

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUANA DE CARVALHO SILVA

O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A PRODUÇÃO DE SUJEITOS

**CURITIBA
2008**

LUANA DE CARVALHO SILVA

O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A PRODUÇÃO DE SUJEITOS

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito; Área de Concentração em Direito do Estado; Linha de Pesquisa em Direito, Poder e Controle; Departamento de Ciências Jurídicas; Curso de Direito; Universidade Federal do Paraná, como parte das exigências para a obtenção do Título de Mestre em Ciências.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos

**CURITIBA
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO

O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A PRODUÇÃO DE SUJEITOS

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banda examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos
Departamento de Direito, UFPR.

Prof. _____

Prof. _____

Curitiba, _____ de _____ de 2008.

Aos meus pais, Vanda e Valcir, por cada momento da minha vida.
Ao Rodrigo, por estar sempre ao meu lado.
Ao professor Juarez Cirino dos Santos, pelo exemplo e pela dedicação.
Ao pequeno Théó, por me lembrar de rir.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho, bem como todo meu percurso durante o mestrado, não seria possível sem a estimada presença e força dos amigos, dos professores, dos colaboradores e dos funcionários da Pós-Graduação em Direito da UFPR. À todos estes sujeitos incríveis vão meus agradecimentos por contribuírem com minha trajetória de pesquisa e de vida.

Destaco a importância da minha família pela alegria e pela força nos momentos difíceis. E ao Rodrigo, que segurou minha mão como muita paciência e orgulho durante a elaboração deste trabalho.

Ao Professor Juarez Cirino dos Santos, por ter acreditado neste trabalho, sendo um importante exemplo de vida e compromisso com a transformação do Direito em um espaço democrático para todos os sujeitos humanos.

Aos Professores Ricardo Marcelo Fonseca, Katie Cilene Argüello, Celso Ludwig, Pedro Bode, pelas horas dedicadas ao ensino e à provocação em nós, estudantes, para o mundo das idéias, nem que seja para desconstruí-las.

À sempre generosa atenção do Professor Joe Tennyson Velo.

À ajuda querida da Antônia presente em cada linha deste trabalho.

Aos colegas de Pós-Graduação, companheiros de aulas e debates, essenciais para o amadurecimento de muitas das idéias aqui contidas: Adriana Côrrea, Augusto Gutierrez, Eduardo Faria, Fábio Bozza, Gabriel Godoy, Heloisa Kroll, Ilton Norberto, Maurício Dieter, Maurício Iacobacci.

Às amigas sempre especiais, Carolina Lefevré, Letícia Paes de Barros e Mariana Warchaviak, pela força e pelo carinho durante todos esses anos.

À Coordenação da Pós-Graduação em Direito.

Aos funcionários da Pós-Graduação e da Biblioteca de Ciências Jurídicas, por toda atenção e torcida.

E à Capes, pelo auxílio financeiro para a realização deste trabalho.

Nullun crimen sine culpa

RESUMO

Michel Foucault recusa-se em conceber o sujeito como *a priori* do mundo e do conhecimento. Os indivíduos, segundo ele, são marcados por sua própria individualidade, transformados em sujeitos por determinadas formas de poder-saber que circulam nas relações cotidianas de produção, de significação ou de governo. Um poder-saber responsável por *subjulgar* os corpos humanos. Estado e direito, saberes e discursos, indivíduo e população, são permeados por essa tecnologia de poder interessada “no fazer viver” os indivíduos. Um poder “normalizador” (disciplinar e biopolítico) que atua nas práticas punitivas. A anunciada “entrada da alma na justiça penal” é a expressão da formação de uma justiça penal e seus aparelhos (como o Direito Penal, a prisão, a criminologia) assentados sobre estratégias de poder com finalidades distintas, em que o sujeito humano ainda é sua principal vítima: um *mecanismo legal ou jurídico*; um *mecanismo de vigilância e correção* e um *mecanismo de segurança*. No interior de cada concepção de culpabilidade, aparecem um tipo de poder, um tipo de punição e um tipo de sujeito relacionados com um certo tempo e uma certa sociedade. É nesse sentido que pensamos sobre a construção de *Um Direito Penal da Culpa*, porque são indefinidos os conteúdos discursivos que preenchem o conceito de culpabilidade. E essa “suposta” indefinição não significa a ausência de um sentido, mas a multiplicidade deles. Uma multiplicidade possibilitada pelos constantes movimentos de poder, saber e verdade no interior do discurso culpável. Daí a necessidade de percorrer as construções teóricas sobre a culpa, relacionando-a com um tipo de poder e uma forma de subjetividade imposta aos sujeitos culpáveis. O movimento teórico da culpabilidade passa pelo naturalismo positivista, pelas concepções da vontade livre e ética do sujeito e, ainda, pela tomada política do corpo humano pelo Direito Penal, mediante sua “desqualificação jurídica”. A identificação das tramas de poder-saber e governo relacionadas com a concepção do sujeito culpável possibilita a emergência da “crítica”, da “luta” e da “resistência” contra as formas de sujeição e submissão impostas aos sujeitos pelas demandas de poder, abrindo espaço para novas subjetividades, para “outros sujeitos”. Buscar “outros sujeitos” como na Psicanálise, na Criminologia Crítica, na “incerteza” de Bauman, é um caminho para a desconstrução dos modelos de sujeito culpável que escondem a violência punitiva; e para a emergência de novos conceitos de culpabilidade marcados pela defesa intransigente da vida humana em face do poder destrutivo do Direito Penal, como culpa pela “vulnerabilidade”, pela “alteridade” e por uma responsabilidade penal livre do poder normalizador e jurídico.

Palavras-chave: Direito Penal. Culpabilidade. Sujeito. Poder. Resistência.

RÉSUMÉ

Michel Foucault se refuse à concevoir le sujet comme l'apriori du monde et de la connaissance. Les individus, d'après lui, sont marqués par sa propre individualité, transformés en sujets par certaines formes de pouvoir-savoir qui circulent dans des rapports culturels de production, de signification ou de gouvernement. Un pouvoir-savoir responsable de subjuguier les corps humains. État et droit, savoirs et discours, individu et population sont pénétrés par cette technologie du pouvoir intéressée à "faire vivre" les individus. L'entrée annoncée de "l'âme dans la justice pénale" est l'expression de la formation d'une justice pénale et de ses appareils (tels le Droit Pénal, la prison, la criminologie) assis sur des stratégies de pouvoir avec des buts distincts, dans lesquels le sujet humain est encore sa principale victime: un mécanisme légal ou juridique, un mécanisme de vigilance et correction, et un mécanisme de sécurité. La culpabilité, comme l'espace de responsabilisation subjective du crime, c'est l'expression de cette emprise du "pouvoir de la vie" sur le sujet, par laquelle le pouvoir punitif laisse son empreinte sur le corps du vassal et arrive à "l'âme" du sujet. Actuellement il n'y a pas de crime sans culpabilité, et il n'y a de culpabilité que s'il existe un homme porteur d'une individualité qui le singularise. À l'intérieur de chaque conception de culpabilité apparaît un type de pouvoir, un type de punition et un type de sujet liés d'un certain temps et d'une certaine société. C'est en ce sens que nous réfléchissons sur la construction d'Un Droit Pénal de la Culpabilité, parce que les contenus discursifs qui en remplissent le concept sont indéfinis. Et que cette "supposée" indéfinition ne signifie pas une absence de sens, mais sa multiplicité. Une multiplicité rendue possible par les constants mouvements du pouvoir, du savoir et de la vérité à l'intérieur du discours coupable. D'où la nécessité de parcourir les constructions théoriques sur la culpabilité, en la mettant en rapport avec un type de pouvoir et une forme de subjectivité imposés aux sujets coupables. Le mouvement théorique de la culpabilité passe par le naturalisme positiviste, par les conceptions libre-arbitristes et éthiques du sujet et encore par la saisie politique du corps humain par le Droit Pénal, au moyen de sa "déqualification juridique". Et l'identification des trames entre pouvoir-savoir et gouvernement, relatives à la conception du sujet coupable, rend possible l'émergence de la "critique", de la "lutte" et de la "résistance" contre les formes d'assujettissement imposées aux sujets par les demandes du pouvoir, en ouvrant de l'espace pour de nouvelles subjectivités, pour "d'autres sujets". Chercher "d'autres sujets", comme dans la Psychanalyse, dans la Criminologie Critique, dans "l'incertitude" de Bauman, c'est un chemin pour la déconstruction des modèles de sujet coupable qui cachent la violence punitive, et pour l'émergence de nouveaux concepts de culpabilité marqués par la défense intransigeante de la vie humaine face au pouvoir destructif du Droit Pénal par l'inculpation pour "vulnérabilité", pour "altérité". Et aussi pour une responsabilité pénale libérée du pouvoir normalisateur et juridique.

Mots-clés: Droit Pénal. Culpabilité. Sujet. Pouvoir. Résistance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
PARTE I	
SUJEITO, PODER E PUNIÇÃO.....	16
CAPÍTULO 1	
MICHEL FOUCAULT E A CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO	
1.1. Saberes e Discurso.....	18
1.2. A Analítica do Poder.....	31
1.2.1. O Poder Disciplinar.....	36
1.2.2. A Biopolítica.....	38
1.3. O Indivíduo Moderno.....	45
CAPÍTULO 2	
SUJEITO E PUNIÇÃO	
2.1. O Legal e o Normal.....	51
2.1.1. A Normalização Disciplinar.....	55
2.1.2. A Normalização Biopolítica.....	57
2.2. <i>L'homo Penalis</i> : o crime na mecânica de poder soberano.....	59
2.3. <i>L'homo Criminalis</i> : a prisão como estratégia disciplinar.....	65
2.4. <i>L'homo oeconomicus</i> : o controle da criminalidade.....	71
PARTE II	
UM DIREITO PENAL DA CULPA.....	82
CAPÍTULO 1	
A CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DA CULPABILIDADE	
1.1. Uma Breve Notícia sobre Carrara e o Direito Penal Clássico.....	84
1.2. O Psicologismo e as Raízes Positivistas do crime e do criminoso.....	88
1.3. O Normativismo.....	98
1.3.1 A Culpabilidade como Reprovabilidade.....	98

1.3.2. O Finalismo e a Subjetivação do Direito Penal.....	105
---	-----

CAPÍTULO 2

OS CONCEITOS MATERIAIS DE CULPABILIDADE

2.1. Um Aporte (Biopolítico) Neoliberal.....	117
2.2. A Culpabilidade como Dirigibilidade Normativa.....	121
2.3. O Direito Penal do Inimigo.....	128

PARTE III

A DENÚNCIA DO SUJEITO.....	139
----------------------------	-----

CAPÍTULO 1

OUTROS SUJEITOS

1.1. O Sujeito do Inconsciente.....	143
1.2. O Sujeito da Criminologia Crítica.....	152
1.3. O Sujeito na Incerteza.....	160

CAPÍTULO 2

OUTRA CULPABILIDADE

2.1. A culpabilidade como vulnerabilidade.....	164
2.2. O Princípio da Alteridade.....	169
2.3. Um Direito “novo”.....	173

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	184
----------------------------------	------------

REFERÊNCIAS.....	189
-------------------------	------------

INTRODUÇÃO

O direito de punir é um dos maiores desafios das teorias jurídicas, pois trata do coroamento de um poder imenso, o poder de infligir o castigo, a dor ou a desesperança no homem. É difícil pensar a punição desvinculada de uma estratégia de poder. E a própria história punitiva narrada no interior dos manuais de Direito Penal descreve um tipo de discurso linear e alegórico sobre as formas como, pouco a pouco, a punição deixa a barbárie das relações pessoais e da vingança privada emergindo como um centro de poder no interior do Estado.

Essa vinculação entre o Estado e a punição é assegurada por uma relação de poder tão forte que acaba escondendo sua principal personagem: o indivíduo. O indivíduo como o sujeito à punição; como o sujeito e o objeto desse poder capaz de aniquilar a vida.

Um dos lugares privilegiados para o aparecimento do drama do indivíduo e seu corpo no interior do Direito Penal é a culpabilidade. No plano da culpabilidade, o substrato teórico do Direito Penal rompe a abstração da lei e cria uma forte relação entre o indivíduo, o Estado e a punição. Daí a importância da culpa e seu poder na mecânica punitiva. O poder de dizer, definir “o pagamento”, “o valor da dívida” pela transgressão da lei ou seu limite intransponível.

O conceito de culpabilidade é objeto das mais intensas discussões e controvérsias no interior do pensamento jurídico-penal. Sua definição, estrutura e fundamento caminham desde as contribuições do naturalismo psicológico, passam pela sua pretensa normatização com a inclusão em seu juízo de elementos éticos sobre a conduta humana, pelo fundamento no livre arbítrio e chegam até um contexto de “crise” contemporânea em que o homem livre é substituído por uma abstração da lei, e a culpa se torna um instrumento político de desqualificação jurídica do indivíduo.

Ao longo do desenvolvimento de cada escola de pensamento penal, um conceito de culpabilidade é construído absorvendo o tipo de discurso penal do momento, o tipo de poder envolvido e o indivíduo. No centro dessas “preocupações” teóricas, a culpabilidade é possível porque a dogmática penal deita seu olhar (e seu discurso)

sobre certa compreensão de homem. A responsabilidade do homem, portador de uma subjetividade única e auto-referencial, torna-se o fundamento do direito de punir moderno. Eis aí a razão para que cada concepção de subjetividade tenha uma acolhida diferente no interior do estudo da culpabilidade penal.

A centralidade no homem - no fundamento antropológico - é característica da fundação de todo e qualquer tipo de conhecimento moderno. Das ciências à filosofia, o fundamento na “consciência” do homem é o pilar da edificação teórica, social, política e econômica da sociedade ocidental. Uma consciência esgotada nas promessas modernas de paz, de individualidade, de liberdade e de desenvolvimento tecnológico. E assim também no Direito Penal.

A importância do conceito de culpabilidade permanece como incontornável no Direito Penal contemporâneo. De fato, trata-se apenas de um conceito, mas que pode ser preenchido por qualquer tipo de discurso, tanto democrático quanto aniquilador da vida humana. É isso que a torna tão essencial na dinâmica punitiva, afinal, é preciso conhecer quais os conteúdos políticos, as práticas de saber e poder, as demandas de sujeição e governo das condutas humanas que a apropriam e a utilizam para fins além do discurso oficial do Direito Penal.

Culpabilidade e subjetividade aparecem relacionadas no interior do sistema punitivo. E essa relação encontra-se permeada por formas ou estratégias de poder que atuam na sociedade, na economia, no governo e, especialmente, sobre os corpos dos sujeitos.

A relação entre culpa, subjetividade e poder pode servir como um instrumento de identificação, seleção e criminalização dos indivíduos considerados descartáveis ou inoportunos para a espécie de poder dominante. Pode servir como o vínculo entre o sujeito culpável de cada tempo e uma necessidade de poder.

Mas, se, por um lado, a centralidade no indivíduo pode facilitar ou legitimar a exclusão e violência contra os “corpos culpáveis”, também pode, por outro, abrir um caminho para a entrada de saberes humanos críticos ou comprometidos com o resgate da vida humana, com a defesa e emancipação do sujeito culpável.

Nesse sentido, ao estudo dogmático da culpa poderiam ser aliadas as contribuições de discursos de “fora” do Direito Penal, de reflexões críticas sobre a produção das subjetividades, sobre as formas de poder ou sobre os tipos de discursos produzidos. Reflexões de denúncia e de libertação das opressões e das sujeições impostas aos indivíduos no interior do sistema punitivo e de fora dele.

Para empreender o estudo da culpabilidade por meio de reflexões críticas sobre os sujeitos humanos, destacamos a relevância dos estudos de Michel Foucault sobre o lugar dos sujeitos em nossa sociedade. Foucault recusa a posição central do sujeito como um *a priori* na ordem do mundo, dos saberes, dos discursos e de todo o conhecimento. Sua reflexão é sobre as condições em que as subjetividades são produzidas por poderes interessados na promoção da vida humana. Ao lado do poder jurídico, são envolvidos na dinâmica social poderes “normalizadores” responsáveis por produzir corpos “dóceis e úteis” e um tipo de população: o poder disciplinar e a biopolítica. Eis que o interesse de Foucault reside no desvelamento das formas de poder que fazem dos indivíduos sujeitos.

E essa tecnologia de poder interessada no indivíduo também envolve a justiça penal e de seus aparelhos (como o Direito Penal, a prisão, a criminologia). Desse modo, por meio dos instrumentos de pensamento trabalhados por Foucault, é possível entender a constituição do indivíduo moderno mediante o abandono de qualquer tipo de recurso a saberes ou discursos transcendentais. Com Foucault, vamos buscar as condições do sujeito nos saberes mundanos e “sujeitados” no interior de uma trama discursiva fabricada por uma relação de poder-saber. Em síntese, fazer aparecer na constituição das subjetividades as relações de poder interligadas. Fazer aparecer as imposições, as limitações e os enfrentamentos que cada corpo passa na sua submissão aos modelos de subjetividades produzidos pelos poderes da “vida”.

Assim, podemos construir mecanismos de resistência, de choque e “luta” contra tais modelos de sujeição. A denúncia de Foucault também é um convite à resistência e à crítica das relações de poder, saber e verdade em nosso tempo. De resistência a esse tipo de sujeito “assujeitado”. Um convite a buscar novas formas de subjetivação para além dos mecanismos legais, disciplinadores e biopolíticos.

Dessa forma, propomos à luz das leituras de Michel Foucault sobre a relação “sujeito, poder e punição”, trazer novos recortes teóricos, novas falas ou novos discursos que podem contribuir para pôr em marcha um diálogo crítico entre os saberes “subjetivos” e o Direito Penal. Um novo diálogo que possibilita uma compreensão da dimensão da culpabilidade por intermédio da sua personagem principal: o sujeito culpável. Assim, no estudo da culpabilidade e do seu sujeito poderiam aparecer as batalhas entre o poder punitivo e as formas de resistência, abrindo um espaço para a tematização de novos sujeitos e novas culpabilidades. Ou ainda, um “direito novo”.

E para o desenvolvimento das reflexões propostas neste trabalho, esta dissertação encontra-se dividida em três partes:

A primeira parte, intitulada “Sujeito, Poder e Controle”, aborda as contribuições teóricas de Michel Foucault, bem como alguns outros autores escolhidos para a melhor compreensão de suas “preocupações”, na construção de uma nova leitura sobre a posição dos sujeitos em face dos poderes, saberes e verdades “modernas”. O Capítulo 1 apresenta a leitura realizada sobre a temática do sujeito e do poder em Foucault. O Capítulo 2 destaca a relação entre os poderes “normalizadores” e o poder “legal” do direito na produção de diferentes tecnologias de punição. E como a punição contemporânea passa a ser estruturada por diferentes mecanismos de poder interessados na vida humana: um mecanismo legal-jurídico, um mecanismo disciplinar e um mecanismo biopolítico.

A segunda parte, intitulada “Um Direito Penal da Culpa”, focaliza as construções teóricas da dogmática penal sobre a culpabilidade, tendo como linha as diferentes compreensões de sujeito construídas ao longo dos seus discursos culpáveis. O Capítulo 1 compreende as construções dogmáticas do Classicismo Penal de Carrara, do Psicologismo e do Normativismo Penal, mediante a leitura das produções discursivas dos principais autores penais de cada tempo. No Capítulo 2 são trabalhadas as chamadas produções “materiais” da culpabilidade, como as contribuições teóricas de Claus Roxin e Günther Jakobs, relacionadas com as demandas contemporâneas de poder (a biopolítica).

E na terceira parte deste trabalho, chamada de “A Denúncia do Sujeito”, abre-se a possibilidade de abordar a culpabilidade tendo em vista a emergência de “novos sujeitos”, das contribuições de outros saberes como a Psicanálise, a Criminologia Crítica ou de “Incerteza” de Zygmunt Bauman, para pensar novas formas de subjetivação para além dos modelos de individualização já denunciados por Foucault. E assim, pensar em outros modelos teóricos de culpabilidade em que o sujeito humano poderia revelar sua face de resistência aos desmandos do poder punitivo, preservando-se em um lugar de defesa e limite intransponível para a punição: a materialidade de seu corpo, de sua vida, de sua subjetividade. Um lugar de liberdade das sujeições, das imposições e das verdades construídas pelos poderes. O Capítulo 1 destaca outras contribuições para pensar as subjetividades no interior do sistema punitivo. O Capítulo 2 trata de novas “culpabilidades” comprometidas com a defesa do humano em face do poder penal e a possibilidade de pensar um “direito novo” com Foucault. Um “direito novo” livre dos mecanismos legais e disciplinares, em que a “responsabilidade penal” poderia ganhar novos contornos, um novo sujeito e uma nova liberdade.

PARTE I

SUJEITO, PODER E PUNIÇÃO

Estranhamente, o homem – cujo conhecimento passa, a olhos ingênuos, como a mais velha busca desde Sócrates – não é, sem dúvida nada mais que uma certa brecha na ordem das coisas, uma configuração, em todo caso, desenhada pela disposição nova que ele assumiu recentemente no saber. Daí nasceram todas as quimeras dos novos humanismos, todas as facilidades de uma “antropologia”, entendida como reflexão geral, meio positiva, meio filosófica, sobre o homem. Contudo é um reconforto pensar que o homem não passa de uma invenção que não tem dois séculos, uma simples dobra de nosso saber, e que desaparecerá desde que este houver encontrado uma nova forma.¹

As reflexões de Michel Foucault sobre o sujeito em nosso tempo, em nossa “atualidade”, partem da sua recusa em concebê-lo como a centralidade da ordem do mundo, dos saberes, dos discursos e de todo o conhecimento. Pensar sobre o sujeito ou sobre a condição das subjetividades produzidas em nossa sociedade é uma tarefa buscada nas diferentes formas de objetivação e sujeição que os seres humanos estão envolvidos. Eis o interesse de Foucault que o levou a refletir sobre como os indivíduos são marcados pela sua própria individualidade, sobre como é possível lhes impor uma espécie de lei de verdade formatadora de sua própria identidade, imprescindível para se reconhecer e ser reconhecido. Uma forma que faz dos indivíduos sujeitos. Daí surgem os dois significados elencados por Foucault sobre a palavra *sujeito*: “sujeito a alguém pelo controle e dependência, e preso à sua própria identidade por uma consciência ou autoconhecimento”.²

Essa compreensão do sujeito é possível porque está relacionada com determinadas formas de poder que circulam no espaço cotidiano da vida social. Para Foucault, o tema do sujeito não pode ser facilmente separado do tema do poder. Afinal, os sujeitos humanos encontram-se, de uma forma ou de outra, envolvidos em relações de produção, de significação ou de governo. Foucault irá preocupar-se com a forma de

¹ FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas: Uma arqueologia das ciências humanas*. 8ª. Edição. Trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XX-XXI.

² FOUCAULT, Michel. Por que estudar o poder: a questão do sujeito. In: DREYFUS, H. e RABINOW, P. *Michel Foucault: Uma Trajetória filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 235.

poder responsável por *subjulgar* ou por *tornar sujeito a*. Um poder sem rosto, sem centro e heterogêneo, que não se exerce em razão da violência contra os corpos ou em razão da ordem do consentimento, mas integra essas racionalidades distintas, formando um conjunto de “ações sobre as ações possíveis”³, atuando sobre o imenso campo de possibilidades da vida humana. Estado e direito, saberes e ciências, indivíduo e população, são permeados por essa tecnologia de poder interessada “no fazer viver”, assentada sobre uma estratégia de indução, construção, disciplinação, coação e condução dos diversos sujeitos, seja por meio de sua individualização, seja por meio da totalização. Um poder “normalizador” (disciplinar e biopolítico) que também encontra nas práticas punitivas um terreno fértil de atuação.

Em uma tecnologia de poder interessada no corpo vivo do indivíduo, o “sujeito” individual torna-se a sede da economia da justiça penal. A anunciada “entrada da alma na justiça penal” é a expressão da formação de uma justiça penal e de seus aparelhos (como o Direito Penal, a prisão, a criminologia) permeados por diferentes estratégias de poder com finalidades distintas, em que o sujeito humano ainda é sua principal vítima. São três os tipos de poder relacionados por Foucault na mecânica punitiva de nosso tempo: um *mecanismo legal ou jurídico*: típico do poder de soberania, que consiste no modelo binário do código legal (proibição-permissão) fixando na lei o tipo de ação proibida e um tipo de castigo; um *mecanismo de vigilância e correção*: proposto pelo poder disciplinar, que faz aparecer dentro do esquema binário do código, uma terceira personagem que é o sujeito-culpado e a construção de um arsenal de técnicas auxiliares visando a sua recuperação, transformação ou ressocialização; e um *mecanismo de segurança*: típico da biopolítica, diferente do sistema do código e dos mecanismos disciplinares, mas possibilitado por meio deles, em que as relações de poder aliam-se a um tipo de cálculo de custos econômicos demandados por uma sociedade de capitalismo tardio, uma sociedade contemporânea. Uma mecânica de redução de custos punitivos pautados pelo estabelecimento de uma média otimizada e

³ FOUCAULT, Michel. Por que estudar o poder: a questão do sujeito. In: DREYFUS, H. e RABINOW, P. *Michel Foucault: Uma Trajetória filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*, p. 243.

economicamente aceitável. Trata-se de uma mecânica voltada para o controle da criminalidade em níveis populacionais.⁴

Sujeito, poder e punição estão relacionados em nosso tempo. Essa relação e seus desdobramentos para a justiça penal moderna são o ponto de partida para as reflexões desenvolvidas neste trabalho.

CAPÍTULO 1

MICHEL FOUCAULT E A CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO

1.1. Saberes e Discursos

Para empreender um estudo sobre a noção de sujeito, ou melhor, sobre as formas como em nosso tempo o sujeito é constituído, é preciso reconhecer a importância central desta temática nas experiências teóricas de Michel Foucault.

Tal afirmação pode parecer um tanto precipitada para seus leitores, especialmente aqueles oriundos do mundo do Direito, acostumados com as reflexões sobre a temática do poder (especialmente em relação às práticas punitivas) que destacam menos o universo do poder centralizado na figura do Estado em termos de soberania e, portanto, de juridicidade, privilegiando um poder exercido em termos de relação, difuso por todo corpo social como um poder sem rosto.

É do próprio Foucault a afirmação de que não é o poder e sim o sujeito o tema geral de suas pesquisas.⁵ Tal afirmação está contida em um ensaio intitulado “*Por que estudar o poder: a questão do sujeito*” e marca a conclusão de uma série de considerações ou preocupações presentes em diversos trabalhos realizados entre as

⁴ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio e Población*: Curso en el Collège de France, (1977-1978) Buenos Aires: Fondo De Cultura Económica, 2006, p. 21.

⁵ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e a Constituição do Sujeito*. São Paulo: Ed. Educ-Puc, p. 09.

décadas de 1960, 1970 e, ainda, de 1980.⁶ O pano de fundo desses trabalhos é a tentativa de "produzir uma história dos diferentes modos pelos quais, em nossa cultura, os seres humanos tornaram-se sujeitos".⁷

É exatamente a noção de sujeito abstrato e universal, cuja temática é considerada o *a priori* de todo conhecimento possível, que Foucault procura desconstruir. No lugar de considerar o sujeito como uma centralidade inescapável do mundo, a trajetória foucaultiana deita seu olhar sobre as formas como este sujeito foi constituído por uma configuração de saberes, uma relação de poder e, ainda, como sujeito de suas próprias ações. Um sujeito requerido detentor de uma subjetividade produzida historicamente. Isso é possível, segundo Fonseca, porque a leitura foucaultiana do sujeito não pode supor um ente transcendental ou uma subjetividade dada aprioristicamente. O sujeito em Foucault é fundado a todo instante na história, isso significa dizer que é sujeito como uma criação histórica, inventado pela *epistémê* moderna, o destino da sua busca teórica.⁸ Um sujeito constituído em um tempo certo, um tempo que é a Modernidade.

