece encontrar-se limitada pela legalidade classista e a moralidade que a acompanha. Afinal, ainda que o poder seja algo fluido, seu exercício pelos dominantes é privilegiado e respaldado por diversos dispositivos:

(...) A relação de poder não obedece ao esquema monótono de opressão, dado de uma vez por todas. Evidentemente, nessa espécie de guerra geral através da qual se exerce o poder, há uma classe social que ocupa um lugar privilegiado e, por isso, pode impor sua estratégia, conseguir diversas vitórias, acumulá-las e obter um efeito de superpoder, mas esse efeito não é da ordem da superposse. O poder não é monolítico. Nunca é inteiramente controlado de certo ponto de vista por certo número de pessoas. A cada instante, ele se desenrola em pequenas disputas singulares, com inversões locais, derrotas e vitórias regionais, desforras provisórias. (...) Portanto, a relação de poder nunca é estável nem conhecida uma vez por todas; mas está sempre nessa espécie de mobilidade. Não se pode então dizer poder e lucro, como se fosse análogos. O poder não deve ser equiparado a uma riqueza que alguns possuam; é uma estratégia permanente que se deve pensar sobre o pano de fundo de guerra civil. Também é preciso abandonar o esquema segundo o qual o poder, por meio de um contrato de tipo comercial, seria conferido a alguns pela vontade de todos – contrato em virtude do qual aqueles que o desrespeitassem cairiam fora da sociedade e retomariam a guerra de todos contra todos. O poder, a legalidade de que ele se serve, os ilegalismos que ele arregimenta ou aqueles contra os quais luta, tudo isso deve ser pensado como certa maneira de travar a guerra civil. (FOUCAULT, 2018, p. 207-8)

Com essas ponderações, nota-se e reivindica-se a necessidade de se alargar o olhar quando em análise o sistema punitivo. Não é mais possível analisar essa questão a partir, tão somente, de esquemas *modernos* conceituais ideais e puros que se limitam à relação *contrato* e *sujeito*. Faz-se necessário considerar os jogos de poder e interesses que ajustam e fazem a mediação política e econômica do sistema punitivo.

⁴⁵ Oportuno trazer à colação os objetivos declarados da “prisão preventiva”, instituto jurídico praticado abusivamente no contexto nacional, verdadeiro instrumento de arbítrio punitivo e principal responsável pelas ilegais prisões provisórias. Segundo o *caput* do artigo 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva visa a “garantia da ordem pública e econômica”. Veja a redação do *caput* do artigo 312: “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.” (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

2.1 Advertência epistemológica sobre a análise do discurso punitivo: a relação espúria entre poder e saber na ciência penal.

Quando se fala de vontade de verdade, fala-se da vontade que escolhe o verdadeiro contra o falso, ou de uma vontade mais radical que põe e impõe o sistema verdade/erro. O ponto da análise será identificar a função e medir o efeito de um discurso de verdade no discurso da lei. Em outras palavras, consistiria em saber se a vontade de verdade não é tão profundamente histórica quanto qualquer outro sistema de exclusão; se, na raiz, não é arbitrária como eles; se não é modificável como eles no decurso da história; se, como eles, não se apoia e, como eles, não é incessantemente reativada por toda uma rede institucional; se não forma um sistema de coerção que se exerce não só sobre outros discursos mas sobre toda uma série de outras práticas. Em resumo, consiste em saber quais lutas reais e quais relações de dominação são mobilizadas na vontade de verdade. (FOUCAULT, 2018c, p. 4)

Comumente se associa à obra de Michel Foucault uma divisão tripartida, de modo a fracionar o seu pensamento em três grandes fases: a *arqueologia*; a *genealogia*; e o *cuidado de si*. Não se ignora, aqui, essa tríade, até porque ela é, de certo modo, verificável na produção filosófica do Foucault. Pelo contrário, reconhece-se seu valor. Todavia, como afirma CANDIOTTO (2006, p. 65-6): “no entremeio de tais domínios perpassa um motivo filosófico indissociável de seu pensamento que é a problemática da verdade. O fio condutor do pensamento de Foucault também é a problemática da verdade.”

Igualmente, entendemos e acrescentamos que o fio condutor do pensamento de Michel Foucault também é a problemática do *sujeito*. Mais do que isso: da perspectiva política, é também a problemática do *contrato*, especialmente se se entender esse não somente como sinônimo de ordem legal ou como norma exclusivamente jurídica, mas principalmente como normatividade, regramento, *normalidade*.

Esses três elementos baluartes (verdade, sujeito, normalidade), entende-se figurarem como o eixo, o Fio de Ariadne nas investigações de Foucault e são marcados por outra relação fundamental e igualmente conglobante de toda sua obra: a relação poder-saber. Explica Ellen K. Feder:

Foucault introduz explicitamente o termo composto “poder/saber” (*pouvoir/savoir*) no período intermediário, “genealógico” da sua obra. Ao mesmo tempo, no entanto, o conceito de poder/saber, de muitas maneiras, engloba o *corpus* inteiro, caracterizando o projeto implícito das suas obras “arqueológicas”, o enfoque explícito das “genealógicas” e a elaboração das implicações para viver uma vida boa na obra “ética” posterior.” (FEDER, in TAYLOR, 2021, p. 76)

Não se tem o objetivo e nem a preocupação de enquadrar a presente pesquisa na *arqueologia*, na *genealogia* ou no “momento ético” *cuidado de si*. É a partir do eixo acima apresentado que se desenvolve o presente trabalho, cujo objeto principal é a política penal ou o sistema punitivo. A esse respeito, Edgardo Castro esclarece que:

Para ter acesso a esse eixo, Foucault teve, primeiro, de fazer perder a cada uma dessas noções o caráter substancial que frequentemente se lhes atribuía. O saber, o poder ou o sujeito só existem no plural e sem nenhuma identidade que transcenda suas múltiplas formas históricas. Por essa razão, para expressar a pluralidade histórica de cada um deles, em seu último curso no Collège de France, Foucault não fala de saber, mas de modos de veridicção, não fala de poder, mas de técnicas de governamentalidade e não fala de sujeito, mas de práticas de si. Por isso, esses deslocamentos no pensamento de Foucault não são rupturas, mas torsões, movimentos em torno de um eixo. (CASTRO, 2021, p. 75)

Portanto, prefere-se dizer, em perspectiva de macro análise, que a pesquisa empreendida “enquadra-se” e anima-se, à maneira foucaultiana, pela história crítica dos conceitos e suas relações, a “história crítica da verdade”. Afinal, segundo CANDIOTTO (2010, p. 156):

No caso de Foucault, a atitude crítica configura a saída recorrente da filosofia do sujeito, o distanciamento da justificação neutra de verdade, a recusa da legitimidade intrínseca do poder, a renúncia à mesmice do pensamento. A crítica na qual sua filosofia se inscreve é política e ética, gesto filosófico, ontologia histórica e tensão corajosa entre discursos e práticas.

Importa ressaltar, nesse passo, que na história crítica da verdade não há o sujeito e o objeto como unidades universais e necessárias. Foucault tem procurado distanciar-se da análise do enunciado proposicional do conhecimento científico normalmente definido pela relação neutra e objetiva entre sujeito e objeto. (CANDIOTTO, 2006).

Sujeito e objeto se tornam mediante práticas, que podem ser jogos teóricos e científicos, práticas sociais ou práticas de si. (CANDIOTTO, 2006).

Conforme bem assinala Frédéric Gros,

“A tradição crítica da qual Michel Foucault faz parte toma distância da filosofia que almeja determinar condições formais e limites transcendentais do conhecimento dos objetos; antes, trata-se da história das “condições e das possibilidades indefinidas de transformação do sujeito” (GROS, apud CANDIOTTO, 2010, p. 156).

O distanciamento do sujeito constituinte e do objeto empírico dado torna a problemática da verdade proposta pelo filósofo o modo de aplicação de uma história crítica do pensamento. (CANDIOTTO, 2006). Trata-se de compreender os conceitos e os *assujeitamentos* à luz das práticas que os forjam em seu correlato e indissociável jogo político.

Se, conforme aponta CANDIOTTO (2006, p. 66), “na arqueologia analisa-se o jogo de regras estabelecido entre as práticas discursivas de uma época, e na genealogia como aqueles jogos atuam ao modo de legitimação para estratégias e táticas de poder presentes nas diferentes práticas sociais”, aqui essas perspectivas se misturam.

Uma história crítica da verdade, como modo de aplicabilidade de uma história do pensamento, investiga a constituição e a modificação da articulação entre objetos e sujeitos mediante “modos de objetivação” e “modos de subjetivação”. (CANDIOTTO, 2006)

Não se trata de uma história dos objetos, pois não se parte nem da representação de um “objeto preexistente” nem da criação pelo discurso de um “objeto que não existe”; tampouco diz respeito a uma filosofia do sujeito, posto que procura *sair* de uma análise que privilegia um princípio transcendente do *ego* ou um sujeito sem história. (CANDIOTTO, 2006)

A história crítica do pensamento é a história da emergência dos jogos de verdade que justificam racionalmente modos específicos de objetivação e de subjetivação. Como afirma Foucault, ela é a história sempre provisória das “regras segundo as quais, a propósito de certas coisas, aquilo que um sujeito pode dizer pertence à questão do verdadeiro e do falso”; ou “o estudo dos modos segundo os quais o sujeito pôde ser inserido como objeto [para os outros e para si mesmo] nos jogos de verdade”. (Foucault, apud CANDIOTTO, 2006, p. 68)

Jogos de verdade cuja soberania escapa ao próprio conhecimento para apoiar-se em sistemas do verdadeiro e do falso. Sistemas que revelam uma grande *vontade de saber*, ou melhor, vontade de que se saiba; mais ainda: vontade de que se saiba de tal maneira, dada a natureza determinada e impositiva do conhecimento *científico* (ciências humanas) e da verdade tal como modernamente articulados.

Como afirma Foucault (2018c, p. 197),

o conhecimento é um efeito ilusório da afirmação fraudulenta de verdade: a vontade que porta a ambos tem esta dupla característica de: (1) absolutamente não ser vontade de conhecer, e sim vontade de poder; (2) fundar entre conhecimento e verdade uma relação de crueldade recíproca e de destruição. A vontade é aquilo que diz com voz dupla e superposta: quero tanto a verdade que não quero conhecer e quero conhecer até o ponto e até um limite tal que quero que não haja mais verdade. A vontade de poder é o ponto de ruptura em que verdade e conhecimento se desatam e se destroem mutuamente.

O conhecimento não tem uma origem, e sim uma história. O conhecimento foi inventado, mas a verdade foi inventada ainda mais tarde. (FOUCAULT, 2018c)

Nesse sentido, Foucault indica que as verdades universalmente atribuíveis ao sujeito nos termos do conhecimento científico são, em última análise, *efeitos de verdade* produzidos por mecanismos estratégicos de poder presentes nas práticas sociais, com o objetivo de justificar racionalmente aquelas relações de poder. (CANDIOTTO, 2006)

O poder não está ausente do saber (discurso), pelo contrário, estão umbilicalmente ligados, conforme afirma YAZBEK, “é a urdidura entre o *exercício do poder* e a *manifestação da verdade* que constitui a relação de forças da nossa sociedade”. (YAZBEK, 2021, p. 122)

Ademais, “um discurso é investido historicamente de um teor verdadeiro, porque cumpre uma funcionalidade específica, qual seja, produzir *efeitos de poder* estatuidando regras para o governo das pessoas, dividindo-as, examinando-as, adestrando-as, sujeitando-as”, (CANDIOTTO, 2006, p. 70) punindo-as!

O conhecimento atinente às ciências criminais, portanto, não é da ordem do transcendental, isto é, não caracteriza-se por uma dimensão formal, universal e necessária, estruturante *a priori*. Nasce e configura-se a partir de práticas e com elas guarda uma relação espúria na medida em que jogos de poder configuram o sistema relacional entre *verdadeiro* e *falso*. A reclamar o *status* de discurso científico, esse saber posta-se como alvissareiro da verdade, sem revelar as imposições e influências das disputas políticas. Nesse sentido, o discurso punitivo decorre e visa atender à posição dominante e consequente das disputas travadas na sociedade a partir de jogos de poder e interesses; do mesmo modo, o efeito prático dessa posição dominante da qual se partiu, altera o *objeto* desse saber e essa alteração redundará em novas considerações *científicas*, a produzir novas *verdades*. Essas verdades permitem manipular comportamentos até se alcançar – ou não – a formatação desejada. Portanto, explica Foucault (2018, p.84):

Nesse sistema, a função da prisão não era garantir pura e simplesmente que a pena ocorresse e fosse cumprida até o fim, mas também acompanhar todo o

desenrolar da pena com uma vigilância que incidisse não só em seu cumprimento, como também nas transformações interiores do prisioneiro dentro de sua pena. A pena já não era somente um ato que se cumpria, era um processo em andamento, cujos efeitos sobre aquele que era seu objeto precisavam ser controlados. O constable (policia) que conduz o prisioneiro entrega aos inspetores um relato sucinto⁴⁶ de seu crime, das circunstâncias que possam agravá-lo ou atenuá-lo, das circunstâncias de seu processo, dos delitos ou crimes dos quais ele possa ter sido anteriormente acusado, por fim, do caráter conhecido desse homem nos tempos anteriores de sua vida. Esse relato, enviado pelo tribunal que proferiu a sentença, põe os inspetores em condições de ter uma opinião inicial sobre o novo prisioneiro, bem como sobre os cuidados e a maior ou menor vigilância que precisam ter com ele.

As observações colhidas sobre os criminosos no seio da prisão, seja pelos carcereiros, seja pelo responsável técnico que acompanha o desenvolvimento da instituição, influenciam a base de dados da ciência penal e assim sucessiva e reciprocamente no que concerne às instituições penais. É dizer: a ciência penal é influenciada por todas as práticas penais⁴⁷. Nesse sentido, a afirmação do Nietzsche, em epígrafe na apresentação – (...) “é como se a educação do gênero humano tivesse sido orientada, até agora, pelas fantasias de carcereiros e carrascos” (...) – não parece exagerada. Conclui Foucault:

⁴⁶ Esse documento de controle resultou no instituto jurídico “nota de culpa”, ainda em prática, de forma semelhante; e também na guia de recolhimento do apenado à prisão. A guia de recolhimento, durante o período de cumprimento de pena, é instruída por apensos que relatam a execução penal, seus incidentes bem como o cômputo do tempo que pode sofrer detração por boas práticas ou agravamento pela prática de faltas. A nota de culpa tem previsão expressa no artigo 306, §2º, do código de processo penal brasileiro, a saber: “Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)”. E a guia de recolhimento tem sua previsão no artigo 106 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984): “Art. 106. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá: I - o nome do condenado; II - a sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação; III - o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado; IV - a informação sobre os antecedentes e o grau de instrução; V - a data da terminação da pena; VI - outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário. § 2º A guia de recolhimento será retificada sempre que sobrevier modificação quanto ao início da execução ou ao tempo de duração da pena.

⁴⁷ Se se trazer à luz um exemplo contemporâneo brasileiro: 74% das prisões por tráfico de drogas têm apenas policiais como testemunhas do caso. E desses 74%, 91% dos casos resultam em condenação. A reportagem no link a seguir explica um pouco mais detalhadamente: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/74-prisoas-traffic-apolicias-testemunhas> (Acesso em 10/11/2023). É como se a esses sujeitos fosse negado acesso ao judiciário e sonhado o direito a um julgamento justo, posto que a função judicial, neste caso, consiste tão somente em ratificar a ação policial, sem maiores juízos. Além da condenação sintomaticamente injusta, tal atuação Judicial e do Ministério Público produz elementos para o conhecimento penal que serão convertidos em discurso científico e formará jurisprudência a figurar como fonte do direito. É importante destacar, também, que a Lei de Drogas é responsável por 33% do encarceramento brasileiro masculino. Quanto ao encarceramento feminino, esse índice dobra, uma vez que de 65 a 67% da prisão de mulheres se fundam na Lei de Drogas por crimes relacionados ao tráfico.

Nesse programa do conhecimento que se deve ter sobre o prisioneiro, sobre o criminoso como objeto de saber, percebe-se o surgimento de alguns elementos cuja importância histórica será grande: ficha criminal, arquivos judiciais, biografia, observação do caráter do homem, inspetores que possam vigiar, ou seja, controle penal e vigilância da transformação médica e religiosa. Essa instituição, portanto, descortinava todo um campo de saberes possíveis. Ora, nessa mesma época apareceu a estrutura hospitalar, que deu ensejo ao espaço institucional no qual seria conhecido o homem como corpo. Assim, na mesma época nasceram simultaneamente os fundamentos daquilo que viria a ser a ciência anatomofisiológica do homem e de algo como a psicopatologia, a criminologia e a sociologia: aquilo que o hospital é para o corpo, a prisão é para a alma. (...) A prisão será o espaço dentro do qual um saber se torna possível.⁴⁸ (FOUCAULT, 2018, p. 84-5)

A ciência criminal, portanto, a partir de todo esse sistema de intercâmbios entre solicitação, investigação e resposta, entre denúncia e vigilância, forma confusamente todo um campo de saber. (FOUCAULT, 2018). Por sua vez, o discurso que acompanhará o poder punitivo integrado pelo poder disciplinar é um discurso que descreverá, analisará e fundamentará a norma e a tornará prescritível, persuasiva⁴⁹. Trata-se do discurso do mestre, ou seja, discurso daquele que dita a norma, estabelece a separação entre o normal e o anormal, avalia, julga, decide: discurso do mestre-escola, do juiz, do médico, do psiquiatra. Ligado ao exercício do poder, é o discurso normatizador, o das ciências humanas. (FOUCAULT, 2018)

⁴⁸ É possível vislumbrar aqui o germe do aspecto criminológico da biopolítica posteriormente desenvolvida por Foucault. Ademais, um exemplo da assunção do biológico sobre a política criminal encontra-se na hoje mal vista e malfadada escola Lombrosiana de criminologia, do psiquiatra higienista e antropólogo Cesare Lombroso. A partir de análises de reclusos (“criminosos” e “loucos”) sob perspectiva antropológica densamente carregada pela biologia darwinista, Lombroso buscava explicações para o crime e o sujeito infrator a partir de relações anatômicas, fisiológicas que configurasse, para ele, o biótipo criminoso. Forte opositor da teoria do crime proposta por Beccaria, a Lombroso é creditada a criação da “Escola Antropológica Criminal”. Em 1880 funda juntamente com Enrico Ferri e Raffaele Garofalo o jornal “Archivio I Psichiatria, antropologia criminale e scienza penale”. Essa tríade deu origem à Escola Positiva Penal, composta pela escola antropológica, de Cesare Lombroso; a sociológica, de Enrico Ferri e a jurídica, de Raffaele Garofalo. A esse respeito, ver o livro “O homem delinquente”, de Lombroso.

⁴⁹ Trata-se do modelo epistemológico de exame, o qual se opõe totalmente ao grande e clássico saber de inquérito. O exame é característico da nascente sociedade disciplinar e de vigilância. Nas palavras de Foucault: “Um saber que tem agora por característica não mais determinar se alguma 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. Esse novo saber não se organiza mais em torno das questões ‘isto foi feito?’, ‘quem fez?’; 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. Um saber de vigilância, de exame, organizado em torno da norma pelo controle dos indivíduos ao longo de sua existência. Esta é a base do poder, a forma de poder-saber que vai dar lugar não às grandes ciências da observação como no caso do inquérito, mas ao que chamamos ciências humanas: Psiquiatria, Psicologia, Sociologia etc. 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. (FOUCAULT, 2013, p. 89)

O que foi inventado nessa reelaboração do Direito é algo que, no fundo, concerne não tanto aos conteúdos, mas às formas e condições de possibilidade de um saber. (FOUCAULT, 2013). Saber que se pretende neutro, universal e a-histórico, *científico*. Por essa forma:

O Ocidente vai ser dominado pelo grande mito de que a verdade nunca pertence ao poder político. (...) Esse grande mito precisa ser liquidado. Foi esse mito que Nietzsche começou a destruir ao mostrar, em numerosos textos já citados, que por trás de todo saber, de todo conhecimento, o que está em jogo é uma luta de poder. O poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber. (FOUCAULT, 2013, p. 56)

A partir da análise dos discursos e dispositivos modernos de poder e punição Foucault descobrirá a relevância e o alcance das noções de governo e dizer verdadeiro.

Para Foucault, o Estado de Direito não representa os cidadãos de modo neutro, equidistante e isonômico, tampouco profere e pauta-se por verdades universais, imparciais, a-históricas. O interesse público e o bem comum sucumbem às relações e tramas privadas. Em síntese: o Estado de Direito configura-se como sistema de verdadeiro e falso a consignar modos de assujeitamentos à luz das lutas políticas e jogos de poder e dominação que o animam e, ao mesmo tempo, visa regular. Alinhado a essa lógica, o sistema punitivo cumpre função estratégica fundamental ao aparelhamento do Estado de Direito. Como afirma Márcio Alves da Fonseca:

Foucault pensa que, entre o que é estabelecido pela lei e as ilegalidades que são praticadas, não se interpõe um sistema punitivo absolutamente neutro: o que ocorre é que nem toda prática ilegal deve ser punida e, no sentido inverso e ao mesmo tempo proporcional, nem toda lei deve ser respeitada. A punição não obedeceria, assim, a um sistema lógico-dedutivo abstrato, puramente formal, que correlacionaria crime e castigo. A punição, ao invés disto, deve ser entendida no contexto de um jogo múltiplo de interesses e forças, em que muitas vezes legalidade e ilegalidade não se opõem no plano efetivo das práticas sociais aceitas. (FONSECA, 2012, p. 132)

O Poder Judiciário, enquanto elemento central da Jurisdição (*juris dictio*), isto é, enquanto *o poder que dirá o direito*, ocupa posição fundamental na estrutura política do Estado. Dominar seu discurso e sua atuação, portanto, afigura-se como necessidade política e econômica primordial. Por essa razão, “na medida em que a contestação judiciária assegurava a circulação dos bens, o direito de ordenar e controlar essa contestação judiciária, por ser um meio de acumular riquezas, foi confiscado pelos mais ricos e mais poderosos.” (FOUCAULT, 2013, p. 67) Por esta hipótese, confisca-se os bens pelo confisco do discurso, em célebre expressão da relação poder/saber na influência das regras das *ciências humanas* e dos efeitos

práticos das instituições do Estado. Igualmente, a legalidade e seu discurso apresentam-se como instrumentos de poder e saber, poder-saber – poder burguês, a produzir *efeitos de verdade* e balizar o funcionamento prático das instituições.

Sobre os efeitos de verdade, explica Edgardo Castro (2021, p. 82-3)

A hipótese geral afirma que existem “duas histórias da verdade”. Por um lado, existe uma história interna, intradiscursiva, no sentido de que a verdade se corrige a partir das regras de formação dos discursos verdadeiros, como sucede, por exemplo, na história das ciências. Por outro lado, temos uma história externa da verdade, extradiscursiva, que descreve as práticas sociais a partir das quais se formam determinados domínios do saber. Em relação a essa história extradiscursiva da verdade, ao analisar a evolução das práticas judiciais entre o Medievo e o Renascimento, Foucault se ocupa da *inquisitivo* (investigação), instaurada a partir do Império carolíngio, na qual o estabelecimento da verdade por parte da autoridade estatal ou eclesiástica se leva a cabo por meio de testemunhos e mediante a asserção dos fatos. Para Foucault, esse modelo de poder político-judicial serviu de matriz para o surgimento das ciências empíricas. No mesmo sentido, mais tarde sustentará que os dispositivos disciplinares de vigilância, particularmente a prática disciplinar do exame, serviram de matriz para a formação das ciências humanas.

Importa explicar que o *extradiscursivo* e o *discursivo* não operam de maneira estanque e sim se comunicam na constituição da *verdade*; ambos dizem respeito à verdade. A ilustrar essa relação, a prática dos ilegalismos e sua gestão a partir do Moderno Estado de Direito, para Foucault, cumprem papel fundamental na imbricação jurídica do extradiscursivo ao discursivo, além de bem ilustrar a luta política que se trama em torno das instituições e dos discursos penais. Passa-se agora à análise dos ilegalismos no momento da derrocada do Antigo Regime e ascensão do Estado de Direito.

2.2: Os ilegalismos como marca da transição do Antigo Regime para o Estado Moderno de Direito: as influências da economia política capitalista na legalidade penal.

A passagem de uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude faz parte de todo um mecanismo complexo, onde figuram o desenvolvimento da produção, o aumento das riquezas, uma valorização jurídica e moral das relações de propriedade, métodos de vigilância mais rigorosos, um policiamento mais estreito da população, técnicas mais bem-ajustadas de descoberta, de captura, de informação: o deslocamento das práticas ilegais é correlato de uma extensão e de um afinamento das práticas punitivas. (FOUCAULT, 2018a, p. 77-8)

A Revolução Francesa de 1789, enquanto expressão maior das agitações burguesas, e sua monumental invenção, o Estado de Direito, constituem o pano de fundo do presente tópico.

A transição do Antigo Regime para a economia política capitalista é marcada por uma rede de ilegalismos⁵⁰. Esse jogo, consubstanciado por práticas ilegais, acontecia graças à cumplicidade nas relações de mercado entre burgueses, artesãos, camponeses, oficiais do poder etc. O desenvolvimento sistemático desses acordos antif feudais levou o Poder Real à bancarrota.

Com a ascensão da burguesia à classe poderosa, dominante, essa cumplicidade foi colocada em xeque. A nova ordem burguesa assumiu como principal tarefa organizar esses ilegalismos, com a tolerância e legalização de alguns e a repressão de outros. A fim de explicar essas relações, traça-se um esboço teórico sobre a teoria dos ilegalismos tal como formulada por Michel Foucault na aula de 21 de fevereiro de 1973 do curso *A Sociedade Punitiva*.

Depois, apresenta o vínculo existente entre ilegalismo popular, ilegalismo operário e delinquência, com o escopo de mostrar suas implicações na formação da sociedade moderna, sobretudo no sistema penal.

⁵⁰ Márcio Alves da Fonseca, em seu livro “Michel Foucault e o Direito”, chama a atenção para o termo “ilegalismo” e aponta que a tradução de “Vigiar e Punir” publicada pela editora Vozes prefere utilizar o termo “ilegalidade” (*illégalité*). Como afirma Fonseca, “é certo que, por vezes, *illégalisme* e *illégalité* são aparentemente utilizados com um mesmo sentido nos escritos de Foucault em que aparecem, entretanto, há uma predominância, nesses escritos, no emprego da palavra *illégalisme* em detrimento de *illégalité* e, a nosso ver, existe uma diferença importante entre ambas. O próprio fato de o termo *illégalisme* não ser veiculado correntemente na língua francesa parece demonstrar, por parte do autor, a intenção de marcar uma especificidade do mesmo em relação ao termo mais corrente, *illégalité*.” (FONSECA, 2012, p. 129, nota 67) Na presente pesquisa entendemos, de fato, haver uma distinção entre os termos “ilegalismo” e “ilegalidade”: entende-se, aqui, por ilegalidade simplesmente um ato contrário à legalidade proclamada; e por ilegalismo, entendemos o encadeamento dinâmico das ilegalidades em suas relações sociais, políticas, econômicas e jurídicas, tal como apresentado por Foucault. Por essa razão, vemos os ilegalismos como formulação conceitual Foucaultiana indispensável à economia interna de seu pensamento.

Por fim e de modo conclusivo, cumpre demonstrar como essas agitações e práticas ilegais forjaram o Estado Moderno de Direito e seu sistema punitivo, aos quais as técnicas de controle social da burguesia foram transplantadas como técnicas estatais oficiais, ainda que ao arrepio da ciência criminal esclarecida.

A pertinência do tema justifica-se, para além da contribuição com o debate conceitual e o desenvolvimento científico, pela necessidade urgente de se refletir criticamente sobre a prisão, instituição sabidamente trituradora de vidas humanas e produtora de disfunções sociais, verdadeiro *Frankenstein* da política criminal e ainda hoje principal instrumento punitivo.