O propósito de Foucault é, portanto, trilhar uma "ontologia histórica de nós mesmos"⁹; isso é realizar a trajetória da formação do sujeito (da subjetividade moderna) imbricada na elaboração de uma história do presente, em que o sujeito pode ser tomado a partir de três dimensões "irreduzíveis, mas em implicação constante: o saber, poder e si".¹⁰

⁶ FOUCAULT, Michel. Por que estudar o poder: a questão do sujeito. In: DREYFUS, H. e RABINOW, P. *Michel Foucault: Uma Trajetória filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*, p. 231.

⁷ FOUCAULT, Michel. Por que estudar o poder: a questão do sujeito. In: DREYFUS, H. e RABINOW, P. *Michel Foucault: Uma Trajetória filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*, p. 231.

⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho*. Do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica. São Paulo: LTr Editora, 2002, p. 91.

⁹ DREYFUS, Hubert e RABINOW, Paul. *Michel Foucault: Uma Trajetória filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 262.

¹⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho*. Do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica, p. 89.

Com essas informações preliminares é possível esboçar uma primeira resposta à questão: Quem é esse sujeito? Seria possível afirmar que, para Foucault, a temática do sujeito interessa na medida em que é possível perseguir teoricamente o modo pelo qual se constituem os sujeitos na Modernidade. O modo de constituição diante dos saberes (humanidades), dos poderes e dos discursos modernos.

Afirma Foucault:

Três domínios da genealogia são possíveis. Primeiro, uma ontologia histórica de nós mesmos em relação à verdade através da qual nos constituímos como sujeitos do saber; segundo, uma ontologia histórica de nós mesmos em relação ao campo de poder através do qual nos constituímos como sujeitos de ação sobre os outros; terceiro, uma ontologia histórica em relação à ética através da qual nos constituímos como agentes morais.¹¹

Desse modo, Foucault realiza, em um primeiro momento teórico (no qual o homem aparece como um sujeito do saber)¹², um estudo detalhado da formação das ciências humanas como o elemento articulador do sujeito humano, por meio da arqueologia dos saberes. No livro *As Palavras e as Coisas*, de 1966, Foucault se dedica a uma extensa pesquisa sobre os mais variados saberes e algumas obras de arte produzidas pela humanidade desde o Renascimento até a Modernidade. Seu interesse reside em descobrir a partir de sua “arqueologia” o que há em comum e, principalmente, as discontinuidades existentes entre esses grupos de discursos, de saber. E, dessa forma, segundo Foucault, seria viável empreender um estudo sobre as condições de possibilidade das chamadas ciências humanas e como a partir delas o homem foi requerido como sujeito e objeto do saber moderno.

A noção de *epistémê* pode ser definida como um “solo arqueológico”, uma espécie de limite em que diversos discursos, às vezes sem nada em comum, se cruzam e se tornam “unidos em sua dispersão”, sendo revelados a partir da “arqueologia”¹³. São três as *epistémês*: a Renascentista, a Clássica e a Moderna, cada

¹¹ DREYFUS, Hubert e RABINOW, Paul. *Michel Foucault: Uma Trajetória filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*, p. 262.

¹² FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho*. Do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica, p. 90.

¹³ Sobre a Arqueologia de Foucault descrita em *As Palavras e as Coisas*, “é a radicalização de seu projeto, já iniciado em o Nascimento da Clínica, de aprofundar e generalizar inter-relações

uma caracterizada por uma relação particular e inédita entre “as palavras e as coisas” que regem as regras de formação de todo conhecimento (discurso) possível em seu interior.

Na chamada *epistémê* Renascentista era a *semelhança* que desempenhava o papel de construtora das possibilidades de saber na cultura ocidental presente até o fim do século XVI. Não havia a distinção entre as palavras e as coisas e todo saber possível obedecia a esta trama bastante rica de semelhanças entre todas as coisas¹⁴. No capítulo II de *As Palavras e as Coisas*, Foucault descreve como a “Prosa do Mundo” a forma como todos os diferentes seres estão ligados uns aos outros por esta espécie de “critério” articulador.

Na *epistémê* Renascentista os saberes do mundo eram possíveis diante de uma imensa e rica cadeia de similitudes, em que as semelhanças estabelecidas entre as coisas - a relação entre as palavras e as coisas - obedeciam a uma forma radicalmente diferente dos saberes modernos. Não existia a necessidade de um sujeito do conhecimento fundante. Nessa percepção dos saberes renascentistas, na “prosa do mundo”, os saberes eram capazes de relacionar o mundo todo, os astros, os vegetais, os animais e o homem, sem a necessidade de uma origem, de um método ou do sujeito de saber.

conceituais capazes de situar os saberes constitutivos das ciências humanas, sem pretender articular as formações discursivas com as práticas sociais. Tese central do livro: só pode haver ciência humana – psicologia, sociologia, economia – e das filosofias modernas, que têm como marco inicial o pensamento de Kant, tematizaram o homem objeto e sujeito do conhecimento, abrindo a possibilidade de um estudo do homem como representação. Isso pode parecer enigmático, mas o que interessa assinalar que o propósito da análise arqueológica, tal como foi realizada no livro, consistia descrever a constituição dos saberes, do estabelecimento de uma rede conceitual que lhes cria um espaço de existência, deixando propositalmente de lado as relações entre os saberes e as estruturas econômicas e políticas”. MACHADO, Roberto. *A Genealogia do Poder*. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 17ª. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 2001, p. IX.

¹⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho*. Do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica, p. 84.

Mas tais jogos entre as semelhanças encontraram um limite denunciado por Foucault em *Dom Quixote*, de Miguel de Cervantes¹⁵. Nesta incrível saga do Cavaleiro Errante e seu Escudeiro, os jogos das semelhanças renascentistas cederam lugar a uma nova forma de saber.¹⁶ Novas relações que se articularam em um novo solo arqueológico em formação. Dom Quixote foi, portanto, um limite aos saberes renascentistas. E na segunda parte de sua saga algo de novo surge no horizonte do saber, a representação. Cessaram os jogos de semelhanças, romperam-se as alianças entre os signos, entre a “prosa do mundo”. Rompeu-se a aliança entre as palavras e as coisas. Tais jogos foram destinados à exclusão, ao delírio e ao erro. Em uma nova configuração de saber em emergência, a prosa renascentista perdeu seu lugar no mundo e uma nova *epistémê* se anunciou.

Foucault procurou reconstituir a trama dos saberes clássicos a partir do estudo da análise das riquezas, da formação da história natural e da gramática geral. Os saberes clássicos, diferentes dos jogos de semelhanças renascentistas, estavam articulados em termos de identidades e diferenças, de medida e ordem. O mundo clássico se organizava sobre um princípio de Ordem, em uma cadeia em que cada coisa era definida a partir de seu lugar no interior de um *quadro*, um “lugar de todas as ordens possíveis, a matriz de todas as relações, a forma de distribuição de todos os seres em sua individualidade singular”.¹⁷

Foi nessa época que apareceram as imensas e exaustivas classificações que abrangiam todas as formas de conhecimento possíveis, obedecendo a um sistema por uma *mathésis*, uma *taxionomia* e uma *análise*.

A epistémê Clássica pode se definir, na sua mais geral disposição, pelo sistema articulado de uma *máthesis*, de uma *taxionomia* e de uma *análise genética*. As ciências trazem sempre consigo o projeto mesmo longínquo de uma exaustiva colocação de ordem: apontam sempre para a descoberta de elementos simples e de sua composição progressiva; e, no meio deles, elas formam um quadro, exposição de conhecimentos de si próprio, o centro de

¹⁵ Miguel de Cervantes nasceu em 1547 na cidade castelhana de Alcalá de Henares e faleceu em 1615. Dom Quixote foi publicado em 1605. CERVANTES, Miguel. *Dom Quixote*. Trad. Almir de Andrade e Milton Amado. Volumes 1 e 2. São Paulo: Publifolha e Ediouro Edições, 1998.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas: Uma arqueologia das ciências humanas*, p. 63.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas: Uma arqueologia das ciências humanas*, p. 344.

saber, nos séculos XVII e XVIII é o quadro. Quanto aos grandes debates que ocuparam a opinião, alojam-se naturalmente nas dobras dessa organização.¹⁸

Essa disposição dos saberes segundo um princípio de Ordem no interior do “quadro” era limitada pela “representação”. Era a “representação” a responsável por harmonizar os saberes clássicos no desenrolar das cadeias classificatórias no interior do quadro. Dessa maneira, todas as formas de saber e todas as coisas se esgotavam nela, como um limite espacial intransponível.

Os saberes clássicos como a gramática geral, a história natural e a análise das riquezas, estudados por Foucault, são construídos sobre tais esquemas classificatórios dispersos no interior do quadro e limitados pela representação. Não havia ainda, nesse momento, a noção de um homem como sujeito e objeto do saber, limite do conhecimento. A ausência do homem é representada pela ausência do “lugar do rei” em *Las Meninas*, a famosa pintura de Velásquez. O homem clássico era conhecido dentro desses mesmos esquemas de classificação a partir de seu lugar no interior da “espécie ou do gênero”. Entretanto, segundo Foucault, tal disposição na ordem dos saberes também encontrou seu limite quando em um “movimento profundo” no solo arqueológico, uma “mutação arqueológica”, a representação perdeu sua capacidade de harmonizar o mundo.¹⁹

Foi quando a história natural transmutou em biologia, quando a análise das riquezas transmutou em economia e a gramática geral pôde se fazer filologia, o homem apareceu em uma posição ambígua de objeto de um saber e de sujeito que se conhece.²⁰

Esse “movimento profundo” enunciado por Foucault possibilitou a ruptura da representação como o limite do conhecimento, como “seu lugar de origem e sede primitiva de sua verdade”.²¹ Livres dos limites da representação, os saberes deitaram sobre suas próprias reflexões, enunciando um “indivíduo empírico que é o homem”, um

¹⁸ FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas: Uma arqueologia das ciências humanas*, p. 103.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas: Uma arqueologia das ciências humanas*, p. 430.

²⁰ FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas: Uma arqueologia das ciências humanas*, p. 430.

²¹ FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas: Uma arqueologia das ciências humanas*, p. 431.

fenômeno que não mais necessita de um limite externo (representação), mas de uma nova ordem “que pertence agora às coisas mesmas e sua lei interior”.²²

Sem os limites externos da *epistémê* Clássica, os saberes se voltam sobre si mesmos, procurando a partir de seu interior as suas leis de definição e seus próprios limites. E foi nesta condição que o homem foi requerido pela nova ordem dos saberes, pois, segundo Foucault, é ele quem fala, vive e é o princípio e o fim de toda produção.²³ Daí, na modernidade que se anuncia, o homem é tomado diante das disposições do seu corpo, do seu desejo, da sua história e da sua fala. Um homem de carne e osso que está inserido radicalmente no seu mundo.²⁴ E o homem investido destas características positivas, finitas, não mais precisa recorrer à representação, pois existe por si, adquirindo, por fim, uma finitude delimitada no mundo.²⁵ É a consolidação da *epistémê* Moderna como a era do “homem”, a era da “história”.

A partir desse acontecimento só é possível um conhecimento que transpassasse a experiência do homem quando seu corpo, seu desejo e sua linguagem podem, por fim, defini-lo ao mesmo tempo em que estão encerrados nele. Daí a condição de duplicidade tratada por Foucault: o homem nasce como objeto possível dos saberes,

²² FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas: Uma arqueologia das ciências humanas*, p. 431.

²³ FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas: Uma arqueologia das ciências humanas*, p. 431.

²⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho*. Do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica, p. 86.

²⁵ Sobre a finitude na *epistémê* moderna, Deleuze relata: “La mutación consiste en lo siguiente: las fuerzas en el hombre entran en relación con nuevas fuerzas del afuera, que son fuerzas de finitud. Estas fuerzas son la Vida, el Trabajo y el Lenguaje: triple raíz de la finitud, que hará nacer la biología, la economía política y la lingüística. Sin duda, estamos habituados a esta mutación arqueológica: a menudo se hace remontar a Kant esa revolución en la que la “finitud constituyente” sustituye al infinito originario. ¿Puede haber algo más ininteligible para la época clásica que la finitud sea constituyente? No obstante, Foucault aporta a ese esquema un elemento muy nuevo: mientras que antes sólo se nos decía que el hombre adquiere conciencia de su propia finitud, bajo causas históricas determinables, Foucault insiste en la necesidad de introducir dos momentos bien distintos. Es necesario que la fuerza en el hombre empiece a afrontar y a abrazar las fuerzas de la finitud como fuerzas del fuera: es fuera de sí misma donde debe enfrentarse a la finitud. Después, y solo después, en un segundo tiempo, la convierte en su propia finitud. Lo que equivale a decir que cuando las fuerzas en el hombre entran en relación con fuerzas de finitud precedente del fuera, entonces, y sólo entonces, el conjunto de las fuerzas compone la forma-Hombre (y la forma-Dios). *Incipt Homo*”. DELEUZE, Gilles. *Foucault*. 2ª. Edição. Buenos Aires: Paidós, 2005, p.162-163.

mas também é sujeito deles, afinal são eles que o formaram e que lhes concederam sua experiência de mundo. Ou seja: o homem, tomado como um sujeito empírico, que vive, fala e trabalha, emerge encerrado concretamente no mundo, mas ele e o seu saber adquiriram uma outra possibilidade, tornando-se a “medida de todos os saberes de modo transcendental”.²⁶ E como um sujeito transcendental, ele é o que fundamenta a formação da biologia, da economia e da filosofia.²⁷

De acordo com a explicação de Fonseca:

Ao lado do reconhecimento da finitude do homem concreto que vive fala e trabalha, há a busca transcendental do fundamento do fundamento do saber do próprio homem. O homem, ao mesmo tempo em que conhece e em tal processo de conhecimento exerce uma transcendência, é fruto de determinações empíricas que são as positivities da vida, do trabalho e da linguagem.²⁸

Primeiro a semelhança, depois a Ordem e, por fim, na *epistémê* Moderna inaugura-se a era da história, do sujeito. Tal duplicidade do sujeito denunciada por Foucault foi pensada a partir de três contrastes: entre o *empírico* e o *transcendental*, entre o *cogito* e *impensado* e entre o *passado* e o *futuro*.²⁹

É nesse quadro teórico que a idéia do sujeito descrito por Foucault como um “duplo empírico transcendental” ganha sentido, pois o homem, no entendimento de Rouanet:

O Eu ocupa ao mesmo tempo a posição de um sujeito empírico no mundo, onde se encontra como objeto entre outros objetos, e a posição de um sujeito transcendental, que constitui esse mundo como o conjunto dos objetos da experiência possível.³⁰

O sujeito moderno constituído por meio dessa duplicidade torna-se capaz de refletir sobre si mesmo a partir da possibilidade de se cindir em um Eu “opaco”,

²⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho*. Do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica, p. 86.

²⁷ ROUANET, Sergio Paulo. *As Razões do Iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 174.

²⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho*. Do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica, p. 86.

²⁹ ROUANET, Sergio Paulo. *As Razões do Iluminismo*, p. 174.

³⁰ ROUANET, Sergio Paulo. *As Razões do Iluminismo*, p. 174.

empírico e objeto de reflexão e um outro Eu “transparente”, que iluminado pela sua consciência pretende trazer à luz o outro. Este é o contraste característico da Modernidade, conforme a explicação de Rouanet:

Enfim, um sujeito se cinde num Eu que se sente como autor de todas as coisas e de sua própria história, e num Eu que se sabe o produto de uma origem infinitamente arcaica. O homem é a origem de tudo e produto de uma origem que o ultrapassa.³¹

Eis o sujeito que toda a reflexão filosófica da modernidade conhece bem: o sujeito da consciência, ao mesmo tempo objeto e senhor do mundo. Racional e emotivo, opaco e transparente, consciente e inconsciente. O sujeito fundamento de todo pensamento antropológico³² característico da Modernidade. Anunciada por Kant até as mais recentes reflexões jurídicas, a filosofia do sujeito emerge como o grande solo de saber da modernidade. As ciências humanas como as psicologias, a sociologia, a etnologia e a nascente criminologia, entre outros saberes, encontram neste contexto as possibilidades de se constituírem como cenários de saber.

Em seu livro *A Arqueologia do Saber*³³, de 1969, Foucault retoma as reflexões sobre o pensamento antropológico moderno; abandona, porém, a forma descritiva de *As Palavras e as Coisas*, adotando uma posição marcada pelo tom crítico.

A crítica de Foucault contida em *A Arqueologia do Saber* versa sobre os impasses da filosofia do sujeito moderna em pensar os temas do mundo e do homem. Tais impasses passam por sua recusa à idéia de um sujeito transcendental como um dado preexistente, como o elemento articulador da formação discursiva.³⁴

³¹ ROUANET, Sergio Paulo. *As Razões do Iluminismo*, p. 174.

³² Sobre a antropologia, entende Foucault “não dessa ciência particular que chamamos de antropologia, e que é o estudo das culturas exteriores à nossa. Por antropologia, entendo essa estrutura propriamente filosófica, que faz com que, agora, os problemas da filosofia sejam todos alojados no interior desse domínio que podemos chamar da finitude humana”. FOUCAULT, Michel. *Filosofia e Psicologia* (1965). In: _____. *Ditos e Escritos: Problematização do Sujeito: Psicologia, Psiquiatria e Psicanálise*. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 221.

³³ FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. 5ª. Edição. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. São Paulo: Forense Universitária, 1997.

³⁴ Para Fonseca, “a noção de formação discursiva decorre da consideração de quais espécies de laços entre um certo número de enunciados poderiam ser reconhecidas validamente como responsáveis por uma unidade que os aglutinasse. Tal consideração se dá em quatro níveis, sob a forma de hipóteses: os enunciados formariam um conjunto enquanto se referissem a um único e

Sua trajetória teórica nesse texto questiona a formação e permanência das “regularidades discursivas”, dos discursos, dos grupos de enunciados no interior de uma formação discursiva, dos saberes, como algo inevitável ou incontestável, que sempre esteve lá, consolidando um esquema de verdade universal regido pela idéia de um sujeito transcendental. No centro dessa discussão está a noção de história.³⁵

A história contínua (talvez mais bem dito como “tradicional”) descrita pelas chamadas disciplinas históricas (a história das idéias, da ciência, da literatura) se desenvolveu (no decorrer da Modernidade) sobre um conjunto de grandes continuidades de pensamento, limitando-se a reconstruir os encadeamentos discursivos capazes de conduzir a uma totalidade ou à busca por uma origem. Uma história cuja atenção está presa ao estabelecimento das grandes unidades descritas como séculos ou épocas.³⁶ Foi nesse sentido, nos alerta Foucault, que todo um saber sobre a análise da política, das instituições ou da economia (até do Direito) foi construído a partir de esquemas globais, lineares e assentados sobre o pensamento antropológico.³⁷ A história contínua, segundo Foucault, é a própria história do sujeito, da consolidação da consciência e racionalidade subjetivas. A busca da origem, as linearidades discursivas, os sistemas de pensamento totalizantes, são o abrigo do sujeito no interior da história do pensamento.

Se a história do pensamento pudesse permanecer como o lugar das continuidades ininterruptas, se ela unisse, continuamente, encadeamentos que nenhuma análise poderia desfazer sem abstração, se ela tramasse, em torno do que os homens dizem e fazem, obscuras sínteses que a isso se antecipam, o preparam e o conduzem indefinidamente, para seu futuro, ela seria, para a soberania da consciência, um abrigo privilegiado. A história contínua é o correlato indispensável à função fundadora do sujeito: a garantia de que tudo que lhe escapou poderá ser devolvido; a certeza de que o tempo nada

mesmo objeto; seria esse conjunto definido em referência à forma dos enunciados e a seu tipo de encadeamento; os grupos de enunciados seriam definidos em função da determinação do sistema de conceitos permanentes e coerentes que em tais grupos estariam em jogo; os enunciados poderiam ser reagrupados em função de seu encadeamento e sua referência a uma identidade e a uma persistência dos temas”. FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e a Constituição do Sujeito*, p. 15.

³⁵ FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*, p. 06.

³⁶ FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*, p. 06.

³⁷ FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*, p. 07.

dispersará sem reconstituí-lo em uma unidade recomposta; a promessa de que o sujeito poderá, um dia – sob a forma da consciência histórica – se apropriar, novamente, de todas essas coisas mantidas à distância pela diferença, restaurar seu domínio sobre elas e encontrar o que se pode chamar sua morada. Fazer da análise histórica o discurso do contínuo e fazer da consciência humana o sujeito originário de todo o devir e de toda a prática são as duas faces de um mesmo sistema de pensamento. O tempo é aí concebido em termos de totalização, onde as revoluções jamais passam de tomadas de consciência.³⁸

A história, na perspectiva dada por Foucault, não pode mais ser pensada a partir das continuidades discursivas, como um lugar de “continuidades ininterruptas” e do abrigo da soberania inquestionável do sujeito. Há o anúncio na *Arqueologia do Saber* de uma história liberta dos continuísmos alegóricos, enfim, da possibilidade de uma história *nova* construída através das descontinuidades e dos jogos de diferença entre os discursos. Para isso, é necessário romper com as tradicionais “fontes” históricas, com a tomada tradicional dos “documentos”, enfim, construir a possibilidade de uma análise dos conteúdos históricos além e aquém da validade dos regimes discursivos tradicionais. Uma histórica cheia de rupturas e descontinuidades que rejeita qualquer recurso no centramento no sujeito.

Assim, romper com o discurso dos continuísmos históricos é romper com o abrigo da soberania do sujeito transcendental. A abertura para uma história *nova*, viva, como proposta pela Arqueologia, é possível mediante a contestação das próprias análises históricas, com o uso da descontinuidade, da definição de níveis e de limites, da descrição das séries específicas e da revelação dos jogos das diferenças em relação às fontes, aos documentos, aos arquivos de pesquisa.³⁹

Foucault acaba por denunciar um debate entre a história do pensamento antropológico com suas continuidades e a emergência do *novo*, revelado pelos movimentos dos discursos assentados no solo moderno a partir da arqueologia, do descontínuo, do desaparecimento da soberania do sujeito.

Com o questionamento sistemático das “unidades dos discursos e dos grupos de enunciados” (e de noções como tradição, desenvolvimento e evolução, de mentalidade,

³⁸ FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*, p. 14-15.

³⁹ FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*, p. 16.

livro e obra)⁴⁰ e da rejeição a qualquer possibilidade de história contínua, Foucault promove com a *arqueologia* um poderoso instrumento teórico-crítico de questionamento ao pensamento antropológico, ao sujeito transcendental e, enfim, ao pensamento moderno construído sobre estas bases.

A crítica ao sujeito promovida por Foucault deve ser pensada nesses moldes. Uma crítica às formações discursivas modernas que criam um sujeito transcendental. Um sujeito que rapidamente se torna o centro de todo o saber possível, um sujeito trans-histórico, porque é capaz de ditar a própria história. E tal “criação” é tão eficiente que permanece para nós, especialmente do Direito, como o incontornável no pensamento. A tarefa arqueológica é a desconstrução. Uma desconstrução iniciada nas reflexões históricas, pelo revelar de discursos mudos e dispersos ou de objetos sem sentido, mas que atingiram certamente a nossa tão cara noção de subjetividade⁴¹.

A soberania do sujeito, bem como a formação discursiva, é historicizada por uma história marcada pela diferença, pela ruptura, pela descontinuidade. Assim, a proposta em perseguir a constituição do sujeito moderno ganha um novo fôlego. Com as leituras de Foucault, entende-se que o sujeito que aparece no mundo o faz de uma forma marginal. Os grandes temas da filosofia do sujeito cedem espaço para um saber construídos no interior dos asilos, das prisões, dos orfanatos, dos hospitais. As pequenas desgraças humanas, a doença, a loucura e o crime, passaram a ser compreendidas nos pequenos fragmentos de vida registrados no interior dessas instituições.⁴² É com esses fragmentos de vida, sem rompantes de soberania, que a idéia do sujeito foi se constituindo no interior dos saberes e dos poderes. O aparecimento de uma mecânica de poder no interior das tramas discursivas revela uma nova fase no pensamento foucaultiano. Uma etapa fundamental para a compreensão de nosso objeto: o sujeito.

⁴⁰ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e a Constituição do Sujeito*, p. 08.

⁴¹ FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*, p. 08.

⁴² FOUCAULT, Michel. A Vida dos Homens Infames. In: _____. *Ditos e Escritos. Volume IV. Estratégia, Poder-Saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 207.

E com sua aula inaugural no Collège d'France, em 1970, denominada *A Ordem do Discurso*, Foucault marca uma espécie de mudança de rumo em suas pesquisas. Nessa aula - publicada no Brasil num formato de um pequeno livro - o discurso, como tema, ganha uma materialidade até então desconhecida, entrelaçado diante de uma relação de poder.

Em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjugar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade.⁴³

A partir das reflexões empreendidas nessa aula, Foucault passa a destacar a importância dos critérios de poder na formação e permanência dos discursos, deslocando assim suas preocupações com a autonomia das formas de saber para as tecnologias de poder presentes na sociedade. A formação dos saberes, as regras de elaboração, distribuição e controle dos discursos devem ser pensadas a partir de práticas de poder.⁴⁴ Saber e poder formam, desse modo, um complexo indissociável, um esquema de análise que possibilitou suas reflexões posteriores sobre a temática do sujeito.

A *arqueologia* encontrou na materialidade dos discursos um limite, mas esse limite pôde ser superado com a emergência da *genealogia* dos poderes, um deslocamento anunciado por Rouanet como da “exumação das regras para a formação dos discursos pela história da gênese das práticas de poder”.⁴⁵

A tematização entre saber e poder será determinante para a compreensão do modo de constituição do sujeito em nosso tempo. Com a inclusão da *genealogia dos poderes*, as reflexões sobre o sujeito se movimentam em outra etapa. Uma nova etapa que será traçada no momento seguinte deste trabalho.

⁴³ FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. 9ª. Edição. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2003, p. 09.

⁴⁴ ROUANET, Sergio Paulo. *As Razões do Iluminismo*, p. 176.

⁴⁵ ROUANET, Sergio Paulo. *As Razões do Iluminismo*, p. 176.

1.2. A Analítica do Poder

À arqueologia voltada para a reflexão sobre os “domínios de objetos” e as “formações discursivas”, Foucault acrescenta outra preocupação teórica interessada em fazer aparecer uma espécie de camada ou de uma interface do saber e do poder, de verdade e de poder.⁴⁶

Desse modo, além das regras de elaboração do discurso e das formulações de verdade, há práticas de poder em constante movimento que estão na fundação do solo moderno. Para Foucault, a sociedade moderna ocidental é caracterizada por um regime próprio de produção de verdades (desde discursos científicos, históricos, jurídicos) que não mais poderiam ser pensados dissociados dos mecanismos de poder presentes na sociedade. São esses mecanismos de poder que fazem falar, tornam possíveis e induzem as produções de verdade e, de igual maneira, são as produções de verdade que “legitimam” os efeitos de poder, promovendo a formação de uma íntima relação entre saber e poder, poder e saber. A forma que essa relação entre saber e poder toma na Modernidade e seus efeitos para o sujeito constituem agora o tema das preocupações foucaultianas.⁴⁷

Essa implicação entre poder-saber pode ser revelada a partir da expansão ou proliferação das possibilidades críticas que, segundo Foucault, desde os anos 60, possibilitou uma “criticabilidade das coisas, das instituições, das práticas e dos discursos”.⁴⁸ Aponta para uma crítica de caráter local, descentralizada, que indicaria uma produção teórica autônoma, sem a necessidade de concordar com nenhum tipo de sistema para promover sua validade, capaz de fazer aparecer uma espécie de

⁴⁶ FOUCAULT, Michel. Poder e Saber, 1977. In: _____. *Ditos e Escritos. Estratégia, Poder-Saber*. Volume IV. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 226.

⁴⁷ FOUCAULT, Michel. Poder e Saber, 1977. In: _____. *Ditos e Escritos. Estratégia, Poder-Saber*. Volume IV, p. 229.