A Teoria Dos Illegalismos

“O encontro da razão com a pena, naquela conjuntura transformadora que teve seu epicentro no século XVIII e ficaria conhecida como “iluminismo”, “esclarecimento”, “ilustração” ou “luzes”, foi um encontro muito estranho, no qual a razão se ajoelhou aos pés da pena”. (BATISTA, Nilo, 2016, p. 149)

A questão central do curso *A Sociedade Punitiva*, de Michel Foucault, consiste em compreender a transmutação do sistema penal clássico para seu aspecto moderno, caracteristicamente coercitivo, sancionador e vigilante, cuja principal forma penal é a detenção e o principal instrumento, consequentemente, a prisão.

A assunção da reclusão à forma estatal punitiva oficial decorre do discurso punitivo e do modelo penal constituintes do Estado Moderno burguês (Estado de Direito pós-revolução francesa).

Uma vez que “[...] a detenção e a prisão não faziam parte do sistema europeu antes das grandes reformas dos anos 1780-1820” (FOUCAULT, 2018, p. 227) e, mais do que isso, nesse momento de transição, enquanto institutos punitivos, eram alvos de severas críticas, inclusive por teóricos penalistas e parlamentares, compreender como e por que a prisão conseguiu permanência e alargamento no sistema penal torna-se necessário, ao mesmo tempo que essa questão desponta-se obnubilada.

A frase em epígrafe ilustra bem o problema. Afinal, é no mínimo contraditório que o esplendor da *Razão* produza algo tão cruel, desumano e irracional como o cárcere. A monstruosidade que a prisão representa coloca em xeque o discurso e as promessas iluministas.

O sistema penal moderno, que tem a prisão em seu coração, não expressa, absolutamente, *liberdade, igualdade e fraternidade*. Tampouco encontra consonância com esses princípios. A razão, de fato, se ajoelhou aos pés da pena. Resta saber os motivos desse disparate, o que se fará com a hipótese articulada por Foucault.

Como dito, durante a derrocada do Antigo Regime e o estabelecimento do Estado de Direito burguês, não faltaram críticas à inovação punitiva prisional. Tanto que, segundo Foucault (2018, p. 229):

A organização da penalidade de reclusão não é simplesmente recente; é enigmática. No momento em que estava sendo planejada, era alvo de críticas violentíssimas. Críticas formuladas a partir de princípios fundamentais. Mas também formuladas a partir de todas as disfunções que a prisão podia induzir no sistema penal e na sociedade em geral.

Eis a questão: se desde o seu surgimento desconfiava-se do cárcere como instrumento punitivo adequado, por qual razão consagrou-se e mantém-se como remédio penal e forma geral de penalidade, a integrar o âmago desse aparelho de justiça e destinado a fazer com que a lei seja respeitada? A resposta Foucault apresenta a partir de sua teoria dos ilegalismos.

A sociedade burguesa revolucionária surgiu marcada por uma rede de acordos ilegais e práticas marginais inobservantes dos regulamentos e ditames régios. Isto é, para escapar das ordenanças tarifárias e coercitivas do Antigo Regime, artesãos e comerciantes, camponeses e mercadores, organizavam-se e entendiam-se por pactos ilegais estabelecidos diretamente entre si e ao arrepio do Poder Real. Isso resultou num jogo de ilegalismos e na formação do capitalismo.

Explica Foucault (2022, p. 36-7):

O ilegalismo era uma espécie de função constante e geral na sociedade. Tanto pela impotência do poder, como também porque, no fundo, o ilegalismo era indispensável a uma sociedade que estava economicamente se transformando. Entre o século XVI e o final do século XVIII, as grandes transformações constitutivas do capitalismo passaram em grande medida pelos canais da ilegalidade, em relação às instituições do regime e da sociedade. O contrabando, a pirataria marítima, todo um jogo de evasões fiscais, assim como todo um jogo de exações fiscais foram vias pelas quais o capitalismo pôde se desenvolver. Nessa medida, podemos dizer que a tolerância, a tolerância coletiva de toda a sociedade para com seus próprios ilegalismos, era uma das condições não apenas de sobrevivência dessa sociedade, mas de seu desenvolvimento. O ilegalismo era um dos caminhos ao mesmo tempo da vida política e do desenvolvimento econômico.

Os acordos ilegais, na medida em que não contrariavam a lógica do lucro, mas atacavam as cobranças tarifárias e demais imposições feudais, ensejaram o surgimento de uma relação comercial lucrativa típica de uma sociedade capitalista que não demorou a reclamar, para tanto, nova forma de organização das forças econômicas e dos poderes de Estado. Aí reside o aspecto funcional do ilegalismo, pois útil ao programa industrial burguês, já que

[...] opunha-se a toda uma série de cobranças feitas por meio de direitos e multas. Portanto, não era um ataque à propriedade material, era um ataque aos direitos. Não era um roubo, era uma *fraude* antifeudal, que servia a burguesia. Era uma espécie de linha avançada da luta da burguesia por uma nova legalidade. (FOUCAULT, 2018, p. 131)

Nesse sentido,

[...] tanto o mercador, que devia comercializar, quanto o tecelão, que tinha fabricado, entendiam-se diretamente, passando por cima dos regulamentos, para tentar esquivar-se deles. Firmavam contratos antecipados, fora do mercado oficial; graças a esse entendimento direto, as duas partes estavam diretamente em contato e estabeleciam entre si algumas relações comerciais que de certa forma eram leis do mercado. (FOUCAULT, 2018, p. 131)

Esses acordos contra a legalidade régia contribuíram decisivamente para o triunfo da economia política burguesa sobre o regime feudal.

O aspecto sistemático configura outra característica desse ilegalismo, pois era “[...] um modo de funcionamento da sociedade inteira. Tinha-se a junção de ilegalismo popular com ilegalismo dos comerciantes, ilegalismo dos negócios.” (FOUCAULT, 2018, p. 131-2)

Contribuía para manter essa sistematicidade e fazer o sistema funcionar o ilegalismo do poder, o qual era praticado por representantes diretos do poder – intendentess, magistrados, subdelegados, tenentes de polícia – responsáveis por interferir em autuações e reduzir o valor de condenações pecuniárias ou multas aplicadas aos burgueses. Os ilegalismos dos oficiais ocorriam em função de interesses, pressões ou riscos de sublevações. Portanto, “[...] o poder intervinha como regulador desses ilegalismos que, inclusive, eventualmente se chocavam mas sem antagonismo radical, de modo que ajustavam-se.” (FOUCAULT, 2018, p. 132)

O terceiro aspecto destacado por Foucault consiste no fato de o ilegalismo ser ao mesmo tempo econômico e político, pois a cada infração legal viola-se não somente o conteúdo econômico correspondente, mas também a carga de poder que uma lei contém, isto é “[...] cada vez que alguém passa por cima de uma lei, viola um regulamento, o que se ataca não são tanto

as coisas quanto a arrecadação sobre elas, a operação de poder exercido sobre elas, a instância regulamentar.” (FOUCAULT, 2018, p. 132-3)

A potência econômica-política do ilegalismo constitui seu núcleo duro, nela está seu principal poder, pois “[...] entre o ilegalismo propriamente econômico e a transgressão quase política da autoridade do poder, há um *continuum*”. (FOUCAULT, 2018, p. 133) Esse *continuum* constitui o poder de ação subversiva. Foi ele que derrubara o Antigo Regime e é também ele que a burguesia objetiva dominar com a prisão ao selecionar para esta instituição determinados praticantes de ilegalismos intoleráveis por essa classe.

As tramas ilegais, quando divergentes ou enfrentadoras do poder que organiza o programa político capitalista, tornam-se intoleráveis e perigosas para a ordem posta, razão pela qual devem ser repreendidas antes de se tornarem um *continuum* social, isto é, antes que se consubstanciem em novas práticas sociais e novas concentrações e disposições de poder.

Os ilegalismos possuem força revolucionária⁵¹, em grande medida por essa potência econômica-política que concentram. Ora, uma prática ilegal implica em alterar a ordem, em aumentar ou diminuir poder, significa alterar a titularidade de direitos, o que revela a capacidade de inaugurar um novo paradigma político-social-econômico. Se não interrompida, se não controlada, uma rede de ilegalismos leva, inexoravelmente, à uma nova disposição social.

Importa consignar que existem duas grandes categorias, dois grandes gêneros de ilegalismos: os de bens e os de direitos. Em entrevista sobre o assunto, o estudioso canadense de criminologia e de Foucault, Anthony Friendly, esclarece que:

Com efeito, existem ilegalismos populares (camponeses e operários) e ilegalismos privilegiados (nobres, burgueses e de Estado). Em um segundo momento, devemos lembrar que ela [a noção de ilegalismo] se refere à modalidades práticas que vão além da posição dos atores. Porque, como apontou Foucault, existem *ilegalismos de bens* e *ilegalismos de direitos*; ou seja, uma diferença entre os atos que jogam com a lei. Se ele deu a entender que os ilegalismos de bens são praticados quase exclusivamente por indivíduos pertencentes às categorias sociais modestas e que, ao contrário, os ilegalismos de direitos são praticados por indivíduos oriundos de classes sociais privilegiadas, podemos admitir que hoje, sem no entanto negar que as modalidades de ação diferem de acordo com as possibilidades oferecidas pela

⁵¹ Explica Foucault brevemente: “Na verdade, gostaria de mostrar que o nascimento da sociedade industrial não abalou simplesmente a ordem das legalidades, mas todo aquele sistema de ilegalismos tradicionais e sólidos, graças aos quais consideráveis massas da população podiam viver. No fim do século XVIII, os ilegalismos assim ameaçados pelas novas formas da sociedade passaram à revolta. O ilegalismo, portanto, não é apenas a forma extrema e popular do ímpeto revolucionário, é aquilo que está em jogo nesse mesmo ímpeto. Todos os grandes movimentos procuravam a manutenção do ilegalismo como prática à qual se tinha direito.” (FOUCAULT, 2018, p. 148)

situação social que cada um ocupa, que os ilegalismos de direitos podem ser praticados por pessoas de diferentes classes sociais. (FRIENDLY, 2022, p. 113-4)

Às diferenças entre ilegalismos correspondem tratamentos igualmente diferentes pelo poder ⁵². Na gestão dessas práticas *contra legem*, a política punitiva se esmera na discricionariedade de tolerá-los ou reprimi-los conforme os interesses em jogo. Assim, “[...] em cada regime político e em cada época, cada categoria social tem seu ou seus ilegalismos que estão integrados de maneiras diferentes na economia das sanções.” (FRIENDLY, in FOUCAULT, 2022, p. 114)

A quarta e última característica dos ilegalismos está em seu caráter oscilante, no sentido de que sua permissibilidade ou proibição não eram prévia e terminantemente definidas. O jogo de ilegalidades fluía à mercê das correlações de forças e jogos de interesses em disputa. Capitaneado pela burguesia, uma prática ilegal era tolerada se conviesse a essa classe, e rechaçada se a ela prejudicasse⁵³. Quando necessário, burgueses e agentes oficiais, em conluio,

⁵² Exemplo contemporâneo de tratamento diferenciado na economia punitiva das sanções: A Lei 9.249/1995, no seu artigo 34, prevê a extinção da punibilidade a quem sonega imposto mas até o oferecimento da denúncia ressarcir o erário com o valor sonegado; mas quem pratica furto, embora ressarcir o valor ou bem furtado, não goza do mesmo benefício, no limite alcança, eventualmente, causa de diminuição da pena. Quem sonega impostos? Majoritariamente, os empresários; quem comete furtos? Majoritariamente, os esgalepados. A partir desse cotejo, existem julgados em que se aplicou, por analogia e em homenagem à isonomia, o benefício da Lei Fiscal a acusados de furtos que devolveram ou restituíram o bem furtado antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. São raros acontecimentos jurídicos (decisões jurídicas) assim, mas mostra como o poder sempre encontra resistência, às vezes até do mesmo polo de atuação. Por outro lado, a partir de reforma legislativa que resultou na Lei 10.684/2003, ampliou-se, expressamente, a possibilidade para os sonegadores escaparem da punição ao retirar do ordenamento jurídico o marco temporal para o adimplemento tributário, e consignou: “Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.” O Superior Tribunal de Justiça, em interpretação favorável, registrou a tese: “O adimplemento do débito tributário, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado.” In: HABEAS CORPUS Nº 362.478 - SP (2016/0182386-0), relator ministro Jorge Mussi. Essa posição oferece a seguinte possibilidade: se se sonega imposto sem alarde, isto é, sem a percepção da fiscalização da receita, “economiza-se” o valor sonegado; se se sonega imposto e a fiscalização percebe, basta pagar o tributo devido. Grande negócio! E grande exemplo da seletividade penal. Tratamento diferenciado conferido pelo poder e também pelo social, já que o estigma de quem pratica furto é mais pesado que de quem sonega.

⁵³ Um exemplo contemporâneo dessa oscilação conforme às conveniências nos jogos de interesses pode ser dado com o cheque, título de crédito regulado, no Brasil, pela Lei 7.357/1985. Previam-se, inicialmente, que o cheque correspondia a ordem de pagamento à vista. Todavia, as práticas de mercado ensejaram modalidades efetivas de ordens de pagamentos à prazo, de tal modo que essas práticas, mesmo contrariando a ordem legal de pagamento à vista, portanto uma prática legalista, não resultaram criminalizadas (afinal, à primeira vista e a partir de uma leitura legalista, estar-se-ia diante de crime financeiro), pelo contrário, foram incorporadas pela legislação como legais, tendo em vista a utilidade econômica que possibilitavam.

reativavam a velha legalidade régia para dissipar um ilegalismo dissidente, indesejável, de tal modo que “[...] o respeito à legalidade não passava de estratégia no jogo do ilegalismo.” (FOUCAULT, 2018, p. 133) Afinal,

Por trás de tudo isso, havia a burguesia, que ocupava uma posição ambígua: apoiava essas lutas antilegais desde que lhes servissem, dava-lhe as costas quando caíam na criminalidade do direito comum ou quando assumiam a forma de lutas políticas. Aceitava o contrabando, recusava o banditismo; aceitava a recusa aos impostos, mas recusava o saque das diligências. (FOUCAULT, 2018, p. 133)

A burguesia, portanto, utilizou-se de práticas ilegais para formar sua base material e revolucionar a economia e a política. O capitalismo, por conseguinte, é produto desse jogo de ilegalismos que formatou o Capital e o Direito (sistema jurídico).

2.2.1 ILEGALISMO POPULAR E DELINQUÊNCIA

A delinquência, solidificada por um sistema penal centrado sobre a prisão, representa um desvio de ilegalidade para os circuitos de lucro e de poder ilícitos da classe dominante. (FOUCAULT, 2018a, p. 275)

Uma vez que a burguesia encontra utilidade em certos ilegalismos e perigo em outros, ela se torna gestora das ilicitudes, pois não pode abolir o que lhe rende lucros, ao mesmo tempo que deve erradicar o que ameaça seu capital e seu poder. Com isso criou-se uma verdadeira economia punitiva de controle.

Está demonstrado que o sistema penal moderno surgiu, então, com a missão fundamental de organizar os ilícitos, não de os extinguir. Portanto, “[...] o que a burguesia queria fazer não era tanto eliminar a delinquência. O essencial do objetivo do sistema penal era romper aquele *continuum* de ilegalismo popular e organizar um mundo da delinquência.” (FOUCAULT, 2018, p. 138)

Não obstante o uso estratégico da burguesia, de ora permitir e ora reprovar uma prática ilegal, o sistema dos ilegalismos funcionava graças à cumplicidade existente entre os burgueses e os camponeses, ou artesãos, operários, agentes do Estado etc, pois juntos burlavam, por exemplo, as regras régias de medida, marcação, precificação.

As ações ilegais, já foi dito, representavam um modo de funcionamento em parceria da sociedade inteira, não eram exclusivas de uma classe. Tinham em comum girar em torno das ordenanças régias, de tal maneira que corroeram o Antigo Regime e contribuíram decisivamente para o surgimento da sociedade e das instituições modernas.

Isso posto, Foucault pergunta: “[...] por que, nessa cumplicidade de ilegalismos, chegou um momento em que o ilegalismo burguês já não podia suportar o funcionamento do ilegalismo popular?” (FOUCAULT, 2018, p. 135)

A hipótese é a seguinte. Com a ordem econômica-política burguesa tudo se transfigurou, “[...] e tem-se a impressão de que o velho ilegalismo popular, tolerado pela burguesia, em vez de atacar como outrora os direitos e o poder que mantinha os direitos, atacava então a materialidade da fortuna burguesa.” (FOUCAULT, 2018, p. 136) Afinal,

[...] ao sair do artesanato, o operário já não estava em contato com a lei, mas com coisas que só eram regulamentadas pelo seguinte princípio: “isto não é seu”. Enquanto, no sistema do artesanato, o operário estava em contato com um mundo regulamentar de poder, do qual ele podia tentar escapar

precisamente praticando o ilegalismo, a partir do momento em que só tem uma riqueza diante de si, a única maneira de praticar o ilegalismo é depredando-a. Assim, pela força das coisas, com a instalação da base da economia capitalista, esses estratos populares, deslocando-se do artesanato para oariado, foram também obrigados a deslocar-se da fraude para o furto. (FOUCAULT, 2018, p. 136-7)

O novo regime da propriedade privada era o único vínculo que a população tinha com a fortuna burguesa, cuja lei, essencial a ser respeitada, expressava-se ao povo pela sentença “isto não é seu”.

O que significa, a propósito, o furto? Significa, precisamente, a transferência da propriedade. Portanto, seria preciso instaurar outra ordem, outra maneira de controlar as populações e impedir essa prática. Para isso, foi preciso inserir-se no aparato estatal e regê-lo. (FOUCAULT, 2018)

Ao se proletarizar, a plebe transferiu para a propriedade burguesa as técnicas e as formas de ilegalismos por ela criadas, em cumplicidade com a burguesia, durante todo o século XVIII. Quando a burguesia constatou a transferência desse ilegalismo para a sua propriedade e temeu o seus efeitos, foi preciso reprimi-lo. (FOUCAULT, 2018)

O ilegalismo popular, que era popular porque exercido pela população inteira, comum a todas as práticas e acumpliciado em todas as relações sociais, ganhou nova sistemática. A burguesia, erigida a dominante, rompeu com as novas classes que surgiram com a economia capitalista e passou a vigiar e controlar os seus ilegalismos. Foi necessário segregar, vigiar e punir os que atacavam a fortuna burguesa e desrespeitavam sua sagrada, ubíqua e inflexível lei da propriedade privada, antes que suas práticas se tornassem um *continuum*.

A antiga cumplicidade nas práticas ilegalistas entre burgueses e artesãos, tão frutífera outrora, foi em grande medida rompida. Fala-se *em grande medida* porque alguns pactos continuaram, como os com os “[...] alcaguetes que serviam essencialmente para a vigilância; a burguesia infiltrava seus próprios agentes nos grupos delinquentes.” (FOUCAULT, 2018, p. 137-8) A própria polícia surgiu do recrutamento de delinquentes passados a cúmplices paramilitares responsáveis por operar a vigilância para os burgueses.

Gestora dos ilegalismos, a burguesia assumiu como principal tarefa reprimir o ilegalismo operário. Tratava-se de condição indispensável à manutenção da sua riqueza e do seu poder. Dessa maneira, o principal critério para submeter um comportamento à incidência do sistema vigilante-repressivo seria a sua capacidade lesiva à fortuna burguesa. Critério de mira certa à condição do operário:

Em meados do século XVIII o tecelão possuía seu tear, suas ferramentas, sua matéria-prima, seu domicílio, possuía tudo aquilo que tocava. Comparemos com o operário do porto de Londres na segunda metade do século XVIII: nada lhe pertencia, [mas], em compensação, ele tinha diante de si, nas embarcações e nas docas, uma riqueza que Colquhoun avaliou em 70 milhões de libras por ano. Aquela fortuna estava ali, antes da comercialização e da transformação, em contato direto com os operários. (FOUCAULT, 2018, p. 135-6)

Continua Foucault,

Ora, diz Colquhoun, nessa situação, como o operário reagirá: "a analogia que esses operários viam entre pilhagem e contrabando, bem como o costume que durante muito tempo tiveram de exercer a pilhagem sem enfrentar oposição, levaram milhares deles a dedicar-se a essa espécie de banditismo; e "sua analogia com o contrabando (pelo menos na mente daqueles que a exerciam [pilhagem] os havia familiarizado com essa espécie de delito cuja gravidade eles não percebiam. "Não há, portanto, diferença entre atentado ao regulamento e atentado à propriedade; entre transgredir a lei e roubar as coisas. Mas não é simplesmente uma confusão na esfera da percepção. É a transferência de todo um sistema de comportamento". (FOUCAULT, 2018, p. 141)

O *continuum* ilegalista-popular capitaneado pelos operários chegou a esboçar-se sistematicamente:

Esse sistema de roubo, ligado à presença das riquezas, era comparável ao do contrabando. Mais do que a quantidade das riquezas roubadas, talvez fosse notável e preocupante a sua forma: tinha-se, com efeito, toda uma atividade econômica coerente, subterrânea, parasitária. Esse sistema também tinha seus circuitos de recepção e comercialização. (FOUCAULT, 2018, p. 136)

Sem repressão, os operários, a partir de tramas ilegais, angariariam potência política-econômica e disputariam poder e posição com os burgueses. A isso “[...] correspondeu a necessidade de rachar o ilegalismo popular.” (FOUCAULT, 2018, p. 139)

Para exercerem esse controle das ilicitudes, os burgueses traçaram algumas estratégias, a saber: (i) denunciar as formas socializadas de ilegalismos; (ii) atribuir ao criminoso o status de “inimigo público”; (iii) empreender a vigilância minuciosa; (iv) a partir de um controle moral, realizar “[...] a separação efetiva, dentro dos estratos populares que praticavam o ilegalismo, entre delinquentes e não delinquentes, para que o delinquente aparecesse realmente como inimigo social.” (FOUCAULT, 2018, p. 138)

Poderosa, a burguesia, pouco a pouco, passou a controlar e normalizar os comportamentos conforme sua conveniência. Com o novo regime da propriedade privada, o patrimônio foi alçado a bem jurídico fundamental e passou a ser o principal interesse a ser

protegido, com a qualidade jurídica de direito humano fundamental, posto que inerente à pessoa (1ª dimensão dos direitos humanos – os ditos direitos naturais).

Uma vez que propriedade é a aquilo que é próprio, que pertence naturalmente a cada sujeito, o “status do criminoso” foi reconfigurado para atingir quem a atacasse, de modo que “[...] delinquente 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.” (FOUCAULT, 2018, p. 138)

No século XVIII, o ilegalismo popular funcionava com o burguês numa relação complexa. No século XIX, ao contrário, o ilegalismo operário foi o grande alvo de todo o sistema repressivo da burguesia. (FOUCAULT, 2018)

A prisão foi o instrumento prático desse sistema pensado para materializar o controle e isolar as delinquências eleitas como intoleráveis. Assim definia-se a sua instituição. Esse novo dispositivo punitivo, correlato ao nascente sistema penal moderno, foi gestado pela burguesia e transmitido pouco a pouco para o aparato estatal, que o assumiu, como prática oficial, no fim do século XVIII.

A prisão nasce, portanto, como técnica burguesa para gestão de ilegalismos e controle social dos assalariados. Para implantar esse golpe fatal e organizar, de maneira geral, seu poder, transportou-se para o Estado o cárcere como principal instrumento punitivo. Despontou-se necessário, portanto, controlar o aparato jurídico estatal. Daí o advento do Estado de Direito Moderno e seu sequestro pela burguesia, cujo sistema punitivo foi aparelhado pelas práticas e instituições de controle típicas dessa classe.

2.2.2 O ESTADO DE DIREITO: ENTRE A RAZÃO E A FRAUDE

O verdadeiro objetivo da reforma [penal], e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir a partir de princípios mais equitativos; mas estabelecer uma nova “economia” do poder de castigar. (FOUCAULT, 2018a, p. 80)

No jogo de ilegalismos,

Quando ocorria um conflito e as camadas populares percebiam que a burguesia as explorava, abandonavam o terreno desse ilegalismo e pediam proteção àqueles que eram os fiadores da legalidade: os agentes do poder régio. Nisso elas não faziam nada mais do que faziam as outras classes sociais, que também recorriam à justiça e acionavam o procurador ou o chefe de polícia. Mas, quando a burguesia recorria à legalidade, porque precisava dela, quando o jogo do ilegalismo a levava a pedir a intervenção da legalidade, esta não se negava à burguesia ou aos privilegiados; em compensação, o aparato judiciário, não sendo controlado pelas camadas populares, na maioria das vezes ficava mudo diante das suas demandas. (Foucault, 2018, p. 133)

A denúncia estratégica dos ilegalismos ao Poder Régio sempre foi realizada, tanto pelos burgueses como pelos populares. Ocorre que, privilegiada, detentora do poder econômico, numa demanda, a burguesia conseguia mais êxito com os oficiais que o povo. Seu domínio sobre os acordos ilegalistas conferiam-lhe, paulatinamente, mais poder. Praticamente ditavam as atividades dos representantes do Poder Régio. Era uma “[...] maneira de reativar no seio do próprio ilegalismo aquela legalidade de que se tinha necessidade estratégica.” (FOUCAULT, 2018 p. 134)

Assim, “[...] a burguesia, apoiando-se ora num ilegalismo de privilegiados, com o qual ela tentava conseguir privilégios, ora num ilegalismo popular, que constituía como que sua vanguarda de combate, conseguiu desequilibrar as formas jurídicas.” (FOUCAULT, 2018 p. 135)

Ao romper com o rigor da lei régia e instabilizar o sistema jurídico antigo, por desfrutar de posição rica e poderosa nesse momento de agitação revolucionária, a burguesia abriu o caminho para o surgimento do Estado de Direito Moderno, e isso lhe interessava, sobretudo porque postava-se na liderança do novo mundo.

O movimento intelectual de reforma das esferas filosóficas, políticas, econômicas e religiosas se encaixou aos anseios públicos e formatou o slogan e os contornos teóricos do projeto pelo qual lutaria a sociedade insurgente. Isso contribuiu para a unificação da revolta no

momento mais agudo desse contexto revolucionário. Assim, “[...] até este ponto, os filósofos podem ser, com justiça, considerados responsáveis pela Revolução. Ela teria ocorrido sem eles; mas eles, provavelmente, constituíram a diferença entre um simples colapso de um velho regime e a sua substituição rápida e efetiva por um novo.” (HOBBSAWM, 1996, p. 19) O contexto de revoltas gerais favoreceu à implantação da sociedade moderna, apesar de a prosperidade do século não ser compartilhada com todos.

Para dar continuidade e levar a cabo seu projeto, a burguesia vai se apoderar do aparato jurídico do Estado a partir de três táticas: em primeiro lugar, apropriar-se do aparato judiciário a partir da venalidade dos cargos; em segundo lugar, introduzir-se no aparato estatal e regê-lo; em terceiro lugar, promover, por meios oficiais, a gerência de ilegalismos de modo que ela mesma pudesse praticá-lo num sistema funcional de ilegalismos acumpliciados.