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder*. 17ª. Edição. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2002, p. 169.

retorno ao saber.⁴⁹ Logo, uma crítica voltada a fazer aparecer nas descontinuidades dos discursos, suas particularidades, sua solidez, suas lutas e implicações.

É assim que a partir dos anos 70 observamos um deslocamento da *arqueologia* dos saberes para a *genealogia*, uma tarefa possibilitada, segundo Foucault, mediante essa crítica local que fez aparecer a “insurreição dos saberes dominados” entendidos de dois modos: primeiro, como saberes históricos presentes e mascarados pelas sistematizações funcionais ou saberes sem “erudição” e, segundo, como saberes desqualificados ou insuficientemente elaborados conforme critérios de verdade, de conhecimento científico, portanto, saberes regionais e particulares. O aparecimento desses saberes dominados (sujeitados) revela a possibilidade de aparecimento de um saber histórico da luta, um saber que existe para além das verdades sistêmicas, científicas, operadas no interior das posições de poder.⁵⁰

A tarefa da *genealogia* é, portanto, fazer aparecer esse saber construído na luta e desqualificado pelos mecanismos de verdade e de poder-saber. Segundo Foucault:

A genealogia como o acoplamento do saber erudito e do saber das pessoas, só foi possível e só pôde tentar realizá-la à condição de que fosse eliminada a tirania dos discursos englobantes com suas hierarquias e com os privilégios da vanguarda teórica.⁵¹

A *genealogia* deita-se sobre esses saberes marginais e desqualificados, mas não com o objetivo de realizar uma simples negação dos conteúdos dos saberes eruditos e qualificados. O que ela promove é a possibilidade do confronto entre esses saberes, pois, com isso, os efeitos de poder finalmente apareceriam⁵² e poderiam ser combatidos.

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder*, p. 169.

⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder*, p. 170.

⁵¹ FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder*, p. 171.

⁵² Nas palavras de Foucault: “Trata-se da insurreição dos saberes não tanto contra os conteúdos, os métodos e os conceitos de uma ciência, mas de uma insurreição dos saberes antes de tudo contra os efeitos de poder centralizadores que estão ligados à instituição e ao funcionamento de um discurso científico organizado no interior de uma sociedade como a nossa. Pouco importa que esta institucionalização do discurso científico se realize e uma universidade ou, de modo mais geral, em um aparelho político com todas as suas aferências, como no caso do marxismo; são os efeitos de poder próprios a um discurso confederado como científico que a genealogia deve combater”. FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder*, p.171.

Ao construir a possibilidade de libertar da sujeição tais saberes históricos e torná-los capazes de oposição e luta contra a coerção do discurso único, total, científico e verdadeiro, Foucault aponta para um novo importante aspecto da análise *geneológica*: o poder. Desse modo, textos como *Vigiar e Punir* e a *História da Sexualidade* (dos anos 70) trabalham sobre um eixo de pesquisa que envolve o discurso (sobre o Direito Penal ou sobre a sexualidade) e as relações de poder (no interior das prisões, dos manicômios, das escolas, dos hospitais). Não se trata mais de construir uma análise discursiva sobre as punições ou sobre a repressão à sexualidade, mas algo além. É buscar no nível das práticas diárias, no conhecimento acumulado e exercido cotidianamente no interior das penitenciárias, dos hospitais e das escolas, as relações de poder existentes que de uma forma particular acabam criando os saberes e os sujeitando a sua dinâmica.

Isso significa um deslocamento, ou antes, uma importante “correção de curso” em suas preocupações sobre o sujeito. Com investimento de pesquisa nas análises sobre os mecanismos de poder presentes na sociedade (moderna), as reflexões sobre o sujeito deixam de destacar seu aspecto *constituente* presente nas análises discursivas, para destacar as diferentes formas *como* o sujeito é *constituído* e, finalmente, *o porquê*.⁵³

⁵³ Nesse sentido, completa Machado: “Digamos que a arqueologia, procurando estabelecer a constituição dos saberes privilegiando as inter-relações discursivas e sua articulação com as instituições, respondia a *como* os saberes apareciam e se transformavam. Podemos então dizer que a análise que em seguida é proposta tem como ponto de partida a questão do *porquê*. Seu objetivo não é principalmente descrever as compatibilidades e incompatibilidades entre os saberes a partir da configuração de suas positivities; o que pretende é, em última análise, explicar o aparecimento de saberes a partir de condições de possibilidade externas aos próprios saberes, ou melhor, que imanentes a eles – pois não se trata de considerá-los como efeito ou resultante - os situam como elementos de um dispositivo de natureza essencialmente estratégica. É essa análise do porquê dos saberes, que pretende explicar sua existência e suas transformações situando-o como peça de relações de poder ou incluindo-o em um dispositivo político, que em uma terminologia nietzscheana Foucault chamará genealogia. Parece-me, em suma, que a mutação assinalada por livros como *Vigiar e Punir*, de 1975, e a *Vontade de Saber*, de 1976, primeiro volume de *A História da Sexualidade*, foi a introdução nas análises históricas da questão do poder como instrumento de análise capaz de explicar a produção dos saberes”. MACHADO, Roberto. Por uma Genealogia do Poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 17^a. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 2002, p. X.

Do sujeito constituinte para o sujeito constituído.⁵⁴ Se, por um lado, não é possível a formação de um saber moderno além da experiência do subjetivo, por outro, é necessário reconhecer os mecanismos de poder articulados em cada *epistémê* responsáveis por criar e manter a trama discursiva dos saberes e, também, do sujeito. Segundo Fonseca, “se é claro, para ele, que o sujeito está preso a relações de produção e de significações, também é evidente que está preso a relações complexas de poder”.⁵⁵

A noção de poder no pensamento de Foucault assume características peculiares. De forma geral, as investigações sobre a noção de poder, especialmente oriundas do discurso jurídico e da ciência política, conduzem a reflexões focadas nas questões do Estado, por meio das possibilidades e dos limites do seu exercício no interior dos sistemas político, econômico e social. Uma análise de poder tematizada a partir de questões de soberania e legitimidade, mais interessada em vincular o exercício do poder com a realidade do Estado.⁵⁶

Esse tipo de poder caracterizado pela centralidade da figura estatal é chamado por Foucault de *poder soberano*, um tipo de poder jurídico marcado pelo signo da legalidade e instrumentalizado pela noção de contrato. O poder soberano é a espécie de poder dedicada às questões de fronteira, aos enfrentamentos bélicos, à organização legal e legítima dos poderes do Estado sobre os cidadãos, tornando-se o tema dos esquemas gerais de análise de uma “teoria do poder”.⁵⁷

Com a *genealogia*, Foucault pôde empreender um tipo de análise de poder distinto da ciência política e, portanto, afastado da temática da soberania. Por meio dos fragmentos de informação coletados sobre o funcionamento interno das instituições carcerárias, dos dispositivos de sexualidade, dos saberes mundanos e descontínuos

⁵⁴ ROUANET, Sergio Paulo. *As Razões do Iluminismo*, p. 176.

⁵⁵ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e a Constituição do Sujeito*, p. 27.

⁵⁶ MACHADO, Roberto. Por uma Genealogia do Poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, p. X-IX.

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 26ª. Edição. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 161.

sobre homens e mulheres que experimentam as disposições dos seus corpos e das suas “almas”, Foucault aborda o tema do poder no nível das “relações de poder” travadas diariamente por todo corpo social, como um feixe de forças capaz de atingir os organismos e os aparelhos de forma diferenciada e constante.

É desse modo que Foucault rejeita a concepção de poder dotado de uma “natureza”, uma essência ou uma homogeneidade.⁵⁸ O poder diante da *genealogia* não possui um rosto ou uma localidade específica, mas é espontâneo e capaz de transitar por diversos meios, discursos ou práticas o que, por isso mesmo, acaba impossibilitando sua apreensão por um único aparelho central, como o Estado. Um poder, segundo Machado, que não é um objeto natural, mas é antes uma prática social constituída historicamente no interior dos muros institucionais.⁵⁹

Assim, é possível pensar esse poder para além do Estado, mas nunca em oposição a ele. São duas realidades distintas que, no entanto, unem forças para trabalhar em conjunto ou separadamente, com objetivos afins ou não, atuando em pontos diferentes da vida social.⁶⁰

A analítica do poder realizada por Foucault identificou além do *poder soberano* uma espécie de poder difuso e periférico, “*micropoderes*”, atuando na vida concreta dos indivíduos por meio da disposição do seu corpo, da sua fala, do seu desejo. O funcionamento das relações entre poder e saber construídas pelos “*micropoderes*” é o que caracteriza a sociedade moderna, uma sociedade permeada por um poder jurídico-estatal e por poderes “normalizadores”. A esses poderes “normalizadores”, Foucault chamou de *disciplina (poder disciplinar)* e a *biopolítica (biopoder)*.

⁵⁸ MACHADO, Roberto. Por uma Genealogia do Poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, p. X.

⁵⁹ MACHADO, Roberto. Por uma Genealogia do Poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, p. X.

⁶⁰ MACHADO, Roberto. Por uma Genealogia do Poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, p. XII.

1.2.1. O poder disciplinar

O poder disciplinar é uma espécie de poder que não se interessa pela apropriação ou repressão no interior das grandes questões do Estado, mas se desloca para a função de “adestrar” o corpo. Para o melhor adestramento, o poder disciplinar não procura reduzir o poderio das forças sociais ou organizá-las em esquemas gerais de controle, antes, ele atua na separação, divisão, diferenciação dos corpos, enfim, de tudo o que possa caracterizar a individualidade com o objetivo de refinar a apropriação e torná-la mais eficiente às necessidades econômicas e políticas⁶¹. Nesse sentido, destaca Deleuze:

el poder carece de esencia, es operatorio. No es atributo, sino relación: la relación de poder es el conjunto de las relaciones de fuerzas, que pasa tanto por las fuerzas dominadas como por las dominantes: las dos constituyen singularidades.⁶²

Essa relação de forças que compõem a temática disciplinar necessita da formação de um sistema de informação, vigilância e controle dos corpos no nível das práticas sociais. É no interior das escolas, dos hospitais, das penitenciárias e por meio dos castigos, dos silêncios, das repetições, da normalização do corpo, que o poder se exerce e se transforma. A disciplina é definida como “uma técnica, um dispositivo, um mecanismo, um instrumento de poder”⁶³ que permite o controle minucioso do corpo assegurando a sua sujeição, sua utilidade e docilidade constantes. É, nas palavras de Foucault, uma “anatomia política do detalhe”.⁶⁴

É sobre os detalhes que o campo disciplinar se consolida. Sua atuação não passa pelos grandes rituais de manifestação de poder do Estado, mas se aproxima de um poder sem rito e sem excessos. Todos seus instrumentos são meticulosamente

⁶¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 143.

⁶² DELEUZE, Gilles. *Foucault*. 2ª. Edição. Buenos Aires: Paidós, 2005, p. 53.

⁶³ MACHADO, Roberto. Por uma Genealogia do Poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, p. XVII.

⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 120.

calculados, discretos, mas permanentemente atuantes, como é o caso dos seus principais instrumentos: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame.

Assim, a organização disciplinar pode ser pensada como uma espécie de diagrama⁶⁵, na qual as relações de poder são estabelecidas do interior dos corpos para os corpos. A consolidação dessa espécie de diagrama de poder é o modelo do panóptico idealizado por Bentham.

Trata-se de um poder organizado e exercido na marca do corpo dos indivíduos, interessado em fabricar corpos “dóceis e úteis”, ou seja, fabricar um tipo de indivíduo necessário para a produção industrial do capitalismo demandado pela sociedade moderna⁶⁶. É, portanto, um poder pouco interessado na repressão, na negação ou na violência mutiladora do corpo, pois o corpo, numa sociedade capitalista, tem um valor econômico alto e precisa ser preservado por uma estratégia disciplinar organizada sobre um princípio de eficácia produtiva. A disciplina produz saber e produz o indivíduo necessário para alimentar sua própria mecânica, o capital.

Preparar o corpo requer o estabelecimento de uma série de intuições lineares e sincronizadas para o adestramento dos indivíduos. O poder sobre o corpo se funda em um nível molecular, capilarizado, ou seja, um poder difuso pelos diversos núcleos sociais, ao mesmo tempo e o tempo todo. Sua atuação requer a organização e a sistematização do ambiente de trabalho nas fábricas, do regime escolar, da economia dos castigos punitivos e até das relações familiares. Melhor dito, sua eficiência está assentada na preocupação com o controle do espaço e do tempo encerrados no indivíduo. É dessa forma que a disciplina pode ser exercida sem a necessidade de um centro e sem um lugar privilegiado de atuação. Com a descentralização dos lugares de força, o controle disciplinar passa a circular pelos corpos, mas não impede a formação de mecanismos de resistência.

A análise *genealógica* revela a disciplina como um poder que atua no corpo do indivíduo preparando-o para as demandas da sociedade moderna; entretanto, os mecanismos de poder na sociedade continuam em transformação. Se o interesse de

⁶⁵ DELEUZE, Gilles. *Foucault*, p. 60.

⁶⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 143.

Foucault é trilhar as possibilidades de pensar as questões de seu tempo, a identificação do poder disciplinar não pode ser tomada como uma espécie de “diagnóstico” final da mecânica de poder moderna. Além das disciplinas, Foucault identificou um outro tipo de poder “normalizador”, a biopolítica, tema da reflexão do próximo item do trabalho.

1.2.2. A Biopolítica

A genealogia dos poderes não pára por aí. Foucault na parte final do seu livro *A Vontade de Saber*⁶⁷ aponta para a existência de uma outra espécie de atuação de poder, diferente da disciplina, a partir dos dispositivos de sexualidade.

Para Foucault, longe da repressão ao discurso do sexo, observa-se na sociedade moderna a elaboração de um conjunto de dispositivos para incentivar e para fazer falar sobre a sexualidade. O principal instrumento de fala do indivíduo sobre o sexo é a confissão.⁶⁸ A temática da confissão nascida no interior do poder pastoral cristão ganha tamanha importância que é transportada para os discursos médicos, psicanalíticos e pedagógicos (ciências modernas), pois é no desenrolar da confissão que indivíduo deve falar a verdade sobre sua sexualidade e, enfim, falar sobre sua verdade, sobre a verdade do sujeito. E essa fala sobre sua verdade individualizada que possibilita sua constituição como um sujeito, um sujeito da sua sexualidade.

Com o discurso de sexo conhecido e revelado, ele torna a esfera subjetiva passível de controle por mecanismos exteriores a ela. A partir do desvelamento do sexo, todo um conhecimento sobre a subjetividade é construído sobre uma questão médico-social, de saúde pública, de gestão de governo. Um conhecimento organizado sobre a classificação do sexo, suas patologias, sua epidemiologia e sua higienização. E se as práticas disciplinares são responsáveis por fabricar o indivíduo como um objeto “dócil e útil”, diante da confissão o indivíduo aparece como sujeito de sua sexualidade,

⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade. A Vontade de Saber*, Tomo 1. 14ª. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 2001, p. 131.

⁶⁸ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade. A Vontade de Saber*, Tomo 1, p. 61.

tornando-se alvo de um novo tipo de poder, um poder interessado na vida, no fazer viver dos seres humanos. É o *biopoder* ou a *biopolítica*, um tipo de poder que age sobre o indivíduo-sujeito revelado a partir da população humana como conjunto e como espécie.⁶⁹

A biopolítica é definida por Foucault nas páginas iniciais do curso *Sécurité, territoire, population* de 1977-1978, como um conjunto de mecanismos por meio dos quais a espécie humana, constituída por seus riscos biológicos fundamentais, poderá ser parte de uma estratégia política, uma estratégia de poder, ou seja, como a partir do século XVIII, as sociedades ocidentais tomaram em conta o fato biológico fundamental de que o homem constitui a espécie humana.⁷⁰

O que interessa a esse poder são as questões relacionadas a esse conjunto populacional, suas demandas e seu gerenciamento. Sua estratégia é a regulação da população por meio dos dispositivos de seguridade social, de saúde pública ou de controle da criminalidade. Nesse sentido, é preciso conhecer a dinâmica populacional mediante a elaboração de todo um saber estatístico, geográfico e demográfico. E se as ciências humanas e outros saberes individualizantes (como as psicologias e a criminologia) são escritos na lógica disciplinar, questões como taxas de natalidade e mortalidade, controle epidêmico e taxas de criminalidade ganham maior destaque nessa ordem de saberes.

É por volta da metade do século XVIII, segundo Foucault, que o biopoder centrou-se no “corpo-espécie”, interessando-se mais pelos sistemas de manutenção da vida biológica. Assim, além do adestramento do corpo, o capital econômico e social promove o interesse nos processos biológicos de manutenção da vida. E sob a biopolítica organiza-se uma nova forma de governo, uma arte de governar, que deixa de entender o governo como um fim si mesmo para visar à população. Nas palavras de Foucault:

⁶⁹ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade*. A Vontade de Saber, Tomo 1, p.131.

⁷⁰ FOUCAULT, Michel. *Securité, territoire, population*. Cours au Collège de France (1977-1978). Col. Hautes Études. Paris: Gallimard-Seuil, 2004, p. 04. E, *Seguridad, Territorio e Población*. Curso em el Collège de France: (1977-1978) Buenos Aires: Fondo De Cultura Económica, 2006, p. 15.

A população aparece, portanto, mais como um fim e instrumento de governo que como força do soberano; a população aparece como sujeito de necessidades, de aspirações, mas também como um objeto nas mãos do governo; como consciente, frente ao governo, daquilo que ela quer e inconsciente em relação àquilo que ele a faça. O interesse individual – como consciência de cada indivíduo constituinte da população – e o interesse geral – como interesse da população, quaisquer que sejam os interesses e as aspirações individuais daqueles que a compõem. Nascimento, portanto de uma arte ou, em todo caso, de táticas e técnicas totalmente novas⁷¹.

A tecnologia biopolítica também é tematizada por Foucault nos momentos finais do curso *Em Defesa da Sociedade*⁷² (1975-1976), todavia, aparecendo em um contexto diferente. Nesse curso Foucault irá se deitar sobre as discontinuidades históricas dos conflitos burgueses-monarquistas no limiar da modernidade, sobre as transformações dos jogos políticos realizados por uma monarquia em transformação, uma burguesia em ascensão e a conseqüente formação de um tipo de discurso histórico (burguês) sobre a guerra. A guerra aparece menos como uma batalha entre nações e mais como uma batalha no interior da nação. Uma guerra interna contra aqueles que desejam desestabilizar a nova ordem burguesa, uma guerra de eliminação dos inimigos sociais internos⁷³.

Daí a inversão da posição de Clausewitz⁷⁴ proposta por Foucault: “a política é a guerra prolongada por outros meios”⁷⁵, pois, paralela aos discursos de poder relacionados à questão da soberania e do enfrentamento externo entre nações, a “nova” historiografia burguesa evidencia uma transformação nos jogos de poder, destacando sua preocupação com os desafios e choques internos à nação. O poder da nação já não seria medido por uma relação exterior com as demais nações, mas a partir do fortalecimento interno, da formação de estratégias de poder internas combativas contra os “perigos” e “ameaças” de dentro da nação. As relações de poder

⁷¹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, p. 289.

⁷² FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁷³ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*, p. 206.

⁷⁴ A formulação de Karl Von Clausewitz (1780-1831) versa “A guerra não é mais que a continuação da política por outros meios”.

⁷⁵ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*, p. 23.

na sociedade moderna estariam delimitadas em função de uma batalha contínua, em que a política encontraria sua finalidade.

A tematização do novo jogo político, dos seus enfrentamentos aguerridos, das lutas e batalhas no interior do corpo social, faz aparecer, segundo Foucault, a noção de *raça*, do racismo, ou melhor, do enfrentamento das raças como uma questão fundamental para a história política. E é justamente sobre como se dá apropriação desse discurso da raça por uma tecnologia de poder sobre a vida – biopolítica - e assim a tornando uma questão de Estado como um limite à própria vida, que Foucault destinará suas atenções. A formação de um racismo de Estado, biologizado, como presente no nazismo é a expressão da radicalização da tecnologia biopolítica nas sociedades contemporâneas.⁷⁶

A apropriação do discurso sobre a raça une-se às estratégias repressivas do saber-poder da sexualidade para formatar a nova tecnologia de poder moderna. Uma tecnologia interessada na “vida”, em “fazer viver e em deixar morrer”⁷⁷, cuja aplicação atinge um conjunto populacional e se torna uma questão de governo, uma preocupação do Estado, destacando, desse modo, uma possibilidade de articulação inédita entre o poder soberano (do Estado) e a biopolítica. Uma articulação que modificará sensivelmente as questões do Estado e do direito nas sociedades contemporâneas.

Nesse momento no curso *Sécurité, territoire, population*, a temática do governo é afastada da razão do pensamento político clássico e das questões de soberania para destacar o aparecimento, através da literatura antiMaquiavel, de uma certa “arte de governar” ou uma “governamentalidade” pautada na regulação e no controle da população⁷⁸.

As questões de governo, sob a mecânica de seguridade, deixam a transcendência de suas regras, a sua centralidade e sua singularidade na figura do príncipe-soberano, para se organizarem sob uma racionalidade própria de Estado. O

⁷⁶ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*, p. 304.

⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*, p. 294.

⁷⁸ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, p. 217-218.

governo não mais se refere a um território ou a uma estrutura política, e não é exercido a partir de uma relação exterior, assimétrica e descendente em relação aos súditos. O poder do príncipe não mais transcende o governo, mas está encerrado nele, nas questões diárias, nas demandas da população, nas práticas regulamentadoras.⁷⁹ A “governamentalidade” como defendida por Foucault aparece diante da centralização do debate político no interior da economia e do surgimento da população como um sujeito político, quando a idéia de governo não está mais vinculada a um território, mas ao governo dos homens e das coisas.

Sobre a “governamentalidade”, Foucault destaca três aspectos:

1. o conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer esta forma bastante específica e complexa de poder que tem por alvo a população, por forma principal de saber a economia política e por instrumentos técnicos essenciais, os dispositivos de segurança;
2. a tendência em que todo o Ocidente conduziu incessantemente, durante algum tempo, à preeminência deste tipo de poder, que se pode chamar de governo, sobre todos os outros – soberania, disciplina, etc. – e levou a desenvolvimento de uma série de aparelhos específicos de governo e um conjunto de saberes;
3. o resultado do processo através do qual o Estado de justiça da Idade Média, que se tornou nos séculos XV e XVI, Estado administrativo, foi pouco a pouco governamentalizado.⁸⁰

E essa “governamentalidade” como uma “arte de governo” diferente da “razão de Estado” soberana tem suas raízes históricas identificadas por Foucault no pensamento cristão, na pastoral cristã, na formação de um tipo de poder de condução dos homens, que não se exerce em função de um território, mas sobre a multiplicidade de homens em constante movimento e na realização do seu ‘bem-estar, da sua “providência” (a idéia do pastor provedor e seu rebanho), por meio do exemplo de vida e do ensino de um modelo de conduta de vida.⁸¹

Um tipo de poder cristão que atua sobre os homens atingindo-os individual e coletivamente, visando a sua “salvação”. E essa “salvação” objetivada pelo poder pastoral acaba por estabelecer dois tipos de relação, uma entre o pastor (chefe) e

⁷⁹ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*, p. 218.

⁸⁰ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, p. 292.

⁸¹ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*, p. 220.

rebanho, e outra entre a lei e a verdade. Afinal quem conhece a lei pode conhecer a vontade de Deus, exigindo a prerrogativa de obediência integral. Para a “salvação”, é necessária a obediência, a obediência à lei e a um modelo de conduta de vida. Assim, o poder pastoral acaba possibilitando a emergência de um modo de individualização (baseado no exemplo de condução de vida do pastor e sua observação diária sobre a conduta do rebanho e sua obediência à lei).

Para Fonseca, a questão do governo como gestão de condutas será objeto de diferentes formas de “governamentalidade”, especificadas por Foucault entre os anos de 1978 e 1979. Trata-se de tematizar os diferentes tipos de governo (de gestão de condutas) desde as transformações de “razão de Estado”, como um modelo de governo pautado pelo poder soberano, até as recentes formações do Estado Administrativo (moderno) e do Estado de Governo, liberal e neoliberal.

A questão do Estado Moderno se torna, portanto, apreensível, de duas maneiras: uma, por uma racionalidade de governo pautada pelas questões de soberania e legitimidade (organização política e jurídica do Estado); outra, pela formação de um governo dos homens interessado mais nas condutas práticas da vida e menos nos aspectos transcendentais das regras.⁸²

Para Foucault, foi por volta da metade do século XVIII que se pôde visualizar uma transformação nas formas de “governamentalidade”. Segundo Fonseca, trata-se da emergência de uma nova “arte de governar”, a que Foucault chamou de “liberalismo”. Uma nova governamentalidade que se constituirá na elaboração de medidas de limitação da “arte de governar” pautada pela razão de Estado. Nesse sentido, o “liberalismo” procurará limitar os tipos de intervenção do Estado sobre a vida e as atividades do indivíduo.

No liberalismo, a economia, o modelo econômico, torna-se o principal destino e fim da prática governamental⁸³; o enraizamento da economia política sobre a razão de

⁸² FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*, p. 222.

⁸³ Foucault introduz uma outra forma de “governamentalidade”, o neoliberalismo, tematizado de dois modos: o neoliberalismo alemão (do pós-guerra) e neoliberalismo norte-americano. Conforme Fonseca, o neoliberalismo alemão “liga-se à idéia de uma fundação legitimadora do Estado, calcado na liberdade econômica”. A economia teria assim a função de “produzir” soberania. O contexto norte-americano é

Estado, cujo lugar de privilégio é o mercado. O mercado produz saber e verdade, privilegiando o econômico, como forma de prover a vida.

A soberania do poder aliada à individualização do corpo são condições para a consolidação da biopolítica como um novo modelo normalizador. É nesse sentido que devemos pensar a condição do Estado (especialmente depois das grandes guerras), do direito e dos sujeitos.

A temática do biopoder é a vida. Isso não significa o fim da disciplina, pelo contrário, a mecânica do biopoder atua em segmentos diferentes dos estratos disciplinares, em outras palavras, possuem diferentes finalidades, mas se completam compondo uma estratégia organizada sobre a emergência da vida com o destino de poder. Agora, aliado ao saber-poder sobre o indivíduo, aparece um saber-poder sobre a população.⁸⁴

Em suma, a disciplina e a biopolítica são estratégias de poderes existentes na sociedade moderna além do aparelho do Estado. Poderes diferentes distribuídos por todo corpo social formatando o indivíduo e a população. Mas esses poderes, segundo Foucault, delimitados por procedimentos “menores” e pelas práticas mundanas, acabam por invadir a temática do Estado e seus rituais imponentes modificando-lhe a essência e impondo-lhe novas formas de atuação. E até o sistema jurídico acaba por fim envolvido.

Essas reflexões são importantes para o seguimento deste trabalho. Por ora, é importante ressaltar as formas como os poderes são delineados por Foucault na sociedade moderna. Mas não qualquer poder. Essa materialidade do poder revelada pela genealogia permite extrapolar as concepções abstratas do sujeito moderno, das

diferente, pois os ideais liberais fazem parte da própria formação do país, sendo um “modo de ser e pensar”. O neoliberalismo norte-americano é chamado por Foucault de “teoria do capital humano”. Especialmente esse último terá grande importância para o estudo da criminalidade contemporânea. FONSECA, Márcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*, p. 228-229.

⁸⁴ Nas palavras de Foucault: “este bio-poder, sem a menor dúvida, foi elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, que só pôde ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos. Mas, capitalismo exigiu mais que isso; foi-lhe necessário o crescimento tanto de seu reforço quanto de sua utilidade e docilidade; foram-lhe necessários métodos de poder capazes de majorar as forças, as aptidões, a vida em geral, sem por isso torná-las mais difíceis de sujeitar; (...)”. FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade. Vontade de Saber*, Tomo 1, p. 132.

filosofias do sujeito e das teorias unitárias do poder (especialmente as jurídicas). No item seguinte procuraremos compreender o indivíduo moderno a partir da temática do poder.