Com isso, chegar-se-á, no fim do século XVIII, ao Estado de Direito como um aparato “[...] administrativo, policial, de vigilância extrajudiciária, que, como se percebe, funcionava não tanto como representante da legalidade, mas como instância de arbitragem dos ilegalismos, transformado pela burguesia em aparato judiciário encarregado precisamente de livrá-la do ilegalismo popular.” (FOUCAULT, 2018, p. 135)

No plano do legislativo, essa esfera do poder também estava profundamente ligada à prática do ilegalismo. Os burgueses, agora,

Reivindicavam o privilégio exclusivo de poder evitar a lei, escapar aos regulamentos, direito que assumiram duas vezes: na primeira, obtendo a possibilidade de não sofrerem os golpes da lei penal graças a alguns privilégios sociais; na segunda, obtendo o poder de fazer e desfazer a lei. Praticar a fraude e escapar à lei, portanto, teriam duas formas novas: fazer a lei e, por estatuto, escapar à lei⁵⁴. (FOUCAULT, 2018, p. 137)

A legalidade burguesa e seu sistema jurídico nasceram, portanto, do velho sistema fraudulento de ilegalismos. Além disso, “[...] a revolução de 1789 foi o resultado final desse

⁵⁴ A possibilidade, por lei expressa, de extinção da punibilidade a quem sonega imposto, como já mencionado, exemplifica também forma de escapar à lei por estatuto. Outro exemplo pode ser a falta de critérios precisamente claros e objetivos na Lei de drogas na diferenciação das condutas incriminadoras para usuários e traficantes, o que enseja interpretação judicial a partir de elementos subjetivos para a tipificação de eventual acusado, a prejudicar pobres e beneficiar a classe média e alta. Sobre esse delito, as estatísticas revelam que a maior parte dos acusados condenados corresponde a jovens negros, de baixo poder econômico e baixa escolaridade: ver: <https://www.conectas.org/noticias/nova-lei-de-drogas-penaliza-mais-negros-e-pobres/>. (Acesso em 10/11/2023) Não raro encontram-se matérias que comparam manchetes de jornais a alardear “empresário é pego com droga em região nobre de São Paulo”, em oposição à “Traficante é preso com droga e dinheiro na periferia de São Paulo”. Para além das reportagens, o tratamento judicial também é diferenciado.

longo processo de ilegalismos acumpliciados graças aos quais a economia burguesa conseguiu abrir seu próprio caminho.” (FOUCAULT, 2018, p. 135)

Assim como a burguesia usou os populares como cúmplices nos jogos dos ilegalismos, até corroer e derrocar o Antigo Regime, igualmente burlou o discurso científico, ilustrado dos filósofos para formatar o Estado Moderno à sua maneira. Os ideais da Revolução e os anseios do povo foram suplantados pelos interesses exclusivamente burgueses. A economia política triunfou sobre a política social e configurou os discursos sob a forma poder-saber.

Distante do arcabouço teórico esclarecido e resultado de práticas e interesses burgueses, o discurso e as técnicas punitivas, assumidas pelo Estado como aparelho de controle e não como sistema de justiça, evidenciam o golpe punitivo e para que(m) serve o sistema penal, produto muito mais da fraude que da *Razão*. Afinal, a prática da “[...] prisão não estava implicada na teoria penal. Impôs-se a partir do exterior à teoria penal, que se verá na obrigação de justificá-la *a posteriori*.” (FOUCAULT, 2018, p. 233-4)

Se a burguesia derrocou o Antigo Regime a partir da formação de uma base material (capital) que explorou um jogo de “ilegalismos”, e, ao dominar o aparato estatal transplantou essa lógica e suas práticas correlatas para a ordem jurídica, o Estado de Direito Moderno apresenta-se como a legalização de um sistema de “ilegalismos”. Sistema que normaliza determinados escapes à lei, como benefícios fiscais aos empresários, e reprime outros, como as práticas populares que atingem a propriedade.

A Revolução Francesa e o sistema penal moderno, em seus efeitos práticos, revelam-se, respectivamente, como movimento e instituição tributáveis mais à fraude que à *Razão*, graças ao sequestro do poder pela burguesia, o que possibilitou levar a cabo seu projeto político-econômico com todos os seus dispositivos de vigilância e controle a serviço da *ordem* na gerência dos ilegalismos.

A prisão representa a face mais cruel do projeto punitivo e de controle adstrito à economia política capitalista, de sorte que “[...] não pertence ao projeto teórico da reforma da penalidade do século XVIII. Surge no início do século XIX, como uma instituição de fato, quase sem justificção teórica.” (FOUCAULT, 2013, p. 85)

Ao assumir a missão de gestora dos ilegalismos, a ordem penal burguesa, por suas disposições, produziu também os crimes e a clientela penal. Afinal, “É um preconceito de intelectuais acreditar que existem primeiramente interditos e depois transgressões.”

(FOUCAULT, 2018, p. 134) Isto é, quando se criminaliza um comportamento, já se tem em vista quem será atingido.

A manutenção da prisão no coração do sistema penal explica-se pelas funções *positivas* que desempenha, extremamente necessárias à sociedade capitalista. Deve-se olhar para além dos efeitos negativos da prisão. Ela não só exerce repressão. A prisão produz poder e normaliza interesses. É necessário analisar seus efeitos positivos atrelados à configuração da produção social material e à produção das relações de poder – *poder-saber*.

3. O projeto teórico da reforma penal e a instituição carcerária: cidade punitiva x cidade coercitiva

A prisão, essa região mais sombria do aparelho de justiça, é o local onde o poder de punir, que não ousa mais se exercer com o rosto descoberto, organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e a sentença se inscrever entre os discursos do saber. Compreende-se que a justiça tenha adotado tão facilmente uma prisão que não fora entretanto filha de seus pensamentos. Ela lhe era agradecida por isso. (FOUCAULT, 2018a, p. 250)

Na primeira aula do curso “A Sociedade Punitiva”, datada de 03 de janeiro de 1973, Foucault afirma que “O sistema penal como analisador de poder é o tema deste curso.” (FOUCAULT, 2018, p. 13). Para tanto, “para fazer a análise de um sistema penal, o que se deve depreender em primeiro lugar é a natureza das lutas que, numa sociedade, se desenrolam em torno do poder.” (FOUCAULT, 2018, p. 13)

Visto que “o que se engaja no aparecimento da prisão é a institucionalização do poder de punir, ou mais precisamente: o poder de punir com o objetivo estratégico que lhe foi dado no fim do século XVIII, a redução dos ilegalismos populares” (FOUCAULT, 2018a, p. 129), então tem-se que “a conjuntura que viu nascer a reforma não é portanto a de uma nova sensibilidade, mas a de outra política em relação às ilegalidades.” (FOUCAULT, 2018a, p. 82)

Se os *modernos* procuram fundar e compreender o sistema punitivo como simples consequências de regras jurídicas decorrentes de uma relação contratual positiva, formalmente isonômica e pretensiosamente justa, Foucault trará as *relações de poder* para o centro dessa questão, de tal modo que sua análise se concentrará, conforme Yazbec, sobre “o surgimento de uma nova economia política do poder de punir no século XVIII e a sociedade disciplinar característica de nossa Modernidade.” (YAZBEC, 2021, p. 108)

Portanto, mesmo que os reformadores penais, como Beccaria, coloquem a “humanização” da penalidade como princípio fundamental de seus tratados, Foucault desconfiará que esse tenha sido o cerne e o escopo das instituições penais modernas. *Medida e Humanidade* compunham o slogan reformista, “as duas balizas a partir das quais, no século XVIII, iniciou-se o processo de mudança na prática punitiva, banindo os suplícios e requerendo

penas moderadas e proporcionais aos delitos – de sorte a tornar a pena de morte⁵⁵, por exemplo, imputável apenas aos delitos de assassinato.” (YAZBEC, 2021, p. 110)

Para Yazbec, “Foucault está longe de considerar tal mudança um sinal de que o castigo deve ter a ‘humanidade’ como medida.” Continua YAZBEC (2021, p. 111):

O que “Vigiar e Punir” localiza como elemento motivador da Reforma do Direito Penal, que terá lugar na segunda metade do século XVIII, é todo um conjunto complexo de transformações nos domínios econômico, político e social: verifica-se então, com o desenvolvimento da produção, o aumento das riquezas, bem como com o advento de métodos de vigilância mais rigorosos e eficientes, “a passagem de uma criminalidade de sangue [de ataque aos corpos] para uma criminalidade de fraude⁵⁶ [desvios dos bens]”, de sorte a exigir uma “outra política a respeito dessa multiplicidade de corpos e forças que uma população representa”.

Como explica Edgardo Castro (2021, p. 88), “com as formas do capitalismo nascente na sociedade burguesa, os delitos contra a propriedade e sobretudo as novas formas de fraudes começaram a ter mais importância que os delitos de sangue.” Portanto, conclui Foucault, “suavização dos crimes antes da suavização das leis.” (2018a, p. 76)

O Antigo Regime, desarticulado e enfraquecido pelo jogo dos ilegalismos capitaneado pelos burgueses, quedou-se transposto pelo Estado de Direito. Nesse contexto, o sistema punitivo clássico sucumbiu ao moderno premido por dois fatores elementares, o primeiro mais da ordem do teórico e o segundo estritamente prático: (i) a oferta das teorias *iluministas* dos reformadores penais a reclamar nova configuração punitiva; (ii) a demanda por um novo sistema penal e de controle, à vista da transformação, de toda ordem, da sociedade capitalista nascente, principalmente no que concerne ao governo e à produção social material, pontos que

⁵⁵ Ainda que a contrasenso dos mais celebrados teóricos penalistas reformadores, a previsão da pena de morte para eventual crime de assassinato representa, no contexto político da efetivação das reformas penais, proporcionalidade: quem tirou a vida, paga com a vida. Essa espécie de Lei de Talião *moderna* permite desconfiar da “humanidade” prometida pelo discurso punitivo reformador (institucional). Dentre os teóricos que bradavam contra a pena de morte, Beccaria sustenta que o direito de punir com a morte não encontra fundamento no pacto: “Qual poderá ser o direito que o homem tem de matar seu semelhante? Certamente não é o mesmo direito do qual resultam a soberania e as leis. Estas nada mais são do que a soma de pequeninas porções da liberdade particular de cada um, representando a vontade geral, soma das vontades individuais. Que homem, porém, outorgará a outro homem o arbítrio de matá-lo? Como poderá haver, no menor sacrifício da liberdade de cada um, o sacrifício do bem maior de todos os bens, que é a vida? A *pena de morte* não é, portanto, um *direito*, já que demonstrei que isso não ocorre, mas é a guerra da nação contra o cidadão, que ela julga útil ou necessário matar.” (BECCARIA, 2009, p. 97). Se hoje um discurso a favor da pena de morte pode assustar a criminologia, embora sempre encontre quem ainda o defenda, é oportuno lembrar que a França aboliu a pena de morte apenas em 1981. Além disso, ela ainda ocorre em vários países do mundo, a exemplo dos Estados Unidos da América.

⁵⁶ Segundo estatísticas brasileiras, dos crimes que conduzem à prisão, em torno de 33% dizem respeito ao tráfico de drogas masculino; entre 37 e 40% dizem respeito a furtos e roubos. Homicídios correspondem a 11%. Portanto, a maioria dos delitos responsável pelo encarceramento, atualmente, tem natureza patrimonial ou de drogas.

alteram o espectro da disposição política, econômica e jurídica, a reivindicar, justamente, um novo sistema punitivo e de gestão de comportamentos. Esse cenário poderia induzir a um encaixe, qual uma luva, entre os itens (i) e (ii), afinal os pensadores iluministas possuíam exatamente o que a nova sociedade procurava, mas Foucault mostra que a *racionalidade* e a *história* não desenrolam-se linearmente por encontros lógicos e *puros*, ao contrário, é na tensão das relações de poder que se trama o saber com o político.

A aspiração conjunta ao arcabouço teórico dos reformadores ditos humanistas representa um fenômeno; a efetividade, isto é, o resultado prático das reformas⁵⁷ – a culminar

⁵⁷ Tomemos como exemplo a reforma contemporânea do sistema processual civil brasileiro, derivada do novo Código de Processo Civil (Lei Federal 13.105/2015). Por ordem do Senado Federal, formou-se uma comissão de juristas para elaboração do anteprojeto. Após, apresentou-se o projeto para nova comissão indicada pela Câmara, a qual realizou modificações substanciais, dentre as quais destaca-se a alteração sobre a distribuição do ônus do tempo do processo entre as partes a partir do recurso de *apelação*. O artigo 928 do anteprojeto retirava do sistema processual civil a aplicabilidade imediata de efeito suspensivo da *apelação* sobre os efeitos da *sentença*, a possibilitar a eficácia imediata da *sentença*, assim, por exemplo, se a parte autora da demanda alcançasse sentença que atendesse a pretensão demandada, poderia imediatamente usufruir de bem ou direito que até então estava, injustamente, sob posse e fruição do réu. Ademais, a aplicabilidade imediata de efeito suspensivo sobre a sentença coloca em conflito o regime de *verdades* que estrutura o processo civil, pois uma decisão liminar ou antecipatória, derivadas de *cognição sumária* (*juízo de probabilidade*), produzem efeitos jurídicos imediatos; ao mesmo tempo, uma *sentença*, consequência de *cognição ampla e exauriente* (*juízo de verdade*), não produz efeitos jurídicos imediatos. Ocorre, nesta configuração, uma espécie de sobreposição da *cognição sumária* sobre a *exauriente*, sobreposição do *juízo de probabilidade* sobre o *juízo de verdade*. Na proposta do anteprojeto, uma vez não automático, o efeito suspensivo poderia ser concedido a depender de verificação sobre a necessidade do caso. O artigo 928 assim *disciplinava* o recurso de *apelação*: “Art. 928. Atribuído efeito suspensivo à *apelação*, o juiz não poderá inovar no processo; recebida sem efeito suspensivo, o apelado poderá promover, desde logo, a execução provisória da *sentença*.” Alterada essa regra, o Código de Processo Civil entrou/está em vigor com a seguinte *disciplina*: “Art. 1.012. A *apelação* terá efeito suspensivo.” O parágrafo primeiro do artigo 1.012 elenca algumas hipóteses em que a *sentença* terá eficácia imediata, dos quais destacam-se três incisos: “I – [*sentença* que] homologa divisão ou demarcação de terras;” “II – [*sentença* que] condena a pagar alimentos;” “VI – [*sentença* que] decreta a interdição;”. Sobre o efeito suspensivo da *apelação*, comenta Luiz Guilherme Marinoni: “O direito brasileiro não admite como regra a eficácia imediata da *sentença*. Vale dizer: não admite como regra, em sendo o caso, o cumprimento imediato da *sentença*. De um lado, trata-se de opção evidentemente questionável, na medida em que não permite uma adequada distribuição do peso do tempo no processo de acordo com a evidência da posição jurídica sustentada pela parte. Observe-se que quem tem de suportar o tempo de tramitação do recurso é a parte que dele precisa para lograr uma situação mais vantajosa no processo. De outro lado, essa mesma opção encerra uma incômoda contradição em nosso sistema de tutela dos direitos, porquanto o direito brasileiro, ao mesmo tempo em que admite a eficácia imediata da tutela antecipatória, lastreada em *cognição sumária* (*juízo de probabilidade*), não permite, salvo em contadas exceções, a eficácia imediata da *sentença* de procedência, que tem esteio em *cognição exauriente* (*juízo de verdade*). O novo Código perdeu a oportunidade de corrigir essa evidente contradição em nosso sistema. Note-se que a *sentença* de procedência tem a sua eficácia inibida pela contingência de encontrar-se sujeita ao recurso de *apelação*. Ao referir que a *apelação* tem “efeito suspensivo” (art. 1.012, caput, CPC), não permite o nosso legislador que a *sentença*, enquanto sujeita ao recurso de *apelação* - durante o prazo para sua interposição - e enquanto se aguarda o julgamento do tribunal, produza seus efeitos. Rigorosamente, pois, a *apelação* não suspende o efeito da *sentença* de procedência: não permite a sua produção. Existem situações, contudo, em que a legislação permite a produção de efeitos desde que prolatada a *sentença*. O recebimento do recurso sem efeito suspensivo tem por objetivo permitir a tutela do direito de forma mais tempestiva, contornando a demora que seria necessária para o julgamento da *apelação*, concretizando o direito fundamental ao processo com duração razoável (arts. 5º, LXXVIII, CE, e 4º, CPC).” (MARINONI, 2016, p. 1.069-70) Este exemplo deixa claro que, principalmente no nível das instituições, “o saber é tramado com o poder político”. De modo geral, as reformas legislativas seguem esse rito de subordinar as teorias ao *poder*, em última instância ao poder político

na instituição carcerária – representa outro, ainda que, para além das divergências, guardem pontos de convergência.

Para Foucault, a reforma do sistema punitivo deriva da justaposição não homogênea⁵⁸ desses dois eixos fundamentais: o projeto (teórico) dos juristas (como Beccaria); e o projeto pragmático (ou acontecimento) da instituição carcerária. Sobre isso, explica em *Vigiar e Punir*:

No projeto dos juristas reformadores, a punição é um processo para requalificar os indivíduos como sujeitos de direito; utiliza, não marcas, mas sinais, conjuntos codificados de representações, cuja circulação deve ser realizada o mais rapidamente possível pela cena do castigo, e a aceitação deve ser a mais universal possível. Enfim, no projeto de instituição carcerária que se elabora, a punição é uma técnica de coerção dos indivíduos; ela utiliza processos de treinamento do corpo – não sinais – com os traços que deixa, sob a forma de hábitos, no comportamento; e ela supõe a implantação de um poder específico de gestão da pena: (...) O corpo que é supliciado, a alma cujas representações são manipuladas, o corpo que é treinado. (...). (FOUCAULT, 2018a, p. 129)

Tanto o projeto dos juristas como o da instituição carcerária preveem à punição. Ambos derivam de *cálculos utilitaristas* econômico-políticos⁵⁹ e convergem quanto à necessidade de as penas terem por missões fundamentais a correção dos apenados e a prevenção de outros delitos. São “dispositivos voltados para o futuro e organizados para bloquear a repetição do delito”, pois “não se pune para apagar um crime, mas para transformar um culpado”⁶⁰. (FOUCAULT, 2018a, p. 126) Neste sentido, Foucault cita passagem dos reformistas:

O objeto das penas não é a expiação do crime cuja determinação deve ser deixada ao Ser supremo; mas prevenir os delitos da mesma espécie. (BLACKSTONE, W. *Commentaire sur le Code criminel d'Angleterre*. 1776, p. 19). [E na Pensilvânia Buxton afirmava que os princípios de Montesquieu e de Beccaria devia ter agora] “força de axiomas”, a prevenção dos crimes é o único fim do castigo. (BRADFORD, W. *Na Inquiry How the Punishment of Death Is Necessary in Pennsylvania*. 1793, p.3) Apud FOUCAULT, 2018a, p. 126.

constituído (legislativo, especialmente). A esse respeito, ver artigo 44 e seguintes da Constituição Federal (Título IV – Da Organização dos Poderes).

⁵⁸ Não homogênea no sentido de “em dimensões distintas”.

⁵⁹ O espetáculo do suplício tinha alto custo econômico pelos requintes de crueldade empregados – custo que, no mais das vezes, competia ao soberano e não era repassado ao apenado, do mesmo modo que não se extraía do apenado nenhum benefício nem reparação do dano; e custo político porque por vezes o suplício despertava compaixão dos espectadores para com o apenado, a colocar o *criminoso* como vítima de injustiça e assim despertar insurreição. Ciente destes disparates, o ideal reformista animava-se pela possibilidade *utilitária* da pena, tanto no aspecto econômico, no sentido de menor custo possível com a execução da pena, reparar o dano da infração, bem como recuperar o infrator enquanto cidadão na medida em que cumprisse sua pena; igualmente, visava o menor custo político uma vez que partia do pressuposto de assentimento do condenado com sua pena a partir da relação contratual que o amarra socialmente.

⁶⁰ Traço fundamental, aliás, que distingue a punição da vingança – ao menos teoricamente.

O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos: (i) geral⁶¹, vocacionado a evitar crimes futuros através da intimidação que a punição deve suscitar nos cidadãos, pois é por essa forma que a resposta do Estado à infração deve balizar o cálculo dos sujeitos e dissuadi-los de eventual ação criminosa; (ii) específico, ou especial⁶², decorrente da correção que a pena deve operar no sujeito infrator e transformá-lo de criminoso para “cidadão de bem”, de modo que o Estado espera que esse condenado não volte a delinquir.

O projeto de instituição carcerária, que fixou a prisão como forma penal geral, inspirava-se, sobretudo, em “reformatórios⁶³”, dos quais buscou-se transpor práticas disciplinares como

⁶¹ Aspecto ainda presente no discurso oficial da teoria jurídica da pena. Juarez Cirino dos Santos situa e critica: “A função de prevenção geral atribuída à pena criminal igualmente tem por objetivo evitar crimes futuros mediante uma forma negativa antiga e uma forma positiva pós-moderna. A prevenção geral negativa aparece na forma tradicional de intimidação penal, expressa na célebre teoria da coação psicológica de FEUERBACH (1775-1833); o Estado espera que a ameaça da pena desestimele pessoas de praticarem crimes. A prevenção geral positiva - também chamada integração prevenção - surge no final do século 20 e existe pelo menos sob duas variantes: a) ROXIN concebe a prevenção geral positiva no contexto de outras funções declaradas da pena criminal, legitimada pela proteção de bens jurídicos, de natureza subsidiária (existem outros meios mais efetivos) e fragmentária (proteção parcial dos bens jurídicos); b) JAKOBS concebe a prevenção geral positiva de modo absoluto, excluindo ou concentrando as funções declaradas de intimidação, de correção, de neutralização e de retribuição do discurso punitivo, legitimada pelo objetivo de estabilização das expectativas normativas mediante afirmação da validade da norma penal violada - definida como bem jurídico-penal, categoria que substituiria o conceito de bem jurídico, considerado inútil pelo autor. CRÍTICA: A prevenção geral negativa possui dois defeitos graves: primeiro, a falta de critério limitador da pena transforma a ameaça penal em terrorismo estatal - como indica a lei de crimes hediondos, essa infeliz invenção do legislador brasileiro; segundo, a natureza exemplar da pena como prevenção geral negativa viola a dignidade humana porque acusados reais são punidos de forma exemplar para influenciar a conduta de acusados potenciais - em outras palavras, aumenta-se injustamente o sofrimento de acusados reais para desestimular o comportamento criminoso de acusados potenciais.” (SANTOS, 2010, p. 426-7)

⁶² Igualmente, aspecto em plena vigência normativa e doutrinária. Mais uma vez Cirino dos Santos pondera: “A função de prevenção especial da pena criminal, dominante nos séculos 19 e 20, é atribuição legal dos sujeitos da aplicação e da execução penal: primeiro, o programa de prevenção especial é definido pelo juiz no momento de aplicação da pena, através da sentença criminal individualizada conforme necessário e suficiente para prevenir o crime (art. 59, Código Penal brasileiro); segundo, o programa de prevenção especial definido na sentença criminal é realizado pelos técnicos da execução da pena criminal - os chamados ortopedistas da moral, na concepção de FOUCAULT -, com o objetivo de promover a harmônica integração social do condenado (art. 1º, Lei de Execução Penal brasileira). CRÍTICA: A crítica jurídica da prevenção especial positiva fala da supressão de direitos não atingidos pela privação de liberdade, da necessidade de respeitar a autonomia do preso e de limitar os programas de ressocialização a casos individuais voluntários: afinal, o condenado não pode ser compelido ao tratamento penitenciário, o Estado não tem o direito de melhorar pessoas segundo critérios morais próprios e, enfim, prender pessoas fundado na necessidade de melhoria terapêutica é injustificável. O reconhecimento da ineficácia corretiva da prevenção especial positiva e dos efeitos nocivos da prevenção especial negativa atribuídos à pena privativa de liberdade são diluídos, segundo PILGRAM/ STEINERT, por frequentes declarações simplistas de que ainda não temos nada melhor do que a prisão.” (SANTOS, 2010, p. 424-5)

⁶³ Sobre os “reformatórios” que inspiraram o projeto de instituição carcerária, Foucault afirma que o de Amsterdam pode ser tomado como modelo, “exemplo básico”. Afirma em “Vigiar e Punir”: “O mais antigo desses modelos, o que passa por ter, de perto ou de longe, inspirado todos os outros, é o Rasphuis de Amsterdam, aberto em 1596. Destinava-se em princípio a mendigos ou a jovens malfetores. Seu funcionamento obedecia a três grandes princípios: a duração das penas podia, pelo menos dentro de certos limites, ser determinada pela própria administração, de acordo com o comportamento do prisioneiro (essa latitude podia, aliás, ser prevista pela sentença: em 1597 um detento era condenado a doze anos de prisão, que podiam se reduzir a oito, se seu

punitivas. E como destaca Foucault, “em seu esquema geral, os modelos mais ou menos derivados do Rasphuis de Amsterdam não estavam em contradição com o que propunham os reformadores. Poder-se-ia mesmo pensar, à primeira vista, que eram apenas os desenvolvimentos – ou o esboço – dessa proposta em nível das instituições concretas.” (FOUCAULT, 2018a, p. 126)

Todavia, uma disparidade fundamental contrapõe os reformadores ao projeto de instituição carcerária, disparidade que não decorre da teoria jurídica iluminista e mudou o curso do desenvolvimento penal: o procedimento executivo que foi dado às penas. Nas palavras de Foucault, “onde se faz a diferença é no procedimento de acesso ao indivíduo, na maneira como o poder punitivo se apossa dele, nos instrumentos que utiliza para realizar essa transformação; é na tecnologia da pena, não em seu fundamento teórico; na relação que ela estabelece no corpo e na alma, e não na maneira como ela se insere no interior do sistema jurídico.” (FOUCAULT, 2018a, p. 127)

Para Foucault, o objetivo da pena articulada pelas teorias reformadoras, em consonância com os ideais iluministas, consiste em “reconstruir o sujeito de direito que se encontra preso no pacto social.” (FOUCAULT, 2018a, p. 128). Ao passo que, em outro sentido, distante do ideal reformador, a instituição carcerária esmerou-se em inculcar um objetivo específico: o *adestramento*, a fim de produzir indivíduos *assujeitados* aos interesses despotados nas relações de poder, isto é, “o sujeito obediente, o indivíduo sujeito a hábitos, regras, ordens, uma autoridade que se exerce continuamente sobre ele e em torno dele, e que ele deve deixar funcionar automaticamente nele.” (FOUCAULT, 2018a, p. 128)

Portanto, entre o aparelho punitivo imposto pela instituição carcerária e todos os castigos imaginados pelos reformadores, encontram-se “duas maneiras bem distintas de reagir à infração: reconstituir o sujeito jurídico do pacto social – ou formar um sujeito de obediência dobrado à forma ao mesmo tempo geral e meticulosa de um poder qualquer.” (FOUCAULT, 2018a, p. 128)

Uma vez que tanto o projeto dos juristas reformadores como o da instituição carcerária conduzem à punição, poder-se-ia pensar que a distinção acima apresentada “não passaria talvez

comportamento fosse satisfatório). O trabalho era obrigatório, feito em comum (aliás a cela individual só era utilizada a título de punição suplementar; os detentos dormiam 2 ou 3 em cada cama, em celas que continham de 4 a 12 pessoas); e, pelo trabalho feito, os prisioneiros recebiam um salário. Enfim, um horário estrito, um sistema de proibições e de obrigações, uma vigilância contínua, exortações, leituras espirituais, todo um jogo de meios para “atrair para o bem” e “desviar do mal” enquadrava os detentos no dia a dia. Pode-se tomar o Rasphuis de Amsterdam como exemplo básico.” (2018a, p. 118-9)

de uma diferença bem especulativa – pois no total se trata, nos dois casos, de formar indivíduos submissos.” (FOUCAULT, 2018a, p. 128)

Todavia, no método dos reformadores “se acontece que o castigo se aposse do corpo, aplique-lhe técnicas que não tem nada a invejar aos suplícios, é na medida em que esse corpo é – para o condenado e para os espectadores – um objeto de representação.” (FOUCAULT, 2018a, p. 127). O papel da pena aplicada ao criminoso, neste caso, seria

(...) reintroduzir, diante do código e dos crimes, a presença real do significado – ou seja, dessa pena que, segundo os termos do código, deve estar infalivelmente associada à infração. Produzir com abundância e com evidência esse significado, reativar desse modo o sistema significante do código, fazer funcionar a ideia de crime como um sinal de punição, é com essa moeda que o malfeitor paga sua dívida à sociedade. A correção individual deve então realizar o processo de requalificação do indivíduo como sujeito de direito, pelo reforço dos sistemas de sinais e das representações que fazem circular. (FOUCAULT, 2018a, p. 127)

Como apresentado no primeiro capítulo dessa dissertação, no contexto da pena-direito, a imputação punitiva se afigura não só como direito do Estado soberano, mas também como direito do súdito de recebê-la, como consequência lógica da simetria contratual pactuada. É nesse jogo que consiste a requalificação do indivíduo infrator como sujeito de direito ligado e limitado pelo contrato, no qual a pena aparece como direito próprio incluído em sua conduta. Convém lembrar as palavras de Radbruch citadas no primeiro capítulo:

A teoria da *aquiescência* ou do consentimento, foi defendida ao início por Feuerbach como presunção de consentimento efetivo do delinquente real com sua pena: quem, conhecendo a lei penal – exigida por Feuerbach como pressuposto da pena –, ainda assim comete um delito, consente com o condicionado, e a pena lhe pode ser imposta com o mesmo direito com que se pode exigir o cumprimento de um contrato. (...) Logo, ao ser considerado como desejado pelo autor do delito o que, de um modo consequente, ele teria de querer – e utilizando as palavras de Hegel – honra-se o delinquente como um ser racional e considera-se a pena como o seu direito próprio incluído em sua conduta. (RADBRUCH, 2010, p. 236-7)

Importa esclarecer, também, que o *direito penal*, não obstante seja frequentemente associado à vítima – *suposto* direito de a vítima ver vingado o crime –, na verdade trata-se de relação jurídica entre o Estado e o acusado, entre o Estado e o condenado/apenado e vice-versa. A propósito, a própria etimologia da expressão *direito penal* pretende significar os direitos dos cidadãos submetidos à justiça penal, isto é, seus direitos perante o exercício punitivo, direito de receber penas justas conforme contratadas legalmente – limitadas legalmente.

O sujeito de direito, então, quando necessário submetê-lo à penalidade, indispensável ato jurídico justificado e processado dentro do devido processo legal com todas garantias observadas, dentre as quais a publicidade dos atos penais e processuais. A esse respeito, a fim de elucidar essa sutileza fundamental que distingue em grandes proporções o projeto reformista e a instituição carcerária, oportuno trazer à colação precisa explicação de Edgardo Castro:

Nos reformadores, a dimensão pública do castigo era fundamental para manifestar a aflição pelo fato de que o pacto sobre o qual se funda a sociedade - o respeito das leis - havia sido violado e se viam obrigados a privar um cidadão de sua liberdade⁶⁴. Para isso, os castigos apropriados para os condenados eram não só os trabalhos públicos, como a construção de caminhos, mas também a peregrinação pelos lugares onde podiam ser vistos - como as minas, os portos ou esse imaginário Jardim da Lei que as famílias poderiam visitar em seus passeios dominicais -, acompanhados de discursos moralizadores. O mecanismo punitivo dos reformadores se apoiava, pois, na representação. O corpo era, finalmente, um meio de manifestação das vantagens e desvantagens da ruptura do pacto social. Em poucas palavras, os reformadores não imaginavam uma instituição fechada como o cárcere, mas muito ao contrário, uma dimensão do castigo correlativa do corpo mesmo da sociedade, uma cidade punitiva. No modelo do cárcere, em contrapartida, as relações entre a ordem das representações e o corpo se invertem. O ponto de aplicação da pena é o próprio corpo e as representações se convertem em um instrumento; pois o objetivo do dispositivo carcerário não é reconstituir o sujeito jurídico do pacto, mas produzir corpos dóceis e obedientes. Em lugar de uma cidade punitiva, nós nos deparamos então com uma instituição coercitiva. (CASTRO, 2021, p. 89)

Na 4ª conferência de “A verdade e as formas jurídicas”, ao analisar essas transformações dos sistemas penais e as propostas de reelaboração da lei penal por Beccaria, Bentham, Brissot e alguns legisladores ‘autores’ do 1º e 2º Código Penal francês, Foucault apresenta os princípios⁶⁵ fundamentais do sistema teórico e as principais penas sugeridas por esse reformadores: o primeiro princípio apresentado é o da legalidade; segundo, o da utilidade das penas para a sociedade; terceiro, o princípio da lesividade, no sentido de que só haverá crime se houver “um dano social, uma perturbação, um incômodo para toda a sociedade”. Quanto às penas:

⁶⁴ Esse é um dos fundamentos, aliás, do princípio da presunção de inocência – artigo 5º, LVII, da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A esse respeito, afirma Amilton Bueno de Carvalho: “É dever constitucional do juiz ingressar no feito convencido da inocência do acusado: é um pré-juízo constitucional. Logo, a condenação somente poderá explodir quando, apesar de todos os esforços interpretativos, for impossível absolver. Uma espécie de diálogo se trava com o acusado: ‘tú és inocente e somente serás condenado se a acusação destruir absolutamente todas as hipóteses defensivas.’” (CARVALHO, 2011, p. 7)

⁶⁵ Todos esses princípios foram apresentados no primeiro capítulo dessa dissertação no tópico sobre Beccaria.

Decorrem, para esses teóricos, quatro tipos possíveis de punição. Primeiramente, a punição expressa na afirmação: “você rompeu o pacto social, você não pertence mais ao corpo social, você mesmo se colocou fora do espaço da legalidade; nós os expulsaremos do espaço social que essa legalidade funciona”. É a ideia encontrada nesses autores – Beccaria, Bentham etc. – de que no fundo a punição ideal seria simplesmente expulsar as pessoas, exilá-las, bani-las, ou deportá-las. É a deportação. A segunda possibilidade é uma espécie de exclusão no próprio local, o isolamento no espaço moral, público, constituído pela opinião. É a ideia da punição baseada no escândalo, na vergonha, na humilhação de quem cometeu uma infração. Mostra-se a pessoa ao público, suscita-se no público uma reação de aversão. Beccaria e outros inventaram mecanismos para provocar vergonha e humilhação. A terceira pena é a reparação do dano social, o trabalho forçado. Enfim, em quarto lugar, a pena consiste em fazer com que o dano não possa ser novamente cometido. (FOUCAULT, 2013, p. 84)

Verifica-se, como já foi dito, que a prisão, enquanto forma geral e essencial do castigo, não constava do projeto reformador e sua instituição se deu por via própria. Aliás, “não só a prisão – pena que vai efetivamente se generalizar no século XIX – não estava no programa do século XVIII, como a legislação penal vai sofrer uma inflexão formidável com relação ao que estava estabelecido na teoria.” (FOUCAULT, 2013, p. 85) Um ponto crucial dessa inflexão reside na sobreposição do conceito de periculosidade sobre o de infração:

A grande noção da criminologia e da penalidade em fins do século XIX foi a escandalosa noção, em termos de teoria penal, de periculosidade. A noção de periculosidade significa que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade de acordo com as suas virtualidades, e não de acordo com seus atos; não no que concerne às infrações efetivas a uma lei efetiva, mas às virtualidades de comportamentos que elas representam. Toda a penalidade do século XIX passa a ser um controle não tanto sobre se o que fizeram os indivíduos está em conformidade, ou não, com a lei, mas sobre o que podem fazer, o que são capazes de fazer, o que estão sujeitos a fazer, o que estão na iminência de fazer.” (FOUCAULT, 2013, p. 86)

Portanto, no exercício do poder de punir, a *infração* concreta, autorizadora da investida *punitiva*, cedeu lugar a um conceito abstrato e manipulável como o de *periculosidade*, supostamente autorizador da investida *coercitiva* – disciplinar-vigilante-normalizadora. O conceito operacional penal de *infrator* será transposto pelo de *delinquente*⁶⁶.

Para Foucault, foi possível à instituição carcerária alterar a forma da teoria iluminista e impor seus modos e procedimentos executivos penais próprios, ao arripio dos princípios reformadores, através de dois fatores: “segredo e autonomia no exercício do poder de punir.”

⁶⁶ Como explica Foucault em “Vigiar e Punir”: “Diante da disciplina com aspecto de lei, temos a ilegalidade que se impõe como um direito. A ruptura se dá mais pela indisciplina do que pela infração.” (FOUCAULT, 2018a, p. 287)

Isto é, “Castigos secretos e não codificados pela legislação, um poder de punir que se exerce na sombra de acordo com critérios e instrumentos que escapam ao controle [público].” (FOUCAULT, 2018a, p. 128) A *sentença* aparece como um ato legal de poder que autoriza enviar o indivíduo para a prisão e a partir daí ser controlado e investido por poderes laterais “com gestão autônoma que se isola tanto do corpo social quanto do poder judiciário propriamente dito” (FOUCAULT, 2018a, p. 129). Com isso:

Chega-se, assim, à contestação da grande separação atribuída a Montesquieu, ou pelo menos formulada por ele, entre poder judiciário, poder executivo e poder legislativo. O controle dos indivíduos, essa espécie de controle penal punitivo dos indivíduos ao nível de suas virtualidades, não pode ser efetuado pela própria justiça, mas por uma série de outros poderes laterais, à margem da justiça, como a polícia e toda uma rede de instituições de vigilância e de correção – polícia para vigilância⁶⁷, as instituições psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas, pedagógicas para a correção. (FOUCAULT, 2013, p. 87)

Na conjuntura transformadora do sistema penal, a estrutura de legalidade forjada pelo Estado de Direito, a qual conferiu nova configuração aos três Poderes, inclusive o Judiciário, funciona até o momento da sentença. Formada a culpa do condenado infrator, “depois da sentença, é constituído um poder que lembra o que era exercido no Antigo Sistema. O poder que aplica as penas ameaça ser tão arbitrário, tão despótico quanto aquele que antigamente decidia.” (FOUCAULT, 2018a, p. 128-9).

Ocorre, por essa forma, o que Foucault chama de “duplicação da atividade judiciária⁶⁸” no controle dos crimes. Primeiro, o Poder Judiciário propriamente dito declara o culpado; após, esse infrator é conduzido para um aparelho punitivo balizado pelo *exame*, aparelho que exercerá um controle *judiciário* autônomo e independente do círculo de legalidade proclamado pelos

⁶⁷ Se uma das principais funções declarada no discurso penal oficial é a *ressocialização*, pela análise crítica de Foucault sabe-se que essa ressocialização, na verdade, significa fabricação de corpos submissos e exercitados para finalidades específicas que lhe são impostas, mormente em torno do *trabalho*. Elemento fundamental para essa indústria é a vigilância sobre a disciplina. O que causa espécie é que ainda hoje os “carcereiros” são chamados de policiais penais. Vejamos o artigo 144, VI, da Constituição Federal: “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.” Os agentes penitenciários, então, não são chamados de agentes de ressocialização, mas de policiais penais, que se apresentam como oficiais responsáveis por manter a ordem e disciplina dos detentos nas casas penais. “Sutileza” que corrobora a análise de Foucault.

⁶⁸ Explica Foucault: “No caso das prisões, para onde os indivíduos são enviados porque foram julgados por um tribunal, sua existência é colocada sob a observação de uma espécie de microtribunal, de pequeno tribunal permanente, constituído pelos guardiões e pelo diretor da prisão, que da manhã à noite vai puni-los segundo seu comportamento. A todo momento se pune e se recompensa, se avalia, se classifica.” (FOUCAULT, 2013, p. 118)

reformadores. Toda a execução aplicada no interior do cárcere se formará como “técnica de coerção dos indivíduos; ela utiliza processos de treinamento do corpo – não sinais – com os traços que deixa, sob a forma de hábitos, no comportamento; e ela supõe a implantação de um poder específico de gestão da pena.” (FOUCAULT, 2018a, p. 129-130)

Essa “duplicação judiciária”, paulatinamente, se desenvolverá e será regulamentada dentro de um círculo de legalidade, até chegar à forma de Poder de Estado *Juízo de Execuções Penais*, o que sinaliza um regresso à teoria iluminista dos três Poderes, ou de todo modo, um aperfeiçoamento e alargamento da coercitividade que passa à oficialidade.

É fundamental destacar que, segundo Foucault, esse momento marca o surgimento do modelo epistemológico de exame que animará as ciências humanas; marca também o momento da instituição carcerária, que com suas inflexões na teoria iluminista, operou substanciais transmutações nas formas de exercer o poder e, correlato a isso, fez nascer uma forma de saber que marcará as instituições modernas e a sociedade de uma maneira geral. Nas palavras de Foucault:

É assim que, no século XIX, desenvolve-se, em torno da instituição judiciária e para lhe permitir assumir a função de controle dos indivíduos quanto a sua periculosidade, uma gigantesca série de instituições que vão enquadrar os indivíduos ao longo de sua existência; instituições pedagógicas como a escola, psicológicas ou psiquiátricas como o hospital, o asilo, a polícia etc. Toda essa rede de um poder que não é judiciário deve desempenhar uma das funções que a justiça se atribui neste momento: função não mais de punir as infrações dos indivíduos, mas de corrigir suas virtualidades. Entramos assim na idade do que eu chamaria de ortopedia social. Trata-se de uma forma de poder, de um tipo de sociedade que classifico de sociedade disciplinar por oposição às sociedades propriamente penais que conhecíamos anteriormente. É a idade de controle social. (FOUCAULT, 2013, p. 87)

A sociedade de controle inaugurada na modernidade empregará, estrategicamente, nas cidades e instituições uma “arquitetura que permite um tipo de poder do espírito sobre o espírito; uma espécie de instituição que deve valer para escolas, hospitais, prisões, casas de correção, hospícios, fábricas etc” a permitir “vigilância permanente sobre os indivíduos por alguém que exerce sobre eles um poder – mestre-escola, chefe de oficina, [polícia], médico, psiquiatra, diretor de prisão.” (FOUCAULT, 2013, p. 88 e p, 89) Sociedade tipicamente *panóptica*⁶⁹. Explica Foucault:

⁶⁹ Foucault provoca: “Entre os teóricos que há pouco citei, alguém de certa forma previu e apresentou como que um esquema desta sociedade de vigilância, da grande ortopedia social. Trata-se de Bentham. Peço desculpas aos historiadores da filosofia por esta afirmação, mas acredito que Bentham seja mais importante para nossa sociedade do que Kant, Hegel, etc.” (FOUCAULT, 2013, p. 87)

O panoptismo é um dos traços característicos da nossa sociedade. É uma forma de poder que se exerce sobre os indivíduos em forma de vigilância individual e contínua, em forma de controle de punição e recompensa⁷⁰ em forma de correção, isto é, de formação e transformação dos indivíduos em função de certas normas. Este tríplice aspecto do panoptismo – vigilância, controle e correção – parece ser uma dimensão fundamental e característica das relações de poder que existem em nossa sociedade. (FOUCAULT, 2013, p. 103)

A inserção das práticas disciplinares⁷¹ nas chamadas “instituições capilares”, – instituições pedagógicas, médicas, penais, industriais etc. – além de balizar seus discursos e as conformarem como dispositivos panópticos, provocou uma confusão interessante e astuciosa, a formar uma “rede de sequestros”:

o Estado e o que não é estatal vêm confundir-se, entrecruzar-se no interior destas instituições. Mais do que instituições estatais ou não estatais, é preciso dizer que existe uma rede institucional de sequestro, que é intraestatal; a diferença entre aparelho de Estado e o que não é aparelho de Estado não me parece importante para analisar as funções deste aparelho geral de sequestro, desta rede de sequestro no interior da qual nossa existência se encontra aprisionada. (FOUCAULT, 2013, p. 114)

Essa rede de sequestros conserva entre as instituições o núcleo comum de se ocuparem de quatro funções elementares: 1º) controle do tempo; 2º) controle do corpo, não somente de apropriação, de extração da quantidade máxima de tempo, mas, também, de controlar, de formar, de valorizar, segundo um determinado sistema, o corpo do indivíduo; 3º) a criação e o exercício de uma nova forma de poder, um poder polimorfo, polivalente, não somente econômico, mas também político. As pessoas que dirigem estas instituições se delegam o direito de dar ordens, de estabelecer regulamentos, de tomar medidas, de expulsar indivíduos, aceitar outros, de fazer comparecer diante de instâncias de julgamento. Este micropoder que funciona no interior destas instituições é ao mesmo tempo judiciário – atitude judiciária de exame; 4º) desdobramento dessa nova forma de poder em poder epistemológico, poder de extrair dos indivíduos um saber

⁷⁰ Pergunta Foucault: “Por que, para ensinar alguma coisa a alguém, se deve punir e recompensar?” (FOUCAULT, 2013, p. 118) Dentre as *ciências humanas* nascidas na “era de controle”, inclui-se a psicologia. Vê-se, nesta passagem, psicopedagogia que esbarra no *condicionamento clássico*, modelo que o behaviorismo desenvolverá posteriormente.

⁷¹ Sobre a disciplina e seu poder, explica Foucault em “Vigiar e Punir”: “Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar as “disciplinas”. As disciplinas se tornaram no decorrer dos séculos XVII e XVIII fórmulas gerais de dominação.” (FOUCAULT, 2018a, p. 135)

e extrair um saber sobre estes indivíduos submetidos ao olhar e já controlados por estes diferentes poderes. (FOUCAULT, 2013)

A imbricação das práticas disciplinares com o discurso iluminista dos reformadores forjou a *ciência penal moderna* a partir da formação de um poder-saber produtor do seu próprio objeto e sujeitos objetificados e fundidos, por operações sintéticas, em relações circulares que se retroalimentam no exercício de poder e exame que opera. Sobre essa relação incestuosa entre poder e saber, explica Foucault: “é assim que os indivíduos sobre os quais se exerce o poder (i) ou são aquilo a partir de que se vai extrair o saber que eles próprios formaram e que será retranscrito e acumulado segundo novas normas, (ii) ou são objetos de um saber que permitirá também novas formas de controle.” (FOUCAULT, 2013, p. 119)

Esse novo modelo de gestão e fabricação de comportamentos guarda umbilical relação com o capitalismo industrial e suas demandas, sobretudo com a “mão-de-obra”⁷² e o lucro. Através desses jogos de poder e saber no seio das “instituições de sequestro”, tem-se “a transformação da força do tempo e da força de trabalho e sua integração na produção. Que o tempo da vida se torne tempo de trabalho, que o tempo de trabalho se torne força de trabalho, que a força de trabalho se torne força produtiva.” (FOUCAULT, 2013, p. 120)

O cárcere, portanto, é mais do que instituição característica do capitalismo, é constitutiva. Como afirma Edgardo Castro: “o capitalismo e o poder disciplinar foram, ao menos no século XIX, as duas faces de uma mesma moeda.” (CASTRO, 2021, p. 90). O poder da disciplina (“subpoder”), micropoder paralelo, *coercitivo*, penetrado nas instituições com objetivos específicos, ao transformar os homens em agentes da produção, aparece como condição necessária para o “sobrelucro”⁷³, isso porque, afirma Foucault,

⁷² É possível considerar, inclusive, o sistema penal como formador de *exército industrial de reserva*, fator que contribui com a regulação da economia, sobretudo com os preços dos salários. Foucault não menciona diretamente esse conceito marxista, mas fala em “desemprego programado”: “Para que a economia tivesse a flexibilidade necessária, era preciso, havendo necessidade, poder desempregar os indivíduos (...)”. (FOUCAULT, 2013, p. 116)

⁷³ Para Foucault, a violência do poder disciplinar *moderno* está estritamente ligada com a exploração do trabalho e a formação do lucro, do capital. Trata-se, para o filósofo, de configuração chave para compreender o capitalismo. Explica: “Não penso, portanto, que se possa admitir pura e simplesmente a análise tradicionalmente marxista que supõe que, sendo o trabalho a essência concreta do homem, o sistema capitalista é quem transforma este trabalho em lucro, em sobrelucro ou em mais-valia. Com efeito, o sistema capitalista penetra muito mais profundamente em nossa existência. Tal como foi instaurado no século XIX, esse regime foi obrigado a elaborar um conjunto de técnicas políticas, técnicas de poder, pelo qual o homem se encontra ligado a algo como o trabalho, um conjunto de técnicas pelo qual o corpo e o tempo dos homens se tornam tempo de trabalho e força de trabalho e podem ser efetivamente utilizados para se transformar em sobrelucro. Mas para haver sobrelucro é preciso haver subpoder. É preciso que, ao nível mesmo da existência do homem, uma trama de poder político microscópico, capilar, se tenha estabelecido fixando os homens ao aparelho de produção, fazendo deles agentes da produção, trabalhadores. A ligação do homem ao trabalho é sintética, política; é uma ligação operada pelo poder. Não há sobrelucro sem

Para que existam as relações de produção que caracterizam as sociedades capitalistas, é preciso haver, além de um certo número de determinações econômicas, estas relações de poder e estas formas de funcionamento de saber. Poder e saber encontram-se, assim, firmemente enraizados; eles não se superpõem às relações de produção, mas se encontram enraizados muito profundamente naquilo que as constitui. (FOUCAULT, 2013, p. 123)

Na parte final da 5ª conferência de “A verdade e as formas jurídicas”, Foucault pergunta: “De que maneira, a partir de uma teoria do Direito Penal como a de Beccaria, pôde-se chegar a algo tão paradoxal como a prisão?” Como pôde ser aceita? E responde: “parece-me que se a prisão se impôs foi porque era, no fundo, apenas a forma concentrada, simbólica, de todas estas instituições de sequestro no século XIX. De fato, a prisão é isomorfa a tudo isso. (...) Não é uma ruptura com o que se passa todos os dias.” (FOUCAULT, 2013, p. 120-1) Além disso,

a prisão ao mesmo tempo se inocenta de ser prisão pelo fato de se assemelhar a todo o resto, e inocenta todas as outras instituições de serem prisões, já que ela se apresenta como sendo válida unicamente para aqueles que cometeram uma falta. É justamente esta ambiguidade na posição da prisão que me parece explicar seu incrível sucesso, seu caráter quase evidente, a facilidade com que ela foi aceita, quando, desde o momento em que apareceu, desde o momento em que se desenvolveram as grandes prisões penais, de 1817 a 1830, todo mundo conhecia tanto seu inconveniente quanto seu caráter funesto e perigoso. Esta é a razão porque a prisão pôde se inserir e se insere de fato na pirâmide dos panoptismos sociais. (FOUCAULT, 2013, p. 121)

O cárcere, configurado como estabelecimento fechado, com gestão e procedimentos punitivos próprios (dispositivo panóptico, em suma), opõe-se, portanto, à teoria legalista de Beccaria, na medida que dela não decorre e, ademais, na medida que essa teoria reclamava publicidade na execução penal enquanto representação do exercício de requalificação do sujeito de direito; ao mesmo tempo, opõe-se também às encenações do sistema clássico de suplicios.

No espetáculo do *suplício*, o povo, feito espectador, assistia às atividades do *soberano*, cujo objetivo era intimidar os súditos, demonstrar a força e o brasão punitivo de seu *direito de justiça*. O *soberano*, quando lesado, mostrava o que podia fazer com um homem.

subpoder. Falo de subpoder pois se trata do poder que descrevi há pouco e não do que é chamado tradicionalmente de poder político; não se trata de um aparelho de Estado, nem da classe no poder; mas do conjunto de pequenos poderes, de pequenas instituições situadas em um nível mais baixo. O que pretendi fazer foi a análise do subpoder como condição de possibilidade do sobrelucro. A última conclusão é que este subpoder, condição do sobrelucro, ao se estabelecer, ao passar a funcionar, provocou o nascimento de uma série de saberes - saber do indivíduo, da normalização, saber corretivo - que se multiplicaram nestas instituições de subpoder fazendo surgir as chamadas ciências do homem e o homem como objeto da ciência. Vemos assim como a destruição do sobrelucro implica necessariamente o questionamento e o ataque ao subpoder; como o ataque ao subpoder se liga forçosamente ao questionamento das ciências humanas e do homem considerado como objeto privilegiado e fundamental de um tipo de saber.” (FOUCAULT, 2013, p. 122-3)

Com o Estado de Direito e a nova ordem penal, o povo não assiste mais às execuções penais. Ao contrário, a partir do conceito de *periculosidade*, o Estado torna-se vigilante universal do povo. Como afirma Foucault, “(...) ocorre na época moderna a conversão do espetáculo em vigilância. (...) O espetáculo transformado em vigilância, o círculo que os cidadãos faziam em torno de um espetáculo, tudo isso é invertido.” (FOUCAULT, 2018 p. 22-3)

Igualmente, as teorias iluministas da pena partem de dois pressupostos fundamentais: a *racionalidade* do sujeito e a *publicidade* das leis. Esses elementos alicerçam a imputabilidade penal. Falha nesse esquema levaria à inimputabilidade⁷⁴. Portanto, dado que no contexto das Luzes assume-se a racionalidade como inerente ao homem, aos cidadãos deve ser dado pleno conhecimento dos termos legais contratados. A *publicidade*, princípio corolário da *legalidade*, aparece como condição para o *cálculo representativo* das ações humanas, exercício fundamental para situá-las entre o permitido/proibido. A publicidade da execução penal, portanto, seria o instrumento das representações sobre a funcionalidade concreta das leis.

Ademais, no ideal contratualista, liberal, regido pelo princípio da legalidade, para o qual o *império da lei* deve significar o *império do povo*, a *publicidade* plena da legalidade e seu exercício afigura-se garantia fundamental dos cidadãos sobre seus direitos, por isso alcança status de *princípio*. Representa a clássica ideia de transparência como condição de fiscalização de direitos e deveres. Por essa razão, além de figurar como elemento de representação, o castigo também deve se realizar publicamente para que seja exposto à aferição pública.

⁷⁴ O conceito de *inimputabilidade*, aqui, deve ser interpretado gramatical e estritamente, a significar “não atribuível”. Para a ciência penal contemporânea – neste caso de mãos dadas com a psiquiatria forense –, na sua missão de dirigir o controle social, esse conceito admite vários desdobramentos e regulações especiais, dos quais, ilustrativamente, destacam-se dois: (i) a inimputabilidade em razão da menoridade: para a lei penal brasileira, os menores de 18 anos são inimputáveis, nos termos do artigo 27 do Código Penal, e por essa razão, se praticarem “fatos puníveis” não recebem pena, mas “medidas protetivas” reguladas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente; (ii) a inimputabilidade por falta de “discernimento ou juízo mental”, situação na qual o autor de *fato descrito como crime* não é condenado, mas absolvido com aplicação de medida de segurança. Explica Juarez Cirino dos Santos: “O Estado pretende cumprir a tarefa de proteger a comunidade e o cidadão contra fatos puníveis utilizando instrumentos legais alternativos: a) penas criminais, fundadas na *culpabilidade* do autor; b) *medidas de segurança*, fundadas na *periculosidade* do autor. A utilização alternativa de *penas criminais* ou de *medidas de segurança* para controle social de fatos definidos como crimes constitui o sistema *dualista alternativo* do Direito Penal: ou penas criminais, ou medidas de segurança – excluída a aplicação simultânea de penas criminais e de medidas de segurança própria do sistema *dualista cumulativo*, também conhecido como sistema do *duplo binário*, vigente na lei penal anterior. Ao contrário da natureza retributiva das penas criminais, fundadas na *culpabilidade* do fato passado, as *medidas de segurança*, concebidas como instrumentos de proteção social e de terapia individual - ou como medidas de natureza *preventiva* e *assistencial*, segundo a interpretação paralela do legislador -, são fundadas na *periculosidade* de autores inimputáveis de fatos definidos como crimes, com o objetivo de prevenir a prática de fatos puníveis futuros. Assim, a estrutura dualista alternativa do Direito Penal erige-se sobre duas correlações: a) a correlação *culpabilidade/pena*, fundada no passado; b) a correlação *periculosidade/medida de segurança*, dirigida para o futuro.” (SANTOS, 2010, p. 605-6)

A legitimidade punitiva, no Antigo Regime, derivava da autoridade absoluta do Poder Real *soberano*. Para os teóricos reformadores, de matriz legalista e contratual, adstrita ao Estado de Direito, a legitimidade da pena desloca-se para o povo, erigido a *soberano*, representado pelo parlamento, que pactuou pela punição e estipulou no contrato o direito de punir em suas formas e condições.