1.3. O Indivíduo Moderno

Para Foucault, o indivíduo tal como o conhecemos é produto de um tempo certo. A individualidade só tem lugar diante da modernidade. E, nesse sentido, o homem moderno aparece como produto de um tipo de tecnologia de poder. A reconstituição dos passos da formação do indivíduo transita pela compreensão de uma certa política do corpo, uma certa elaboração de estratégias de adestramento responsáveis por tornar dócil e útil a acumulação dos homens. São essas estratégias resultantes da relação entre saber e poder que exigem o entrecruzamento das possibilidades de objetificação e sujeição dos indivíduos. O entendimento das condições de possibilidade da constituição do indivíduo moderno passa, segundo Foucault, necessariamente pela compreensão do modo da objetificação e sujeição do corpo.⁸⁵

A objetificação do homem é narrada em detalhes durante sua *démarche* em *Vigiar e Punir* como resultado dos instrumentos disciplinares (vigilância hierárquica, sanção normalizadora e exame) responsáveis pela acumulação de informação sobre o corpo e sua tematização como objeto de saber das ciências humanas e, por conseguinte, da sua sujeição a essa dinâmica de saber e poder.

É, nesse sentido, segundo Foucault, que a sociedade disciplinar promoveu uma inversão do chamado “eixo político da individuação”, ou seja, promoveu uma ruptura como um tipo de poder característico do Antigo Regime, marcado pela individualização “*ascendente*”. A sociedade feudal conhecia um tipo de poder descrito sob lugar soberano do rei. Era o soberano o senhor absoluto de uma sociedade fortemente hierarquizada, detentor de um verdadeiro poder de “*morte*” sobre os súditos. Para Foucault, toda a temática do poder no Antigo Regime obedecia ao signo da morte, da repressão e da violência supliciar do corpo. Era um poder marcadamente ritualístico

⁸⁵ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e a Constituição do Sujeito*, p. 26.

objetivando a centralização plena do poder na figura do rei. Nessa sociedade feudal, centralizada e hierarquizada, o grau de distinção dos indivíduos era tanto maior quanto o seu grau de privilégios e sua posição política no interior do regime feudal.⁸⁶

Mas, diante da mutação na mecânica de poder, diante da Modernidade, o eixo de individuação é “*descendente*”, isso porque, a sociedade disciplinar desenvolve um tipo de poder regido pelo signo da “corpo-vivo” e não mais da “morte”, na qual a diferenciação individual é pertinente. Um tipo de poder interessado em captar o “corpo”; em deixar viver os homens por sua transformação em corpos “dóceis e úteis”. Em um regime disciplinar a realização de um poder difuso, anônimo e funcional, acaba necessitando de homens cada vez mais individualizados. Os rituais e as cerimônias feudais de distinção dos corpos são substituídos pelas fiscalizações constantes, por um saber organizado sobre as distinções ínfimas dos corpos, por uma economia de poder interessada em fazer viver a potência máxima do homem.⁸⁷ Um poder capitalista interessado em produzir o corpo e não em mutilá-lo.

No solo moderno a medida em que as práticas disciplinares restam consolidadas (especialmente a partir dos seus instrumentos), a individualidade vai adquirindo contornos mais definidos, caracterizada como: celular, orgânica, genética e combinatória.⁸⁸

Segundo Fonseca, a individualidade é celular porque permite a localização e a distribuição precisa do homem no interior do espaço, onde cada indivíduo tem uma posição única e exclusiva. Nesse sentido, cada individualidade é tomada como única, não em função de características próprias, mas porque está associada a um lugar exclusivo no espaço. O indivíduo é reconhecido, assim, em função do seu lugar no interior da sala de aula, da sua máquina na fábrica, do seu leito no hospital.⁸⁹

⁸⁶ Segundo Foucault, o critério de diferenciação era o nome de família, a genealogia, as relações de vassalagem e suserania - um exemplo dessa individualização ascendente é a constatação de que todo crime era considerado como um regicídio, não havendo a idéia de proteção a um bem jurídico relevante, apenas o soberano. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 160.

⁸⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 161.

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 160.

⁸⁹ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e a Constituição do Sujeito*, p. 81.

É, por conseguinte, orgânica em razão de a distribuição dos corpos no espaço possibilitar uma codificação criteriosa das atividades em relação às frações de tempo em que ocorrem, facilitando sua funcionalização. Dessa forma, o indivíduo já localizado é colocado em funcionamento, é colocado para produzir no interior de um complexo produtivo.⁹⁰

A individualidade celular e orgânica é ainda genética, pois possibilita com a acumulação de tempo a maior rentabilidade do corpo. Nesse sentido, para a melhor distribuição e funcionalização, também é preciso articular os intervalos temporais das atividades com o objetivo de fazer render ou acumular tempo. E, há ainda a individualidade combinatória, a última característica, que significa que o indivíduo não é constituído como um ser considerado isoladamente. Por uma combinatória de forças, as disciplinas, o indivíduo é considerado como único, apenas como parte de um conjunto.⁹¹

São tais características da individualidade que possibilitam a tese de que a constituição do indivíduo moderno como um objeto “dócil e útil” é efeito de uma formação histórica de poder, as disciplinas. Nesse sentido, o indivíduo moderno é objetificado porque diante das práticas disciplinares é possibilitado um acúmulo de conhecimento sobre o corpo, um conhecimento sistematizado pelas chamadas “ciências humanas”: as psicologias, a sociologia, a antropologia, a criminologia, entre outras “humanidades”.

Daí a preocupação de Foucault com o tema do carcerário, pois é a formação de uma rede carcerária moldada disciplinarmente que tornou historicamente possível as ciências humanas. É nesse sentido que a própria formação histórica do Direito Penal na modernidade pode ser pensada mediante o impacto do poder disciplinar no interior do seu sistema jurídico. Na modernidade, as formas de punição são orientadas para a disciplina do corpo do prisioneiro no interior da prisão, o que possibilitou a formação de um saber especial sobre os indivíduos. O resultado dessa implicação entre objetivação–sujeição é a emergência do homem conhecível seja pelo se

⁹⁰ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e a Constituição do Sujeito*, p. 81.

⁹¹ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e a Constituição do Sujeito*, p. 82.

comportamento, pela alma, pela individualidade, ou pela consciência como o lugar privilegiado do castigo.⁹²

Mas as possibilidades de constituição do indivíduo não param por aí. Ao lado da objetificação disciplinar narrada em *Vigiar e Punir* há práticas de subjetivação ou sujeição do indivíduo. O indivíduo moderno constituído como sujeito, tematizado em a *Vontade de Saber*, está “sujeito” a uma sexualidade revelada diante de práticas de saber: a confissão. É através do discurso de verdade anunciado pela sua sexualidade, que um saber próprio sobre o indivíduo, um saber subjetivo, é passível de ser conhecido, narrado e manipulado pelos interesses de poder: o indivíduo objeto e sujeito, da disciplina, do biopoder, das ciências humanas e das “novas” ciências populacionais.

O interesse de Foucault em pensar o indivíduo moderno tem aí seu referencial: é preciso revelar sob quais relações de força, sob qual economia política de poder algo como o corpo é constituído como indivíduo e como sujeito em nosso tempo.

E a temática do poder em Foucault nos possibilita entender a constituição do indivíduo moderno no contraponto entre um poder exercido nos moldes de soberania (jurídico) interessado no homem na medida em que ele é sujeito de poder estatal (soberano), portanto, passível de ser exigida a sua “morte”, e outros tipos de poder – disciplina e biopolítica – interessados no fazer viver dos homens, na organização de um poder sob o signo da “vida”.

A possibilidade de sujeição do corpo-vivo do homem encontra uma outra possibilidade no curso *Naissance de la Biopolitique*⁹³ de 1978-1979. Nesse curso, Foucault tematizará como a consolidação do neoliberalismo no século XX (especialmente nos Estados Unidos do pós-guerra) promove a articulação da economia com uma série de domínios tradicionalmente não-econômicos, como a política, o Estado, o sujeito humano e sua subjetividade. Sob o impacto da racionalidade econômica do neoliberalismo (uma racionalidade que é biopolítica), todos os interesses

⁹² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 252.

⁹³ FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*. Cours au Collège de France (1978-1979). Col. Hautes Études. Paris: Gallimard-Seuil, 2004.

sociais, políticos e subjetivos só encontram a possibilidade de constituir-se como objeto de saber-poder se permeados pelas leis de mercado. A lei de oferta e demanda torna-se o regramento subjetivo primeiro e último da produção da “verdade” sobre o sujeito. O sujeito apreendido pela racionalidade de mercado é denominado *capital humano*.⁹⁴

Para Foucault, a apropriação pelo mercado dos domínios não-econômicos da vida atinge o próprio homem e o governo de sua subjetividade. O corpo do sujeito torna-se o lugar do investimento capital, o que gera lucro ou prejuízo de acordo com as leis de oferta e demanda. Nesse sentido, a educação, a alimentação, a saúde mental são vistas como investimento em capital humano. Não basta educar (ou disciplinar) o corpo para o trabalho, agora, a educação tem o objetivo de gerar e transmitir capital, de transformar o corpo na própria economia de mercado.⁹⁵

Foucault identifica na noção de herança o exemplo dessa transformação da função do corpo. Tradicionalmente a herança está vinculada à transmissão de bens ou de valores entre pais e filhos. Todavia, sob o neoliberalismo transmite-se o capital humano, transmitem-se os investimentos realizados em educação, saúde, lazer, enfim, na vida dos filhos, para que eles tenham acesso à economia de mercado mais aptos, mais fortes e mais eficientes, uma preocupação especial das classes sociais mais abastadas.⁹⁶

O sujeito como *capital humano* é, portanto, a expressão da mercantilização do corpo humano pela economia do neoliberalismo. É o sujeito que pensa, age e se comporta segundo as leis do mercado; que é regido por uma “economia subjetiva” pautada em função da “perda” e do “ganho” que seus atos podem trazer. Também é o sujeito “governamentalizável”⁹⁷, isto é, que pode ter sua conduta governada pela racionalidade econômica do neoliberal.⁹⁸ É o sujeito transformado em capital humano que em vão tenta negociar sua economia subjetiva com o resto do mundo. Bem, é esse

⁹⁴ FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*, p. 258.

⁹⁵ FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*, p. 258.

⁹⁶ FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*, p. 258.

⁹⁷ FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*, p. 258.

⁹⁸ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e a Constituição do Sujeito*, p. 237.

o sujeito apontado por Foucault como a nova sede da economia punitiva contemporânea.

Revelar a mecânica de poder moderna e sua principal criação - o indivíduo – é um importante ponto para reflexão do capítulo seguinte. Se para Foucault a noção de indivíduo é criada historicamente diante de uma relação especial de saber-poder, também as formas de punição estão abrigadas no interior de uma historicidade. Assim se sucedeu à punição-suplício, a punição-prisão, a punição-carcerária.

E é diante da sua desconcertante afirmação contida no primeiro capítulo de *Vigiar e Punir* sobre a “entrada da ‘alma’ no palco da justiça penal” que podemos trilhar um percurso revelador sobre essa intrincada relação entre sujeito e punição na Modernidade. Uma relação entre o universo da teoria jurídica do Direito Penal e seu modelo de poder jurídico centralizado nas figuras do crime, do infrator (autor) e da punição e o modelo de prisão-carcerária (o penitenciário), criado segundo o diagrama de poder disciplinar, orientado para a fabricação de um tipo de individualidade (o delinqüente), cujo interesse é a vida. São essas questões o ponto de partida para a tematização da etapa seguinte do trabalho.

CAPÍTULO 2

SUJEITO E PUNIÇÃO

2.1. O Legal e o Normal

2.1.1. O Direito e “seus” usos: soberania e legalidade

Se não é possível falar em uma teoria geral do poder em Foucault, ou mesmo, em um poder concebido em escalas gerais ou em temas globais, também é inviável perseguir nas suas reflexões algo como uma “teoria do direito”. O direito em si, como um sistema de racionalidade geral e autotematizado não é de fato um destino das preocupações foucaultianas, mas, segundo Ewald, a reflexão de Foucault nos convida a deixar em suspenso a idéia de “direito” (tal como ensinada nos manuais jurídicos), afinal, uma definição do “direito” só poderia conduzir “a um desses universais abstratos, tal como ‘poder’ ou ‘Estado’, cuja falsa evidência Michel Foucault não se cansou de perseguir”.⁹⁹ Isso não significa uma impossibilidade de reflexão, pelo contrário, a relevância do direito para Foucault está na possibilidade de análise dos seus “usos”, das práticas judiciárias, do lugar de realização do direito: o indivíduo-corpo e o homem-espécie¹⁰⁰.

E, segundo Fonseca, tais “usos” constituem “imagens” do direito espalhadas em diferentes momentos do pensamento foucaultiano. Cada diferente “uso” do direito corresponderia a uma determinada necessidade específica de reflexão sobre uma temática (por exemplo: a punição disciplinar, a sexualidade, o governo dos homens). A *genealogia*, como uma despreensão de método, serve também aqui como possibilidade de tematizar o direito para além do seu próprio arsenal teórico-

⁹⁹ EWALD, François. *Foucault. A Norma e o Direito*. Lisboa: Vega, 1993, p. 60.

¹⁰⁰ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, p. 289.

metodológico, o que nos permite (ou nos desculpa) trilhar esse caminho de reflexão sobre o direito, de fora do direito.

A “primeira imagem do direito em Foucault”¹⁰¹, segundo Fonseca, identifica o direito com um modelo de poder soberano. Um direito cuja forma é uma estreita relação entre a legalidade e a legitimidade do poder político soberano (representado pelo rei). A “segunda imagem do direito” emerge na modernidade em função da consolidação da relação entre o “direito” e a “norma”, entre um modelo de poder soberano e um modelo de poder estratégico (os poderes normalizadores: disciplina e biopolítica). Uma relação que promove a assimilação e a transformação do discurso jurídico-legal, possibilitando o aparecimento em nossa sociedade de um tipo de direito normalizador (sendo Direito Penal é um grande exemplo dessa transformação).

Para Foucault, foi durante o Antigo Regime que direito passou a ser identificado com o modelo de soberania, construído sobre a legitimidade da questão da soberania, ou melhor, da organização do poder em torno da figura real.

Diante de um poder absoluto, o soberano possui tudo e pode dispor de tudo. E o direito organizado sobre tal poder soberano é um discurso incrustado de concretude, ou seja, possibilitado e centralizado na figura do soberano. Não há lei fora do rei. Ele é o princípio e o fim do direito, o absoluto, o único proprietário e o único ator político. O elemento articulador de uma sociedade comunitária (“ascendente”) em que o homem (ou o conjunto deles) só poderia ser pensado em razão da sua condição de súdito. Um

¹⁰¹ Para Fonseca, as imagens adquiridas pelo direito em Foucault são três: a) a oposição entre direito e normalização; b) a implicação entre normalização e o direito; c) uma nova oposição entre normalização e direito. A primeira dessas imagens é tratada como a oposição entre o modelo jurídico do poder e o modelo normalizador composto pela disciplina e a biopolítica, iniciada em *Vigiar e Punir* até as primeiras duas aulas do curso *Em defesa da Sociedade* e no livro *Vontade de Saber*. A segunda imagem é concebida diante do impacto transformador dos poderes normalizadores no universo da legalidade, no universo jurídico, destacando como sob a influência da “norma”, o legal acaba sendo “normalizado”. A terceira imagem do direito é construída sobre sua possibilidade de ser um local de resistência à normalização pela da emergência de um “direito novo”. Tendo em vista os objetivos do presente trabalho, esse esquema de análise proposto por Fonseca torna-se especialmente útil, uma vez que facilita a compreensão do lugar da construção do discurso jurídico da culpabilidade e sua implicação no nível das práticas com os poderes normalizadores.

direito representado pela figura do gládio, da espada soberana, que instrumentaliza um verdadeiro “direito de vida e de morte” sobre seus súditos.¹⁰²

Tal poder jurídico - total e assimétrico – identifica, de um lado, o poderoso soberano-pai que dá a vida ao súdito exigindo obediência e fidelidade e, de outro, o súdito, um “elemento neutro” diante do poder, que só adquire visibilidade em função do direito de o soberano dispor da sua vida e da sua morte. Daí a profunda assimetria, o intenso desequilíbrio e a forma opressiva de atuação do poder.¹⁰³ É, portanto, um poder que se exerce em “fazer morrer ou deixar viver” os súditos, destinando à morte um lugar privilegiado nessa sociedade comunitária (indiferenciada) vinculada ao trabalho na terra. A morte, sob a regência do poder soberano, não é um fenômeno natural, mas possui uma certa centralidade na vida social e política; é pública, sacralizada e ritualizada como lugar do exercício desse poder; é um fenômeno do efeito da vontade do soberano.

Durante a época Clássica, o direito organizado sobre um tipo de poder de soberania ainda encontrava lugar, mas com uma abordagem diferente. Aos poucos, os juristas dos séculos XVII e XVIII passaram a tematizar o “direito de vida e de morte” a partir da perspectiva do contrato, ou melhor, da absorção da “vida” pelo contrato e a necessidade da sua proteção como elemento articulador das questões de soberania.¹⁰⁴ Como forma de contestação ao absolutismo do rei e seu poder de morte, o sistema jurídico é organizado como o principal elemento de limitação dessa soberania. A classificação, a ordenação e a sistematização das leis, “dos direitos”, dos princípios jurídicos representaram a contraposição ao poder do rei sem o rompimento com a legalidade. Foi a época de elaboração dos grandes sistemas jurídicos, das teorias contratualistas e das codificações taxionômicas da *epistémê* clássica.

O “contrato” é entendido como um limite ao poder soberano, pois faz aparecer um tipo de relação jurídica entre um soberano (sujeito de direito) e outros sujeitos de direitos (e não mais súditos). Assim, o poder soberano não pode mais ser exercido pela

¹⁰² FOUCAULT, Michel. *Vontade de Saber*. História da Sexualidade, Tomo 1, p. 128.

¹⁰³ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*, p. 286.

¹⁰⁴ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*, p. 287.

disposição absoluta do súdito (do “direito de vida e de morte”), mas por um limite de direito, de uma relação de direito entre o soberano e o sujeito de direito mediada pelo contrato social.

É na modernidade que o direito sofre o impacto transformador das tecnologias de poder interessadas na “vida” humana. Sob o impacto da “vida”, o direito passa ser pensado como um *procedimento de sujeição e dominação dos indivíduos e da regulação populacional*, não estando apenas vinculado a questões de legitimidade.¹⁰⁵ Isso não significa o abandono das formas jurídicas de poder, mas sua tematização em um outro nível: na formação dos poderes normalizadores. Nesse sentido, segundo Foucault, interessaria menos ao direito moderno (por exemplo) as digressões do *Leviatã* e das teorias contratuais clássicas e mais as estratégias de domínio dos indivíduos ou a regulamentação populacional no interior de uma trama de poderes normalizadores.

O conceito de “norma”, ao contrário do que possa imaginar o leitor jurídico, em nada se refere a um conceito do direito ou de seus “usos”. A “norma” em Foucault refere-se a um modelo de poder não-jurídico, descentralizado e não-repressivo característico do nosso tempo. Portanto, o lugar da “norma” não é no interior da teoria do direito ou da teoria do Estado, mas emerge a partir das reflexões sobre a medicina, sobre a formação das ciências “psi” (psicologia, psiquiatria e psicanálise), enfim, nos saberes que têm por objeto a vida.¹⁰⁶

Todavia, até a noção ou a utilização da “norma” é diferentemente tematizada na *démarche* foucaultiana. Seria possível então, segundo Fonseca, pensar em uma *genealogia* da norma, ou seja, nas formas como a “normalização” atingem a sociedade moderna de forma específica obedecendo a tipos de tecnologia de poder com objetivos diferentes.

Nesse sentido, há uma “normalização” disciplinar, pautada pela tomada do corpo por uma tecnologia de poder interessada na fabricação do indivíduo, característica de

¹⁰⁵ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, p. 182.

¹⁰⁶ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*, p. 37.

uma sociedade industrial típica dos séculos XVIII e XIX. E outro tipo de “normalização” biopolítica, interessada na dinâmica populacional, nas questões da massa, do governo dos homens, formada desde a segunda metade do século XVIII. Mas essas tecnologias “normalizadoras” não se excluem, pelo contrário, segundo Foucault, elas complementam-se, integram-se, formando uma intensa tecnologia sobre a vida, definidora da nossa sociedade como uma “formidável sociedade de normalização” e de seu “direito-normalizador”.

2.1.2. A normalização (ou *normação*¹⁰⁷) disciplinar

A norma, no sentido disciplinar, é tematizada como um modelo de produção construído a partir de uma medida, um tipo de parâmetro construído por uma dinâmica de poder sem o recurso a uma exterioridade, capaz de seguir um princípio de auto-referência, servindo para ditar um padrão de conduta ou um tipo de regra de verdade¹⁰⁸.

Desse modo, segundo Ewald, a norma disciplinar pressupõe a possibilidade da criação da arquitetura (panóptica), de dispositivos, de saberes, enfim, de toda uma mecânica de poder necessária para produzir “o um a partir do múltiplo”, para produzir individualidade a partir da ordenação das multiplicidades e para ser capaz de articulá-las e de relacioná-las à luz de um princípio de “pura referência a si”.

A norma igualiza os indivíduos fornecendo a medida pela qual cada um pode ser comparado a outro, ou seja, ela estabelece um padrão ou uma referência de si. Mas, se ela igualiza, também é capaz de promover a desigualdade entre os indivíduos na medida em que os convida a reconhecer suas particularidades e a falar sobre elas,

¹⁰⁷ Foucault em seu curso no Collège de France em 1977-1978 *Seguridad, Teritorio e Población* define na página 76 o que é primeiro e fundamental nos mecanismos disciplinares não é a relação norma-anormal, e sim a “norma”. Nesse sentido, seria mais apropriado definir a “normalização” disciplinar em termos de uma *normação*. A normalização seria, então, uma característica da mecânica biopolítica.

¹⁰⁸ EWALD, François. *Foucault. A Norma e o Direito*, p. 108.

marcando as diferenças e encerrando cada corpo em um caso, em uma especificidade¹⁰⁹.

A disciplina fixa a “norma” e a possibilidade de distinção entre o “normal” e o “anormal”. O poder normalizador disciplinar transformou os “monstros”, os “loucos”, os criminosos violentos, os “onanistas”, enfim, todas as formas de “aberrações” do corpo e da alma, daquilo que não tinha razão e nem verdade, em campo de atuação do poder e em uma forma de saber. A formação do par “normal/anormal” trouxe importantes conseqüências na epistemologia dos saberes e na configuração de poderes modernos.

O par “normal/anormal” foi bem recebido pelas práticas punitivas. Não foi necessário muito esforço para a identificação do criminoso com o “anormal” e seu confisco como campo de saber e poder para as novas ciências “humanas” em formação, como a criminologia.

Com a modernidade e seu “sujeito” (o indivíduo normalizado), as práticas judiciais são organizadas de forma a absorver as demandas pela normalização dos homens. É quando o direito (especialmente Direito Penal) abre-se à influência construtora das ditas ciências humanas (sociologia, antropologia, etnologia); quando o saber sobre o indivíduo é fundamental para definir a aplicação mais “justa”, mais “acertada” ao conflito jurídico; quando conceitos como capacidade de direito, imputabilidade ou culpabilidade, passam a necessitar de um campo de saber além do jurídico; quando o médico, o psicólogo ou o sociólogo podem contribuir com uma imagem mais acertada nos julgamentos porque são capazes de saber melhor sobre o homem; quando a lide jurídica se transforma em um caso único, impossível de ser pensado além das possibilidades subjetivas de seus agentes; quando a punição deve servir para a ressocialização dos indivíduos ou a sua “normalização” no interior da sociedades.

O impacto do poder normalizador “disciplinar” no Direito Penal implica a redefinição da sua atuação na sociedade, uma atuação que vai extrapolar sua função “legal” legitimada em termos de proibições e repressões, para se tornar uma espécie modelo de ajustamento das condutas dos indivíduos. De uma função de poder

¹⁰⁹ EWALD, François. *Foucault. A Norma e o Direito*, p. 109.

repressora para uma função transformadora dos sujeitos. Em razão das disciplinas, o Direito Penal torna-se um tipo de discurso responsável não apenas por “apenar” ou “excluir” os corpos humanos, mas domesticá-los, incluí-los e utilizá-los para o melhor funcionamento dos mecanismos de poder sociais.

2.1.3. A Normalização Biopolítica

No curso *Seguridad, Territorio, Población* Foucault pontua as principais diferenças entre a mecânica biopolítica (considerada nesse curso como um dispositivo de segurança), disciplinar e soberana, destacando o impacto do aparecimento da “população” nas economias de poder.

A biopolítica organizou um novo conjunto estratégico diferente da disciplina, pois o sistema de normalização disciplinar (ou normação) partia do estabelecimento da norma como uma medida comum e por meio dessa medida era possível distinguir o “normal” e o “anormal” em relação a um ordenamento criado por ela.

A normalização biopolítica parte da indicação do “normal” e do “anormal” no interior de diferentes “curvas de normalidade”, ou seja, uma normalização realizada na interação entre as diferentes atribuições de normalidade, que procura identificar como as mais desfavoráveis assimilam as mais favoráveis¹¹⁰, possibilitando a criação de estratégias de poder mais adequadas para encontrar um *padrão* normal. Portanto, uma normalização servida por uma dinâmica de probabilidades, de aproximações ou de estimativas sobre uma população. Para Foucault, a “norma” aparece “em um jogo dentro das normalidades diferenciais”.¹¹¹ O “normal” fica estabelecido de acordo com sua posição em relação a diferentes distribuições, posições ou estatísticas.

E essa “normalização” traz conseqüências em toda mecânica de saber-poder. Sob a disciplina, há a formação do corpo-indivíduo adestrado mediante a organização do espaço-tempo no interior institucional e conhecido pelas ciências humanas. Sob a mecânica de segurança, há o aparecimento da população requisitada por mecanismos

¹¹⁰ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio e Población*, p. 84.

¹¹¹ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio e Población*, p. 84.

de regulação no interior de uma prática de governo, tematizada pela formação de um conjunto de saberes estatísticos e demográficos. Se a disciplina zela pelo detalhe do corpo, a biopolítica está voltada às regularidades e irregularidades populacionais, estabelecendo de padrões de normalização tendo em vista a regulamentação pertinente aos processos da vida (como reprodução, natalidade, mortalidade, longevidade).

A tecnologia biopolítica faz aparecer algumas novidades em relação à disciplina. *Primeiro*, uma nova personagem, um corpo múltiplo e numerável: a população como um problema político, científico e (principalmente) biológico. *Segundo*, um conjunto de fenômenos econômicos e políticos “aleatórios e imprevisíveis” somente perceptível entre as massas. *Terceiro*, a biopolítica vai desenvolver mecanismos de previsões, de estimativas estatísticas, visando à apreensão desses fenômenos no que eles têm de global, e não individual. A biopolítica não se interessa pela vida individual dos sujeitos, mas pela vida como um fenômeno que precisa ser modificado e preservado as demandas de poder. Nesse sentido, se estabelecem alguns tipos mecanismos reguladores da vida com o objetivo de preservar a população por meio da fixação de um equilíbrio, de uma média, de uma “normalidade” dentro das curvas estatísticas e dos acontecimentos aleatórios.¹¹²

Esse tipo de normalização diferencial, a distribuição espacial, o tratamento aleatório e o aparecimento de um novo tipo de corpo-população são possibilitados por uma nova tecnologia de poder organizada em “dispositivos de segurança” que atingiram o aparato jurídico-penal. Sob a “normalização”, o lugar do discurso jurídico junto às demandas de legitimidade do poder soberano é apropriado por estas novas estratégias de poder interessadas na promoção, articulação e sujeição da vida humana. Na era da história (e da subjetividade) o modelo jurídico do gládio, da “morte”, encontra o modelo dos poderes sobre a vida. Uma transformação nas mecânicas de produção de verdade, que deixa a supremacia da verdade do soberano para encontrar na verdade produzida pelo sujeito (a partir de seu corpo, de sua fala, de seu desejo).