Se a execução penal passou a ser a parte mais velada da justiça e exercida por *poderes laterais*, um tal modelo punitivo (na verdade coercitivo), quando da sua instituição, carecia de legitimidade contratual por duas elementares razões: (i) não estar prevista, especificamente, no contrato, em clara ofensa à soberania popular; (ii) desrespeitar os princípios fundamentais da *publicidade* e da *legalidade* ao reivindicar para seu exercício segredo e autonomia. Portanto, a instituição coercitiva é filha da ilegitimidade⁷⁵, uma aberração jurídica. Nas palavras de Foucault, “essas duas consequências são exorbitantes para uma teoria e uma política de penalidade que se propunha a dois objetivos: fazer todos os cidadãos participarem do castigo do inimigo social; tornar o exercício do poder de punir inteiramente adequado e transparente às leis que o delimitam publicamente.” (FOUCAULT, 2018a, p. 128)

A legalidade do contrato, em geral, e a legalidade penal, em específico, no ideal das Luzes, deveriam figurar como limitador do poder a favor da liberdade individual e da dignidade humana. A lei penal, especificamente, encontra sua razão de ser enquanto garantia limitadora do poder de punir. Como afirma Foucault, “nessa época das Luzes, não é como tema de um saber positivo que o homem é posto como objeção contra a barbárie dos suplícios, mas como limite de direito, como fronteira legítima do poder de punir⁷⁶.” (FOUCAULT, 2018a, p. 74)

Marcelo Hoffman, em análise sobre o poder disciplinar, aponta que “de cerca de 1973 até 1976, em análises da punição, da protopsiquiatria, da criminologia e da guerra racial,

⁷⁵ Algo semelhante acontece hoje no Brasil, pois todas as prisões, verdadeiras masmorras, são inconstitucionais e ilegais, uma vez que não respeita os princípios constitucionais e os ditames legais. Luis Carlos Valois, Juiz de uma das Varas de Execuções Criminais de Manaus, Amazonas, em obra sobre o assunto, afirma: “Se não há pena sem lei, que pena seria essa que o poder público executa no Brasil? Ora, não basta dizer que a pena de prisão está prevista em lei, já que há uma lei dizendo como deve ser essa prisão, a Lei de Execução Penal. A prisão que se executa no Brasil não existe na lei, não encontra respaldo sequer na Constituição do Império, de 1824, que dizia: “As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes” (Art. 179, XXI). A pena de privação de liberdade que se executa no Brasil, para além de ser inconstitucional, é ilegal.” (VALOIS, 2019a, p. 45)

⁷⁶ Em alusão ao princípio do *homo mensura*, de Protágoras, continua Foucault: “O “homem” que os reformadores puseram em destaque contra o despotismo do cadafalso é também um homem-medida: não das coisas, mas do poder.” (FOUCAULT, 2018a, p. 74)

Foucault tentou articular o poder disciplinar em contraposição ao poder soberano” (HOFFMAN, in Taylor, 2021 p. 41) Todavia, é necessário compreender essa contraposição não apenas ao poder soberano do Antigo Regime, mas também ao poder soberano do povo em sua estrutura legalista moderna. Como consequência, tem-se que o poder disciplinar – por suas práticas sorrateiras, minuciosas, penetrantes⁷⁷ – desarticula fundamentalmente o sistema contratual, pois impõe *algo* além do contrato, *ultra legem*.

Nessa sobreposição entre norma e lei, a *liberdade*, então, transfigura-se de *liberdade individual contratual* para *liberdade normal*. O sistema jurídico, portanto, só pode garantir a liberdade para indivíduos normais, isto é, *assujeitados* à *normalidade* imposta pelas instituições.

Partindo do apresentado no capítulo anterior – que a prisão nasceu como instrumento de gestão dos ilegalismos voltado a controlar os ilegalismos populares, com mira, principalmente, à classe salariada – o operário que cumprisse as disposições patronais estaria livre da prisão, por atender à *normalidade*, mas preso à fábrica. De fato, na sociedade moderna, existe um *quadrado* para cada um. Como aponta Foucault: “deve-se enfim ter um padrão, estar preso e situado dentro de uma hierarquia; o homem só existe fixado em relações definidas de dominação: para quem o senhor trabalha? Quer dizer, já que o senhor não é patrão, tem que ser servidor, de alguma forma; o que importa não é a satisfação do indivíduo, mas a ordem a ser mantida.” (FOUCAULT, 2018a, p. 287)

Foi dito na apresentação dessa dissertação que a baixa escolaridade representa característica da maioria dos detentos no Brasil. Na medida em que Foucault demonstra a existência não de ruptura, mas de continuidade entre prisão e escola⁷⁸, prisão e fábrica, o indicador de alta escolaridade como resistente à prisão talvez se explique não porque a escola

⁷⁷ Como diz Foucault: “Pequenas astúcias dotadas de um grande poder de difusão, arranjos sutis, de aparência inocente, mas profundamente suspeitos, dispositivos que obedecem a economias inconfessáveis, ou que procuram coerções sem grandeza, são eles entretanto que levaram à mutação do regime punitivo no limiar da época contemporânea. As disciplinas, porque definem um certo modo de investimento político detalhado do corpo, uma nova “microfísica” do poder, é uma anatomia política do detalhe.” (FOUCAULT, 2018a, p. 136-7)

⁷⁸ Continuidade que tem por objetivo *ligar* os indivíduos. Explica Foucault: “Na época atual, todas essas instituições - fábrica, escola, hospital psiquiátrico, hospital, prisão - têm por finalidade não excluir, mas, ao contrário, fixar os indivíduos. A fábrica não exclui os indivíduos; liga-os a um aparelho de produção. A escola não exclui os indivíduos; mesmo fechando-os; ela os fixa a um aparelho de transmissão do saber. O hospital psiquiátrico não exclui os indivíduos; liga-os a um aparelho de correção, a um aparelho de normalização dos indivíduos. O mesmo acontece com a casa de correção ou com a prisão. Mesmo se os efeitos dessas instituições são a exclusão do indivíduo, elas têm como finalidade primeira fixar os indivíduos em um aparelho de 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.” (FOUCAULT, 2013, p. 113)

provoque *esclarecimento* nos indivíduos, mas adestramento, a produzi-los conforme à *normalidade*, de modo que não se faz necessária recondução a outra instituição de sequestro quando a primeira logrou êxito⁷⁹. A prisão seria a extremidade da rede de sequestro.

A instituição carcerária, compromissada com a produção de corpos dóceis e úteis, ainda que seus mecanismos não se depreendam de maneira direta e necessária das instituições jurídicas, nos fatos, o poder disciplinar resulta complementar desses procedimentos por meio dos quais o poder reage a alguma coisa que o contesta ou escapa. O poder disciplinar atua como dominante.

A articulação poder-saber como eixo dos mecanismos da sociedade disciplinar ratifica a formação de novos saberes que, por sua vez, fortalecem os mecanismos disciplinares, afinal, trata-se de um elemento em cujo interior ela nasceu, de modo que qualquer elaboração de saber nascido nessa dimensão só pode reforçar esse esquema refinado e violento de dominação.

⁷⁹ Em 1971, Chomsky e Foucault protagonizaram um “grande debate” televisionado. Naquela ocasião, sobre o sistema de ensino, Foucault afirma: “Não acredito nem por um instante que se possa considerar nossa sociedade como democrática. Se entendemos por democracia o exercício efetivo do poder por uma população que não está dividida nem hierarquizada em classes, parece evidente que estamos bem distantes da democracia. Não há a menor dúvida de que vivemos sob um regime de ditadura de classe, de um poder de classe que se impõe pela violência, mesmo quando os instrumentos dessa violência são institucionais e constitucionais, e, segundo a definição anterior, não podemos falar em democracia. Por outro lado, uma das tarefas que me parecem imediatas e urgentes, acima de qualquer outra coisa, é esta: apontar e desmascarar, mesmo quando estão ocultas, todas as relações de poder político que, na verdade, controlam o corpo social e o oprimem ou reprimem. O que eu quero dizer é o seguinte: é comum, pelo menos na sociedade europeia, considerar que o poder está localizado nas mãos do governo e que ele é exercido por meio de certo número de instituições específicas, como a administração pública, a polícia, o exército e o aparelho de Estado. Sabe-se que todas essas instituições são feitas para elaborar e transmitir certo número de decisões em nome da nação ou do Estado, para fazer que elas sejam aplicadas e para punir aqueles que não obedecem. Creio, porém, que o poder político também é exercido por intermédio de certo número de instituições que, aparentemente, não têm nada em comum com o poder político, como se fossem independentes dele, o que não é verdade. Isso é sabido no que diz respeito à família, e sabemos que a universidade e, de maneira geral, todos os sistemas de ensino, que aparentemente apenas difundem o conhecimento, são feitos para manter determinada classe social no poder e para excluir os instrumentos de poder de outra classe social. Instituições ligadas ao conhecimento, à previdência e à assistência, como a medicina, também ajudam a sustentar o poder político. Isso também é evidente, chegando a ser escandaloso, em certos casos relacionados à psiquiatria. Parece-me que a verdadeira tarefa política, em uma sociedade como a nossa, é criticar o funcionamento das instituições, que dão a impressão de ser neutras e independentes; criticá-las e atacá-las de tal maneira que a violência política, que sempre foi exercida de maneira obscura, por meio delas seja desmascarada, para que se possa combatê-las. Essa crítica e essa luta parecem-me fundamentais por diferentes razões: primeiramente, porque o poder político tem raízes mais profundas do que se imagina; existem núcleos e pontos de apoio invisíveis e pouco conhecidos; sua verdadeira resistência e solidez talvez se localizem onde ninguém espera encontrá-las. Provavelmente não basta dizer que por trás dos governos e do aparelho de Estado existe uma classe dominante; é preciso revelar o local da ação, os espaços e as formas como essa dominação é exercida. Além disso, como essa dominação não é simplesmente a expressão em termos políticos da exploração econômica, ela é seu instrumento e, em larga medida, a condição que a torna possível, a eliminação de uma é alcançada por meio da compreensão exaustiva da outra. Bem, se não conseguimos identificar esses pontos de apoio do poder de classe, corremos o risco de permitir que eles continuem existindo e observar esse poder de classe se reconstituir mesmo após um aparente processo revolucionário.” (CHOMSKY e FOUCAULT, 2017, p. 49-52)

No final do século XVIII e início do XIX assistiu-se a uma total reorganização do sistema penal no ocidente. Certo que o encarceramento não deriva das teorias iluministas dos reformadores, a inserção da prisão no sistema das penas é um fenômeno que se entrecruza com estas, encontra nelas pontos de apoio, mas não foram estas que o implicaram, seja como consequência lógica-conceitual, nem mesmo como consequência histórica direta. Há uma heterogeneidade entre o movimento intelectual penal reformador e a instituição coercitiva penitenciária⁸⁰. Como diz Foucault, há uma fissura. Explica:

Essa fissura não é simplesmente resultado de uma contradição interna do sistema ou de uma heterogeneidade inicial, ou seja, algo como efeito de sedimentações históricas diversas, mas pode ser analisada em termos de uma tática global. Sem dúvida, há conflitos e contradições entre o penal e o penitenciário. Vê-se cada instituição enfrentar-se, produzir discursos que não se interpenetram, que se entrecruzam: o discurso do direito penal e aquele que já em 1820-1830 é chamado de discurso da “ciência das prisões”, que se apresenta como um discurso autônomo em relação ao direito e mais tarde, após transformações, dará ensejo à criminologia. Mas essa oposição, no nível dos discursos, entre de um lado, os tipos de saber autorizados pela prática do direito e, de outro, pela prática da reclusão apenas reproduz o jogo que se encontra no nível das instituições: a perpétua tentativa do sistema penitenciário de escapar à penetração do jurídico e da lei, e o esforço do sistema judiciário para controlar o sistema penitenciário que lhe é heterogêneo. (FOUCAULT, 2018, p. 61)

A *Razão punitiva moderna*, presente no tratado de Beccaria – entre outros –, alicerçada em princípios de *justiça* como o da *legalidade*, *publicidade* e *proporcionalidade*, “ajoelhou-se aos pés da pena”. A rede de poder disciplinar adestrou o discurso jurídico e sequestrou as instituições de Estado, as quais restaram desviadas da configuração liberal-republicana. O controle máximo sobrepuja-se à máxima liberdade individual⁸¹.

⁸⁰ O elemento penitenciário, para Foucault, seria o corretivo da prisão, a prática e o saber disciplinar que *corrige* a prisão. Sua *disciplina*, portanto. (FOUCAULT, 2018, p. 93) Ademais, é necessário reconhecer que “o fenômeno penitenciário é, na realidade, muito mais amplo que a reclusão e de que se trata de uma dimensão geral de todos os controles sociais que caracterizam sociedades como as nossas. A sociedade inteira porta o elemento penitenciário, do qual a prisão é apenas uma formulação. O penitenciário, portanto, é o campo associado à prisão.” (FOUCAULT, 2018, p. 94)

⁸¹ A maximização do sistema penal, típica de sociedades de controle, *panópticas*, ofende os princípios liberais da (i) intervenção mínima e da (ii) fragmentariedade do sistema penal. Explica Cezar Roberto Bitencourt: (i) “O princípio de legalidade impõe limites ao arbítrio judicial, mas não impede que o Estado — observada a reserva legal — crie tipos penais iníquos e comine sanções cruéis e degradantes. Por isso, impõe-se a necessidade de limitar ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador. O *princípio da intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas

civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. Como preconizava Maurach, "na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica". Assim, o Direito Penal assume uma feição subsidiária e a sua intervenção se justifica quando — no dizer de Muñoz Conde — "fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito". A razão desse princípio — afirma Roxin — "radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa a margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social". Resumindo, antes de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem insuficientes à tutela de determinado bem jurídico justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social. Apesar de o princípio da intervenção mínima ter sido consagrado pelo Iluminismo, a partir da Revolução Francesa, "a verdade é que, a partir da segunda década do século XIX, as normas penais incriminadoras cresceram desmedidamente, a ponto de alarmar os penalistas dos mais diferentes parâmetros culturais". Os legisladores contemporâneos — tanto de primeiro como de terceiro mundo — têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da "inflação legislativa" reinante nos ordenamentos positivos. Hassemer, falando sobre um Direito Penal Funcional, particularmente sobre a *moderna criminalidade*, reflete: "nestas áreas, espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do Direito Penal é simplesmente cancelado para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais frequentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas". (ii) A fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal, como destaca Eduardo Medeiros Cavalcanti: "o significado do princípio constitucional da intervenção mínima ressalta o caráter fragmentário do Direito Penal. Ora, este ramo da ciência jurídica protege tão somente valores imprescindíveis para a sociedade. Não se pode utilizar o Direito Penal como instrumento de tutela de todos os bens jurídicos. E neste âmbito, surge a necessidade de se encontrar limites ao legislador penal". Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu *caráter fragmentário*, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. Isso, segundo Régis Prado, "é o que se denomina *caráter fragmentário* do Direito Penal. Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa". Resumindo, "caráter fragmentário" do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes." (BITENCOURT, 2010, p.43-5)

3.1 A instituição carcerária e a seletividade penal: a política enquanto guerra civil permanente

“O ladrão ou o assassino, cujo único contrapeso para não violar as leis seja a força ou a roda, raciocina mais ou menos do seguinte modo: *Que leis são essas que devo respeitar e que põem tão grande distância entre minha pessoa e a do rico? Ele me nega o centavo que lhe peço e se desculpa, mandando-me trabalhar, fazendo o que ele mesmo não sabe fazer. Quem fez essas leis? Homens ricos e poderosos, que nunca se propuseram a visitar os míseros casebres do pobre, que nunca precisaram repartir o pão amanhecido entre os gritos inocentes dos filhos famintos e as lágrimas da mulher. Quebrems estes laços fatais à maioria e úteis a uns poucos tiranos preguiçosos. Ataquemos a injustiça na fonte. Voltarei ao meu estado de independência natural, viverei livre e feliz por algum tempo com os frutos da minha coragem e do meu trabalho. Talvez chegue o dia da dor e do arrependimento, mas esse tempo será breve, e terei um dia de privação, ao invés de muitos anos de liberdade e de prazeres. Rei de pequeno número, corrigirei os erros do destino, e verei os tiranos empalidecerem e tremere diante daqueles que os preteriram, com fausto ultrajante, e que eles colocaram abaixo de seus cavalos e cães.*” (BECCARIA, 2009, p. 101)

A citação de Beccaria em epígrafe sugere ser antigo o problema da desigualdade protegida pela *Lei* – ou do tratamento legal desigual. Se a lei guarda essa característica histórica⁸², no ideário da Revolução Francesa e da instituição do Estado de Direito um dos compromissos seria suprimir esse fenômeno e erigir um *Estado arrimado na legalidade como império do povo*, em nome da *liberdade, igualdade e fraternidade*.

Uma vez que o Estado de Direito foi sequestrado pelos interesses burgueses, com a desarticulação do *contrato* tal como pensado pelos filósofos e teóricos do movimento iluminista, uma série de inflexões se sucederam, dentre elas a *seletividade penal*⁸³, fenômeno que ofende

⁸² A frase de um camponês de El Salvador, referida por José Jesus de La Torre Rangel (difundida no Brasil por Lenio Streck) é paradigmática: “La ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. In: <https://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/a-lei-penal-e-como-a-serpente-so-pica-os-descalcos/> (Acesso em 10/11/2023)

⁸³ Não a seletividade que deveria decorrer do caráter *fragmentário* do direito penal, mas a seletividade enquanto política punitiva discriminatória, violadora do princípio elementar da igualdade – isonomia.

a *isonomia*, a liberdade originária do *pacto* e a estrutura formal do contrato alicerçado em princípios *ilustrados*.

Como já foi dito, na economia punitiva de gestão de ilegalismos existem tratamentos diferenciados no quadro das sanções. Portanto, por mais que por vezes se busque compreender a evidente seletividade penal – evidente até hoje, como indicado na apresentação desta dissertação – como coincidência ou efeito colateral do sistema punitivo, na verdade trata-se de consequência direta e planejada da instituição carcerária desde sua implementação – isto é, o sistema punitivo, no geral, e o cárcere, em específico, nasceram com mira e estratégias orientadas pela *seletividade penal*.

Na segunda aula do curso “A Sociedade Punitiva”, de 10 de janeiro de 1973, ao analisar manifestação de um Parlamentar francês na Câmara sobre esse assunto, datada de 23 de novembro de 1831, momento constitutivo do sistema penal moderno que já trazia em sua linha de frente a instituição carcerária, Foucault mostra que tinha-se “a consciência clara e perfeitamente formulada no discurso da época de que as leis sociais são feitas por pessoas às quais elas não se destinam, mas para serem aplicadas àqueles que não as fizeram. A lei penal, na mente daqueles que a fazem ou a discutem, tem uma universalidade apenas aparente.”⁸⁴ (FOUCAULT, 2018, p. 22).

No cenário de transição para o sistema punitivo moderno, entremeio aos projetos reformadores e a instituição carcerária, ocorreu um processo de “supercodificação ético-penal ao longo do século XVIII.” Capitaneado pela burguesia revolucionária, atores dominantes do desenvolvimento capitalista, os agentes desse processo “são grupos mais ou menos espontâneos mas que, desenvolvendo-se aos poucos e aproximando-se das classes superiores, portanto do poder, acabam por transmitir ao próprio Estado e a um organismo específico – a polícia – a tarefa de exercer todo um conjunto de controles da vida cotidiana.” (FOUCAULT, 2018, p. 102).

⁸⁴ Eis as palavras do Parlamentar citadas por Foucault: “As leis penais, destinadas em grande parte a uma classe da sociedade, são feitas por outra. Admito que elas afetam a sociedade inteira; nenhum homem tem a certeza de sempre escapar ao seu rigor; contudo, é verdade que quase a totalidade dos delitos, sobretudo de certos delitos, é cometida pela parte da sociedade à qual o legislador não pertence. Ora, essa parte difere quase inteiramente da outra em espírito, costumes e em toda a sua maneira de ser. Portanto, para fazer leis que lhe conviessem, o legislador deveria, antes de tudo, parece-me, tentar esquecer o que ele mesmo é, [...] buscar com atenção não o efeito de determinada disposição da lei sobre ele mesmo, mas sobre o espírito do povo para o qual ele trabalha, que tem disposições bem diferentes.” (FOUCAULT, 2018, p. 22) Segundo nota da tradutora, Ivone C. Benedetti, trata-se de “M. Bernard, “Discours à la Chambre des députés”, 23 de novembro de 1831, in *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Cham-bres françaises*, segunda série, Paris, Paul Dupont, 1889, t. LXXII (de 23 de novembro de 1831 a 22 de dezembro de 1831), p. 5.” Ainda segundo a tradutora, “Esse trecho reflete um princípio importante para Foucault, principalmente porque não há ideologia oculta e tudo está sempre dito pelos próprios atores.” (In FOUCAULT, 2018, p. 35)

Por esse movimento “sequestram” o Estado e passam a conformar o discurso oficial a seus interesses fundamentais, dentre os quais faz parte a seletividade penal, isto é, deixar fluir os ilegalismos burgueses e direcionar o foco do atuar penal para a contenção/controlar dos ilegalismos populares e produção de corpos submissos à ordem e à lógica burguesa – produção de pessoas disciplinadamente *normais* e *úteis*. Segundo Foucault,

O Estado torna-se assim o agente essencial da moralidade, da vigilância e do controle ético-jurídico. Podem-se pressentir os laços entre esses movimentos e o desenvolvimento do capitalismo: a aplicação progressiva desse controle apenas às classes mais baixas e, finalmente, aos operários; os laços entre esse processo e a luta contra as formas novas de furto ligadas aos novos riscos assumidos pela riqueza em via de capitalizar-se. (FOUCAULT, 2018, p. 102-3)

O controle empregado pelos burgueses sobre os salarizados desdobra-se em dois aspectos: (i) *negativo*, de contenção de condutas, de castração de forças; (ii) *positivo*, de produção de comportamentos, de uma *lógica*, de uma *ordem*. Assim, explica Foucault, “o que se implementa não é apenas um controle ético-jurídico, um controle estatizado em favor de uma classe, é algo como o elemento do *coercitivo*.” (FOUCAULT, 2018, p. 103). Portanto, “por trás das proibições propriamente legais, percebe-se o desenvolvimento de todo um conjunto de coerções cotidianas que incidem sobre os comportamentos, os usos e os costumes, cujo efeito não é punir algo como infração, mas agir positivamente sobre os indivíduos, transformá-los do ponto de vista moral, obter uma correção.” (FOUCAULT, 2018, p. 103).

O elemento *coercitivo*, portanto, corresponde à técnica correlata à seletividade penal, pois instrumento expressivo de poder ligado à necessidade burguesa de impor disciplina, de controlar e moldar as classes trabalhadoras – e os funcionários e cidadãos de toda ordem – que escapam às regras, à *lei*, enfim, à *normalização* pretendida. A coerção apresenta-se como meio de inculcar valores e formas sobre as instituições e, conjuntamente, balizar os discursos *oficiais*, uma vez que produz e altera – nessa dinâmica – *sujeitos* e *objetos* do conhecimento e as regras do seu sistema. A coerção afigura-se como o fundamento da dominação. Como afirma Foucault, “a coerção é aquilo que estabelece um nexo entre moral e penalidade.” (FOUCAULT, 2018, p. 104). Ademais, ao direcionar o sistema penal coercitivo, os burgueses “estatizaram a moral e fizeram do Estado o agente principal da moralização.” (FOUCAULT, 2018, p. 104) Segundo Foucault, “isso revela o modo de ancoragem existente desde o século XIX entre o sistema moral e o exercício efetivo do poder. Daí se pode concluir que a moral não está dentro da cabeça das

peçoas: está inscrita nas relações de poder, e apenas a modificação das relações de poder pode trazer a modificação da moralidade.” (FOUCAULT, 2018, p. 106)

O direito estatal de punir, imiscuído pelo poder disciplinar e de vigilância, transformou-se em técnica política de gestão de peçoas “que tem por alvo não apenas as infrações dos indivíduos, mas a natureza e o caráter deles. É aquilo que deve ter como instrumento uma vigilância permanente e fundamental.” (FOUCAULT, 2018, p. 103). A distinção e apartação entre direito penal e moral idealizada pelas *Luzes* dissolveu-se, propositadamente, em confusão.

A substituição do *infrator* pelo *delinquente* cumpre um papel estratégico na especificação e objetivação das ilegalidades sujeitas ao cárcere, artifício fundamental, portanto, para operar a seletividade penal e a organização das ilegalidades. Esclarece Foucault:

O sucesso da prisão: nas lutas em torno da lei e das ilegalidades, especificar uma “delinquência”. Vimos como o sistema carcerário substituiu o infrator pelo “delinquente”. E afixou também sobre a prática jurídica todo um horizonte de conhecimento possível. Ora, esse processo de constituição da delinquência-objeto se une à operação política que dissocia as ilegalidades e delas isola a delinquência. A prisão é o elo desses dois mecanismos; permite-lhes se reforçarem perpetuamente um ao outro, objetivar a delinquência por trás da infração, consolidar a delinquência no movimento das ilegalidades. O sucesso é tal que, depois de um século e meio de “fracasso”, a prisão continua a existir, produzindo os mesmos efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-la. (FOUCAULT, 2018a, p. 272)

A seletividade penal, portanto, representa “uma gigantesca operação da burguesia que constituiu um cerco penal e penitenciário ao ilegalismo popular em geral. Esse cerco foi perfeitamente programado.” (FOUCAULT, 2018, p. 149)

Para Foucault, as fórmulas fundamentais desse cerco consistem em “uma trama de teorias e de práticas penais que designam o infrator como inimigo da sociedade em geral e toda uma prática de correção que considera o infrator menos como inimigo do que como alguém sobre quem se pode agir, que se pode transformar moralmente, corrigir.” (FOUCAULT, 2018, p. 149)

A junção entre a definição jurídico-penal do infrator como inimigo social e a definição do correccionário como indivíduo a transformar, tem como premissa e finalidade um modelo de *homem civil*⁸⁵, o qual deve atender às demandas e regras burguesas, bem como subordinar-se a

⁸⁵ *Homem civil*, na verdade, corresponde ao *homem do contrato*; o *homem da disciplina* corresponde ao *homem-máquina*. Explica Foucault: “O grande livro do homem-máquina foi escrito simultaneamente em dois registros: no anátomo-metafísico, cujas primeiras páginas haviam sido escritas por Descartes e que os médicos, os filósofos

seus *valores* e encaixar-se em sua *ordem*. Neste nível de homogeneização entre o jurídico e o coercitivo (carcerário), “o carcerário ‘naturaliza’ o poder legal de punir, como ‘legaliza’ o poder técnico de disciplinar.” (FOUCAULT, 2018a, p. 298) Assim, continua Foucault,

Homogeneizando-os, apagando o que possa haver de violento em um e de arbitrário no outro, atenuando os efeitos de revolta que ambos possam suscitar, tornando consequentemente inúteis sua exasperação e excesso, fazendo circular de um para o outro os mesmos métodos calculados, mecânicos e discretos, o carcerário permite a realização daquela grande “economia” do poder, cuja fórmula o século XVIII procurou, quando veio à tona o problema da acumulação e da gestão útil dos homens. (FOUCAULT, 2018a, p. 298)

A seletividade penal, por conseguinte, nada tem de acidental e desponta não apenas como elemento característico do sistema punitivo, mas constitutivo, intrínseco a seus objetivos, a formar “um sistema penal que não é nem universal nem unívoco, mas feito por uns para os outros.” (FOUCAULT, 2018, p. 24).

A instituição carcerária, instrumento do sistema punitivo enquanto sistema de gestão de ilegalismos, no quadro de tratamentos diferenciais das sanções, foi eleita como forma geral de punição sobre os ilegalismos populares praticados pelas “camadas mais baixas da sociedade”.