¹¹² FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*, p. 292-294.

A etapa seguinte do trabalho irá percorrer as diferentes estratégias de punição relacionadas às mecânicas de poder específicas, mas com um aviso: não se trata de percorrer a história alegórica das punições para situar o aparecimento do discurso do homem e da culpa. A reflexão de Foucault nos permite outra coisa como a identificação das tramas de poder presentes no direito penal, como cada um desses mecanismos está implicado uns aos outros e formando o que entendemos atualmente como um Direito Penal da Culpa.

2.2. *L'HOMO PENALIS*: o crime na mecânica de poder soberano

Nas primeiras páginas do livro *Vigiar e Punir*, Foucault traz a letra da descrição do suplício de Damiens, condenado em 2 de março de 1757, seguido de partes do regulamento para a “Casa de Jovens Detentos em Paris”.¹¹³ Descrições que provocam desde o início certa sensação de estranhamento, de reconhecimento e, por fim, como identificado por Deleuze, de fascínio pelas mecânicas punitivas, pelas formas como já se puniu e ainda se pune na sociedade. *Vigiar e Punir* não é apenas um livro sobre as formas de punição e de poder, é muito mais. É um livro que escancara as práticas e os usos das economias de poder para além da punição do crime, atingindo toda a sociedade e todos os indivíduos.

As descrições iniciais do suplício e do regulamento, segundo Foucault, mostram as diferenças entre mecânicas de poder punitivas distintas, pois são formas de punição que não sancionam os mesmos crimes e nem os mesmos delinquentes, mas definem um certo estilo penal separados menos de um século.¹¹⁴

Primeiro, o suplício. O suplício do corpo era a forma de punição praticada na época Medieval intrinsecamente relacionada com as possibilidades de total disposição dos corpos dos súditos pelo rei, encerrado no “direito de vida e de morte”.

¹¹³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 09-11.

¹¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 11.

O suplício do corpo obedecia seriamente a certos critérios: a) o suplício como o dever de produzir uma certa quantidade de sofrimento: isso significa a produção graduada, medida, comparada e hierarquizada de dor, de forma a tomar a morte não como “privação da vida”, mas como “a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimento”;¹¹⁵ b) o suplício como uma produção regulada, pois sua aplicação no corpo não é desmedida ou irracional, uma vez que correlaciona o tipo de infração, a pessoa do criminoso, o status social, a gravidade do crime, com o tipo de violência corporal aplicada;¹¹⁶ c) o suplício como parte de um ritual: atua, portanto, de duas formas: primeiro, deixando uma marca visível e eterna no corpo infame, materializando para sempre seu crime; segundo, como uma forma ritualizada de afirmação e manifestação perpétua do poder soberano perante a toda sociedade.

Nessa economia de poder punitivo, todo o crime é uma espécie de regicídio, ou seja, é cometido contra a figura do soberano e não contra “bens jurídicos” socialmente relevantes. Segundo Foucault, “a intervenção do soberano não é, portanto, uma arbitragem entre dois adversários; é uma réplica direta àquele que o ofendeu”.¹¹⁷ Pune-se porque o poder absoluto do rei foi desafiado e seu direito de castigar provém da “direito da espada”, da justiça penal do gládio, da vingança pública, como forma de afirmação e legitimação do poder real.

A justiça medieval se organizou sob o signo da “morte” como uma forma de legitimar o poder do rei e da sua verdade, possibilitando a formação de processo de apuração de verdade (processo penal) sob a égide do segredo, longe dos olhos da sociedade, enquanto sua confirmação (a pena-suplício), a manifestação da verdade do rei, era realizada com a maior publicidade possível.

Nesse direito do “gládio”, o processo criminal (soberano) é secreto e privilégio absoluto da acusação. O segredo passa por todos os momentos processuais, como a

¹¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 31.

¹¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 31.

¹¹⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 42.

acusação, o interrogatório, a produção das provas e os depoimentos, formando o que Foucault identificou como um saber-poder de inquérito¹¹⁸.

A confissão é o elemento central nessa dinâmica de produção de verdade. Representa a verdade absoluta por excelência, dispensando qualquer outro conjunto probatório. Não há verdade sem confissão, nem que ela seja realizada diante do cadafalso ou pela tortura do corpo. A confissão do crime é o momento da afirmação do poder do rei e da sua legitimação para punir.

A produção das provas revestia-se de igual relevância, pois as provas tinham uma importância operatória, descritas e validadas diante de um regramento explícito, ou seja, cada prova se tomada individualmente ou em conjunto poderia ter um tipo específico de efeito judicial. E além da operacionalidade, a prova era dotada de uma concretude, de uma relação concreta e espessa com a verdade do crime, o que leva à possibilidade de compreensão do modo de formação da “culpa” nesse tipo de poder soberano.

Segundo Foucault, diferentemente do que ocorre nos sistemas penais modernos, a noção de culpa não começava uma vez reunidas todas as provas.¹¹⁹ Cada prova ou indício trazia consigo uma pequena parcela de culpa, daí porque sua espessura concreta, formada “peça a peça” por cada elemento, vai constituir o culpado. A culpa medieval obedece a um “princípio de gradação contínua”, o que possibilita a aplicação de uma meia punição, para um meio culpado, baseado em uma meia prova”.¹²⁰

Tal racionalidade de poder aparece, sem muito esforço, como algo até absurdo para as noções jurídico-penais modernas. Mas não se trata de uma economia de poder punitiva errada ou primitiva. O que interessa a Foucault é demonstrar como os diversos discursos e práticas punitivas estão relacionados a mecânicas de poder também específicas, que produzem instrumentos punitivos diferenciados. A culpa medieval era

¹¹⁸ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 77.

¹¹⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 37.

¹²⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 37.

arbitrada objetivamente pela combinatória das provas assegurando a produção da verdade soberana. Uma vez concretizada essa verdade (por meio da confissão) e dada à sentença, a culpa era inscrita no corpo de condenado formando o lugar privilegiado da atuação do poder, o suplício e a marca do corpo culpado (condenado).

O suplício é a pura expiação do crime contra o soberano. Não visava à reparação do dano, à prevenção do crime e nem à ressocialização do criminoso. E a formação do juízo de culpa (como uma censura) sobre um sujeito ainda não tinha lugar, visto que a formação da idéia do corpo-individual, da subjetividade, ainda figurava como uma impossibilidade do saber e do poder.

Esse direito de “morte” sofre uma inflexão diante da possibilidade de emergência da “vida” como a nova sede da economia punitiva. O início foi a rejeição dos suplícios, o primeiro momento de uma mutação na mecânica de poder soberana, que aos poucos vai deixando a mortificação do corpo-súdito para atingir um sujeito jurídico, o sujeito de direito, como um limite à morte e um convite à vida.

E foi a partir das “Revoluções” do século XVIII que uma nova mecânica foi delineada, condenando ao erro e a barbárie a antiga economia de poder. A nova lógica do poder restou consolidada “do ataque dos corpos para o desvio mais ou menos direto dos bens”.¹²¹

Em *A Verdade e as Formas Jurídicas*, de 1973¹²², Foucault reflete sobre reelaboração da lei penal sob o impacto reformador clássico com o aparecimento dos grandes sistemas legais e com a formação do ideário do contrato social como um limite ao poder do soberano. E em uma sociedade de proprietários, o corpo do súdito ganha uma nova dimensão: o sujeito de direito, parte integrante do pacto de poder social.

Segundo Foucault, foram nessas condições históricas que o sistema teórico da lei penal passou a se organizar sobre um primeiro princípio de que o crime ou a infração não devia ter mais nenhuma relação com uma falta moral ou religiosa. O crime ou a infração legal deve ser pensado como uma infração única e exclusiva da lei civil,

¹²¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 65.

¹²² As conferências realizadas no Brasil por Michel Foucault, na PUC-Rio, de 21 a 25 de maio de 1973, foram publicadas no país em livro: *A Verdade e as Formas Jurídicas*.

como uma ruptura com a lei legalmente estabelecida no interior da sociedade pelo poder legislativo legitimado pelo poder político. Para haver crime é preciso que haja uma lei e um poder político legalmente instituído. Antes da lei não há infração e nem punição. E a punição deve estar estrita às possibilidades da lei.¹²³ São as máximas contidas nos reformadores como Beccaria e Bentham: *nullun crimen sine lege praevia, scripta et scripta, e nulla poena sine lege*, que chegaram aos nossos códigos penais como os principais artigos responsáveis pela determinação dos princípios e pelo modo de leitura da legalidade dos sistemas punitivos modernos.

O segundo princípio versa sobre o conteúdo da lei penal formulada pelo poder político legítimo no interior da sociedade. Tal lei não deve positivizar as máximas morais ou religiosas, mas sim representar o que é socialmente útil para a sociedade, definindo a repreensão do que é nocivo. Assim, a lei penal se organiza em um esquema de partição binária entre o proibido e o permitido, um acoplamento no interior dos códigos penais entre um tipo de ação proibida e um tipo de castigo.¹²⁴

O terceiro princípio é a definição clara e simples do crime em lei. Nesses termos, o crime nada tem haver com as nebulosas descrições de pecado e falta, mas como algo que danifica a sociedade, como uma perturbação, um dano social.

A partir desses princípios há uma nova definição do criminoso bastante importante para a história da teoria do crime e da punição: o criminoso como o inimigo social, como aquele que rompeu o pacto, como o inimigo interno da sociedade. Assim, a própria noção de punição sofre uma alteração de propósito. Se o criminoso atua contra a sociedade, é dela a legitimidade de punir, mas não obedecendo à vingança pessoal e arbitrária. A punição deve visar à reparação do dano causado à sociedade, e mais, deve visar à impossibilidade desse criminoso ou qualquer outro causar um novo dano.¹²⁵ Estavam delineadas as possibilidades de elaboração da punição como uma espécie de reparação e prevenção (geral) contra o crime.

¹²³ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, p. 80.

¹²⁴ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio e Población*, p. 20.

¹²⁵ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, p. 81-82.

A economia punitiva estava assentada na mais estrita legalidade. As noções de crime, de criminoso e, ainda, de culpa, só têm sentido uma vez definidas pela lei, legalmente constituída por um poder legítimo (contrato social). A culpabilidade deixa a concretude do ato criminoso, como no Antigo Regime, e encerra-se na mecânica da lei como sua única condição de possibilidade. Assim, estamos diante de uma *economia de poder legal*, em que o direito está inscrito em uma ordem de legalidade, pois na verdade da lei estão as condições de possibilidade dos sujeitos, da definição do crime como um atentado à ordem social e da punição.

A punição é organizada segundo o princípio de evitação de ruptura da paz social, mediante a exclusão do criminoso da sociedade por ele violentada. Nesse sentido, a punição mais adequada seria dar forma ao afastamento social do criminoso (do inimigo), por meio da deportação, do isolamento moral e social, do trabalho forçado ou da revidação do dano.¹²⁶

Nesse sentido, a mecânica de poder clássica ainda punia muito e o fazia por meio de uma economia de poder diferenciada do Antigo Regime. O aparecimento do “discurso do coração” clamado pelos “reformadores” da antiga ordem, a rejeição da violência do corpo a partir da “humanização das penas”, são as primeiras notícias da emergência da nova mecânica de poder e da formação de outra tecnologia punitiva. Uma tecnologia pautada na idéia de um contrato social, de um Estado legítimo politicamente e seus cidadãos, sujeitos de direito.

Segundo Foucault, “na época das Luzes, não é como tema de um saber positivo que o homem é posto como objeção contra a barbárie do suplício, mas como um limite de direito, como uma fronteira legítima do poder de punir”¹²⁷, ou seja, o homem e seu corpo são agora o limite da punição, tornando-se a justificativa moral da reforma. A vida dos homens aparece nessa época como um limite de direito (de propriedade, como já mencionado), como a condição de possibilidade para a entrada na sociedade, mediante a realização do pacto. A punição do cidadão (do sujeito de direito) só tem

¹²⁶ FOUCAULT, Michel, *A Verdade e as Formas Jurídicas*, p. 82-83.

¹²⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 64.

lugar uma vez descumprido o pacto, que não atua sobre a mutilação do corpo como lugar da expiação do crime cometido contra a lei soberana (moral ou religiosa). O “discurso do coração” dos reformadores identifica na moderação das penas uma consequência de princípio contratual que está no cerne da formação social. A “humanidade” das penas, nas palavras de Foucault:

Não se encontra numa humanidade profunda que o criminoso esconda em si, mas no controle necessário dos efeitos de poder. Essa racionalidade econômica é que deve medir a pena e prescrever as técnicas ajustadas. “Humanidade” é o nome respeitoso dado a essa economia e a seus cálculos minuciosos.¹²⁸

Para Foucault, é a mecânica de lei o motor de um tipo de economia punitiva clássica (até os fins do século XVIII) responsável por possibilitar o surgimento de homem-penal (*l’homo penalis*), um homem que está exposto à lei e que só pode ser punido por ela.¹²⁹

Quando essa “humanidade” das penas descrita como um limite do direito for apreendida por uma outra mecânica de poder nascida no interior da instituição prisional, a legislação penal, o discurso de teoria jurídica e a prática punitiva serão repensados no interior de um novo acontecimento: o aparecimento do indivíduo como o sujeito e o objeto do saber e do poder. Esse sujeito, por meio da mecânica de poder disciplinar, é a nova sede da economia punitiva moderna.

2.3. *L’HOMO CRIMINALIS*: a prisão como estratégia disciplinar

Na quinta e última conferência apresentada por Foucault em *A Verdade e as Formas Jurídicas*, destaca-se uma importante observação sobre o aparecimento já no horizonte do século XIX do regulamento. Um tipo de regulamento, segundo Foucault, construído de forma tão geral (e às vezes utópica), que poderíamos supor uma espécie de jogo de adivinhação (com certa ironia), pois é muito difícil estabelecer através da sua leitura se ele disciplina uma escola, uma casa de trabalho para mulheres, um asilo

¹²⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 77.

¹²⁹ FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*, p. 254.

para menores ou uma casa de correção.¹³⁰ Um regulamento capaz de estabelecer comportamentos seriados e repetitivos por meio do condicionamento do corpo, do controle do tempo e espaço. E condicionar a vida humana em um sistema de produção no interior de uma instituição qualquer. Porque não interessa a instituição em si, mas o que ela pode produzir a partir desse regulamento destinado a todos.

Esse tipo de regulamento institucional é uma das mais importantes estratégias de controle em uma nova economia de poder delineada a partir da consolidação de um sistema de produção capitalista industrial novecentista. Para sobreviver nessa sociedade proprietária, capitalizada, não resta alternativa ao indivíduo que a venda de seu “único bem”, seu corpo convertido em força de trabalho, em mão-de-obra.

Segundo Foucault, foi durante o século XIX que toda uma economia de poder para o trabalho delineou a construção de “instituições de seqüestro”, em que homens, mulheres e crianças eram conduzidos, controlados, vigiados e corrigidos sistematicamente visando à sua adequação no tempo e no espaço da produção capitalista. Desse modo, a posição dos corpos, seu silêncio, seu barulho, seus gestos, seu sexo, seu descanso e seu lazer, são cuidadosamente postos na produção em escala, na individualização do corpo para melhor provê-lo para o trabalho. Trata-se do “sonho patronal” presente no século XIX das fábricas-conventos, das fábricas-pensionatos e das fábricas-prisões, da organização da perfeita cidade operária (panóptica), onde tudo é planejado para a produção mais eficiente. Um modelo de poder que possibilitou a organização da prisão no interior dessa economia para o trabalho.¹³¹

É assim que Foucault identifica na prisão (fábrica-disciplinar) um tipo de tecnologia diferente da mecânica punitiva legalista da época clássica. O nascimento da prisão não se deu no interior da lei penal ou das suas práticas punitivas (de um poder soberano e central), mas no interior de uma mecânica de poder normalizador (difuso, molecular).

¹³⁰ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, p. 108-109.

¹³¹ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, p. 110.

São, portanto, duas tecnologias de poder punitivo que atuam em diferentes estratos, mas que acabam se relacionando: de um lado o Direito Penal legal (Clássico), com seus princípios e códigos de leis, seu fundamento legitimado no pacto social e sua pena de reclusão (exclusão) como defesa da sociedade; de outro, um tipo de poder difuso assentado nas práticas disciplinares que visam controlar, vigiar e corrigir os indivíduos em instituições de seqüestro, entre elas a prisão.

É quando a teoria do direito penal “dá as mãos” à tecnologia prisional. A prisão leva para o interior do sistema legal-penal um tipo de economia de poder interessada na promoção da vida, ou seja, na produção de corpos-indivíduos que têm valor econômico (e, portanto, se tornam alvos de poder) somente enquanto vivos. Eis suas principais características: a) é uma instituição de seqüestro (total) no sentido de que captura a vida do corpo em sua totalidade, em todos os momentos e lugares, permitindo deixar o corpo à disposição para o adestramento; b) ela individualiza fisicamente o corpo pelo isolamento celular; c) ela controla o tempo mediante o condicionamento sistemático das atividades do corpo; d) ela é um mecanismo de vigilância panóptica, pois sua arquitetura individualizante visa à possibilidade de controle permanente de um (o centro da torre) para todos, acabando por possibilitar a introjeção dessa vigilância; e) ela possibilita o trabalho, ou melhor, ela condiciona o corpo para a disciplina do trabalho fabril.

A mecânica prisional disciplinar promove um tipo de saber sobre o homem, sobre seu corpo e sua história. E mais, diante dessas estratégias de individualização para o “bom adestramento do corpo”, a prisão acaba agregando um conjunto de técnicas, o exame. O exame é um tipo de saber-poder sobre o corpo, uma tecnologia de conhecimento e individuação, que faz aparecer o indivíduo como o objeto de saber e sujeito do poder. É a tecnologia de produção da subjetividade como um novo palco de atuação de poder (normalizador) e do poder punitivo.

Foucault se refere ao aparecimento da subjetividade moderna como “a entrada da alma”¹³² no Direito Penal, ou seja, a entrada de uma economia punitiva centrada no indivíduo e não na lei, é que irá proporcionar a passagem de homem-penal (*l'homo*

¹³² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 24.

penalis) ao homem-criminoso (*l'homo criminalis*).¹³³ Esse homem-criminoso (*l'homo criminalis*) é a sede dessa nova economia de punir. Nesse sentido, há uma espécie de reelaboração da sistematização do direito penal visando à centralidade no indivíduo.

A teoria do Direito Penal Clássico condiciona o crime e a possibilidade de punição dentro da mais estreita legalidade fundamentada pelo contrato social. É, por assim dizer, uma teoria do direito penal propriamente social, quase coletiva, pois o crime só existe se há uma lei, e o fundamento da lei penal são as agressões contra o corpo social. Não se trata de um Direito Penal para defender a sociedade, mas antes um Direito Penal que faz conhecer o indivíduo que comete o crime por meio daquilo que o singulariza. Conhecer e individualizar o autor do ato torna-se mais importante do que a natureza jurídica do crime, do que a qualificação penal do próprio ato.¹³⁴

A noção da pena como reclusão também tem espaço; entretanto, a reclusão disciplinar não tem por objetivo excluir o indivíduo da sociedade, pelo contrário, ela promoverá a “reclusão para a inclusão”, ou seja, buscará incluir e assimilar cada vez mais o indivíduo mediante a elaboração de técnicas de adestramento e controle, objetivando seu total pertencimento ao sistema.

O aparecimento do homem-criminoso (*l'homo criminalis*) modifica sensivelmente a mecânica punitiva, pois para além do fundamento legal, o Direito Penal deverá apreender certa “essência” do homem. Consciência, vontade, capacidade, periculosidade são alguns dos conceitos legais preenchidos pelo discurso subjetivo do indivíduo.

O discurso penal permeado por tais discursos humanísticos, pelas ciências humanas e afins, passa a procurar no indivíduo as causas da transgressão (do crime) e suas possibilidades individuais de cura, de tratamento, de correção.

O criminoso não é aquele que está fora da lei, mas está dentro dela, na própria essência da lei. A pena, sob o impacto disciplinar, ganha seu notório caráter de ressocialização, de prevenção especial, de recondicionamento do indivíduo dentro do sistema econômico, afinal a existência prisional é apenas uma continuidade das

¹³³ FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*, p. 255.

¹³⁴ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, p. 104.

estratégias disciplinares que atuam na sociedade. O desenvolvimento da prisão transforma a pena (o processo punitivo clássico) em uma mera técnica penitenciária, uma técnica transformadora de indivíduos em continuidade com todos os outros aparelhos institucionais da sociedade.

São tais conhecimentos e práticas prisionais que vão constituir o “carcerário” como tema da justiça penal. Nesse sentido, importa mais a tecnologia do interior da prisão, como a distribuição das celas, a regulamentação dos horários de alimentação, de trabalho, higiene, descanso (banhos de sol), de ginástica, a aplicação de castigos, do que a simples exclusão social do criminoso. Um modelo disciplinador do corpo regido por um regulamento presente em toda mecânica social.

O crime é pensado como um problema individual, de má formação de conduta ou de doença do psiquismo. No máximo como um fator social ligado à degeneração dos laços disciplinares individuais. De adversário do soberano, depois inimigo social, o criminoso é agora o desviante, perigoso porque traz consigo a desordem, o crime, a loucura ou a doença. O carcerário acopla assim duas séries (longas e múltiplas), do punitivo e do anormal, da lei e da norma.¹³⁵

A verdade do crime deixa a lei e encontra o corpo do condenado. Eis, segundo Foucault, as condições de possibilidade de formação de um saber do tipo criminológico. Uma criminologia que atua paralelamente ao direito penal, reunindo o saber-poder sobre o homem-criminoso como uma estratégia da dominação do poder normalizador.

A noção de culpa que adquire uma enorme complexidade nessa economia punitiva, pois além da sua definição pelo discurso da lei e pela teoria do direito penal no princípio “*nulla poena sine culpa*”, a culpabilidade é materializada na censura do ato realizada por um indivíduo não mais considerado como um limite jurídico abstrato (o homem médio), mas como a sede da economia punitiva. A formação de um juízo de censura ou de reprovação do ato só tem sentido se conhecermos subjetivamente as demandas do sujeito por meio de análises do seu mundo subjetivo, da exteriorização das suas vontades, da realização das suas condutas pautadas pelo arbítrio individual e

¹³⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 248.

do seu comportamento, que já pode ser conhecido, experimentado, comprovado a partir de laudos médicos e psicológicos, de exames criminológicos ou da opinião de “especialistas”. O campo da culpa é rifado pelas pequenas atuações de normalização, afinal individualizar a pena, a justiça da pena, só tem sentido se atravessar subjetivamente o homem. Conhecer o seu desejo torna-se muito mais importante para a punição que a limitação da lei.

Eis o tamanho do problema jurídico de constatação da culpa. Afinal, com o aparecimento da prisão, temos, de um lado, o discurso da lei que a define e, de outro, sua realização no corpo do indivíduo. É por isso que consideramos a temática da culpa como uma espécie de conceito-limite entre o discurso da lei e as práticas normalizadoras.

E sob esse limite, as teorias penais tentaram, e continuam tentando, construir elementos que possibilitam a apreensão pela mecânica legal da corporalidade de sua aplicação (como os conceitos de inimputabilidade, exigibilidade de comportamento diverso, conhecimento do injusto). Esse caminho teórico traçado pelo discurso do direito penal será o tema da próxima parte deste trabalho.

Agora, interessa deixar claro como Foucault identificou pela formação da prisão uma espécie de implicação entre as demandas da lei penal e do poder disciplinar. No centro desse encontro está o aparecimento do indivíduo moderno, objeto do saber e sujeito do poder, e como ele está atravessado por um tipo de economia punitiva. Uma economia punitiva que obedece à estrita legalidade de lei, na forma de uma teoria jurídica do direito penal, mas também está inflacionada pela mecânica de poder disciplinar, pela tomada da vida dos indivíduos como estratégia de poder. Nesse sentido, a culpa consegue a proeza de obedecer a essas duas estratégias, contraditórias e complementares.

Uma teoria do direito penal constrói sua definição de culpa na forma da lei. O discurso da pena, sob a prisão-disciplinar, constrói outro tipo de discurso valorizado pela apreensão da vida do homem-criminoso no interior da disciplina, do panoptismo social. Uma culpa na forma da lei soberana, uma culpa como lugar de apreensão da vida pela normalização disciplinar. Trata-se assim de duas culpas? Sim e não.

Estamos diante de um conceito apropriado por duas economias de poder diferentes, de estratégias diferentes. Uma visa à legitimação da teoria jurídica na economia soberana, uma economia mediada pela repressão em lei; a outra obedece à demanda de um poder positivo, produtor de subjetividade. E entre essas estratégias, o discurso do sujeito culpável - de quem é o culpado para uma economia de poder específica - se enrosca, trama, produz opressão e sofrimento para corpo.

2.4. *L'HOMO ŒCONOMICUS*: o controle da criminalidade

Paralelamente ao poder soberano e ao poder disciplinar, delineou-se já a partir do século XVIII outra economia de poder pautada na gestão da vida da população humana, a biopolítica. Isso não significa uma rejeição das economias de poder soberana e disciplinar, mas a correlação e, por fim, a integração dessas economias de poder à estratégia globalizada da biopolítica. A questão do governo.

Poderes independentes, com estratégias distintas, mas que de algum modo encontram-se interligados pela biopolítica, o que certamente atinge a economia punitiva contemporânea. A terceira mecânica punitiva descrita por Foucault não está caracterizada somente pela relação da lei do código, nem pelos mecanismos disciplinares. Trata-se da inclusão de um novo conjunto de fenômenos - os mecanismos de segurança biopolíticos - que vão incorporar a economia punitiva contemporânea a preocupações globais, a uma gestão de cálculos de custos e a outro tipo de normalização, em que no lugar de estabelecer-se uma divisão binária entre o permitido e o proibido, fixa-se um padrão de normalidade a partir de uma medida ótima e um limite aceitável. Ou seja, a emergência de um sistema penal que identifica o crime com um fenômeno global; da punição veiculada a um cálculo de custo-benefício; e a criminalidade com o afastamento estatístico da média considerada "normal" ou tolerável pela economia de poder. Os mecanismos de segurança biopolíticos não rejeitam a legalidade dos códigos penais ou o sistema disciplinar penitenciário das prisões, mas os reaviva profundamente, os adaptando a suas demandas de poder.

As transformações operadas pela biopolítica na criminalidade e na justiça penal contemporâneas são tematizadas por Foucault em momentos distintos em sua obra. Em *A Defesa da Sociedade*, o discurso penal emerge relacionado com o uso do racismo como uma estratégia de poder e controle sobre a “vida” de uma população. E nos cursos *Sécurité, territoire, population* e *Naissance de la Biopolitique*¹³⁶, a criminalidade e o funcionamento da justiça penal são analisadas por meio da abordagem do poder econômico, da economia regendo o poder sobre a “vida” nas sociedades neoliberais. Nas duas obras, a criminalidade é apropriada pela biopolítica tornando-se uma questão do “governo dos homens”, de gerência da vida humana no interior do corpo populacional.

Na última aula do curso *Em Defesa da Sociedade*, Foucault preocupa-se com o aparecimento do nazismo possibilitar uma política de “guerra” de extermínio, contra inimigos internos, mediante a elaboração de um discurso de “raça”, de um racismo biológico de Estado. Foucault vai se interessar sobre as transformações operadas pela biopolítica no interior do poder soberano de “morte”, sobre as formas como a morte passa a ser tratada no interior de uma racionalidade política e estatal que tematiza a vida.

Para Foucault, é exatamente diante dessa questão que algo como o racismo aparece na sociedade. Mas não se trata de afirmar que o racismo surgiu nessa época, antes se trata do uso do racismo como uma estratégia de poder dentro do Estado. É o racismo que assegura a função da morte dentro da biopolítica como a condição para o exercício do direito de matar soberano. A função assassina do Estado (função antes exercida pela soberania) só pode ser assegurada se o próprio Estado funcionar no modo biopolítico, no modo do racismo.¹³⁷

O racismo de Estado tem uma dupla função da sociedade biopolítica. Primeira função: a introdução de um corte no domínio da vida, entre o que deve viver e o que deve morrer, ou seja, o estabelecimento de uma censura biológica entre as raças. É

¹³⁶ FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*. Cours au Collège de France (1978-1979). Col. Hautes Études. Paris: Gallimard-Seuil, 2004.

¹³⁷ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*, p. 306.

isso que vai permitir, segundo Foucault, o tratamento pelo poder da população como a subdivisão da espécie humana em grupos chamados raças. A função do racismo seria “fragmentar, fazer censuras no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder”.¹³⁸ Segunda função: o estabelecimento pelo racismo de um novo tipo de relação guerreira em que “para viver, é preciso que você massacre seus inimigos”. A guerra sempre foi um dos temas mais caros ao poder soberano, pois nela o rei tem o direito de exigir a morte do súdito como forma de fortalecimento da soberania. É sobre a guerra que se estabelecem o enfrentamento dos corpos. Entretanto, sob o racismo, essa racionalidade da guerra toma outra proporção. Entre a “minha vida e a morte do outro”, o racismo não impõe uma relação de enfrentamento bélico, militar ou guerreiro, mas um enfrentamento do tipo biológico.

Não se trata, portanto, de destruir um adversário político, mas o perigo biológico representado pelo inimigo da raça. Um inimigo que não precisa ser necessariamente externo. O perigo biológico pode ser encontrado no interior da população e, inclusive, no interior da própria raça. A guerra ganha, assim, um duplo sentido: guerrear para combater os inimigos da raça e guerrear para fortalecer a própria raça.¹³⁹

Eis aí, segundo Foucault, a apreensão de um modo de tirar a vida não por meio do assassinio direto, mas por tudo o que pode definir um assassinio coletivo indireto: a exposição à morte, a multiplicação de riscos de morte, a manipulação da vida para causar a morte, ou simplesmente, a morte política, o expurgo, a expulsão, a rejeição, o cancelamento de cidadania.¹⁴⁰

Nessa racionalidade de “guerra” pela vida, o criminoso (ou o doente mental) também é identificado com o inimigo à pureza da raça. Um inimigo porque é concebido como o degenerado, o transgressor e o que coloca em risco a organização da economia biopolítica de promoção da vida. Um inimigo que precisa ser controlado para evitar pôr em risco a estrutura populacional.

¹³⁸ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*, p. 305.

¹³⁹ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*, p. 305.

¹⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*, p. 305-306.

A biopolítica não extingue o conjunto legal-racional das teorias do delito e da legislação, antes ela irá se debruçar sobre sua técnica legislativa, ela irá fazer trabalhar a lei para atender sua necessidade de poder sobre a vida. Permanece o arsenal teórico do Direito Penal e estrutura legalista dos códigos penais, mas com a finalidade de preservar e manter a raça eleita protegida dos atentados das demais raças. O crime como uma agressão à sociedade, logo ficou compreendido como uma agressão à natureza da raça. E a punição mais do que nunca é o afastamento imediato e total do corpo racial, do elemento (o indivíduo ou uma raça, uma população criminoso) desviante. O maior exemplo desta estratégia punitiva é a elaboração de um conjunto legal centrado no Direito Penal do autor, ou seja, um Direito Penal interessado nas condutas de vida dos sujeitos, em que a periculosidade é o critério para a aplicação da pena. São criminalizados, por exemplo, o homossexualismo, a mendicância, o casamento inter-racial. E o cumprimento da pena é seu total isolamento do restante da sociedade, um isolamento bem definido pela formação dos campos de concentração.

A biopolítica também irá atuar paralelamente ao poder disciplinar, o integrando, de forma a atuar na individualização do desviante e na sua identificação a uma raça. A organização das instituições de seqüestro são os lugares privilegiados para a identificação, a individualização, o condicionamento, a vigilância, a correção e, sobretudo, o isolamento do criminoso da sociedade racial. Elas possibilitam ao corpo biopolítico a emergência dos desvios, das degenerações, das más-formações do indivíduo como conseqüências de sua raça. A periculosidade e a culpabilidade são integradas a um critério racial. Punem-se os transgressores, os inimigos sociais, pautados em seu perigo para a pureza da raça. Uma punição pautada pela exclusão, pelo banimento, pelo expurgo ou pela morte.

Assim, organiza-se uma justiça penal estritamente legalista para a preservação da raça e profundamente normalizadora na seleção, identificação e eliminação dos desviantes da raça. A economia biopolítica vai, portanto, conceber a criminalidade sobre uma tecnologia de poder racista. Nesse sentido, há a possibilidade de culpa legal em razão do ato cometido contra a lei da raça, e outra, uma culpa em razão de o autor simplesmente pertencer a uma determinada raça.

Nos cursos *Sécurité, territoire, population* e *Naissance de la Biopolitique*, a temática da criminalidade e os “usos” do Direito Penal são integrados à mecânica biopolítica por meio da promoção de “dispositivos de segurança” capazes de gerir a multiplicidade biológica da população, e do Estado. As questões referentes ao governo dos homens, ao provimento da vida social, passam a depender de uma nova racionalidade de poder: a economia.

Nessa racionalidade “biopolítica”, a lei penal e os mecanismos de vigilância e correção passam a ser governados por questões referentes ao índice médio de criminalidade, a estatística de crime, a porcentagem de roubos e furtos por habitante, o custo da criminalidade, o custo da repressão ao crime ou o custo da prisão. A criminalidade é colocada em evidência mediante um fator eminentemente econômico, de custo-benefício entre a ação (crime) e a reação (pena).¹⁴¹

Segundo Foucault, os mecanismos de segurança vão atuar sobre as mecânicas punitivas da seguinte forma: *primeiro*, pela introdução dos mecanismos legais penais, da “ordem legal penal”, em uma ordem cada vez maior, em uma “ordem de segurança”. Não se trata, portanto, de acabar com a lei, mas antes inflacioná-la, criar e expandir no interior dos restritivos Códigos Penais uma série de medidas legislativas, decretos, regulamentos, novos tipos de crimes, normas em branco, ou seja, a formação de um sistema legal cada vez mais abrangente e de conteúdo cada vez mais abstrato. Proporcionar uma “massa” legislativa, em que não bastaria tipificar a roubo, mas descriminá-lo nos detalhes, como quem são as vítimas, as diferenças de tratamento se o roubo é cometido por criança ou adolescente, se é cometido durante o dia ou a noite, o estado mental de criminoso, sua culpabilidade no momento do fato, sua vontade, entre outras.¹⁴²

Segundo, a inflação da mecânica disciplinar. Se há verdadeira proliferação de leis penais, há o respectivo aumento dos mecanismos de vigilância e correção, capazes de absorver essa nova demanda de criminalização.¹⁴³ Cria-se a expectativa

¹⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio e Población*, p. 19-20.

¹⁴² FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio e Población*, p. 22.

¹⁴³ FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio e Población*, p. 23.

social, sempre frustrada, de novos aparelhos institucionais, de novos mecanismos de correção, de novas teorias sobre a disciplina e o condicionamento dos indivíduos, e agora, de novas drogas medicinais, de novos exames, de novas análises de comportamento. É a necessidade, maior do que nunca, de promover a normalização do indivíduo em uma estrutura mental saudável ou procurar a cura da patologia psíquica em novas ciências do homem. Os mecanismos de segurança longe de fazer desaparecer as estratégias legislativas ou disciplinares vão proporcionar o enquadramento dessas em sua estratégia, cujo objetivo é multiplicar seus efeitos e atingir um efeito global, massificante, populacional.

Essas estratégias de segurança estão assentadas sobre uma questão de fundo econômico, da relação econômica entre o custo da repressão e o custo da delinqüência. E tais estratégias de segurança vinculadas à “ordem econômica” apresentam-se nas sociedades ocidentais como mecanismos de controle social. É assim que a penalidade sob o impacto dos mecanismos de segurança passa a ser compreendida além do ordenamento da lei e além da estratégia de vigilância e correção do indivíduo. É compreendida dentro de um sistema de controle social como parte de um mecanismo de segurança cuja função é provocar alguma modificação ou atuação no destino biológico do corpo-espécie, do corpo-população.¹⁴⁴

¹⁴⁴ O fenômeno da criminalidade sob a biopolítica pode ser identificado, segundo FOUCAULT, na reorganização do espaço da cidade (do espaço social) como um espaço de circulação de homens, bens e produtos e da visualização da vida populacional, da fiscalização dos hábitos, do controle e da gestão da vida. Tal tipo de ordenamento espacial demanda a organização de um tipo de aparelho policial cujo objetivo é promover a vida a partir do controle sistemático da higiene, da saúde, da segurança pública. Os mecanismos de segurança promovem o surgimento de um novo tipo de criminalização dos hábitos de vida, de higiene, de saúde populacional. Novos crimes são agregados aos já “tradicionais” tipos legais, formando essa espécie de inflação legal da tipicidade penal. Como exemplo está a tipificação de crimes contra a saúde pública, contra a administração do Estado ou contra a economia popular. Aliadas a essa nova “economia da ilegalidade” estão a formação de saberes sobre a criminalidade, saberes demográficos e estatísticos, capazes de promover a identificação no espaço social daqueles grupos mais ou menos sujeitos ao crime, bem como que tipo de crime é mais praticado e sob quais circunstâncias possibilitam pensar o fenômeno da criminalidade a partir de cálculos probabilísticos, em função de acontecimentos ou de séries de acontecimentos ou elementos aleatórios que devem ser acondicionados ou regularizados por um marco polivalente e transformável. Afinal, que tipo de meio é mais suscetível à criminalidade? O meio aparece como um campo privilegiado de atuação e intervenção biopolítico, pois ao invés de afetar os indivíduos como um conjunto de sujeitos de direito capazes de ações voluntárias (como na soberania) ou de afetá-los como uma multiplicidade de corpos adestrados (como na disciplina), ele irá afetar uma população, ou seja, uma multiplicidade de indivíduos que existem e estão profundamente ligados por uma relação biológica, de espécie. É através do meio que uma série de acontecimentos, como o crime, produzidos por indivíduos ou pela população acaba sendo implicada com

Assim, se toda criminalidade tem um custo econômico, cabe às estratégias de segurança conhecer esse custo e calculá-lo mediante um limite aceitável. Não se trata de construir mecanismos punitivos de exclusão social ou de reabilitação do criminoso, mas de procurar estabelecer um limite razoável de tolerância da criminalidade. Mediante a “normalização” biopolítica (e do conhecimento dos fatores de riscos, das estatísticas criminais) é possível construir a curva de normalização do crime e eficientes estratégias de controle da criminalidade.

Eis a diferença fundamental entre as normalizações disciplinares e a biopolíticas sobre o fenômeno do crime: pela disciplina, a normalização atua sobre o criminoso visando a sua recuperação; pela biopolítica, trata-se de conhecer a criminalidade como um fator de atuação sobre a população visando a sua permanência em níveis considerados normais. Portanto, não se trata de recuperação do criminoso, mas sim do controle da criminalidade. E quando há alguma alteração nessa curva de normalidade, enfim, quando se alteram as proporções “normais” da criminalidade, aparecem os mecanismos de segurança atuando para restabelecer o controle social, a redução a um nível considerada aceitável pela economia de custos.

E se o problema da criminalidade interfere na gestão populacional, ele também torna-se uma questão do Estado como o “governo dos homens e das coisas”. Controlar a criminalidade, reduzir os fatores de risco da população, estabelecer metas de segurança pública, reduzir os custos da criminalidade e da punição, se tornam preocupações da “governamentalidade” do Estado. Não que o sistema punitivo tenha deixado de ser identificado como o “braço forte” do poder estatal ou como o exercício do poder de morte do soberano. Todavia, sob a biopolítica, as mecânicas de poder legal-jurídico e punitivo-disciplinar envolvidas pela biopolítica passam a produzir leis penais e uma punição do criminoso obedecendo às demandas de segurança interessadas na “normalização”, no controle social e na planilha de custos do Estado.

fenômenos naturais, como exemplo: qual é a relação entre o fator clima e a criminalidade? Países mais quentes têm maior incidência criminológica? Qual a relação entre a taxa de divórcios e a criminalidade? FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio e Población*, p. 22-23.

No curso *Naissance de la Biopolitique*¹⁴⁵, a relação entre a economia e a criminalidade aparece mais forte no modelo neoliberal. O neoliberalismo é tematizado por meio de dois aspectos: a) a análise dos comportamentos não-econômicos adequados à racionalidade econômica; b) a atuação dos poderes públicos em termos de mercado. Nesse sentido, a criminalidade e a justiça penal encontram-se permeadas pelo princípio econômico de mercado.

O primeiro aspecto do neoliberalismo norte-americano é a absoluta predominância da forma econômica de mercado como um princípio de inteligibilidade, um princípio de decifração das relações sociais e até dos comportamentos individuais. Trata-se da análise em termos de uma economia de mercado servir como um esquema aplicado a domínios não-econômicos. Ou seja, o neoliberalismo promove um tipo de tomada econômica de que tradicionalmente são domínios não-econômicos da vida, de modo que qualquer questão de governo, de políticas públicas, do homem e da própria noção de justiça penal, só encontre uma possibilidade de realização se inseridas na preocupação com o mercado.¹⁴⁶

O segundo aspecto é a racionalização do governo a partir da lógica do mercado. Assim, o mercado deixa de ser pensado como princípio de limitação à intervenção do Estado na economia para se converter no princípio das próprias ações do poder público.¹⁴⁷ Não se trata de o mercado aparecer como um princípio de regulação do poder estatal, mas de tornar-se a própria condição de possibilidade do Estado. Um “Estado de governo” da vida dos homens passa a funcionar como um instrumento do mercado mais parecido com uma empresa do que como um organismo político. Aliás, é justamente a tomada da esfera política pela economia e pelas leis de mercado que vai caracterizar uma sociedade e um governo neoliberal.

Para Foucault, a compreensão da criminalidade e do funcionamento da justiça penal no interior do neoliberalismo se reveste da preocupação com a “intervenção

¹⁴⁵ FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*, p. 249.

¹⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*, p. 249.

¹⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*, p. 253.

sobre o mercado do crime”. A lei penal, as técnicas penitenciárias e o próprio sujeito culpável são apreendidos pela racionalidade de mercado e transformados em capital no interior de um sistema de “perdas e ganhos”.

É o aparecimento do “*homo oeconomicus*” como o sujeito que pensa, age e se comporta segundo as leis do mercado; um sujeito que calcula seus atos em função das “perdas e ganhos”, do risco e do custo pessoal da realização do crime. Também é o sujeito “governamentalizável”¹⁴⁸, isto é, que pode ter sua conduta governada pelos mecanismos de segurança .¹⁴⁹

A noção de crime deixa a estrutura legal do código como uma proibição negativa de uma conduta e sua pena correlata, para ser mais bem definida como “toda a ação do indivíduo que faz com que este corra o risco de ser condenado a uma pena”.¹⁵⁰ É justamente a existência de um fator de risco, de uma probabilidade passível de ser medida ou levada em conta pelo indivíduo que denuncia o “*homo oeconomicus*”. Nessa nova economia subjetiva biopolítica, o indivíduo não deixa de cometer o crime com medo da aplicação da pena, mas por meio da realização de um cálculo dos riscos de ser preso. O crime compensa quando há pouco risco de ser pego pela polícia ou, se for pego, pelo risco de ser condenado pela justiça e, se condenado, pelo risco de cumprir pena.

Conceber o crime como um fenômeno econômico é inseri-lo no mesmo critério de mercado. O sistema penal “mercadológico” irá se preocupar com a seleção de condutas culpáveis que produzam tantos efeitos penais quanto econômicos, o que, segundo Fonseca, implica a “escolha de condutas que produzem ações das quais os agentes esperam um lucro e pelas quais são afetados por um risco especial, um risco cuja perda econômica desdobra-se também em uma consequência penal”.¹⁵¹

É a consolidação de um sistema penal que reage a uma espécie de “oferta do crime”, em que o lucro é maior quanto o risco da ação. Tais idéias podem ser

¹⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Naissance de la Biopolitique*, p. 258.

¹⁴⁹ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*, p. 237.

¹⁵⁰ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*, p. 237.

¹⁵¹ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*, p. 237.

percebidas em nossa sociedade com o grande destaque dado pela mídia às chamadas organizações criminosas, “as empresas do crime”.

E nessa “oferta de crime”, os próprios aparelhos de repressão estatal como a polícia especializada, os rastreadores, o bloqueio de celulares, a parafernália tecnológica e os elementos humanos (policiais ou de “inteligência”) são parte desse mercado atuando como uma espécie de instrumento de regulação. É justamente entre as políticas de combate à criminalidade e o mercado do crime que se estabelece a “oferta do crime”. A pena, no contexto neoliberal, deixa de ser pensada como o instrumento de reparação ou de ressocialização do criminoso, para integrar um tipo de política penal mais interessada na “intervenção e na regulação do mercado do crime” do que no desaparecimento do crime e do criminoso.

A função econômica do crime irá atingir a própria atuação do governo. O governo e suas políticas públicas estão intrinsecamente relacionados à regulação dessa “oferta de crime”. Em grande medida, para um governo em que também impera a racionalidade econômica pouco importa a diferença entre um homicídio premeditado e uma infração de trânsito. Em matéria dos custos econômicos governamentais ou do critério de eficiência do sistema penal, tais infrações (penais ou administrativas) representam a mesma conta. O assassino ou o sonegador de impostos tem o mesmo custo penal. O governo trata os riscos inerentes à atividade criminosa do mesmo modo que riscos do investidor no mercado de ações.¹⁵²

Sob a demanda neoliberal, o Estado, como governo dos homens, atua sobre o crime ou a criminalidade na forma de uma política criminal não mais tão interessada na questão de “como” punir o crime (semelhante à mecânica legal e a disciplinar), mas antes, em determinar aquilo que é preciso tolerar como crime, “o intolerável não tolerar” como crime. A política criminal neoliberal requer, portanto, uma certa elasticidade para trabalhar as demandas da criminalidade e o mercado do crime. Uma flexibilidade de atuação porque as demandas desse mercado são também bastante flexíveis. Nesse sentido, segundo Foucault, uma política repressiva de combate à criminalidade ou de endurecimento das leis penais e suas penas estaria simplesmente fadada ao fracasso.

¹⁵² FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*, p. 237.

Resta lembrar a importante noção de “normalização biopolítica” destacada por Foucault, uma vez que pela economia de “ilegalismos” neoliberal, a criminalidade tolerável é aquela que se aproxima da curva de normalização. Qualquer atuação do governo na forma de políticas criminais só tem razão na medida em que há uma alteração dessa curva, quando há uma alteração na normalidade tolerável do crime, quando há uma desregulamentação do mercado do crime, por fim, quando estamos diante de um fenômeno de crime.

Como exemplo sobre a tomada por uma economia neoliberal do fenômeno da criminalidade está o problema da droga. Nessa linha, o problema da droga torna-se um problema de mercado que uma política governamental de endurecimento da lei e da pena e de repressão aos focos de refinamento e distribuição só proporcionariam a redução da oferta de drogas no mercado, e o conseqüente aumento do custo da droga.

Aumentando o custo, quem lucra são os cartéis de fabricação e distribuição da droga, uma vez que seu consumo (pelos dependentes químicos) é “inelástico”, ou seja, não importa quanto é o custo, pois sempre interessará ao dependente-usuário. Nesse sentido, o mercado do crime é sempre alimentado, desencadeando um fenômeno de aumento da criminalidade. O endurecimento da lei não faz diminuir o consumo, mas favorece as empresas do crime, que passam a controlar o fornecimento de drogas obedecendo à lei de oferta e demanda.

A próxima parte do presente trabalho irá percorrer a trajetória dos discursos da teoria do Direito Penal sobre a culpabilidade. Uma trajetória preocupada com a compreensão dos modos como os discursos teórico-dogmáticos do Direito Penal – permeados pelas relações de poder-saber - preenchem ao seu tempo o significado da culpa penal e sua conexão com as formas de subjetividades produzidas.

PARTE II

UM DIREITO PENAL DA CULPA

Em nome da religião, disse o sublime gnosta, autor do quarto evangelho: no princípio era a palavra (in principio erat verbum); em nome da poesia, disse Goethe: no princípio era o acto (im Anfang war die Taht); em nome das sciencias naturaes, disse Carus Sterne: no princípio era o carbono (im Anfang war der Kohlenstoff); em nome da philosophia, em nome da intuição monistica do mundo, quero dizer: no principio era a força, e a força estava junto ao homem, e o homem era a força. Desta força conservada e desenvolvida, é que tudo tem-se produzido, inclusive o próprio direito, que em ultima analyse não é producto natural, mas um produto cultural, uma obra do homem mesmo.¹⁵³

A construção de um direito punitivo centrado na idéia de culpa é a coroação do abandono de um sistema punitivo em que a responsabilidade pelo crime era arbitrada objetivamente sobre o corpo dos homens. A passagem da responsabilidade objetiva para a responsabilidade subjetiva representa para o Direito Penal um princípio humanizador, de justiça e de legalidade na aplicação da pena.

A culpa aparece na medida em que o poder punitivo deixa a marca do corpo do súdito e encontra a “alma” do sujeito. Neste sentido, o próprio termo “culpabilidade” na língua alemã (*Schuld*) aparece carregado de um duplo significado: é culpa e dívida, imitando de alguma maneira a idéia de um “pagamento”, como “pagar as culpas”, “os pecados”, “as dívidas”¹⁵⁴.

No plano da culpabilidade, o substrato teórico do direito penal encontra necessariamente o sujeito-humano, rompendo a abstração da lei formando uma mesma e fundamental relação entre o homem, o Estado e a punição. Daí sua importância, daí seu poder. Um poder de dizer definir “o pagamento”, “o valor da dívida” pela transgressão da lei e fundamentar a punição possível. Segundo Bettiol:

Para que um fato constitua crime não basta que o sujeito agente o tenha realizado materialmente, enquanto lesivo do bem jurídico protegido, mas é

¹⁵³ BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos e Direito Criminal* (1886). Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2003, p. XIII.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, E. & PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5ª. Edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 110.

necessário que o tenha realizado *culpavelmente*. Em outras palavras, não há crime sem culpabilidade.¹⁵⁵

Formalmente, trata-se apenas de um conceito que fundamenta a punição pela imputação de um fato-crime a um sujeito-autor. Um tipo de punição, um tipo de poder, um tipo de sujeito. Daí o aviso de Velo: “Toda a concepção de culpabilidade está ligada a seu tempo”. Para compreendê-la, juntamente com a construção da dogmática penal contemporânea, é necessário nunca perder de vista esse aviso. A culpabilidade carrega em sua definição a possibilidade de dominação e exploração dos sujeitos, mas, todavia, abre outra possibilidade de garantia da limitação punitiva e da emancipação dos indivíduos.

É nesse sentido que o título da segunda parte deste trabalho inicia-se por um artigo indefinido: *Um Direito Penal da Culpa*, porque são indefinidos os conteúdos discursivos que preenchem o conceito de culpabilidade. E essa “suposta” indefinição não significa a ausência de um sentido, mas justamente a multiplicidade deles. Uma multiplicidade possibilitada pelos constantes movimentos de poder, saber e verdade no interior do discurso culpável. É indefinida ainda a possibilidade de se construir múltiplos sujeitos culpáveis demandados pelo tipo de poder econômico, político e social de um certo tempo.

O presente capítulo irá percorrer a construção de diversos conceitos de culpabilidade a partir da consolidação de teoria do Direito Penal (a Teoria do Crime), buscando identificar a relação entre um conceito de culpabilidade com um modelo de subjetividade e poder.

¹⁵⁵ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Volume II. Trad. Paulo José da Costa e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 01.

CAPÍTULO 1

A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO DE CULPA

1.1. Uma Breve Notícia sobre Carrara e o Direito Penal Clássico

Francesco Carrara publicou em 1859 seu curso de Direito Penal chamado de *Programa do Curso de Direito Criminal*, um “Programa” não por acaso, pois devia possibilitar o resumo em fórmulas simples da “verdade reguladora de toda ciência”, isto é:

(...) conter em si o princípio da solução de todos os problemas que o criminalista deve estudar, bem como todos os preceitos que governam a vida prática da mesma ciência nos três grandes fatos que lhe constituem o objeto, enquanto tem ela por missão enfrentar as aberrações da autoridade social, na proibição, na repressão e no juízo, para que tal autoridade se mantenha nos caminhos da justiça e não degenere em tirania.¹⁵⁶

Um programa que teria por objetivo fazer da ciência penal um lugar de moderação dos abusos das autoridades no exercício da “proibição, repressão e no julgar”, ou seja, definir a imensa “teia de regras” como um meio de circunscrever o poderio legislativo e judiciário, servindo como um complemento à ordem social e à defesa do cidadão.

E não é para menos. O objetivo da ciência penal de Carrara é a moderação, a limitação do imenso poder soberano em face dos cidadãos e da sociedade. São expressões da rejeição profunda da economia de poder absoluta centrada na razão do rei e de Deus, construtoras do modelo penal aniquilador, inquisitório e “perverso”, que identifica o crime com o pecado e com a transgressão da lei soberana do rei; um sistema punitivo que não possibilitava a defesa e os direitos dos súditos, mas a exigência de sua morte.

O “*Programa*” de Carrara é a expressão do sonho clássico iniciado pelos reformadores como Beccaria e Bentham de possibilitar, a partir do desenvolvimento de uma “ciência” regida sob um princípio de ordem, o encontro da fórmula perfeita que

¹⁵⁶ CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal*. Parte Geral. Volume 1. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Editora Saraiva, 1956, p. 09.

expressasse um princípio único e universal de contenção do poder soberano e garantia dos direitos do homem. Segundo Carrara, tal fórmula devia ser capaz de conter em si o “germe” de todas as verdades que a ciência criminal viria a necessitar ou utilizar no seu desenvolvimento ou aplicação posteriores. E, para ele, tal fórmula está sustentada na seguinte preposição: “o delito não é um ente de fato, mas um ente jurídico”.¹⁵⁷

A preocupação de Carrara é a definição do delito como um ente jurídico esgotado na forma de lei. A partir dessa compreensão, a teoria do crime e a justiça penal ficariam livres dos riscos dos desmandos dos poderes legislativo, judiciário e executivo, facilitando a distinção entre as ações pautadas pela justiça (da lei) daquelas impostas pela tirania.

Assim, reconhecendo no direito violado a objetividade indispensável para a caracterização dos delitos, poderiam ser mais facilmente identificados os critérios para discernir e classificar as más ações de acordo com o sua qualidade e quantidade, subordinadamente à espécie e à importância do direito visado.

Dessa fórmula, Carrara pôde desenvolver mais outras duas intrinsecamente relacionadas. A segunda fórmula refere-se à legitimidade da repressão e aos limites que a ela devem se impor. Se o delito é um ente jurídico, é possível deduzir que a legitimidade da repressão e seus limites também decorra da lei. Essa repressão à violação do direito do outro resulta da necessidade de uma coação moral, em que a ameaça do mal a ser infligido aos violadores do direito possa ser suficiente para dissuadi-los de praticar a transgressão, bem como represente a proteção daquele. Eis o fundamento da pena (clássica) a partir da rejeição dos castigos vexatórios, que, segundo sua opinião, não estavam abrigados no interior da legalidade, portanto, estavam à mercê do arbítrio sem medida e injusto do poder.