O encarceramento da *criminalidade de baixo*, dos praticantes de ilegalidades dominadas, “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 amplificação. É a delinquência de cima, exemplo escandaloso, fonte de miséria e princípio de revolta para os pobres.” (FOUCAULT, 2018a, p. 282). A esse respeito, Foucault cita texto do jornal *La Ruche Populaire*, datado de novembro de 1842:

Enquanto a miséria cobre de cadáveres vossas ruas, de ladrões e assassinos vossas prisões, que vemos da parte dos escroques da fina sociedade? [...] os exemplos mais corruptos, o mais revoltante cinismo, o banditismo mais desavergonhado [...] Não receais que o pobre que é citado ao banco dos criminosos por ter arrancado um pedaço de pão pelas grades de uma padaria se indigne o bastante, algum dia, para demolir pedra por pedra a Bolsa, um antro de selvageria onde se roubam impunemente os tesouros do Estado, a fortuna das famílias. (*La Ruche Populaire*, nov. 1842, apud FOUCAULT, 2018a, p. 282-3)

continuaram; o outro, técnico-político, constituído por um conjunto de regulamentos militares, escolares, hospitalares e por processos empíricos e refletidos para controlar ou corrigir as operações do corpo. Dois registros bem distintos, pois se tratava ora de submissão e utilização, ora de funcionamento e de explicação: corpo útil, corpo inteligível. E entretanto, de um ao outro, pontos de cruzamento. “O homem-máquina” de La Mettrie é ao mesmo tempo uma redução materialista da alma e uma teoria geral do adestramento, no centro dos quais reina a noção de “docilidade” que une ao corpo analisável o corpo manipulável. É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado.” (FOUCAULT, 2018a, p. 134)

Os crimes de alta classe e da classe alta, para Foucault, afiguram-se como causas principais da criminalidade rasteira, da miséria e violência que consubstanciam-na e giram em torno dos delitos *ordinários*. Na gestão dos ilegalismos, o Estado de Direito confere tratamento privilegiado às ilegalidades *de cima*, de modo que o sistema punitivo, portanto, protege infrações – passadas a golpes de colarinho branco – e como consequência produz delinquência, selecionada e objetivada nas ilegalidades das camadas vulneráveis, pobres. Como afirma Foucault, “a delinquência, ilegalidade dominada, é um agente para a ilegalidade dos grupos dominantes⁸⁶.” (FOUCAULT, 2018a, p. 274). Sobre o tratamento diferencial manifesto no regime dos ilegalismos, organizado pelo Estado de Direito, Foucault cita outro texto jornalístico, esse do noticiário *La Phalange*, datado de 01 de dezembro de 1838:

A prostituição patente, o furto material direto, o roubo, o assassinato, o banditismo para as classes inferiores; enquanto que os esbulhos hábeis, o roubo indireto e refinado, a exploração bem-feita do gado humano, as traições de alta tática, as espertezas transcendentais, enfim todos os vícios e crimes realmente lucrativos e elegantes, em que a lei está alta demais para atingi-los, mantêm-se monopólio das classes superiores⁸⁷. (*La Phalange*, 01/12/1838, apud FOUCAULT, 2018a, p. 284)

⁸⁶ A propósito, é oportuno lembrar que vários estudos apontam a relação entre desigualdade (social e econômica) e criminalidade, principalmente como causadora da *criminalidade de baixo*, embora acreditemos que a maioria dos crimes *de cima* também encontram razão econômica – o lucro especialmente, isto é, “vantagem econômica”. Em artigo sobre o tema, João Paulo de Resende e Mônica Viegas Andrade afirmam que “A relação entre desigualdade de renda e criminalidade já foi objeto de análise de diversos estudos econômicos. Os trabalhos mais recentes buscam retomar a discussão sobre os determinantes da criminalidade em um contexto de violência crescente. Freeman (1994), por exemplo, chama atenção para o fato de que as taxas recorde de aprisionamento nos EUA durante os anos oitenta não eram acompanhadas de reduções significativas no nível de criminalidade. Paralelamente, indicadores socioeconômicos naquele país – principalmente distribuição de renda e desemprego entre os menos escolarizados – deterioravam-se, dando a entender que a criminalidade poderia ser o resultado de piores condições econômicas. Enquanto os estudos em torno do impacto do desemprego na criminalidade não levaram a resultados conclusivos, trabalhos associando desigualdade de renda à violência começam a apontar para uma correlação recorrentemente significativa. Apesar dos resultados nem sempre serem convergentes, muitos trabalhos encontram coeficientes positivos e significativos para a desigualdade de renda como determinante da violência urbana, em diferentes contextos, épocas e com metodologias e dados distintos.” (DE RESENDE E ANDRADE, 2011, p. 2) A esse respeito, ver análise sobre municípios do Estado de São Paulo produzida pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade – FEA-USP, campus de Ribeirão Preto. Acesso ao boletim pelo link: www.fearp.usp.br/images/Boletim_Criminalidade_Usp_Municipios_3.pdf (Acesso em 10/11/2023)

⁸⁷ A reportagem “O rigor da lei nos desfalques às americanas”, publicada pela revista Piauí em 16/10/2023, de Rogério Gentile e Thalys Braga, apresenta-se como exemplo contemporâneo indicador da atualidade desta lógica diferencial no tratamento dos ilegalismos *de cima* e *de baixo* pelo sistema punitivo. A matéria reporta uma série de tentativas de furtos ocorridas este ano e no ano passado dentro de lojas da rede americanas. Em resumo: “(i) Doze chocolates surrupiados: um ano, quatro meses e dez dias de prisão em regime fechado; (ii) Quatro pacotes de bala Fini, um pacote do salgadinho Elma Chips, quatro desodorantes, uma embalagem com lâminas de barbear Gillette, um tubo de pasta de dente Colgate e quinze barras de chocolate Nestlé, delito tentado em conluio por dois agentes com desdobramentos processuais distintos em razão de circunstâncias subjetivas: um aguarda sentença e o outro condenado a dois anos, oito meses e vinte dias de prisão em regime semiaberto; (iii) Nove bonecas na seção de brinquedos, delito tentado por três agentes, um homem que fugiu no momento do crime sem ser identificado e duas mulheres, uma nunca mais localizada pela ‘Justiça’ e a segunda citada a responder o processo,

Nesse jogo de ilegalidade tolerada e ilegalidade dominada, quando os ricos são chamados à Justiça, “essa delinquência própria à riqueza é tolerada pelas leis, e, quando lhe acontece cair em seus domínios, ela está segura da indulgência dos tribunais e da discrição da imprensa.” (FOUCAULT, 2018a, p. 283)

A inserção num horizonte político punitivo do *mito da classe bárbara* serviu de suporte ao grande medo de uma plebe que se acredita toda em conjunto criminoso e sedicioso. Assim, o sistema punitivo esmerou-se em realizar uma série de afirmações bem estranhas à teoria penal do século XVIII: (i) que o crime não é uma virtualidade que o interesse ou as paixões introduziram nos corações de todos os homens, mas que é coisa quase exclusiva de uma certa classe social; (ii) que os criminosos, que antigamente eram encontrados em todas as classes sociais, saem agora quase todos da última fileira da ordem social. (FOUCAULT, 2018a)

Por mais que a burguesia busque separar os ilegalismos e objetivar a delinquência, a associar a criminalidade e o *status* de criminoso (delinquente) como natural às classes baixas, aos dominados, a verificação de práticas ilegais em todas as classes, especialmente nas elites, mostra que não existe, segundo Foucault, “natureza criminoso, mas jogos de força que, segundo a classe a que pertencem os indivíduos, os conduzirão ao poder ou à prisão: pobres, os magistrados de hoje sem dúvida povoariam os campos de trabalhos forçados; e os forçados, se fossem bem-nascidos, ‘tomariam assento nos tribunais e aí distribuiriam justiça.’” (FOUCAULT, 2018a, p. 284)

Afinal, “percorrei os locais onde se julga, se prende, se mata [...]. Um fato nos chama a atenção sempre; em toda parte vedes duas classes bem distintas de homens, dos quais uns se

o qual resultou em condenação: cinco anos e quatro meses de prisão, em regime semiaberto; (iv) outro delito tentado por dois agentes, um homem e uma mulher: uma calcinha e onze sutiãs. A mulher fugiu no momento do crime e não foi mais localizada para fins processuais penais; o homem, por sua vez, foi condenado a um ano e quatro meses de prisão, e mais três meses de detenção em regime aberto. No entanto, a punição foi substituída pela prestação de serviços à comunidade e pagamento de uma prestação pecuniária de um salário mínimo.” Se se cotejar essa série de pequenos delitos com as escandalosas “inconsistências contábeis” noticiadas pela presidência da rede americanas em montantes bilionários no início do ano, salta aos olhos a *seletividade penal* e as diferenças quanto à criminalidade *de cima* e a *de baixo*, pois mesmo após comunicado, com embasamento documental, um rombo de mais de R\$20 bilhões, penalmente nada ocorreu ao alto escalão e aos sócios majoritários, principais responsáveis pela referida rede de lojas; talvez apenas tenham ficado mais ricos e deixado outros (especialmente seus credores) mais pobres. Para acessar a matéria e mais detalhes dos fatos reportados pela revista piauí, visitar o link: https://piaui.folha.uol.com.br/lojas-americanas-furtos-presos-julgamentos/?utm_campaign=later-linkinbio-revistapiaui&utm_content=later-38539220&utm_medium=social&utm_source=linkin.bio (Acesso em 10/11/2023)

encontram sempre nos assentos dos acusadores e dos juizes, e os outros nos bancos dos réus e dos acusados⁸⁸.” (ROSSI, apud FOUCAULT, 2018a, p. 271)

O objetivo do sistema penal, portanto, não consiste em acabar com as ilegalidades, mas geri-las diferencialmente a partir de penalidade seletiva. Explica Foucault:

A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, 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 as ilegalidades; ela as “diferenciaria”, faria a 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 das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação. (FOUCAULT, 2018a, p. 267)

Para Foucault, “isto explica sem dúvida a extrema solidez da prisão, essa pequena instituição desacreditada desde o nascimento. Se ela tivesse sido apenas um instrumento para eliminar ou esmagar a serviço de um aparelho estatal, teria sido mais fácil modificar suas formas evidentes demais ou encontrar para ela um substituto mais aceitável.” (FOUCAULT, 2018a, p. 300)

A prisão encontra-se enraizada no meio de dispositivos e de estratégias de poder. Como consequência, transforma o processo punitivo em técnica penitenciária, a formar um arquipélago carcerário, com a transposição das técnicas coercitivas da instituição penal para o corpo social inteiro. (FOUCAULT, 2018a). Assim, “o encarceramento com seus mecanismos de vigilância e punição funciona, ao contrário, segundo um princípio de relativa continuidade. Continuidade das próprias instituições que existem num relacionamento recíproco.” (FOUCAULT, 2018a, p. 294). Assim que, de maneira geral, o procedimento de exame aliado à

⁸⁸ No ano de 2018, o Conselho Nacional de Justiça divulgou pesquisa sobre o perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros. O perfil do Juiz brasileiro é o de homem branco, casado, católico, pai e, via de regra, oriundo da classe média e média alta. Entre os que declararam ter familiares na carreira, 33% têm pai ou mãe magistrado; 24%, irmãos; 29%, tios; 10%, cônjuge; 9%, avós e 4%, filhos (página 15 do relatório, acessível, pelo link:

www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdbcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf (Acesso em 10/11/2023)

Em 14 de fevereiro de 2023, Conrado Hübner Mendes, professor da Faculdade de Direito da USP (Largo São Francisco), postou em sua rede social (“Twitter”, agora “X”) foto da cerimônia de posse dos novos magistrados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, dada a chamativa *branquitude* dos novos juizes de um país com população em geral e população carcerária, em específico, de maioria negra, ironizou na legenda: “Bonito o TJ dinamarquês no dia da posse de magistrados.” Por outro lado, no Brasil, se se perguntar qual o cargo público com maior presença de pessoas negras, verificar-se-á que são os cargos de segurança pública, especialmente a polícia. Assim, dado que os negros formam, majoritariamente, a clientela do sistema penal e são as principais vítimas das violências policiais, verifica-se uma política de extermínio racial entre as pessoas negras comandada pelos brancos, na qual policiais negros matam “delinquentes” e “suspeitos” negros e vice-versa.

coerção pôde se estender pela sociedade toda e ensejar as ciências do homem. Nesta relação de poder-saber, explica Foucault,

Não quer dizer que da prisão saíram as ciências humanas. Mas se elas puderam se formar e provocar no *épistémê* todos os efeitos de profunda alteração que conhecemos, é porque foram levadas por uma modalidade específica e nova de poder: uma certa política do corpo, uma maneira de tornar dócil e útil a acumulação dos homens. Esta exigia a implicação de correlações definidas de saber nas relações de poder: reclamava uma técnica para entrecruzar sujeição e objetivação: incluía novos procedimentos de individualização. A rede carcerária constitui uma das armaduras desse poder-saber que tornou historicamente possíveis as ciências humanas. O homem conhecível (alma, individualidade, consciência, comportamento, aqui pouco importa) é o efeito-objeto desse investimento analítico, dessa dominação-observação. (FOUCAULT, 2018a, p. 300)

Nesta relação circular de poder-saber, “há um século e meio que a prisão vem sempre sendo dada como seu próprio remédio.” (FOUCAULT, 2018a, p. 264) Além disso,

Um fato é característico: quando se pretende modificar o regime de encarceramento, as dificuldades não vem só da instituição judiciária; o que resiste não é a prisão-sanção penal, mas a prisão com todas as suas determinações, ligações e efeitos extrajudiciários; é a prisão como recurso de recuperação na rede geral das disciplinas e das vigilâncias; a prisão, tal como funciona num regime panóptico. (FOUCAULT, 2018a, p. 300)

A rede carcerária configura o ponto de apoio do poder normalizador. Nessa rede, o Poder Judiciário acaba desnaturado: “a um certo nível ele é realmente regido pelas leis; a outro mais fundamental, funciona como poder normativo; é a economia de poder que exerce.” (FOUCAULT, 2018a, p. 299) Acrescenta-se: a economia de poder burguês. Portanto, o Judiciário aparece sequestrado como instrumento de dominação.

Assim, “com essa nova economia de poder, o sistema carcerário, que é seu instrumento de base, encareceu uma nova forma de ‘lei’: um misto de legalidade e natureza, de prescrição e constituição, a norma.” (FOUCAULT, 2018a, p. 299). O carcerário possibilita, portanto, as formas de poder-saber e a efetivação de suas técnicas de exame e controle que sobrepõem a norma à lei. A prisão, espécie de “caução de Estado” para essa relação de poder coercitivo normalizador, traz como efeito mais importante, talvez, o fato de o sistema carcerário (e toda sua forma de continuidade estendida às instituições) naturalizar e legitimar o poder de punir e disciplinar em sua expressão máxima, de tal modo que baixa o limite legal de tolerância à penalidade dos miseráveis e o respeito à individualidade dos *anormais*. Sobre a intolerância com ilegalismos dos pobres, tem-se o exemplo oferecido por Foucault na aula de 28 de fevereiro

de 1773, do curso “A Sociedade Punitiva”, pois ao analisar formas de ilegalismos rurais, Foucault aponta que no Antigo Regime, a nascente burguesia tolerava certos usos ilegais pelos pobres de terras escanteadas, deixadas de lado, porquanto delas proviam suas necessidades:

Toda uma série de tolerâncias permitia a subsistência da parcela mais pobre: alqueives⁸⁹, landas⁹⁰ e bens comunais constituíam bolsões de ilegalidade dentro do espaço campesino. O contrabando de produtos submetidos a impostos indiretos (sal, tabaco) também tinha pontos de apoio na sociedade campesina. Aliás, o ilegalismo rural se comunicava com o dos proprietários e nele se apoiava. (FOUCAULT, 2018, p. 144-5)

Todavia, o Estado de Direito, pós Revolução Francesa, ao impor seu novo regime de propriedade privada, passou a empregar controle máximo sobre as terras e não tolerar esse uso costumeiro de tais terras abandonadas. Essa medida produziu muita miséria⁹¹. Um de seus motivos, aponta Foucault, reside no fato de “a partir de 1730, com a pressão demográfica crescente e o aumento dos rendimentos fundiários que torna a terra um bem economicamente interessante, ocorre uma grande demanda de terras para investimento”. (FOUCAULT, 2018, p. 145). Assim,

Chega-se, com a Revolução Francesa, à abolição dos direitos feudais, a grandes transferências de propriedades. No fim do século XVIII, a propriedade fundiária encontra-se no regime do contrato simples. Ora, precisamente no exato momento em que, com esse triunfo do contrato, desaparece todo o velho arcabouço de direitos feudais e a terra passa a um sistema puramente contratual da propriedade, esta se torna menos acessível à massa camponesa por ser objeto de compras mais ou menos intensas e porque esse novo sistema de apropriação jurídica despoja e pauperiza ainda mais os trabalhadores diaristas, os pequenos proprietários que até então podiam viver graças a esses bolsões de ilegalidade. O novo regime de propriedade provocou o desaparecimento dos direitos comunitários, das landas, e tendeu à exploração mais intensa das terras. (FOUCAULT, 2018, p. 145)

A intolerância com os ilegalismos de baixo, passados a ilegalidades dominadas a partir da seletividade do sistema punitivo, aparece intrinsecamente ligada ao controle sobre os bens e direitos, a render uma série de proveitos patrimoniais sobre os dominados. Os objetivos de penalização máxima e de sociedade de controle, portanto, constituem fundamentos econômicos e de dominação da sociedade burguesa. Mister para esse controle promover e naturalizar a

⁸⁹ Etimologicamente, significa “terra deserta”; na agricultura, significa “terra lavrada deixada a descansar”.

⁹⁰ Área externa, infértil e abandonada; descampado.

⁹¹ Hegel, em sua “filosofia da história” busca compreender como a Revolução da Razão produziu tanta miséria. Talvez a resposta deva começar por análise do novo regime de propriedade, o qual Hegel entende como direito natural do homem.

seletividade penal, submeter os cidadãos à normalização, fundir a legalidade da justiça com a disciplina extralegal orientada por interesses particulares.

Para operar essa política punitiva manifestamente seletiva, isto é, para impô-la como técnica pública de controle de Estado e retirar sua conotação de classe da esfera específica do interesse dominante (burguês), o discurso punitivo se ocupou de definir o criminoso como “inimigo social”, como aquele que ao praticar um crime agride a todos os cidadãos, não somente a vítima. Aliás, esse fundamento do exercício penal – fundamento do *direito de punir* – é consoante com a teoria jurídica iluminista e presente, portanto, nos tratados *contratualistas*, vez que para esses teóricos o infrator também se apresenta como ofensor do pacto e inimigo da sociedade constituída pelo *contrato*.

Na verdade, mais do que “inimigo social”, o sistema punitivo passou a classificar o delinquente como aquele que está em guerra contra a sociedade. A punição, portanto, “instala-se a partir de uma definição do criminoso como aquele que guerreia contra a sociedade.” (FOUCAULT, 2018, p. 32)

O sistema punitivo, ao assumir como missão principal gerir os ilegalismos a partir de tratamentos diferenciados na economia das sanções, no intento de controlar e produzir comportamentos, passou a indicar os ilegalismos populares como símbolos de delinquência. Ao impor a *ordem*, os ilegalismos burgueses, sutilmente naturalizaram-se ao se revestirem da aparência de *legalidade*. A legalidade, portanto, alterou-se para instrumento de poder burguês. A “supercodificação ético-penal” do final do século XVIII e início do XIX legalizou as práticas ilegalistas burguesas e tipificou os ilegalismos populares como crimes e seus sujeitos como delinquentes, como indivíduo “rompido com a sociedade, irredutível às leis e normas gerais”, (FOUCAULT, 2018). Foucault explica a estratégia:

primeiramente afirmar que todo ilegalismo faz parte, de modo preferencial, se não exclusivo, de uma única classe social, a dos trabalhadores; em segundo lugar, em declarar que esse ilegalismo é produto dessa classe, uma vez que esta não está realmente integrada na sociedade; por fim, em dizer que essa recusa ao pacto social, própria à classe mais baixa, é uma espécie de delinquência primária, selvagem, própria de uma camada da população ainda próxima do instinto e da vida em natureza: são os inimigos do próprio corpo da riqueza. Essa qualificação da classe dos trabalhadores como objeto privilegiado da transformação penitenciária para a integração num pacto social constitui a junção ideológica, pré-institucional, que tornará aceitável toda a organização do sistema penal e penitenciário. (FOUCAULT, 2018, p. 149)

Inimigo selecionado, especificada e objetivada a delinquência nas práticas dos ilegalismos das classes baixas, a persecução penal deverá expressar uma medida “de contraguerra que a sociedade tomará contra o criminoso.” (2018, p. 31) Por essa razão sua atuação máxima e vigilância constante do inimigo, formas de manter o controle dessa guerra social que encontra na punição – e seus dispositivos carcerários – seu principal instrumento de combate – especialmente a prisão, na extremidade.

Para Foucault, uma tal organização política marcada por disputas e jogos de dominação, com um sistema punitivo-coercitivo absurdamente violento e invasivo, que elege inimigos e meios de combatê-los, controlá-los, dominá-los e até matá-los, apresenta-se como da ordem da guerra civil. O argumento de que firmado o pacto e instituída a sociedade do *contrato social* implicaria a superação de hipotético *estado natural de guerra* é demasiado teórico. Com a instituição do Estado, não se instaura a paz, mas maneiras de travar embates. A guerra se trava, sob controle e com o exercício do poder, no desenrolar político, econômico, social e jurídico. Portanto, “a guerra civil é uma noção mal elaborada do ponto de vista filosófico, político e histórico. O encobrimento, a negação da guerra civil, a afirmação de que a guerra civil não existe é um dos primeiros axiomas do exercício do poder.” (FOUCAULT, 2018, p. 13)

A guerra civil, na verdade, não pode ser confundida com a *guerra natural de todos contra todos*, enquanto um “modelo epistemológico” (FOUCAULT, 2018, p. 24-5) de teorias contratualistas que, a partir da dicotomia guerra individual “selvagem” *versus* bem comum e República, sustentam a necessidade do Estado. Na verdade, uma tal confusão acaba por distorcer a compreensão acerca da guerra real, civil, “constante e universal no interior da sociedade.” (FOUCAULT, 2018, p. 24). Portanto, é necessário distinguir a guerra civil da *guerra de todos contra todos*. A supressão da *guerra de todos contra todos* proclamada pelo ideal contratualista, por vezes, faz-se entender como supressão da guerra civil, ainda que as batalhas civis sigam em confronto, em disputas de forças e interesses, em jogos de dominação. Explica Foucault:

A essa concepção de guerra civil como ressurgência da guerra de todos contra todos acredito ser preciso opor uma concepção da guerra civil muito diferente da guerra de todos contra todos, e isso por diversas razões. Primeiro, acredito que a guerra civil, ao contrário do que se pode encontrar em Hobbes, não põe em ação nenhuma virtualidade essencial às relações entre os indivíduos. Na verdade, não há guerra civil que não seja confronto de elementos coletivos: parentes, clientelas, religiões, etnias, comunidades linguísticas, classes etc. É sempre por meio de massas, por meio de elementos coletivos e plurais que a guerra civil nasce, se desenrola e se exerce. Portanto, ela não tem em absoluto

a dimensão natural das relações entre indivíduos na qualidade de indivíduos: os atores da guerra civil são sempre grupos na qualidade de grupos. Ademais, a guerra civil não só põe em cena elementos coletivos como também os constitui. Longe de ser o processo por meio do qual se desce de volta da república à individualidade, do soberano ao estado de natureza, da ordem coletiva à guerra de todos contra todos, a guerra civil é o processo através do qual e pelo qual se constituem diversas coletividades novas, que não tinham vindo à tona até então. (FOUCAULT, 2018, p. 27)

Se for verdade que a guerra externa é o prolongamento da política, caberá dizer, reciprocamente, que a política é a continuação da guerra civil. Por conseguinte, é preciso recusar a imagem proposta por Hobbes, que o exercício do poder soberano expulsa a guerra do espaço deste. (FOUCAULT, 2018)

Ademais, ao contrário do que comumente se admite pela teoria política, “a guerra civil não é anterior à constituição do poder. (...) A guerra civil desenrola-se no teatro do poder. (...) Ela não é o que ignora ou destrói pura e simplesmente o poder, mas se apoia em elementos do poder.” (FOUCAULT, 2018, p. 28)

A guerra civil joga com o poder. Assim, “exercer o poder é de certa maneira travar a guerra civil.” (FOUCAULT, 2018, p. 30). No que concerne ao sistema punitivo, “o importante para uma análise da penalidade é ver que o poder não é o que suprime a guerra civil, mas o que a trava e lhe dá continuidade.” (FOUCAULT, 2018, p. 31)

O sistema penal como analisador da guerra civil sugere que essa é travada entre dominantes e dominados. Portanto, nesse cenário de disputas, “uma série de ilegalidades surge em lutas onde sabemos que se defrontam ao mesmo tempo a lei e a classe que a impôs. Isso significa que as ilegalidades dominadas aparecem não como as margens necessárias da sociedade, mas como o fulcro da batalha que aí se desenrola. (FOUCAULT, 2018a)

Ademais, “uma coisa fica clara: está em curso a guerra social, não a guerra de todos contra todos, mas a guerra dos ricos contra os pobres, dos proprietários contra aqueles que não possuem nada, dos patrões contra os proletariados⁹².” (FOUCAULT, 2018, p. 21).

No seio da guerra civil cujo sistema punitivo afigura-se como principal ferramenta, a especificação da delinquência consiste em instrumento para gerir e explorar ilegalidades, “é também um instrumento para a ilegalidade que o próprio exercício do poder atrai a si.” (FOUCAULT, 2018a, p. 274). O poder não se exerce sem ilegalidades, sem abusos, porém, seu

⁹² A esse respeito, em análise sobre as “democracias liberais”, pontua Vladimir Safatle: “(...) Nesse modelo cada vez mais autoritário, a gestão pelo medo substitui a democracia liberal. Aplica-se, aqui, plenamente o dito do milionário americano Warren Buffett: ‘Quem disse que não há luta de classes? É claro que há uma e estamos vencendo’.” (SAFATLE, 2022, p. 18)

exercício assim “viciado”, “corrompido”, justifica-se para a população, na seara penal, pelo objetivo proclamado de combate à criminalidade, à delinquência. Uma vez convencido o povo de ser exclusivo às camadas sociais de baixo a ilegalidade e o crime, bem como que as ilegalidades do poder justificam-se pelo “nobre” motivo de combater a criminalidade e proteger o bem comum, as camadas sociais de cima (*high society*), associadas ao poder, praticam as suas ilegalidades bem amparadas.

Nessas condições seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei penal é feita para todo mundo em nome de todo mundo; é mais prudente reconhecer que ela é feita por e para alguns e se aplica a outros. Em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas. Ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma. Ademais, nos tribunais não é sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem que sanciona outra fadada à desordem. (FOUCAULT, 2018a)

A lei e a justiça não hesitam em proclamar sua necessária dissimetria de classe. Igualmente, conforme texto trazido por Foucault do jornal *La Fraternité*, de 1841, “o recinto dos tribunais não é mais apenas, como antigamente, um local de exibição das misérias e pragas de nossa época, uma espécie de marca onde vêm se exhibir lado a lado as tristes vítimas de nossa desordem social; é uma arena onde ressoa o grito dos combatentes.” (FOUCAULT, 2018a, p. 283)

Como afirma Foucault, “nessa humanidade central e centralizada, efeito e instrumento de complexas relações de poder, corpos e forças submetidos por múltiplos dispositivos de ‘encarceramento’, objetos para discursos que são eles mesmos elementos dessa estratégia, temos que ouvir o ronco surdo da batalha.” (FOUCAULT, 2018a, p. 302)

3.3 “Alternativas” à prisão

Que a inocência se veja restrita a viver corcunda, recuso-me a considerar por um único segundo esta hipótese. Além disso, não podemos afirmar a inocência de ninguém, ao passo que podemos afirmar com segurança a culpabilidade de todos. (CAMUS, 2021, p. 114)

A publicação original de “Vigiar e Punir” data de 01 de fevereiro de 1975. Em sua penúltima página, Foucault pontua que

Se há um desafio global em torno da prisão, este não é saber se ela será ou não corretiva; se os juízes, os psiquiatras ou os sociólogos exercerão nela mais poder que os administradores e guardas; na verdade ele está na alternativa prisão ou algo diferente de prisão. O problema atualmente está mais no grande avanço desses dispositivos de normalização e em toda a extensão dos efeitos de poder que eles trazem, por meio da colocação de novas objetividades. (FOUCAULT, 2018a, p. 301)

Pouco mais de um ano após a publicação de “Vigiar e Punir”, em 15 de março de 1976, Foucault foi convidado a palestrar na *Semaine du prisonnier*, a convite de Jean-Claude Bernheim, presidente do *Office des droits des détenus* (Instituto dos direitos dos detentos), evento que contou com a colaboração da *École de criminologie da Universidade de Montreal*, então sob a direção de André Normandeau. Nesta ocasião, Foucault apresentou a conferência ““Alternativas’ à prisão: disseminação ou redução do controle social”. Como esclarece Sylvain Lafleur,

A versão da conferência de Michel Foucault em Montreal publicada pela revista *Actes* é provavelmente uma transcrição datilografada intitulada: *Conférence de Michel Foucault, Montréal, le 15 mars 1976*, que se encontra nos arquivos do Institut Mémoires de l’édition contemporaine (cota D215) em Caen. Em 1993, Jean-Paul Brodeur, professor na Escola de criminologia da Universidade de Montreal, descobre a gravação em fita da palestra de Foucault no Centre international de criminologie comparée (CICC). Esta será transcrita e publicada com o título: “*Alternatives” à la prison. Diffusion ou décroissance du contrôle social: une entrevue avec Michel Foucault* [“Alternativas” à prisão. Disseminação ou redução do controle social: um encontro com Michel Foucault] em um número temático de *Criminologie* (vol. 26, nº 1) buscando posicionar o pensamento de Foucault em relação à criminologia e a pós-modernidade – tema então em destaque em Montreal onde foram bem recebidos os escritos de Michel Freitag e Jean-François Lyotard. Nesse número, Dany Lacombe, ecoando os propósitos céticos de Foucault quanto à humanização do mundo penal, menciona que se desenvolveu “uma vasta documentação demonstrando de maneira engenhosa e cínica que qualquer

tentativa de melhora do sistema, em particular do sistema penal, serve apenas à dispersão e à expansão de controle no corpo social” (LACOMBE, D. *Les lésions dangereuses: Foucault et la criminologie. Criminologie*, vol. 26, n. 1, 1993, p. 52) É essa a versão da conferência de Foucault em Montreal reproduzida neste livro. (LAFLEUR, apud FOUCAULT, 2022, p. 8)

Ainda segundo Lafleur, a publicação da mencionada conferência de Foucault em idioma inglês ocorreu, pela primeira vez, em 2009, com contribuição dos membros do CICC, no periódico *Theory, Culture and Society* (vol. 26, n. 6). (LAFLEUR, apud FOUCAULT, 2022)

Sylvain Lafleur esclarece também que o desconhecimento desta conferência de Foucault se deve “em razão de sua ausência nos tomos dos *Ditos e escritos* e nas coletâneas de textos introdutórios.” (LAFLEUR, apud FOUCAULT, 2022, p. 9-10) No Brasil, “‘Alternativas’ à prisão” ganhou publicação, em idioma português, em 2022 pela editora Vozes sob o formato de livro e com o título “‘Alternativas’ à prisão: Michel Foucault, um encontro com Jean-Paul Brodeur.”

Foucault inicia a Conferência agraciado pelo convite e a alegria de estar em Montreal, mas revela certo “embaraço” com a linha do trabalho proposta: “fiquei embaraçado quando me contaram que deveria falar das alternativas à prisão e que falasse no contexto de uma semana consagrada à falência da prisão. Fiquei embaraçado por duas razões: primeiro por causa desse problema de alternativa, e então por causa desse problema de falência.” (FOUCAULT, 2022, p. 13)

Quando falam em alternativa à prisão, Foucault diz ter, imediatamente, uma reação infantil, afirma que “minha impressão é a de uma criança de sete anos a quem se diz: ‘Veja, como vai ser punido, o que você prefere, ser chicoteado ou ficar sem sobremesa?’ Parece-me que a questão de alternativa à prisão é tipicamente desse gênero. Questão falsa, ou de todo modo questão parcial (...).” (FOUCAULT, 2022, p. 14)

Para Foucault, inicialmente essa questão deve ser respondida “por um primeiro escrúpulo, por uma primeira dúvida ou por uma primeira gargalhada.” (FOUCAULT, 2022, p. 14) Afinal, continua Foucault, “e se não quisermos ser punidos por eles, ou por essas razões, e se simplesmente não quisermos ser punidos? E se, afinal, não fôssemos capazes de saber realmente o que significa punir?” (FOUCAULT, 2022, p. 14)

As duas razões apresentadas por Foucault como motivadoras do embaraço externado no início da conferência dividirá o opúsculo em duas partes: (i) sobre as alternativas à prisão; (ii) sobre a suposta “falência da prisão”, posto que, afirma ele, embora “talvez isso lhes pareça

um pouco paradoxal, não tenho absolutamente a impressão de que a prisão faliu. Tenho a impressão de que ela foi perfeitamente exitosa.” (FOUCAULT, 2022, p. 15)

Para falar do problema das “alternativas”, Foucault tomará como referência “um exemplo ou uma série de exemplos que podem ser vistos hoje como tentativas de encontrar uma alternativa à prisão.” (FOUCAULT, 2022, p. 15) Primeiro, o exemplo sueco: “em 1965, a Suécia aprovou uma nova legislação penal e a primeira sanção dessa legislação, o primeiro efeito, foi a criação, ou pelo menos um programa de criação de sete grandes estabelecimentos penitenciários, completamente aperfeiçoados, com toda a meticulosidade e indulgência que tinham aprendido.” (FOUCAULT, 2022, p. 15). Desses sete estabelecimentos, “o primeiro, o mais importante era o de Kemela, uma espécie de grande edifício penal, realização em estado puro do panóptico de Bentham, de certa forma o sonho encantado da penalidade clássica.” (FOUCAULT, 2022, p. 15) A prisão de Kemela foi inaugurada em 1967 ou 1968 e em 1971 aconteceu nessa prisão maravilhosa o que acontece em todas as prisões: primeiro uma grande fuga coletiva; segundo, as pessoas que dela escaparam recomeçaram imediatamente sua vida delinquente. (FOUCAULT, 2022)

A experiência de Kemela, segundo Foucault, revela duas falhas quanto aos objetivos declarados da prisão: (i) a detenção sucumbiu à fuga; (ii) dada a reincidência em delinquir, a função corretiva também falhou. (FOUCAULT, 2022)

Ao perceberem isso, os suecos, em 1973, tentaram então definir um programa alternativo à prisão que consistia em estabelecimentos de 40 a 60 pessoas no máximo, nos quais os indivíduos eram obrigados a trabalhar, mas um trabalho diferente do trabalho penal, ou seja, diferente desse trabalho idiota, estúpido, desinteressante, embrutecedor, humilhante, não pago. Era trabalho verdadeiro, real, útil, pago segundo as normas do trabalho exterior, trabalho para as pessoas que pretendem se inserir na realidade econômica do país. (FOUCAULT, 2022)

Além disso, esses estabelecimentos procuraram propiciar o máximo de contato entre o indivíduo e o mundo exterior, essencialmente contatos com a família, com seu círculo habitual, em vez de buscar, como nas prisões tradicionais, rompê-los. Ofereciam, inclusive, quartos para as relações sexuais e de intimidade dos detentos com suas companheiras. (FOUCAULT, 2022)

Nessas prisões alternativas, a gestão e o próprio programa punitivo são discutidos entre a administração e um conselho de prisioneiros que participam da elaboração do regime penal. Nesse modelo também se multiplicam as permissões de saída e não mais apenas como

recompensa por bom comportamento, mas saídas como meio de reinserção. (FOUCAULT, 2022)

Foucault diz ter apresentado exemplo da Suécia, mas que poderia também citar o exemplo alemão dos anos 1970, da Bélgica ou da Holanda, afinal, esses países também buscaram estabelecimentos e métodos punitivos alternativos à prisão mas que, na verdade, não passam de tentativas para assumir, por mecanismos, por estabelecimentos, por instituições diferentes da prisão uma mesma e tradicional operação penal, assentada nos mesmos princípios, a saber: (i) a crença no trabalho como índice da punição, como purificador e domador do criminoso, “o trabalho é que teria uma maior capacidade, mais do que qualquer outra coisa, de corrigir o infrator. Em outras palavras, o trabalho é a réplica essencial, fundamental à infração.” (FOUCAULT, 2022, p. 19); (ii) a crença no que Foucault chamará de “princípio da refamiliarização, a ideia de que a família é o instrumento essencial da prevenção e da correção da criminalidade.” (FOUCAULT, 2022, p. 20) No século XIX essa ideia já existia e empregavam meios bem curiosos para refamiliarizar o detento: essencialmente davam aos capelães, ou aos visitantes de prisões, ou mesmo aos filantropos, com seus sermões, com suas exortações, com seus bons exemplos, o encargo de garantir essa refamiliarização. Refamiliarização, portanto, abstrata, fictícia, mesmo assim era ela um dos fios condutores do trabalho penal. Ao longo do século XIX a família sempre foi considerada como um dos agentes fundamentais da legalidade, da vida legal ou do retorno à legalidade; (iii) a crença na “autopunição como princípio da correção”. Este também é um velho princípio moderno, segundo o qual o indivíduo começa a se corrigir quando capaz de aceitar sua própria punição, quando capaz de se responsabilizar por sua própria culpa. É isso que replicam com a autogestão ou participação dos detentos na direção dos programas punitivos ditos alternativos. (FOUCAULT, 2022)

Nesse cotejo inicial entre penalidade tradicional, centrada no cárcere, e medidas alternativas, conclui Foucault:

A autopunição como princípio da correção, a família como agente da correção, e como agente da legalidade, o trabalho como instrumento essencial da penalidade: esses três importantes mecanismos que caracterizaram o funcionamento da prisão ao longo do século XIX, vocês podem vê-los funcionando agora, ainda e mais do que nunca nos estabelecimentos ditos alternativos à prisão. De todo modo, são as velhas funções carcerárias que agora se tenta fazer funcionar a partir de estabelecimentos que não se assemelham exatamente à prisão. (FOUCAULT, 2022, p. 22-3)

Tais medidas alternativas liberam, até certo ponto, o delinquente, mas “as funções carcerárias de ressocialização pelo trabalho, família, e pela autoculpabilização, agora essa ressocialização está, no fundo, não mais localizada apenas no local fechado da prisão, mas, com esses estabelecimentos relativamente abertos, tenta-se espalhar, disseminar essas velhas funções em todo o corpo social.” (FOUCAULT, 2022, p. 23) Embora tipos novos, esses mecanismos não alteram o *coercitivo* que constitui o arquipélago carcerário – ou a rede de sequestros – nem seus objetivos.

Além dos exemplos citados, segundo Foucault, existem outros tantos que buscam uma penalidade que não passaria pela colocação de indivíduos na prisão, nem na clássica nem nessas casas alternativas:

A generalização das práticas do *sursis*, *sursis* simples ou *sursis* com liberdade condicional; a supressão das penas de curta duração, na Polônia foram suprimidas as penas inferiores a três meses e na Alemanha as inferiores a um mês de detenção; também encontrarão o projeto e, até certo ponto, na Holanda, a aplicação de um sistema de punição em que o regime das multas seria ampliado, flexibilizado e tornado mais suportável, menos injusto particularmente quanto às diferenças de estatuto econômico. Há também tentativas de buscar alternativa à prisão na supressão de certo número de direitos, como por exemplo o direito de conduzir, na supressão da carteira de motorista, na possibilidade de se deslocar etc.” (FOUCAULT, 2022, p. 24-5)

Apesar de os princípios e objetivos tradicionais serem mantidos nessas medidas alternativas, as formas de sua efetivação são novas, diferem dos instrumentos clássicos da penalidade moderna. Todavia, uma vez que a passagem do indivíduo pela prisão ou por tais medidas corretivas alternativas não alteram sua realidade socioeconômica e que a prisão se destina a prender práticas ilegalistas adstritas a essas circunstâncias que permanecem conservadas, muitas dessas medidas, afirma Foucault, “como, por exemplo, o *sursis*, ou a detenção parcial de meio período, é essencialmente uma maneira de retardar a prisão, de adiar o momento em que o sujeito vai para ela.” (FOUCAULT, 2022, p. 25)

Os métodos alternativos, portanto, continuam a garantir as funções clássicas e gerais do sistema punitivo, as velhas funções carcerárias. Explica Foucault que

Impor uma dívida a um indivíduo, retirar-lhe certo número de liberdades, como a de se deslocar, continua sendo uma maneira de fixá-lo, de imobilizá-lo, de torná-lo dependente, de prendê-lo a uma obrigação de trabalho, a uma obrigação de produção, ou a uma obrigação de vida familiar. São sobretudo, afinal, outras tantas maneiras de disseminar para fora da prisão funções de vigilância, que vão agora ser exercidas não mais apenas sobre o indivíduo enclausurado em sua cela ou enclausurado em sua prisão, mas que vão se

espalhar sobre o indivíduo em sua vida aparentemente livre. (...) É um controle que vai ser exercido sobre seu salário, sobre a maneira como usa esse salário, como administra seu orçamento; e também vigilância sobre seu habitat. É isso. (FOUCAULT, 2022, p. 26)

As alternativas à prisão apresentadas, portanto, mantêm as formas de poder que o *coercitivo* possibilita; mantêm o poder de controle e de produção social próprios da prisão e todo poder-saber que daí decorrem. Trata-se de “um superpoder penal, ou um superpoder carcerário, que está se desenvolvendo, na mesma medida em que a instituição-prisão está diminuindo. O castelo cai, mas o que se busca é que as funções sociais, as funções de vigilância, as funções de controle, as funções de ressocialização que deveriam ser garantidas pela instituição-prisão, sejam agora asseguradas por outros mecanismos.” (FOUCAULT, 2022, p. 27)

Para Foucault, de imediato, não se pode dizer que tais medidas alternativas sejam bem piores que a prisão: “com certeza não é pior, mas creio que é sempre preciso ter em mente que não há nada ali que seja verdadeiramente alternativo em relação a um sistema de encarceramento.” (FOUCAULT, 2022, p. 27). Trata-se “muito mais da multiplicação das velhas funções carcerárias, que a prisão tentara assegurar de uma maneira brutal e grosseira e que agora se tenta manter funcionando de uma maneira mais maleável, mais livre, como também mais extensa.” (FOUCAULT, 2022, p. 27). Não são formas alternativas à prisão, mas iterativas à prisão. São formas de repetição da prisão, de disseminação da prisão e não formas que deveriam substituí-la. (FOUCAULT, 2022)

O problema das “alternativas à prisão” tratava-se de problema atual do momento da conferência de Foucault. Na realidade europeia que o circundava, além das críticas à instituição-prisão clássica, falava-se até no desaparecimento desse estabelecimento. Mas, para Foucault, se “a prisão aparentemente está desaparecendo, uma vez que o essencial das funções que ela deveria garantir está agora sob responsabilidade de novos mecanismos, no fundo isso não mudaria nada.” (FOUCAULT, 2022, p. 28) Por essa razão, para Foucault, a questão das “alternativas” à prisão, à luz das medidas sugeridas nos anos 1970 e acima apresentadas, é “falsa ou parcial”, na medida em que não rompe com a lógica carcerária, apenas a oferece uma configuração mais sutil.

Quanto ao problema da suposta falência da prisão, o que se passou para que essa instituição, “inventada como meio penal no final do século XVIII, tenha subsistido durante 200 anos e ainda subsista apesar das incontáveis críticas que se pôde fazer e que se pôde fazer não

simplesmente nestes últimos anos, mas desde seu próprio nascimento? Para que então serviria a prisão?” (FOUCAULT, 2022, p. 29-30)

Para responder a essa questão, Foucault “gostaria de começar formulando uma espécie de hipótese-paradoxo, porque, ao contrário da hipótese verdadeiramente científica, não tenho certeza de que ela possa ser verificada com argumentos perfeitamente ‘completos’. Penso que é uma hipótese de trabalho, uma hipótese política, se preferirem.” (FOUCAULT, 2022, p. 30)

A proposta de Foucault, aliás, sugere pensar o sistema penal, de maneira geral, a partir do campo da política, não apenas a sua crítica. Isso restou demonstrado nos tópicos anteriores desta dissertação. Embora por vezes os discursos punitivos oficiais se pretendam *científicos*, não passam, na verdade, de funcionalismo político, tanto que ao se cotejar as promessas científicas dessa seara com sua prática, verifica-se um estado de aberração e inconsistência, mas com certos objetivos político-econômicos realizados.

A hipótese política proposta por Foucault na conferência em análise consiste em pensar o sistema jurídico punitivo como instrumento de gestão de ilegalismos, hipótese presente no seu curso “A Sociedade Punitiva”, na conclusão das cinco conferências que compõem “A Verdade e as Formas Jurídicas”, bem como em “Vigiar e Punir”. Ao desconfiar que a política penal tenha efetivamente por função suprimir as infrações, a hipótese afirma que o objetivo do sistema penal consiste não em acabar com as ilegalidades, mas organizá-las. Foucault assim resume a questão:

Será que, no fundo, uma política penal, um código das regras de processo, dos mecanismos de punição, será que todo esse aparelho judicial, aparentemente destinado a reprimir as infrações, não está na realidade destinado a organizar os ilegalismos? A diferenciá-los, a estabelecer entre eles uma espécie de hierarquia, de modo a tolerar alguns deles, a punir outros, a punir alguns de determinada maneira, a punir outros de maneira diferente? Será que a maquinaria penal não tem como função não a extinção dos ilegalismos, e sim, ao contrário, o seu controle, a sua manutenção em certo estado de equilíbrio, que seria economicamente útil e politicamente fecundo? Em uma palavra, será que a política penal não deve ser compreendida como uma maneira de gerar os ilegalismos? Ou ainda: a penalidade, será que ela é realmente uma guerra conduzida contra as infrações? Ou simplesmente uma economia concertada das infrações? Que o sistema penal não seja verdadeiramente, apesar das ordens que ele cria, um aparelho de repressão dos delitos, mas um mecanismo de gestão, de intensificação diferencial, de disseminação dos ilegalismos, de controle e de distribuição desses diferentes ilegalismos, creio que poderíamos encontrar essa prova, muito simplesmente, no próprio funcionamento da prisão. (FOUCAULT, 2022, p. 30-1)

O objetivo principal do sistema punitivo, portanto, não está em erradicar a criminalidade, mas em tratá-la diferencialmente. A própria instituição carcerária, verdadeiro ninho de permanentes ilegalidades de toda ordem, prova essa conjectura, pois a prisão não funciona sem um sem número de ilegalidades e entre todas as instituições que produzem ilegalismos, que produzem infrações, a prisão é com certeza a mais fecunda. (FOUCAULT, 2022).

Ora, primeiro, da prisão se sai sempre mais delinquente do que se era; aqueles que ela recrutou sofrerão os efeitos de desinserção social em razão do antecedente criminal; na prisão ocorre a formação de grupos de delinquentes etc. Tudo isso já é conhecido, diz Foucault. Mas, continua, é preciso destacar que o funcionamento interno da prisão só é possível por um jogo múltiplo e complexo de ilegalismos (FOUCAULT, 2022).

Igualmente, “é preciso lembrar que os regulamentos internos das prisões são ainda absolutamente contrários às leis fundamentais que garantem, no resto da sociedade, os direitos humanos. O espaço da prisão é uma formidável exceção do direito e à lei.” (FOUCAULT, 2022, p. 32-3)

Muito se chorou pelas misérias físicas e morais daqueles que estão nas prisões. Muito se denunciou sobre as suas carências alimentares e frustrações sexuais constrangedoras, pela violência física e sexual exercida sobre os detentos pelos próprios detentos e também pelos carcereiros (FOUCAULT, 2022). Ademais, como se sabe, a prisão é “um lugar de tráfico incessante e certamente ilegal entre os detentos, mas também entre os detentos e os carcereiros, entre os carcereiros e o mundo exterior.” (FOUCAULT, 2022, p. 33)

A administração da prisão pratica diariamente diversos ilegalismos, e os pratica para encobrir todos os ilegalismos que ocorrem no interior próprio da prisão; encobrir, de um lado, aos olhos da justiça e da administração superior, e de outro, aos olhos da opinião em geral. (FOUCAULT, 2022)

Nessa série de ilegalismos prisionais, tem-se ainda que “a prisão é um lugar do qual a polícia se serve para recrutar seu próprio pessoal, seus informantes, seus capangas, eventualmente seus matadores e seus chantagistas. Em resumo, toda vez que a polícia precisa de um serviço sujo, onde mais ela encontraria aqueles que são mais capazes de fazê-los? Nas prisões, é claro.” (FOUCAULT, 2022, p. 33-4)

Tudo isso é conhecido. Mas Foucault lamenta que “os sociólogos, que se interessam tanto pelo funcionamento das instituições, não tenham de algum modo tentado fazer o diagrama de toda a rede de ilegalismos que alimenta a vida de uma prisão.” (FOUCAULT, 2022, p. 34)

Talvez os criminologistas pudessem, também, “estabelecer algo que seria, de algum modo, a taxa específica de ilegalismo própria de cada instituição (...) qual é a taxa de ilegalismo para que uma escola funcione, para que um banco funcione, para que a administração tributária funcione.” (FOUCAULT, 2022, p. 35)

Para Foucault, “cada instituição tem sua taxa de ilegalismos necessária e suficiente para existir.” (FOUCAULT, 2022, p. 35) E a taxa de ilegalismos da prisão, sem dúvida, é a mais alta no quadro ideal dos ilegalismos funcionais. A prisão é o ilegalismo institucionalizado. (FOUCAULT, 2022)

Não há como sustentar que o objetivo da penalidade seja suprimir as infrações quando sua principal instituição é regida por ilegalidades, quando “no coração desse aparelho de justiça destinado a fazer com que a lei seja respeitada, há uma maquinaria que funciona na base do ilegalismo permanente⁹³. A prisão é o quarto escuro da legalidade. É a *câmara obscura* da legalidade.” (FOUCAULT, 2022, p. 35)

A fim de explicar como, na *era da legalidade*, um aparelho alimentado por ilegalidades e que só produz ilegalismos tenha subsistido e sido colocado no centro do sistema punitivo, a figurar como instrumento máximo para fazer que a lei seja cumprida, que a justiça seja feita, Foucault apresenta uma razão fundamental:

Antes da prisão existir, antes de se ter escolhido essa estranha pequena maquinaria para fazer com que a lei seja respeitada por meio do ilegalismo, (...) no final do século XVIII, sob o Antigo Regime, os elos do sistema penal eram, no fundo, elos largos. (...) O ilegalismo era uma espécie de função constante e geral na sociedade. (...) As grandes transformações constitutivas do capitalismo passaram em grande medida pelos canais da ilegalidade, em relação às instituições do regime e da sociedade. (...) Nessa medida, podemos dizer que a tolerância, a tolerância coletiva de toda a sociedade para com seus próprios ilegalismos, era uma das condições não apenas de sobrevivência dessa sociedade, mas de seu desenvolvimento. Além do mais, as próprias classes sociais eram rivais, mas muitas vezes também cúmplices em torno desses ilegalismos. (...) Ora, quando a burguesia chegou, não exatamente ao

⁹³ Ademais, para além dos ilegalismos constituintes da prisão e necessários a seu funcionamento, além da inevitável tolerância com os crimes praticados dentro da prisão com intercâmbios, via carcereiros entre outros, com o mundo exterior, a prisão virou, no caso brasileiro, centro de controle da criminalidade delinquente, pois de dentro da prisão se praticam golpes e crimes de toda ordem, com alcance para o país inteiro, especialmente via telefones celulares que lá ingressaram e permanecem ilegalmente. Enfim, dada a caótica situação carcerária brasileira, existe, como se sabe, uma infinidade de exemplos que possam vincular ilegalismos e prisão.

poder no século XIX – ela já o tinha há muito tempo –, mas quando ela conseguiu organizar seu próprio poder, criar uma técnica de poder que era homogênea e coerente com a sociedade industrial, é evidente que essa tolerância geral ao ilegalismo não podia mais ser aceita. Claro, a própria burguesia continuou, como toda sociedade, funcionando na base da ilegalidade. Ela organizou para si toda uma série de ilegalismos que lhe são proveitosos e que dizem respeito aos impostos, aos direitos das empresas etc., ou seja, todos os grandes tráficos do capitalismo passam certamente por uma ilegalidade. Mas se a burguesia é perfeitamente tolerante com seu próprio ilegalismo, em contrapartida, os ilegalismos populares, que tanto lhes serviram nos séculos XVII e XVIII, esses ilegalismos, agora, a partir do século XIX, deixaram de ser toleráveis. E então ela procurou reprimir e controlar esses ilegalismos populares, que tinham se tornado intoleráveis do ponto de vista econômico, e que eram intoleráveis também por razões políticas. (FOUCAULT, 2022, p. 37)

A prisão, portanto, instituição que se constitui por ilegalidades e reproduz ilegalismos, reflete a lógica da sociedade industrial, capitalista, e lhe é homogênea. Na empreitada de produzir seu poder e sua economia, a burguesia necessitou conter as ilegalidades populares que lhe eram entraves. Assim, manteve a coerência dos jogos de ilegalismos, mas passou a dominá-los por todas as formas, inclusive oficialmente pelo Estado e pelas *ciências humanas*, sob a forma poder-saber, a fim de efetivar a economia do poder punitivo a partir do regime penal diferencial de sanções. Portanto,

A prisão não é o instrumento que o direito penal criou para lutar contra os ilegalismos; a prisão foi um instrumento para reorganizar o campo dos ilegalismos, para redistribuir a economia dos ilegalismos, para produzir certa forma de ilegalismo profissional, a delinquência, que iria, por um lado, pesar sobre os ilegalismos populares e reduzi-los e, por outro, servir de instrumento ao ilegalismo da classe do poder. A prisão não é, pois, um inibidor de delinquência ou ilegalismo, é um redistribuidor de ilegalismo. (FOUCAULT, 2022, p. 41)

A subsistência da prisão, portanto, e seu papel de centralidade no sistema punitivo, justificam-se, para Foucault, pela utilidade desempenhada nas relações de poder-saber que alicerçam a sociedade e regem os jogos de dominação, com a fluência dos ilegalismos da alta classe que passam estrategicamente inalcançáveis por essa instituição, e a vigilância, punição e encarceramento dos ilegalismos da classe baixa, cenário que reflete uma espécie de guerra civil dos ricos contra os pobres.

Além disso, a prisão ganha aceitabilidade da população na medida em que especificada e objetivada a delinquência nas camadas mais baixas, cria-se um ambiente de hostilidade popular entre os que praticam a delinquência e suas vítimas, certo que os primeiros a serem

atingidos pela delinquência são os que dela estão mais pertos, que dividem o mesmo espaço social e que menos conseguem se defender por toda rede de segurança privada disponível e acessível pelos mais ricos. Essa hostilidade, arquitetada pelos dominantes e potencializada por discursos morais, configura tática de defesa da implantação e manutenção das prisões. Explica Foucault:

O conflito entre os delinquentes, por um lado, e a massa da população foi um objetivo perpetuamente perseguido pelo poder desde o século XIX. A existência, por outro lado, desse grupo de delinquentes, diante do qual a população só pode ter reações de hostilidade, vai tornar muito mais aceitável e muito mais tolerável a presença permanente da polícia entre a própria população [e a existência da prisão]. [Com a objetivação da delinquência], a partir do momento em que o ilegalismo é de algum modo profissionalizado, assumido por uma franja determinada da população, há maior possibilidade de vigiá-lo. [Ademais], a primeira vítima das atividades ilegalistas dos delinquentes é a massa da população. (FOUCAULT, 2022, p. 39)

Para Foucault, portanto, “a razão pela qual, apesar de todas as críticas e de todas as objeções que puderam ser feitas à prisão desde o início do século XIX, a razão para ter subsistido por tanto tempo é que, na realidade, ela tinha uma importância, um papel político e econômico evidente.” (FOUCAULT, 2022, p. 43)

É certo que a prisão sofreu críticas desde seu nascimento e não sucumbiu. Todavia, Foucault reconhece em sua conferência que, naquele momento, a prisão estava na mira de ataques críticos que visavam seu encolhimento, por isso a preocupação com as “alternativas”. Em alguma medida, os programas “alternativos” implicam certa regressão do cárcere, embora não das suas funcionalidades.