Para Carrara, a pena é uma emanção do direito e, justamente por isso, ela está submetida a todos os critérios jurídicos que vão lhe regular a quantidade e a qualidade, proporcionalmente ao dano sofrido pelo direito ou ao perigo que este correu. Uma pena cuja possibilidade de arbítrio e quantificação está encerrada na lei, mas também

¹⁵⁷ CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal*, p. 10.

limitada em grau quando aplicada concretamente sobre o indivíduo. Nesse sentido, afirma Carrara:

E eis como, depois de ter descoberto, em natureza de ente jurídico configuradora do delito, os limites que cortam o legislador quando estatui a proibição, por lógica e indeclinável conexão se encontram os que o detêm ao prescrever a repressão. Limites que se desejam fixar não só pela relação da qualidade e quantidade do mal, mas também pelas condições de lugar, tempo e pessoa.¹⁵⁸

A terceira fórmula versa sobre a definição do processo penal (a formação do juízo criminal) sob a égide da ordem pública de forma a assegurar a justiça para aqueles que tiveram seu direito violado e a repressão justa e equilibrada para os culpados da transgressão. Uma justiça penal pública deve primar pela publicidade dos atos processuais e pela intensa observância da lei.

A ciência do direito penal, segundo o *Programa*, aparece como um lugar de consolidação da supremacia do Direito. O direito criminal é o complemento da lei moral-jurídica, afinal, com a proibição ele a confirma; com a pena, fornece-lhe uma sanção eficaz; e como o juízo, possibilita a observância da lei na prática (do processo). Para Carrara, esta é a essência do direito penal e é sobre ela que a “ciência penal” deve se debruçar.

O homem aparece na ciência penal clássica como o agente dotado pelo livre-arbítrio que atua contra a lei. A razão da imputação do delito ao agente seria, portanto, a transgressão da lei motivada pelo arbítrio livre do sujeito.¹⁵⁹ A imputação só tem sentido se um fato é imputado materialmente e moralmente ao homem. Um homem

¹⁵⁸ CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal*, p. 13.

¹⁵⁹ Nesse sentido, disserta Jescheck que as raízes da teoria da culpabilidade se encontram na Ciência do Direito Penal italiano no final da Idade Média, assim como na jurisprudência do Direito comum nos séculos XVI e XVII. Sua evolução posterior influenciou a concepção da culpabilidade do Direito Natural. Foi com Pufendorf, (1634-1694) que, mediante o conceito de imputação que criou a primeira estrutura mental suscetível de desenvolvimento. Imputabilidade significa que a ação livre contemplada como pertencente ao autor (“*ad ipsum proprie pertinens*”) e, por isso, também como fundamento (“*causa moralis*”) de sua responsabilidade. Mais cem anos depois, a ação “se realizada com liberdade” continua a “razão para toda imputação”. E para os hegelianos, que contemplam o delito como um desvio livremente eleito pela vontade do indivíduo diante de uma vontade geral personificada na lei, todo o sistema do Direito penal acabava descansando na imputação subjetiva. Para Jescheck, foi Beling quem introduziu na Dogmática atual a doutrina vinculada ao pressuposto da liberdade de vontade. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4. Edição. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 378.

livre da sociedade contratual, dotado com a capacidade de formular juízos em conformidade com a lei. Carrara, desse modo, opta pela doutrina do livre arbítrio e da imputabilidade moral do homem como razão da imputação e do fundamento da transgressão da lei que motiva a repressão. A rigor, no interior do classicismo de Carrara a responsabilidade penal é atribuída à imputação do ato criminoso ao autor possibilitado pelo livre arbítrio do homem comum (o homem médio). É a sua opção pelo indeterminismo da vontade humana como fundamento da imputação, pois em seu tempo já estava presente um saber do tipo “determinista” do homem pregado pela chamada escola Anglo-Germânica.¹⁶⁰

Nesse sentido, o homem adquire o status de sujeito de direito definido pelo resgate das promessas revolucionárias de igualdade, liberdade e fraternidade. Este homem é livre para optar pelo contrato social e adentrar no mundo do poder jurídico da lei.

A razão da violência corporal do sistema punitivo medieval foi substituída pelo discurso da legalidade irrestrita e a centralização do Direito Penal na lesão ao bem jurídico como alternativas de moderação do apetite punitivo do Estado. E tal discurso de moderação não tem nada de ingênuo ou sonhador. Trata-se antes da formação de um tipo de discurso interessado em proteger o “novo” cidadão (burguês) das intempéries do poder central, do poder punitivo. Eis aí importância do discurso penal clássico, mas não que estas garantias tenham alterado a perversidade da realidade penal. Segundo Foucault, trata-se de uma modificação no solo “*arque-genealógico*” dos poderes e saberes sobre a punição, mas resta a possibilidade de percorrer as transformações na ordem de poder punitivo tentando, quem sabe, denunciar as formas predatórias de suas vítimas.

As fórmulas de Carrara, bem como a opção pelo sujeito de direito dotado de uma “vontade livre”, constituem o fundamento da “ciência penal”. E essa vontade livre como a razão da imputação aparece como a base do conceito de crime e da pena, o que leva a considerar tal racionalidade como descolada da realidade fática do homem pobre. Afinal, a tão sonhada liberdade clássica está vinculada com a propriedade. A

¹⁶⁰ CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal*, p. 37.

irrealidade da doutrina clássica está a conceber os sujeitos viventes como iguais em uma sociedade proprietária, desconsiderando violentamente aqueles que estão do lado de fora da propriedade, como os miseráveis, os desempregados, as mulheres e os loucos.

A reação do Direito Penal clássico construiu um sistema legal-penal de garantias para o cidadão, mas não estendeu a cidadania para todos os atores sociais. Logo, a violência punitiva apenas trocou de mãos e de estratégia. Deixa o soberano e o pecado e atinge o Estado Contratual e o homem comum não-proprietário.

A partir dessa breve notícia sobre as formulações do Direito Penal Clássico sob a perspectiva de Carrara, vamos percorrer a construção do conceito de culpabilidade ora como uma reação ao indeterminismo do livre-arbítrio humano, ora como uma reação do determinismo causal positivista, ora, ainda, como uma rejeição às aspirações subjetivas da culpa, centrando-se na materialidade dos critérios para a formação da reprovabilidade pessoal. Uma alteração na ordem discursiva do conceito rumo à formação de um Direito Penal mais democrático, mas que na maioria das vezes apenas troca o discurso culpável por outro mais apropriado às demandas de poder.

1.2. O Psicologismo e as Raízes Positivistas do crime e do criminoso

O século XIX foi palco de uma profunda alteração na ordem dos poderes e dos saberes na sociedade ocidental possibilitadas pela consolidação de um novo tipo de poder econômico: o liberalismo.

Com o desmonte da sociedade agrária medieval assentada sobre critérios de sangue, de vassalagem e da disposição absoluta do corpo pelo poder de soberania, estávamos diante da emergência de uma outra economia de poder, agregada pela urbanização, pela industrialização e pela conversão do corpo em mão-de-obra. É a formação do indivíduo “dócil e útil”, identificado por Foucault como o alvo da economia capitalista.

O desenvolvimento do capitalismo - da economia de poder liberal - também encontrou expoente na formação dos saberes. É a época das grandes invenções como

as máquinas a vapor, que modificaram sensivelmente a tecnologia humana. Navios, trens, telégrafos, a mecanização industrial e no campo aparecem como o privilégio do gênio humano construindo um mundo novo. Um mundo de domínio do homem sobre as forças da natureza, consolidando no indivíduo moderno (ocidental) a idéia de senhor e centro do mundo.

O liberalismo proporciona uma espécie de “euforia da razão humana”, possibilitada pela nova imagem do homem capaz de discernimento e atuação conforme sua vontade, capaz de libertar-se da autoridade medieval e da forte tradição teológica. Uma nova imagem de homem já construída pelos ideais clássicos do Iluminismo, mas que encontra outra possibilidade nesse novo tempo.

A nova economia de poder delineada pelo liberalismo, em certa medida, encerrou a razão do homem dotado de livre arbítrio, essa razão livre e indeterminada construtora do conhecimento e da realidade do Iluminismo, no interior do próprio corpo humano.

O homem como substrato da sua vontade livre passa a ser considerado segundo um princípio de racionalidade natural das leis universais próprias da natureza e da ciência. Coroa-se a emergência da ciência e seu método de análise como a condição de possibilidade para a compreensão e conceituação do mundo. O método da ciência é uno e deve ser capaz de percorrer os diversos campos do conhecimento, pois não há verdade além da ciência. Assim, um conhecimento que se pretenda científico, afirma Foucault, deve apoiar-se em dois postulados filosóficos:

Que a verdade do homem está exaurida em seu ser natural, e que o caminho de todo conhecimento possível deve passar pela determinação de relações quantitativas, pela construção de hipóteses e pela visão experimental e de encontrar no homem um prolongamento das leis que regem os fenômenos naturais.¹⁶¹

É a consolidação do mecanicismo natural como método para pensar as recém-nascidas “ciências humanas”. O homem, como ser que existe, perde sua “essência” na

¹⁶¹ FOUCAULT, Michel. A Psicologia de 1850 a 1950. In: _____. *Ditos e Escritos*. A problematização do Sujeito, Psiquiatria, Psicologia e Psicanálise. Volume 1. 2ª. Edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 133.

vontade livre para ser tematizado no interior do rigor cientificista. Agora, ele é parte das leis de funcionamento do mundo. Do livre arbítrio humano para o homem-máquina.

A razão do método natural incorpora a psicologia, a antropologia, a sociologia e a criminologia da época. Para Figueiredo, as ciências humanas, sob impacto do mecanicismo, tendem a desconhecer a especificidade do seu objeto (a vida singular dos sujeitos) em favor da imitação mais ou menos bem-sucedida dos modelos das ciências naturais.¹⁶² Ou seja, são saberes preocupados muito mais com a elaboração de modelos de desenvolvimento humano e social a partir da construção de hipóteses formais, da dedução lógica das conseqüências, da previsão condicionada ao teste científico.

A função desse instrumental científico é a orientação do pensador das ciências humanas a buscar as relações deterministas ou probabilísticas seguindo a “concepção linear e unidirecional da causalidade”.¹⁶³

A causalidade é a matriz de todo saber natural produzido segundo um desdobramento de um processo mecânico de causa e efeito, circunscrito a uma temporalidade.¹⁶⁴ Nesse entendimento, o indivíduo moderno é possível de ser analisado sobre o desdobramento mecânico regido pela causalidade. Este é o indivíduo requerido pela ciência e produzido pela ordem econômica liberal dotado, por seguinte, de um “comportamento humano que modifica o mundo exterior resultante de um liame psicológico entre o autor e o ato praticado”.¹⁶⁵

¹⁶² FIGUEIREDO, Luis Cláudio M. *Matrizes do Pensamento Psicológico*. 10ª. Edição. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 29.

¹⁶³ FIGUEIREDO, Luis Cláudio M. *Matrizes do Pensamento Psicológico*, p. 28.

¹⁶⁴ Como preliminar ao estudo da causalidade, segundo Figueiredo, é necessário efetuar a análise dos fenômenos (da natureza) de forma a identificar os elementos mínimos que os constituem, ou seja, decompô-los em unidades mínimas. Subjacente ao procedimento analítico está a concepção atomística da realidade: o real são os elementos que, em combinações diferentes, mecanicamente “causam” os fenômenos complexos da natureza derivada. FIGUEIREDO, Luis Cláudio M. *Matrizes do Pensamento Psicológico*, p. 28.

¹⁶⁵ VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal* (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências). Porto Alegre: Fabris Editor, 1993, p. 26.

O liberalismo econômico e o mecanicismo científico são o solo arqueológico do positivismo. E o positivismo atinge em cheio o discurso jurídico-penal. Segundo Baratta, o positivismo jurídico-penal é a expressão do naturalismo em voga no final do século XIX que internaliza os ideais do método científico, bem como todos os seus preconceitos biológicos e deterministas. Assim, o positivismo concebe o delito como um ente jurídico, mas o faz sob a premissa individualizante do sujeito, exigindo para tanto a construção de um arsenal teórico com o intuito de encontrar na totalidade biológica, psicológica e social do indivíduo as causas da criminalidade.¹⁶⁶ Daí a rejeição do livre arbítrio humano em favor de um rígido determinismo biológico.

Foi a época de Lombroso e sua antropologia criminal, de Ferri, Garofalo, MerKel, entre tantos outros. Em nosso país, destacam-se Tobias Barreto, José Hygino Duarte Pereira e praticamente toda a Escola do Recife no final do XIX. São estes autores que se debruçaram sobre as lições de Spencer e Comte, acreditando construir um sistema teórico do direito penal mais “moderno” e integrado com a “evolução” do pensamento científico.

Nessa linha, afirma Barata que o delito é reconduzido a uma concepção determinista da realidade em que o homem e seu comportamento estão inseridos e que são, no fim, expressão. E o sistema penal fundamenta-se menos sobre o delito e sobre a classificação das ações delituosas abstratas e independentes do que sobre o autor do delito e sua personalidade, e ainda, sobre a classificação tipológica dos autores.¹⁶⁷

O positivismo jurídico-penal pode ser assim delimitado sobre alguns princípios: a) o *determinismo*, que define o crime a partir da constituição bio-psíquica do homem, rejeitando a questão de liberdade de escolha; b) a *responsabilidade social*, cuja ênfase

¹⁶⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 98.

¹⁶⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*, p. 39.

é a defesa da sociedade e não da lei; c) a *medida de segurança*, focada na preocupação com a periculosidade do agente.¹⁶⁸

Enfim, o positivismo jurídico-penal é o lugar da formação do indivíduo como o “homem criminoso”, onde as razões do crime estão encerradas no corpo do sujeito. Trata-se da emergência da criminologia como o expoente teórico do crime, como a ciência por excelência para apreender o homem. Daí a medida da punição, ou melhor, do tratamento, da recuperação ou ressocialização ser gestada a partir da periculosidade do autor.

Resta afirmar que a dogmática penal também é repensada sob o olhar positivista. Neste sentido, o direito penal passa a ser concebido como um sistema científico, obedecendo ao mesmo rigor de método das demais ciências. O objetivo do positivismo jurídico é a construção de um sistema penal o mais livre possível de qualquer juízo de valor mediante a sistematização e categorização de cada elemento da economia punitiva.

A ciência penal preenchida pelo conteúdo do naturalismo e do positivismo procurou afastar toda “especulação” de caráter transcendental introduzindo no sistema penal elementos “naturais”. O rigor do método se justifica pela preocupação de fidelidade com o reconhecimento da realidade humana como um campo da objetividade.

¹⁶⁸ ROCHA CAMPOS, Maria Regina e COHEN, Cláudio. Considerações acerca da Semi-Imputabilidade e Inimputabilidade Penal resultantes de Transtornos Mentais e de Comportamento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 10, no. 39, julho-setembro de 2002, p. 127.

Von Liszt é a expressão deste positivismo jurídico.¹⁶⁹ Em conjunto com Belling, preocupou-se em delimitar o conceito (formal) de delito como uma ação típica, antijurídica e culpável.¹⁷⁰ Eis que algo como a culpabilidade aparece pela primeira vez no interior da dogmática jurídica. E a entrada da culpabilidade na concepção da causa a “concepção psicológica da culpabilidade”, uma noção de culpa, para Fernandez, perfeitamente compatível com as premissas metodológicas do positivismo-naturalismo orientadas para o fático, bem como as exigências culturais da ideologia política e econômica do liberalismo.¹⁷¹

José Hygino define a teorização sobre a culpabilidade a partir de Von Liszt:

Não é sobre a duvidosa base de uma liberdade metaphysica que se há de assentar a theoria da culpa e da responsabilidade criminal; a base procurada só pode ser encontrada na capacidade que o homem tem de resolver-se automaticamente por motivos. Culpado é todo aquelle e somente aquelle que pratica um acto injusto voluntariamente, prevendo ou podendo prever o resultado. Supposto o jogo regular de suas funcções psychicas. A idéia da culpa só envolve as de voluntariedade e previsão e não a de livre arbítrio.¹⁷²

Segundo Velo, a visão naturalista dos clássicos que concebia o crime como um ente jurídico e o princípio de imputação baseado na vontade livre do homem sofreram

¹⁶⁹ Franz Von Liszt nasceu em 2 de março de 1851 em Viena. Coursou as Universidades de Göttingen e Heidelberg. Habilitou-se em 1875 como *privat-docent* de Direito Penal na Universidade de Graz. E em 1877 na Universidade de Marburg. Publicou em 1881 a primeira edição de seu Tratado de Direito Penal, que até 1895 teve sete edições. Foi ele quem estruturou, pela primeira vez, os campos teóricos marcados pelo direito penal, pela política criminal e pela criminologia. Nesse sentido, cabe ao *direito penal* “a protecção reforçada dos interesses juridicamente protegidos, os bens jurídicos, que principalmente a merecem e della precisam, por meio da cominação e da execução da pena como o mal infligido ao criminoso”.¹⁶⁹ A *política criminal* é o espaço de apreensão do delinqüente individualmente considerado ou a ciência chamada para apreciar o direito do ponto de vista de sua correlação como os fins do direito penal, ou seja, o estudo da repressão do crime, e indicar entre os meios disponíveis os mais adequados para a consecução desse fim. E a *criminologia* é o lugar da indagação científica do crime tanto na sua manifestação exterior material quanto nas suas causas internas que inferem dos fatos. A criminologia é a ciência “natural e causal” do crime, dividida em biologia (ou antropologia criminal) e em sociologia criminal.

¹⁷⁰ BELING, Ernst Von. *Esquema de Derecho Penal: La Doctrina del Delito-Tipo*. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 38.

¹⁷¹ FERNÁNDEZ, Gonzalo. La Fundación de la teoría Normativa de la Culpabilidad. In: FRANK, Reinald. *Sobre la estructura del Concepto de Culpabilidad*. Buenos Aires: Edição Julio César Faria, 2002, p. 13.

¹⁷² PEREIRA, José Hygino Duarte. In: VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Volume 1 (1899). Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. LXXVI.

um forte abalo com as exigências positivistas. É desse modo que “a ação foi isolada como força causal, considerada ato somente físico, objetivo, da vontade humana”.¹⁷³ O objetivo do psicologismo é a radical determinação causal entre o autor e o ato criminoso, evitando os “perigos” discricionariedade ou dos juízos morais ou espirituais do homem. A verdade dos saberes é a verdade do método científico; desse modo, qualquer critério jurídico só encontraria escopo de “verdade” ou de garantia do direito se estivesse esgotado no regime de produção de verdades científicas.

A criação no horizonte dos saberes do homem, como sujeito e objeto do conhecimento e dos poderes, faz aparecer no interior da dogmática penal a necessidade de um conceito que apreenda os fatores físicos, antropológicos, psicológicos e sociais vinculados à imputação do resultado do ato delitivo ao autor. A culpabilidade é tratada, nessa linha, “como uma simples conexão causal subjetiva, simultânea e paralela do nexo de atribuição objetiva”.¹⁷⁴

Segundo Fernandez, “es el relacionamiento psíquico del autor con el resultado externo de su conducta.”¹⁷⁵ E completa Cerezo Mir, “el nexo psicológico entre el autor y el resultado delitivo, el relacionamiento psíquico del autor con el resultado externo de su conducta”¹⁷⁶.

A teoria psicológica como pensada por Von Liszt está assentada na divisão incisiva do delito em elementos objetivos (externos) e subjetivos (internos). A dimensão objetiva do delito é o lugar do injusto e a dimensão subjetiva é a culpabilidade. E essas dimensões estão situadas em estratos analíticos diferenciados, como se fossem distribuídos “sem vasos comunicantes entre si”¹⁷⁷.

¹⁷³ VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal*, p. 27.

¹⁷⁴ FERNÁNDEZ, Gonzalo. La Fundación de la teoría Normativa de la Culpabilidad. In: FRANK, Reinald. *Sobre la estructura del Concepto de Culpabilidad*, p. 14.

¹⁷⁵ FERNÁNDEZ, Gonzalo. La Fundación de la teoría Normativa de la Culpabilidad. In: FRANK, Reinald. *Sobre la estructura del Concepto de Culpabilidad*, p. 14.

¹⁷⁶ CERESO MIR, José. El Delito como Acción Culpable. *Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales*. Madrid, tomo XLIX, fascículo I, 1996, p. 15-16.

¹⁷⁷ FERNÁNDEZ, Gonzalo. La Fundación de la teoría Normativa de la Culpabilidad. In: FRANK, Reinald. *Sobre la estructura del Concepto de Culpabilidad*, p. 14.

A culpabilidade¹⁷⁸ estaria limitada a uma forma puramente descritiva das relações anímicas (psicológicas) existentes entre o autor e o delito cometido por ele, circunscrita a uma conexão causal.¹⁷⁹ Segundo Zaffaroni, essa separação entre os elementos objetivos e subjetivos deu causa à absoluta subjetivação da culpabilidade, considerando a realidade psicológica suficiente para a formação do juízo de culpa.¹⁸⁰

Desse modo, tudo o que representava a apreensão subjetiva do delito é alocado no universo da culpabilidade. Eis aí, segundo Bettiol, a concentração do esforço de toda doutrina psicológica em construir uma noção geral de culpabilidade que abarcasse tanto o dolo quanto a culpa, considerados como as únicas formas pelas quais a culpabilidade pode se apresentar concretamente.¹⁸¹

O dolo e a culpa, que têm em comum a razão de serem compreendidos como a relação psicológica entre o autor e seu ato, são definidos como formas de culpabilidade. Indica Cerezo Mir, em correlato, a configuração do dolo na medida em que o sujeito atua com consciência e vontade para a produção do resultado delitivo, provocando a forma mais grave de culpabilidade. E a culpa (ou negligência) se dá quando o sujeito prevê ou era capaz de prever a possibilidade de produzir o resultado delitivo.¹⁸²

¹⁷⁸ Nesse sentido, destaca Jescheck sobre a culpabilidade psicológica: “Culpabilidad es aquella relación subjetiva de los autores con el resultado antijurídico producido, a la que se vincula la responsabilidad jurídica”. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4. Edição. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 378.

¹⁷⁹ No mesmo sentido destaca ZAFFARONI, “la culpabilidade psicológica tiene un claro origen positivista (recuérdese que Liszt fue uno de sus decididos partidários). Su característica radica en entender a la culpabilidad libre de cualquier referencia a la norma. Pretendía-se que la culpabilidad fuese un contenido puramente descriptivo: así como el injusto no pasaba de ser la mera descripción de la objetividad o cara externa del delito, se pretendía que la culpabilidad era la descripción de su cara o face interna”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General IV*. Buenos Aires: Ediar, 1982, p. 16.

¹⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General IV*, p. 14.

¹⁸¹ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Volume II. Trad. Paulo José da Costa e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 07.

¹⁸² CERZO MIR, José. El Delito como Acción Culpable. *Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales*, p.15.

Os elementos da culpabilidade psicológica são então distribuídos, segundo Cirino dos Santos, em: a) a imputabilidade ou a capacidade de culpabilidade, como a capacidade do autor em compreender o valor do seu ato, excluída ou reduzida diante das situações de imperfeição (em que o autor é imaturo psiquicamente) ou defecção (nos casos de doença mental); b) a relação psicológica do autor com o fato, abarcada pelas situações de dolo e negligência.¹⁸³

Em paralelo ao desenvolvimento da teoria psicológica da culpabilidade, é apresentada a teoria dos tipos penais de Beling¹⁸⁴, cuja função destacada é a descrição o mais objetiva possível das condutas proibidas. Segundo Schünemann, o sistema concebido por Von Liszt e Beling da teoria do delito definia a tipicidade da ação como o que pertencia ao mundo externo, ao que poderia ser fisicamente descrito, originário da eleição pelo legislador daquelas condutas descritas concretamente em uma Parte Especial do Código Penal, não requerendo, por fim, nenhum tipo de valoração. Concomitantemente, há o aspecto subjetivo caracterizado pela culpabilidade, concebido como a relação psíquica entre o autor e o resultado. A ação, nesse sentido, é pensada como um comportamento dominado pela vontade; a tipicidade é definida como o acontecimento exterior descrito tipicamente pelo legislador; e a culpabilidade como lugar da relação psicológica entre autor e ato.¹⁸⁵

Essa sistematização do delito no interior da dogmática penal permitiria, segundo a matriz positivista, obter o sentido da lei penal mediante sua própria interpretação, sem a necessidade ou o recurso de auferir valor por parte do juiz. A preocupação do positivismo jurídico em afastar os juízos morais da lei leva à concretização de sistemas legais enrijecidos, bem como ao aparecimento e à expansão dos projetos legais e da dogmática.

Mas logo, afirma Velo, emergem as dificuldades da construção psicológica da culpa. O psicologismo que apreende o dolo no interior da culpabilidade acaba

¹⁸³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2006, p. 276.

¹⁸⁴ BELING, Ernst Von. *Esquema de Derecho Penal: La Doctrina del Delito-Tipo*, p. 36.

¹⁸⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al Razonamiento Sistemático del Derecho Penal. In: _____. *El Sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-Maria Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p. 43-44.

impossibilitando a tematização teórica de alguns acontecimentos fáticos, como a diferenciação da imprudência inconsciente. Sob o psicologismo, dolo e imprudência inconsciente formam um conceito igual. A diferença entre elas só poderia aparecer diante da inclusão de um critério normativo ausente na mera relação psíquica entre o autor e o resultado. Afinal, em uma ação dolosa há a consciência e o desejo da ação, mas em outra ação imprudente, a inconsciência é revelada a partir do risco assumido pelo resultado.

Outra impossibilidade da estrutura da culpabilidade psicológica é sua insuficiência na compreensão e valoração de situações de motivação anormal da vontade, ou seja, de situações que são abarcadas como hipóteses de inexigibilidade de comportamento diverso, que escapam da previsibilidade objetiva das leis naturais do comportamento humano.¹⁸⁶

Todavia, apesar de todos esses problemas colocados pela dogmática penal, que serão objeto das teorizações das escolas penais seguintes, a importância da criação da culpabilidade psicológica é a concretização de um espaço subjetivo fundamental para o posterior desenvolvimento da teoria do crime. Desde então, a dogmática é levada, pela primeira vez, a considerar a realidade psicológica e social do indivíduo na aplicação da pena.

O engano do psicologismo, segundo Velo, não é o reconhecimento do aspecto psicológico, mas o modo como são valoradas (ou até mesmo desconsideradas) as situações e as atitudes internas do sujeito. A culpabilidade psicológica aparece, conforme Bettiol, “como uma concepção incolor, naturalística, fria, incapaz de adequar-se à rica casuística das situações para ver se é possível um juízo de reprovação e até que ponto”¹⁸⁷, ou seja, é incapaz de perceber que o universo do comportamento humano é muito mais extenso e complexo que sua mera determinação causal e sua apreensão científica. Nesse sentido, “o ponto débil do psicologismo foi considerar a realidade psicológica a razão suficiente para a formação do juízo de culpa”.¹⁸⁸

¹⁸⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, p. 276.

¹⁸⁷ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, p. 08.

¹⁸⁸ VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal*, p. 29.

A imposição da culpa psicológica como razão suficiente para a formação do juízo sobre a pena revela outro problema, pois não apresenta os elementos necessários para justa atribuição da pena ao sujeito. Faltariam critérios (normativos) para identificar com mais justiça a razão culpável do sujeito.¹⁸⁹ Afinal, seria preciso reconhecer por meio dos mecanismos jurídicos a diferença entre a culpabilidade de alguém que mata para se defender (na situação de legítima defesa) e prevê e quer a morte de um homem e aquele que prevê e deseja a morte pura e simples devido a um motivo qualquer.

O psicologismo foi a primeiro passo para a captura da subjetividade criada do indivíduo no interior do sistema punitivo moderno.

1.3. O Normativismo

1.3.1. A Culpabilidade como Reprovabilidade

O problema do positivismo é a delimitação de um Direito Penal centrado na noção de culpa, ou seja, na possibilidade de uma responsabilidade penal subjetiva delineada com base no reconhecimento da relação psíquica (mecânica e causal) entre o autor e o resultado. Nesses termos, uma culpabilidade construída a partir da tomada da história individual do corpo humano como o alvo do saber científico e do poder econômico.