Portanto, “é verdade que a prisão começa a regredir, não apenas sob o efeito de críticas externas vindas de meios que podem ser mais ou menos de esquerda ou mais ou menos movidos por uma filantropia qualquer.” Mas “se a prisão começa a regredir”, é porque “os governos aceitam que ela regrida.” (FOUCAULT, 2022, p. 44)

Esse fenômeno de possível encolhimento da prisão no cenário europeu não deixa de ser curioso e, já na parte final de sua exposição, Foucault procurará, então, explicá-lo a partir de dois motivos. O primeiro motivo apontado por Foucault consiste no fato de que

A necessidade de delinquentes diminuiu no decorrer dos últimos anos. O poder não precisa mais deles como podia precisar até então. Em especial, ele sente cada vez menos a necessidade urgente de impedir todos esses pequenos ilegalismos que eram tão intoleráveis à sociedade do século XIX, todos esses pequenos ilegalismos sem importância como por exemplo o furto. (FOUCAULT, 2022, p. 44)

Segundo Foucault, a burguesia, os dominantes, aprenderam e buscam efetivar novas formas mais sutis de controles, inclusive sobre o furto, tão alarmante outrora. Sobre o furto, uma nova configuração de tratá-lo busca mantê-lo dentro de alguns limites toleráveis, de modo que a economia aprendeu a contabilizá-lo, “a calcular o que é o custo da luta contra o furto, o que custaria se ele fosse tolerado; [e] estabelecer o ponto ideal de uma vigilância que impedirá o furto de ultrapassar certo limite, e depois uma tolerância que permite ao furto se desdobrar dentro dos limites que são econômica, moral e também politicamente favoráveis.”⁹⁴ (FOUCAULT, 2022, p. 44-5)

Assim, a maneira como as empresas se asseguram do furto, com monitoramentos tecnológicos de filmagem, com seguros sobre as mercadorias e até com a inclusão de eventual falta na planilha de custos, “provam que foi perfeitamente calculado, nas instâncias administrativas ou estatais, o que é o custo do ilegalismo, quais são as formas que podem ser

⁹⁴ O princípio da bagatela ou da insignificância, consagrado pela doutrina jurídica e com entendimento sedimentado nos tribunais, embora se veja com frequência ser inobservado, talvez seja expressão dessa variação tática de enfrentamento da economia do poder punitivo sobre o furto. Corolário do princípio da *lesividade*, o princípio da insignificância é assim definido por Cezar Roberto Bitencourt: “O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra “Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”, partindo do velho adágio latino *minima non curat praetor*. A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de *princípio de bagatela*, é imperativa uma *efetiva proporcionalidade* entre a *gravidade* da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal*. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma *relevância material*. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. Deve-se ter presente que a *seleção dos bens jurídicos* tuteláveis pelo Direito Penal e os *critérios* a serem utilizados nessa seleção constituem *função* do Poder Legislativo, sendo vedada aos intérpretes e aplicadores do direito essa função, privativa daquele Poder Institucional. Agir diferentemente constituirá violação dos sagrados *princípios constitucionais* da reserva legal e da *independência dos Poderes*. O fato de determinada conduta tipificar uma infração penal de *menor potencial ofensivo* (art. 98, I, da CF) não quer dizer que tal conduta configure, por si só, o *princípio da insignificância*. Os delitos de lesão corporal leve, de ameaça, injúria, por exemplo, já sofreram a *valoração* do legislador, que, atendendo às necessidades sociais e morais históricas dominantes, determinou as consequências jurídico-penais de sua violação. Os limites do desvalor da ação, do desvalor do resultado e as sanções correspondentes já foram valorados pelo legislador. As ações que lesarem tais bens, embora menos importantes se comparados a outros bens como a vida e a liberdade sexual, *são social e penalmente relevantes*. Assim, a *irrelevância* ou *insignificância* de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao *grau de sua intensidade*, isto é, *pela extensão da lesão produzida*, como, por exemplo, nas palavras de Roxin, “mau-trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como *força* deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser *sensível* para ultrapassar o umbral da criminalidade”. Concluindo, a *insignificância da ofensa* afasta a *tipicidade*. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da *consideração global* da ordem jurídica. Como afirma Zaffaroni, “a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível de se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada.” (BITENCOURT, 2010, p. 51-2)

toleradas e quais devem ser perseguidas.” (FOUCAULT, 2022, p. 45). Destarte, tem-se que “a ideia de uma supressão radical, individual, pontual dos ilegalismos populares é agora uma ideia considerada como politicamente ultrapassada e economicamente absurda. Os pequenos ilegalismos fazem parte agora dos riscos sociais aceitáveis.” (FOUCAULT, 2022, p. 45). Os ilegalismos, discriminados com seus custos planilhados, mantêm a característica de integralizar constitutivamente a economia punitiva do poder, inclusive a partir da *ciência da informação* que alimenta e especifica as decisões sobre as formas particulares de controle e intensidade de eventual intervenção punitiva.

O segundo motivo que permite sanções “alternativas” diminutivas do recolhimento ao cárcere, que diminuem, portanto, a prisão, reside no fato, segundo Foucault, de que “a delinquência, a existência em todo caso de um meio delinquente, perdeu muito de sua utilidade econômica e política.”⁹⁵ (FOUCAULT, 2022, p. 45) Ademais, “é por isso que, com certeza, a crítica feita atualmente a essa velha instituição secular da prisão, essa crítica que é tão secular quanto a prisão, ela começa, pela primeira vez, realmente a surtir efeito.” (FOUCAULT, 2022, p. 46)

A delinquência perdeu e continua a perder sua eficácia político-econômica uma vez que “agora os grandes tráficos internacionais, os grandes tráficos de armas, de droga, os grandes tráficos de dinheiro, escapam cada vez mais à competência de um meio de delinquentes tradicionais, que com certeza eram rapazes corajosos, mas que com certeza não eram capazes, pois formados na prisão, de se tornarem os grandes traficantes internacionais agora exigidos.” (FOUCAULT, 2022, p. 46)

Se a economia política se aprimorou, uma vez que os ilegalismos são a ela adstritos, há que haver, por consequência lógica, um requinte da criminalidade⁹⁶, diferente da

⁹⁵ Talvez esse não seja o caso do Brasil, pois no cenário pátrio ainda há muita exploração da delinquência, principalmente pelo dito *crime organizado*. Talvez pesquisas sobre os “ilegalismos” do “jogo do bicho”, do garimpo ilegal, das milícias, das explorações ilegais de terras ilegais, além do comércio ilegal de drogas, entre outros, possam referendar essa hipótese.

⁹⁶ Encontra-se um exemplo de prática criminosa refinadíssima no episódio apelidado pelo jornal francês *Le Monde* de “aerococa”. Trata-se de um caso, ocorrido logo no início do governo de Jair Bolsonaro, de apreensão de 37 quilos de cocaína avaliados em 6,3 milhões de reais encontrados dentro de um avião da comitiva presidencial, em voo oficial para Espanha, conduzido por um sargento da Força Aérea Brasileira (FAB). Ver mais sobre o caso na reportagem acessível pelo link: <https://veja.abril.com.br/brasil/os-misterios-do-ex-sargento-da-comitiva-de-bolsonaro-presos-com-cocaina> (Acesso em 10/11/2023)

Alexandre Moraes da Rosa, magistrado do Tribunal de Justiça Catarinense, em conversa com Luís Carlos Valois sobre o uso de drogas e o STF (especialmente sobre o Recurso Extraordinário 635.659) no podcast “Criminal Player” – episódio 41 (28/11/2019), afirma: “Sou juiz há 24 anos e nunca julguei um traficante. O que julgo são entregadores de pizza que em vez de pizza entregam drogas.” Mesmo assim, à luz dos índices apresentados em notas anteriores, a Lei de Drogas e sua política de *guerra às drogas* abarrota os presídios com “aviõezinhos do tráfico”.

delinquência com “mão de obra artesanal demais, mão de obra desajeitada demais, mão de obra também marcada demais.” (FOUCAULT, 2022, p. 46)

Portanto, “se pela primeira vez a prisão é atacada, não é porque, pela primeira vez, foram reconhecidos seus inconvenientes, mas é porque, pela primeira vez, suas vantagens começam a diminuir.” (FOUCAULT, 2022, p. 47)

Uma vez que a utilidade econômico-política da delinquência para a alta criminalidade diminui, igualmente diminui o instrumento de controle que a acompanha. Diante desse cenário, as “alternativas” à prisão oferecidas nos exemplos analisados anteriormente são capazes de garantir controles sociais “com muito mais eficácia do que esse instrumento afinal grosseiro representado pelo par prisão-delinquência.” (FOUCAULT, 2022, p. 47)

O desenvolvimento tecnológico permite formas de controles muito mais tênues, mais finas: “é o controle pelo saber, pela psicologia, pela psicopatologia, pela psicologia social, pela psiquiatria, pela psiquiatria social, pela criminologia.” (FOUCAULT, 2022, p. 47). O par prisão-delinquência agora é substituído pela associação, construída a partir da rede carcerária, *controle-anormais*. O controle sobre os indivíduos a fim de se empreender o projeto político-social dos dominantes e sua *ordem*, assume extensão psicológica de eficácia e internalização de comandos diferente da tradicional, a garantir o velho papel *coercitivo* através de mecanismos mais sutis que a associação prisão-delinquência. (FOUCAULT, 2022)

De tudo isso, Foucault conclui que “a prisão não entrou em falência, ela está simplesmente entrando em liquidação normal, uma vez que seus lucros não são mais necessários. (...) As alternativas propostas à prisão são precisamente maneiras de garantir por outros meios e em uma escala de população muito mais larga as velhas funções [carcerárias].” (FOUCAULT, 2022, p. 48)

Sobre essa conclusão, Foucault apresentará três considerações finais: (i) que fique bem claro, essa crítica da prisão, essa empreitada para fazê-la regredir, ou encontrar para ela, como dizem, “alternativas”, não é em si nem revolucionário, nem contestatório, nem mesmo progressista; (ii) corre-se o risco de fazer funcionar, naturalmente, as funções carcerárias a partir de ainda mais instâncias de controle; uma crítica à prisão, a busca de alternativas à prisão que não desconfie com exigência dos mecanismos próprios à prisão, de sua disseminação na escala do corpo social, seria uma empreitada politicamente nociva; (iii) a questão da prisão não pode ser resolvida nem mesmo colocada nos termos da simples teoria penal. Também não pode ser colocada apenas nos termos da psicologia ou da sociologia do crime. A questão da prisão, de

seu papel, de seu possível desaparecimento, só pode ser colocada em termos de uma economia e de uma política dos ilegalismos. (FOUCAULT, 2022) Para tanto, se faz necessário esmero investigatório sobre a *inconfessável* vontade do saber – vontade do poder punitivo. Do mesmo modo, há sempre que se ter em vista os objetivos políticos indissociáveis da penalidade e seus dispositivos.

Portanto, afirma Foucault, “é preciso dizer ao poder: parem com suas conversinhas sobre a lei, parem com seus supostos esforços para fazer respeitar a lei, mas nos falem sobre o que vocês fazem com os ilegalismos.” (FOUCAULT, 2022, p. 50)

Ademais, “todo questionamento da lei penal, todo questionamento da penalidade que não levar em conta esse gigantesco contexto econômico-político que é o funcionamento dos ilegalismos em uma sociedade, será necessariamente uma maneira abstrata de questionar.” (FOUCAULT, 2022, p. 50)

Por fim, conclui Foucault, “não há reforma da prisão sem a busca de uma nova sociedade.” (FOUCAULT, 2022, p. 50-1). E para operar esse sonho, “o essencial não é imaginar um mundo de punição que seria particularmente brando, aceitável ou eficaz. (...) A pergunta que devemos fazer é a seguinte: podemos realmente conceber uma sociedade em que o poder não precise de ilegalismos?” (FOUCAULT, 2022, p. 51)

O problema não é o amor das pessoas pela ilegalidade, o problema é a necessidade que o poder tem de ilegalismos, de controlar e se exercer através desses ilegalismos, quer este uso dos ilegalismos se faça pela prisão ou pelo “gulag⁹⁷”. O problema está aí: pode haver um poder que não goste do ilegalismo? (FOUCAULT, 2022)

O verdadeiro e mais significativo lucro do sistema punitivo está na produção de poder que possibilita – poder-saber – e ilegalismos que organiza diferencialmente.

O problema da penalidade, para Foucault, apresenta-se indissociável do problema do poder e todas as suas complexas relações, com a advertência de desconfiar do sistema penal como “simples” consequência da reunião contratual de vontades livres de onde nasceria um corpo político fraterno ao mesmo tempo individual, coletivo e com tratamento isonômico quanto a direitos e obrigações.

⁹⁷ Gulag, instrumento da ditadura de Stalin, palavra russa que significa a abreviação de “Administração Central dos Campos”, campos esses destinados ao cumprimento de penas de prisioneiros punidos ou conduzidos ao trabalho forçado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A generalidade carcerária, funcionando em toda a amplitude do corpo social e misturando incessantemente a arte de retificar com o direito de punir, baixa o nível a partir do qual se torna natural e aceitável ser punido. Muitas vezes se pergunta como, antes e depois da Revolução, se deu um novo fundamento ao direito de punir. E sem dúvida é pelo lado da teoria do contrato que se deve procurar a resposta. Mas deve-se também e talvez sobretudo fazer a pergunta contrária: como se fez para que as pessoas aceitassem o poder de punir; ou simplesmente, sendo punidos, tolerassem sê-lo. A teoria do contrato só pode responder a isto pela ficção de um sujeito jurídico que dá aos outros o poder de exercer sobre ele o poder que ele próprio detém sobre eles. É bem provável que o grande continuum carcerário, que faz se relacionarem o poder da disciplina e o da lei, e se estende, sem ruptura das menores coerções, até a grande detenção penal, tenha constituído a dupla técnica real e imediatamente material daquela cessão química do direito de punir. (FOUCAULT, 2018a, p. 298)

No livro “O que é poder”, Gérard Lebrun pergunta: “não será um sofisma reduzir a *submissão* civil à *aceitação da autoridade*?” (LEBRUN, 1981, p. 17). Quando os teóricos iluministas, animados pelo *contratualismo*, buscaram enquadrar e proteger o acesso à esfera individual dos sujeitos de direito em um circuito de legalidade, na verdade queriam alcançar um esquema em que a *lei* figurasse como limite ao poder; mas o que se viu foi a legalidade transformada em ponto de apoio para o exercício do poder e sua arbitrariedade na constituição da *norma* a partir de sistemas de coerção.

Essa inflexão sobre a teoria política iluminista passa, sobretudo, pela transfiguração do *poder de soberania* para o *poder sobre a vida*, questão abordada por Foucault em sua última aula do curso “Em defesa da sociedade” (aula de 17 de Março de 1976). Afirmar Foucault que “na teoria clássica da soberania, vocês sabem que o direito de vida e de morte era um de seus atributos fundamentais. (...) O direito de matar é que detém efetivamente em si a própria essência desse direito de vida e de morte: é porque o soberano pode matar que ele exerce seu direito sobre a vida.” (FOUCAULT, 2019, p. 202)

O direito político do século XIX consistiu não exatamente em substituir, mas em complementar esse velho direito de soberania – fazer morrer ou deixar viver – com outro direito

novo, que não vai apagar o primeiro, mas vai penetrá-lo, perpassá-lo, modificá-lo, e que vai ser um direito, ou melhor, um poder exatamente inverso: poder de “fazer” viver e de “deixar” morrer. (FOUCAULT, 2019) Portanto, o que se vê no século XIX é a assunção da vida pelo poder.

O poder deixa de ser uma substância encerrada e transmissível, como uma posse, e passa a exercer-se capilarizado numa rede coercitiva cujo objetivo consiste em fazer viver, isto é, fazer viver de tal maneira, a partir de uma *epistemologia do homem* que possibilitará uma arte de governar consistente em estabelecer os modos de vida e produzi-la. Os que escapam, absolutamente, às redes do poder, ele deixa morrer. A vida perde sua natureza biológica para assumir conotação política, biopolítica.

A transformação do poder de soberania para poder sobre a vida é correlata ao surgimento de certos mecanismos e tecnologias, “técnicas de racionalização e de economia estrita de um poder que devia se exercer da maneira menos onerosa possível, mediante todo um sistema de vigilância, de hierarquias, de inspeções, de escriturações, de relatórios: toda essa tecnologia que podemos chamar de tecnologia disciplinar do trabalho.” (FOUCAULT, 2019, p. 203)

Nesse cenário de transição com a afirmação do mundo burguês e sua configuração de poder, vê-se aparecer um elemento novo que escapou às teorias *contratualistas* e aos teóricos do direito: a noção de *população*. O poder arrimado em tecnologias biopolíticas “lida com a população, e a população como problema político, como problema a um só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder.” (FOUCAULT, 2019, p. 206)

Ao colocar a população como objeto de *saber* e de *poder*, o objetivo dos dominantes da nova ordem é controlar tudo e todos. Uma vez que a burguesia surgiu justamente da falta ou falha de controle do Antigo Regime (sobretudo dos seus esquemas de ilegalismos), tem por objetivo dominar as relações políticas e econômicas a partir de controle pleno e coercitivo, de tal modo que vai descer até o indivíduo distinguido da multidão. Igualmente, aparelhará o Estado para operar suas técnicas de vigilância e controle a fim de governar a população, afinal, “cálculo e técnica garantem o bom emprego das forças do Estado” (FOUCAULT, 2008, p. 419).

No coração do Estado de Direito e como que para mantê-lo há, não o “centro do poder”, não um arranjo de forças, mas uma rede múltipla de elementos diversos – muros, espaços geopolíticos, instituições, regras, discursos – coordenados a partir da tensão dos jogos de forças e interesses em busca de manter a dominação sobre as relações sociais em disputa. O dispositivo

carcerário, com a prisão na extremidade de sua rede, encontra-se assim enraizado em táticas de poder e de governo.

Frédéric Gros percebeu esse aspecto de posição antirrepublicana do Estado nos jogos de poder, jogos que não são regulados pela *justiça* prometida e perseguida pelo *contrato social*. Afirmar Gros que “a justiça é uma cortina de bruma que esconde mal as puras relações de forças. Cada um sempre persegue egoisticamente sua vantagem. A justiça é uma farsa social que só impressiona os ranhosos.” (GROS, 2018, p. 202)

Em vista dos objetivos e valores declarados pelo sistema jurídico, tem-se que “a prisão não é filha das leis nem dos códigos, nem do aparelho judiciário; que não está subordinada ao tribunal como instrumento dócil e inadequado das sentenças que aquele exara e dos efeitos que queria obter; que é o tribunal que, em relação a ela, é externo e subordinado.” (FOUCAULT, 2018a, p. 302)

Ao contrário da lógica do *contrato*, segundo a qual cabe a justiça impor a legalidade sobre o corpo social e suas instituições, são as relações de poder que impõem sobre a estrutura da legalidade sua forma de funcionamento e modelam o corpo social em toda sua dimensão.

Portanto, argumenta Foucault que “aquilo sobre o qual se aplicam esses dispositivos não são as transgressões em relação a uma lei “central”, mas em torno do aparelho de produção – o “comércio” e a “indústria” –, toda uma multiplicidade de ilegalidades, com sua diversidade de natureza e de origem, seu papel específico no lucro, e o destino diferente que lhes é dado pelos mecanismos punitivos.” (FOUCAULT, 2018a, p. 302)

Por essa forma, assiste razão a Lebrun quando afirma que “o conceito (ou o mito) da Soberania designa a condição política para a conservação e funcionamento de uma economia de mercado. Concluindo: suprimamos esta, e suprimiremos ao mesmo tempo a necessidade de poder de Estado.” (LEBRUN, 1981, p. 56)

Ao se analisar a história do Estado pela própria prática dos homens e suas formas de micropoder que compõem o *elemento coercitivo* chancelado e transposto para o Estado de Direito por artifício burguês, verifica-se que o que preside a todos esses mecanismos com vistas à dominação “não é o funcionamento unitário de um aparelho ou uma instituição, mas a necessidade de um combate e as regras de uma estratégia.” (FOUCAULT, 2018a, p. 302)

Compreende-se o sistema punitivo e suas funções à luz das transformações e demandas político-econômicas e do caráter histórico das guerras civis e revoluções que o precederam e continuam a se tramar sob a Jurisdição governamental do Estado. O embate continua.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Marcos César. *Michel Foucault e a Sociologia: aproximações e tensões*. Estud. sociol. Araraquara v.20 n.38 p.1-238 jan.-jun. 2015.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Ed., 2015.

BATISTA, Nilo. *Astúcias da (des)razão punitiva*. In: CARVALHO, Diego de; CARVALHO, Gabriela de; COSTA, Renata Almeida da; CARVALHO, Salo de (Org). *Para além do direito alternativo e do garantismo jurídico: ensaios críticos em homenagem a Amilton Bueno de Carvalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. *Punidos e Mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BITERN COURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 15ª ed. ver. Atual. ampl. – São Paulo, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

BRUNI, J.C. *Foucault: o silêncio dos sujeitos*. São Paulo: Revista Tempo Social, v.1., n. 1, p.199-207, 1989.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAMUS, Albert. *A queda*. Tradução de Valerie Rumjanek., – 25ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2021.

CANDIOTTO, Cesar. *Foucault e a crítica da verdade*. Belo Horizonte: Autêntica Editora; Curitiba: Champagnat, 2010.

_____. *Foucault: uma história crítica da verdade*. Trans/Form/Ação, São Paulo, 29(2): 1-302. 2006.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *A materialização da antijuridicidade na dogmática jurídico-penal: análise desde a teoria criticado delito*. Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 76, pp. 411-442, jan./jun. 2020.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Penal a Marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. *Abolicionismo Penal e(m) Nietzsche*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

_____. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Magistratura e direito alternativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

CASARA, Rubens R. R. *Prisão e Liberdade*. São Paulo: Estúdio Editores, 2014.

_____. *Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

_____. *Processo Penal do Espetáculo (e outros ensaios)*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

CASTRO, Edgardo. *Introdução a Foucault*. 1ª. ed., 4ª. reimp., Belo Horizonte: Autêntica. 2021.

CHAUÍ, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

_____. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

COHN, Gabriel. *Sociologia: para ler os clássicos*. 2ª ed., Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos: 1977.

DE RESENDE, Joao Paulo; e ANDRADE, Mônica Viegas. *Crime Social, Castigo Social: Desigualdade de Renda e Taxas de Criminalidade nos Grandes Municípios Brasileiros*. Est. Econ., São Paulo, v. 41, n. 1, P. 173-195, Janeiro-Março 2011. (O periódico Estudos Econômicos é uma publicação trimestral do Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Atuária da Universidade de São Paulo).

DELACAMPAGNE, Christian. *História da filosofia no século XX*. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

DORNELLES, João Ricardo W. *O que são direitos humanos?* São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.

DUARTE, André. *Heidegger e Foucault, críticos da modernidade: humanismo, tecnologia e biopolítica*. Trans/Form/Ação, São Paulo, 29(2): 1-302. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*. Roma: Laterza, 1998.

_____. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 12^a.ed. São Paulo: Atlas, 2023.

FOUCAULT, Michel. *A Sociedade Punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

_____. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2018a.

_____. *Do governo dos vivos: curso no Collège de France (1979-1980)*. São Paulo: Martins Fontes, 2018b.

_____. *Aulas sobre a vontade de saber: curso no Collège de France (1970-1971)*. São Paulo: Martins Fontes, 2018c.

_____. *A verdade e as formas jurídicas: conferências proferidas na PUC-Rio*. Rio de Janeiro: NAU, 2013.

_____. “Alternativas” à prisão: Michel Foucault, um encontro com Jean-Paul Brodeur. Petrópolis, Rio de Janeiro: Editora Vozes Ltda., 2022.

_____. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. São Paulo: Loyola, 2011.

_____. *A microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

_____. *A história da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1997.

_____. *Ditos e Escritos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

_____. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

_____. *O poder psiquiátrico*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Segurança, território e população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Nietzsche: o humano como memória e como promessa*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

- _____. *Heidegger urgente: introdução a um novo pensar*. São Paulo: Três Estrelas, 2013.
- _____. *Pequeno dicionário de filosofia contemporânea*. São Paulo: Publifolha, 2006.
- _____. *Estado, Democracia e Sujeito de direito: para uma crítica da política contemporânea*. Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea. Brasília, vol 2, nº 2, 2014.
- GRANGER, Gilles-Gaston. *A ciência e as ciências*. São Paulo: Ed. Unesp, 1994.
- GROS, Frédéric. *Desobedecer*. São Paulo: Ubu Editora, 2018.
- HEIDEGGER, Martin. *Que é metafísica?* São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, edição “Os Pensadores”.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1974, edição “Os Pensadores”.
- KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva*. Ensaio publicado na Revista DISCURSOS SEDICIOSOS - CRIME, DIREITO E SOCIEDADE Nº1, ano 1, 1º semestre 1996, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, páginas 79 a 92.
- LEBRUN, Gerard. *O que é poder?* São Paulo: Brasiliense, 1981.
- _____. *O Averso da Dialética: Hegel à luz de Nietzsche*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito?* São Paulo: Brasiliense, 2005.
- _____. *Para um direito sem dogmas*. Porto Alegre: Fabris, 1980.
- MACHADO, Roberto. *Foucault, a Filosofia e a Literatura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- _____. *Foucault, a Ciência e o Saber: a trajetória da arqueologia de Foucault*. Rio de Janeiro: Graal, 1982.
- _____. *Impressões de Michel Foucault*. São Paulo: N1 Edições, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed. rev e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MARX, Karl. *O manifesto comunista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.
- _____. *A questão judaica*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1985.
- _____. *Teorias da mais valia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.
- _____. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2013.

- MATOS, Olgaria C. F. *Paris 1968: as barricadas do desejo*. São Paulo: Brasiliense, 1998.
- MONTEAGUDO, Ricardo. *Entre o Direito e a História: a concepção do legislador em Rousseau*. São Paulo: Editora Unesp, 2006.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MORAES, Marques De. *A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- MORIN, Edgar. *Breve Historia de la Barbarie en Occidente*. Buenos Aires: Paidós, 2007.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A genealogia da moral*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- _____. *Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. *O poder do juiz: ontem e hoje*. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 104, ano XXXIII, dez. 2006.
- PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; NERY, Rodrigo. *Fato e Direito no Recurso Especial: o mito da distinção*. São Paulo: Revista dos Tribunais (Thomson Reuters Brasil), 2022.
- PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. MORAES, Marques de. *O tempo da justiça no código de processo civil*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 76, pp. 135-154, jan./jun. 2020.
- PRADO, Geraldo. *Crônica da reforma do Código de Processo Penal brasileiro que se inscreve na disputa política pelo sentido e função da justiça criminal*. in O novo Processo Penal à Luz da Constituição. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PORTA, Mario Ariel Gonzáles. *A filosofia a partir de seus problemas*. São Paulo: Loyola, 2007.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Martins Fontes, São Paulo: 2004.
- RIBEIRO, Renato Janine. *A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil*. São Paulo, Companhia das Letras, 2000.
- ROUSSEAU, *Contrato Social*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, edição “Os Pensadores”, vol. 1.
- _____. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Nova Cultura, 1997, edição “Os Pensadores”, vol. 2.
- _____. *Discurso sobre as Ciências e as Artes*. São Paulo: Nova Cultura, 1997, edição “Os Pensadores”, vol. 2.

SAFATLE, Vladimir. *Só mais um esforço: como chegamos até aqui ou como o país dos “pactos”, das conciliações, das “frente amplas” produziu seu próprio colapso*. 1. ed. São Paulo: Vestígio, 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. Tirant Lo Blanch: Florianópolis, 2018.

_____. *Direito Penal: Parte Geral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SARTRE, Jean Paul. *O Ser e o Nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

_____. *O existencialismo é um humanismo*. Os Pensadores. Sartre e Heidegger. São Paulo: Abril, 1973.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, Juarez. *Culpabilidade e Individualização da Pena*. in Nascimento, André & Batista, Nilo (orgs.). *Cem Anos de Reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAYLOR, Dianna. *Michel Foucault: conceitos fundamentais*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018, 3ª reimpressão, 2021.

TERRA, Ricardo. *A política tensa: ideia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo, editora Iluminuras Ltda., 1995.

VALOIS, Luis Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

_____. *Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019a.

WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política, 1*. 14 ed. São Paulo: Ática, 2006. Incluir Renato Janine

YAZBEK, André Constantino. *10 lições sobre Foucault*. 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, 6ª reimpressão, 2021.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de Vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio. *Culpabilidad por la Vulnerabilidad*. Doutorado Honoris Causa: Lectio Doctoralis, Universidade de Macerata, 2002.