Segundo Foucault, o alinhamento entre as ciências naturais e as humanidades típicas do mecanicismo novecentista se torna frágil na medida em que as novas ciências humanas passam a procurar um método próprio afastado do naturalismo, de forma a melhor apreender o homem como um objeto.

Desse modo, não há mais espaço para pensar o homem por meio de análises mecânicas. Para apreendê-lo na sua especificidade é preciso abandonar as hipóteses

¹⁸⁹ VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal*, p. 29.

gerais e exteriores, descobrindo aquilo que é exclusivamente pertencente à realidade humana e escapa das leis da natureza.

Tomar o homem não no nível desse denominador comum que o assimila a todo ser vivente, mas no seu próprio nível, nas condutas as quais se exprime, na consciência em que se reconhece, na história pessoal através da qual se constituiu.¹⁹⁰

O homem do final do século XIX pode ser pensado além da exclusividade do mecanicismo. Já se apresenta no horizonte dos saberes algo a mais em seu comportamento ou em sua subjetividade que escapa da causalidade natural e encontra o universo das significações. É a formação do sujeito humano a partir da significação do mundo e de si próprio. A realidade do homem, assim, não está somente encerrada na natureza, mas também deve considerar seu sentido, sua unidade e seus juízos de valor que lhes são constituintes.

Talvez, a melhor definição do homem como ser natural e ser de significado seja a emergência da psicanálise de Freud. Segundo Foucault, Freud é um dos responsáveis por fazer aparecer o universo das significações, bem como dos juízos individuais, na conduta humana. E mais do que isso. Sua importância está justamente na “impureza” dos conceitos da psicanálise que permaneceram, por um lado, ligados às suas origens naturalistas e, por outro, aos delineamentos metafísicos e morais, a exemplo da teoria dos instintos (instinto de vida/expansão ou de morte/repetição), eco do mito biológico do ser humano, ou da concepção de doença mental como uma regressão a um estágio do desenvolvimento humano. Mas, se ainda permanece ligada a um resquício naturalista, a psicanálise também operou uma reviravolta na ordem dos saberes, pois possibilita a transformação da análise causal em gênese das significações, da evolução biológica para a perspectiva histórica e do apelo à natureza para a exigência de compreensão simbólica do meio social.¹⁹¹

¹⁹⁰ FOUCAULT, Michel. A Psicologia de 1850 a 1950. In: _____. *Ditos e Escritos*. A problematização do Sujeito, Psiquiatria, Psicologia e Psicanálise, p.139.

¹⁹¹ FOUCAULT, Michel. A Psicologia de 1850 a 1950. In: _____. *Ditos e Escritos*. A problematização do Sujeito, Psiquiatria, Psicologia e Psicanálise, p. 141-142.

As humanidades, entre elas a psicologia, a nascente psicanálise, a sociologia e a antropologia, reclamam agora, diante dessa nova compreensão do homem e do mundo dotados de significação, uma nova qualidade de saber. Formaram, nesse sentido, um saber despreocupado com a sistematização auto-suficiente do método e mais concentrado na especificidade do humano e do social.

Nessa linha, Bettiol destaca em seu livro *El Problema Penal* que o Direito Penal é um fenômeno do mundo e está relacionado à filosofia, à política, à ciência e aos saberes de uma época. Entender a superação do conceito psicológico de culpabilidade deve passar sobre esse contexto maior da crise metodológica das premissas mecanicistas, da possibilidade de compreender o homem e seu sentido além da sua natureza, do liberalismo político e econômico e do surgimento das primeiras reações a esse domínio econômico e político representado pela emergência das teorias materialistas como o marxismo.¹⁹²

Nesse contexto, as inflexões da culpabilidade psicológica apontam para uma mudança nos aportes teóricos da dogmática penal. Uma mudança orientada para a impossibilidade de pensar a conduta humana livre de qualquer valoração. Acrescenta-se ao conteúdo naturalístico da culpabilidade psicológica outra possibilidade de pensamento pautado pela agregação de um conteúdo de valor extraído dos contextos da realidade da conduta humana.¹⁹³

Estamos diante, segundo Schünemann, do aparecimento de uma nova racionalidade para pensar a dogmática penal permeada pela influência da filosofia neokantiana.¹⁹⁴ Dessa forma, a dogmática passa a recuperar a esquecida dimensão da decisão jurídica como o lugar para apreensão dos critérios e juízos de valor. Sob o neokantismo fica revelada a fragilidade (e a opressão) da culpabilidade esgotada na

¹⁹² BETTIOL, Giuseppe. *El Problema Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1995, p. 55-67.

¹⁹³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Culpabilidade: Desintegração Dialética de um Conceito Metafísico. *Revista de Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, julho-dezembro de 1974, números 15-16, p. 53.

¹⁹⁴ Nesse sentido, destaca Cerezo Mir, "El desarrollo de la teoría de la culpabilidad se vió favorecido por la influencia de la filosofía neokantiana, de la escuela sudoccidental alemana". CEREZO MIR, José. *El Delito como Acción Culpable*, p. 17.

relação psico-física encerrada corpo do homem. Para além do determinismo causal, resgata-se a necessidade de apreensão do “juízo moral” sobre as condutas.

Não se trata, a rigor, da construção de um novo conceito unitário da culpabilidade, mas da remediação da metodologia do positivismo para pensar a formação do direito penal da culpa.

A rejeição do naturalismo como o modo de pensar o Direito Penal não significou, contudo, a rejeição do indivíduo moderno, objeto de saber e sujeito de poder, como o centro da racionalidade punitiva. Em certa medida, o normativismo ainda é uma teoria psicológica, pois ainda obedece aos preceitos de um discurso que apreende o sujeito culpável no interior da objetificação cientificista. Mas, a ele é agregada uma nova forma de olhar o sujeito culpável. Para além do psicologismo causal, o indivíduo pode também ser capturado durante a formação do juízo normativo sobre a conduta.

São os primeiros delineamentos do “conceito normativo de culpabilidade” a partir de teóricos juristas como Frank, Goldschmidt, Freudenthal e Mezger. Segundo Bettiol, a culpabilidade sob o normativismo pode ser compreendida somente com base na “relação de contradição entre a vontade da norma e a vontade individual”, ou seja, a pessoa apenas poderia ser chamada a responder culpavelmente porque quis diversamente daquilo que deveria querer, dadas as circunstâncias concretas em que atuou.¹⁹⁵ Isso define a “essência da culpabilidade normativa” como a “desobediência” ou a “reprovabilidade”, porém, ainda enraizada num fundamento psicológico.

A culpabilidade normativa não prescinde do liame psicológico necessário entre o autor e o resultado, mas deverá, agora, considerar esse liame psicológico como um elemento de fato sobre o qual assenta um juízo sobre a culpa. Assim, resume Bettiol, “a culpabilidade não é mais um dado psicológico-naturalístico, mas é um juízo que pressupõe a presença de vários elementos entre os quais se inclui o nexó psicológico entre o evento e o autor”.¹⁹⁶

O conceito normativo da culpabilidade, segundo Jescheck:

¹⁹⁵ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, p. 12.

¹⁹⁶ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*, p. 13.

Pretende integrar la totalidad de los componetes psíquicos del hecho en un concepto material superior que debe posibilitar una valoración de la faceta interna del hecho y, de esse, modo, hacer comprensible qué factores pertenecen a la culpabilidad y como haya de enjuiciarse la ausencia de algunos de sus elementos.¹⁹⁷

Foi Reinald Frank quem deu os primeiros passos para a compreensão da culpabilidade como “um juízo de valor sobre uma situação psíquica apoiado em uma ordem normativa”.¹⁹⁸ Ele publicou, em 1907, *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad (Über den Aufbau des Schuldbegriffs)*, um livro debruçado sobre as prerrogativas teóricas do normativismo culpável. Nele, Frank rechaça a concepção psicológica reduzida a uma mera “relación psíquica del autor con algo que esta ubicado fuera de su personalidad”¹⁹⁹, e ainda denuncia a impossibilidade do esgotamento da culpabilidade como um conceito genérico ou simplesmente de enlace entre as dimensões subjetivas do dolo e da culpa. A culpabilidade normativa deve ir além do dolo e da culpa, pois Frank não nega o conteúdo subjetivo do ilícito, apenas acrescenta um elemento normativo: a reprovabilidade. A culpabilidade se constituiria em uma motivação reprovável, ou seja, na reprovabilidade do ato praticado.²⁰⁰

Na sua primeira construção teórica, em 1907, Frank irá delimitar os objetivos do juízo de culpa, de um lado, “a posição do sujeito segundo as circunstâncias influentes em seu comportamento – ‘circunstâncias concomitantes’ – e de outro a norma”.²⁰¹ Essas “circunstâncias concomitantes” apresentam-se em conjunto com o dolo e a culpa (psicológicos) para a medição da culpabilidade. Para Velo, tal construção possibilitaria uma espécie de “graduação de culpa”, afinal:

Para um fato cometido com o mesmo comportamento psicológico, a pena pode ser diversa, desde que consideradas as “circunstâncias concomitantes” ao seu

¹⁹⁷ JESCHECK, Hans-Heirnrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 378.

¹⁹⁸ JESCHECK, Hans-Heirnrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 378.

¹⁹⁹ FRANK, Reinald. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, p. 39.

²⁰⁰ VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal*, p. 40.

²⁰¹ VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal*, p. 40.

ato, algo que está fora do dolo, mas participativo de sua formação. Haverá culpa desde que reprovada a formação de vontade que culminou na ação ilícita.²⁰²

Nesse sentido, a “culpabilidade é reprovabilidade”²⁰³, uma reprovabilidade que “significa una valoración (negativa) de una conducta desaprobada. Esto és, la culpabilidad cristaliza en un juicio de reproveche, formulable a un individuo dotado de motivación normal”.²⁰⁴ Uma reprovabilidade possibilitada pela normalidade das circunstâncias em que o sujeito age.²⁰⁵ E essa normalidade das circunstâncias seria o elemento que permitiria a graduação da culpa.

A imputabilidade, nesta linha, aparece como uma qualidade do estado espiritual normal do autor, não mais delimitada como uma mera capacidade de culpabilidade ou seu pressuposto, mas como parte integrante do conceito. O dolo e a negligência deixam de ser espécies da culpabilidade para formar seus elementos, ainda que sustentados pela mesma racionalidade do psicologismo, ou seja, em uma determinada e concreta relação psíquica entre autor e ato.

Segundo Zaffaroni, a síntese da reflexão normativista da culpabilidade pode ser assim definida: “imputabilidade, dolo, culpa y circunstancias concomitantes son, para Frank, elementos da culpabilidade y no espécies o formas. Hay dolo sin culpabilidad y la culpabilidad es reprovabilidad. Estos son los pilares fundamentales de la teoría de Frank”.²⁰⁶

²⁰² VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal*, p. 41.

²⁰³ FRANK, Reinald. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, p. 39.

²⁰⁴ FERNÁNDEZ, Gonzalo. La Fundación de la teoría Normativa de la Culpabilidad. In: FRANK, Reinald. *Sobre la estructura del Concepto de Culpabilidad*, p. 20.

²⁰⁵ Nesse sentido, destaca Cirino dos Santos: “Frank compreendeu a limitação e subordinou a culpabilidade, que define como reprovabilidade, ao conceito da normalidade das circunstâncias do fato punível, evoluído para a possibilidade de normal motivação de vontade, fixada na fórmula do *Tatherrschaft*, o conteúdo da formulação se opõe dialeticamente aos a priorismos metafísicos anteriores: a possibilidades de normal motivação é excluída, precisamente, pela anormalidade das circunstâncias concomitantes do fato. A autonomia subjetiva do querer é limitada pelo reconhecimento do poder vinculante da realidade objetiva de atuação da vontade”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Culpabilidade: Desintegração Dialética de um Conceito Metafísico. *Revista de Direito Penal*, p. 52.

²⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General IV, p. 21.

Em 1911, Frank retoma, de certo modo, suas reflexões sobre a “normalidade das circunstâncias”, agora as convertendo em uma “normal motivação”. A razão para tanto, segundo Velo, é a acentuação na sua teoria da influência das circunstâncias de motivação dos agentes para a formação do juízo de culpabilidade.²⁰⁷

Embora houvesse um esforço de Frank para romper com o rígido determinismo psicológico, sua teoria da “reprovabilidade” ainda depende das circunstâncias psicológicas, repousando sobre a constatação do dolo e da negligência como elementos culpáveis. Assim, o conceito de culpabilidade como reprovabilidade de Frank é considerado sob a ótica de um “psicologismo-normativismo”. Foram com Goldschmidt e Freudenthal, que os delineamentos do normativismo ganharam novos expoentes.

Goldschmidt elabora um conceito de culpabilidade normativa pautada na localização da essência da reprovabilidade na vontade contrária ao dever. Sua teoria está centrada na existência da “norma de direito/norma de dever”, acentuando o caráter normativo da culpabilidade ao considerá-la a partir de uma suposta infração de uma norma de dever que rege as condutas internas do sujeito, independentemente da norma de Direito, reguladora da conduta externa e cuja infração determina a antijuridicidade.²⁰⁸

Freudenthal, por sua vez, considera a constatação da culpabilidade no poder do agente ter agido de acordo com o direito, delimitando um critério de exigibilidade de comportamento conforme o direito no interior do conceito de culpa.²⁰⁹ Segundo Cirino

²⁰⁷ VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal*, p. 41.

²⁰⁸ CEREZO MIR, José. *El Delito como Acción Culpable*, p 10.

²⁰⁹ Segundo Muñoz Conde, foi Freudenthal quem, em 1922, conceituou pela primeira vez a *não-exigibilidade* como o verdadeiro fundamento do conceito de culpabilidade. Foi revolucionário, afinal diante da gravidade da situação política e econômica da Alemanha de seu tempo, sua teoria da culpabilidade delineia a possibilidade de absolvição de gente como a parteira que inscrevia as crianças nascidas em feriados ou finais de semana como nascidas em dia de trabalho, para que os pais, mineiros da bacia do Ruhr, tivessem um dia de folga pago; ou o caixeiro viajante quer perante a avareza da firma que representa, se vê obrigado a ficar com o dinheiro para poder fazer face às despesas de viagem que faz e nos perder o posto de trabalho; ou da jovem que mata o tio que a desonrara para evitar que o marido saiba. Uma teoria da culpabilidade verdadeiramente comprometida com a limitação do poder de punir sobre o sujeito humano e muito criticada pelos penalistas mais conservadores, que acreditavam que o debilitamento da prevenção geral levaria a uma situação de insegurança jurídica. Todavia, esse

dos Santos, essa é sem dúvida uma contribuição poderosa para a construção dogmática da culpabilidade, pois:

se evitar um fato punível pressupõe capacidade de resistência inexigível do homem do povo, então a incapacidade de agir conforme a norma deve excluir a exigibilidade de comportamento diverso e, conseqüentemente, a culpabilidade.²¹⁰

Freudenthal dimensionou o grau de exigibilidade do comportamento segundo a possibilidade de o sujeito (uma possibilidade que coincide com sua capacidade psicológica) sentir a força vinculante do direito. Cerezo Mir destaca que Freudenthal contribuiu positivamente para a elaboração da culpabilidade normativa mediante o reconhecimento da inexigibilidade de comportamento diverso como causa geral, supralegal e de exclusão da culpabilidade. Acerta, portanto, quando destaca a configuração da culpabilidade porque a norma, ns circunstâncias concretas, não exigia respeito ao seu preceito, mas peca, segundo Velo, quando acredita que o interesse do ordenamento está focalizado nas situações de “poder agir” segundo seus ditames, permitindo assim a orientação proeminente dos estados psicológicos.²¹¹

1.3.2. O Finalismo e a subjetivação do Direito Penal

Foi no período entre guerras que a dogmática penal floresceu, especialmente em países como Alemanha. A importância do Direito Penal Alemão é incontestável para os demais sistemas jurídicos do mundo ocidental, afinal, foi nesse país que as principais reflexões filosóficas, psicológicas, políticas e econômicas delineadoras do pensamento e da ciência do início do século XX tiveram lugar. E até para o Brasil.

delineamento teórico da culpabilidade sobreviveu à emergência do nacional-socialismo e chegou até nós, em uma possibilidade fática de transformar o conceito de culpabilidade sobre um viés mais democrático. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo*. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lúmen-Juris Editora, 2005, p. 20-21.

²¹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, p. 277.

²¹¹ VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal*, p. 43.

Nossa doutrina penal sempre esteve vinculada com o que surgiu de melhor (e, infelizmente, de pior) no pensamento jurídico alemão desde o final do século XIX.²¹²

Era a época da República de Weimar, da efervescência filosófica das universidades alemãs e, no âmbito de Direito Penal, um sinal de compensação da dogmática repressiva já denunciada por Von Liszt. E essa compensação repressiva tem lugar na emergência do conceito de culpabilidade como uma espécie de garantia do sujeito em face do poder punitivo do Estado.²¹³

A culpabilidade se torna o centro das reflexões dogmáticas, recebendo formulações teóricas dos mais importantes penalistas da época. É a emergência do normativismo teórico influenciado pelo neo-kantismo da Escola Sul-Occidental Alemã. Daí a “revitalização” da dogmática penal a partir da inclusão das dimensões ética e subjetiva do homem em um sistema marcado pela objetividade mecânica novecentista.

Nesse novo contexto teórico, as categorias formais do crime como a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade aparecem dotadas de conteúdos valorativos. A separação entre os aspectos objetivos (incluídos na tipicidade) e os subjetivos (presentes na culpabilidade) restou atenuada com a descoberta dos “elementos subjetivos do injusto” (por Mezger em 1924). A tipicidade perde então seu caráter estritamente formal, baluarte do princípio da legalidade quando descreve objetiva e externamente as condutas, para abrigar um indício da antijuridicidade. A antijuridicidade, por sua vez, entendida como a mera infração da norma jurídica, passa a estar preenchida pelo conteúdo do bem jurídico, cuja lesão ou colocação em perigo constitui sua razão. E a culpabilidade, cujos contornos dogmáticos aparecem já no final

²¹² Pode parecer um estranho paradoxo para nós, estudantes de países periféricos, traçar em linhas gerais o desenvolvimento teórico da dogmática penal a partir dos movimentos científicos do centro, ou seja, da Europa. Sem o prejuízo de cair em falsas armadilhas “nacionalistas”, de fato o Direito Penal brasileiro deve muito às formações teóricas européias, em especial a alemã. Cabe a nós, neste sentido, não apenas criticar ou rejeitar esta imensa contribuição científica sob a desculpa de estar “fora” da realidade social, cultural e econômica brasileira. Pelo contrário, o nosso desafio é a conciliação do melhor da proposta dogmática européia às demandas políticas, sociais, econômicas e subjetivas do nosso país.

²¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo*. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lúmen-Juris Editora, 2005, p. 17.

do século XIX com Von Liszt, Biding e Merkel, forma o chamado conceito “psicológico” de influência positivista.

Para Muñoz Conde, a principal contribuição da dogmática penal desse período foi a inclusão de preceitos normativos (e valorativos) para a formação de um juízo de culpabilidade capaz de operar um limite à punição estatal. A busca por critérios mais condizentes com a realidade dos sujeitos para fundamentar a necessidade ou não de imputação da pena, sua limitação à culpa (individual) do autor, se transformou em baluarte para um sistema punitivo democrático.²¹⁴

Ainda para esse autor, embora a elaboração de um conceito dogmático de culpa com um conteúdo filosófico transcendental possibilitasse sua compreensão para além do determinismo do positivismo jurídico (característico do período político anterior à República de Weimar), tal abandono do positivismo em prol do juízo de valoração permitiu a manifestação de um triste efeito colateral: o uso político das garantias do princípio da culpabilidade. Um risco, infelizmente, realizado pelo poder político-econômico dominante. A florescência dogmática da culpabilidade foi interrompida pela emergência do nacional-socialismo.

O Estado Nazista é um estado totalitário na medida em que integra todo o conjunto de possibilidades de vida do ser humano ao Estado, tal como já visto na Parte I deste trabalho. Nele, o cidadão deixa sua condição de sujeito de direito do contrato social para adquirir um status de indivíduo pertencente a uma raça definida em função da sua pureza biológica. Uma racionalidade que atinge todas as esferas da vida privada e social, incluindo certamente o Direito Penal.

A dogmática penal sob o signo do nazismo (e do fascismo) passa orientar-se a partir da defesa do “povo” contra o inimigo biológico. Suas armas são a total exclusão do “outro” incompatível com a pureza da sociedade eleita. Judeus, ciganos, comunistas, criminosos comuns e políticos, doentes mentais, mendigos, homossexuais ou qualquer outro tipo humano que destoasse da cantiga de pureza é tratado como um “perigo” ou um “risco” à pacificação social e ao sonho de uma sociedade perfeita.

²¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo*. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo, p. 26.

O Direito Penal é usado como um instrumento de seleção e seqüestro da “impureza” social. Um tipo de direito que demanda uma dogmática pautada na figura da repressão total do autor, do sujeito culpável. A culpabilidade estava fundamentada sobre a conduta de vida e a posição social e biológica dos sujeitos humanos na estrutura social. Afinal, o Direito Penal nazista era construído sob a intensa inflação de legislações preocupadas com a “vida” dos cidadãos.²¹⁵ Um direito penal de polícia ou na melhor definição de Foucault: “biopolítico”.

Mas, ainda nos anos 30 a tematização dogmática da culpabilidade encontrou um novo expoente pautado na chamada Teoria Final da Ação. Sob esse novo aporte teórico, o Direito Penal caminhou para uma possibilidade efetiva de subjetivação, ou melhor, da apreensão da dimensão ética do ser humano no interior da dogmática. Uma possibilidade interrompida pela eclosão do nazismo, mas recuperada por Welzel durante os anos 50 e 60, acolhida pelo StGB Alemão em 1969 (e pelo atual Código Penal Brasileiro, em 1984).

O finalismo é um sistema teórico que questiona e combate a “pretensiosa” pureza do sistema penal desenhados sob o império mecanicista, o que possibilita uma nova compreensão da teoria do crime relacionada à dimensão da ação humana em seu conjunto individual, psíquico e social.

Nesse sentido, aponta Velo:

Fenômeno interessante deste processo foi o início de uma tendência à subjetivação do Direito Penal, vale dizer, o centro da gravidade da razão de interferência do Direito punitivo aos poucos deixava para trás o “desvalor do evento” e voltava-se para o “desvalor da ação”. A ofensa objetiva aos bens jurídicos começa a adquirir, em âmbito teórico, função somente secundária e limitativa, pois seriam os comportamentos lesivos a bens protegidos juridicamente que o Direito Penal visaria em primeiro lugar.²¹⁶

Após os horrores cometidos contra os sujeitos culpáveis “em nome da ciência” ou de uma sociedade mais “pura”, a teoria da ciência penal estava diante de um

²¹⁵ Sobre o destaque da emergência de legislações especiais criminalizadoras dos sujeitos na Alemanha Nacional-Socialista, ver em Muñoz Conde as leis sobre Tratamento dos Delinquentes Habituais e o Projeto de Lei sobre “*Gemeinschaftsfremde*” (os “Estranhos a Comunidade”), de 17/03/1944. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo*. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo, p. 101.

²¹⁶ VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal*, p.45.

impasse, afinal, a rígida definição dos princípios jurídicos como a legalidade estrita, a culpabilidade e o bem jurídico como instrumentos de proteção dos sujeitos de direito em face do poder punitivo não foi capaz de deter a imensa sede de poder destrutivo de um Estado determinado a aniquilar seus “inimigos internos”. Com os regimes totalitários ficou exposto o fato que tais princípios e garantias jurídicos dos cidadãos poderiam também ser utilizados para justificar a crueldade punitiva do Estado. Entretanto, isso não significou o abandono de tais princípios de garantia, mas antes, a sua compreensão diante das novas estratégias de poder político, econômico e social.

Welzel, influenciado especialmente pelo existencialismo e pela fenomenologia, percebeu (e vivenciou) tais limites da teoria penal em face da totalidade do poder e procurou construir uma nova teoria penal pautada pela valorização da dimensão da ação humana como limite do poder punitivo do Estado. Refutou o mecanicismo para buscar na compreensão ética da ação humana um lugar de privilégio para construção de um Direito Penal um tanto mais “protegido” da violência do Estado.²¹⁷ Destacou assim:

A ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento final e não puramente causal. A finalidade, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis conseqüências de suas conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é resultante causal da constelação de causas existente em cada momento. A finalidade é, por isso – dito de forma gráfica – “vidente”, e a causalidade, “cega”.²¹⁸

²¹⁷ Hans Welzel foi professor da Universidade de Göttingen desde 1936. Segundo Velo, foi nessa Universidade que Welzel delineou a chamada “teoria final da ação” influenciado pelo existencialismo e a fenomenologia do seu momento histórico. Suas influências vão do transcendentalismo de Kant ao filósofo Richard Höningwald, através de sua obra “Fundamentos da psicologia do pensamento” (*Grundlagen der Denkpsychologie*). Produziu nessa época célebres obras como “Estúdios para el sistema de Derecho Penal, a primeira edição de “Manual sobre a Parte General” e a monografia sobre “La teoría de la acción finalista”. Ao final da Segunda Guerra, Welzel exerceu a cátedra de Direito Penal na Universidade de Bonn, substituindo Alexander Graf Zu Dohna. VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal*, p. 46

²¹⁸ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Una Introducción a la doctrina de la Acción Finalista*. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2001, p. 27.

Welzel, nessa via, estruturou a teoria do crime para além do até então sustentado modelo causal de Liszt e Beling. Para isso, utilizou a concepção das “estruturas lógico-objetivas”. Tais “estruturas” são constantes antropológicas existentes previamente ao Direito, que existem por si só e não podem ser modificadas por ele, ou seja, constituem uma espécie de material humano fundamento de um Direito Penal prévio à própria regulação jurídica. São essas “estruturas” que permitem conceber o Direito Penal para além da “falácia naturalista”, da racionalidade exclusivamente científica e avaliativa.²¹⁹ Nesta linha, o pensamento desenvolvido por Welzel volta a esbarrar na metafísica, mas já impregnado pelo pensamento ontológico do seu contexto teórico: o existencialismo.

A “finalidade” da ação humana seria a “estrutura lógico-objetiva” fundamental para a compreensão do Direito Penal, configurando a “materialização da vontade de ação”, substitutiva do dogma causal do “movimento corporal voluntário” pelo “exercício de uma vontade final”. Ao ressaltar a importância da finalidade da ação humana para a elaboração da teoria do crime, Welzel acaba por acrescentar elementos subjetivos para a definição do ilícito penal, tornando o comportamento humano um lugar de supremo interesse para o Direito Penal.²²⁰

As reflexões de Welzel conduzem à elaboração do “conceito pessoal de ilícito”, que escapa do mecanicismo por destinar um olhar mais individualizado sobre a conduta humana. E se sob as teorias psicológicas a teoria do crime estava centrada na tipicidade (elementos objetivos) e na culpabilidade (elementos subjetivos), agora o lugar de privilégio é a ilicitude.²²¹

Para Velo, com o “conceito pessoal de ilícito” é possível identificar já na ação alguns aspectos subjetivos (como as intenções) da pessoa. Assim, “a ação deve vir considerada em primeira linha pelo ângulo visual do individual, das intenções do sujeito

²¹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al Razonamiento Sistemático del Derecho Penal. In: _____. *El Sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-Maria Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p. 56.

²²⁰ VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal*, p. 49.

²²¹ O Código Penal Brasileiro, Lei no. 7.209 de 1984 – acolhe a Teoria Finalista da Ação (proposta por Welzel) no tocante a culpabilidade.

agente”²²², e justamente esta valorização dos aspectos singulares do agente que se põe em oposição a um Direito Penal centrado exclusivamente nas reflexões sobre o bem jurídico.

Os objetivos do Direito Penal para o Finalismo são organizados menos em função da defesa dos bens jurídicos (uma finalidade considerada por Welzel como “puramente negativo-preventiva”, de polícia), e mais mediante a valorização da sua “natureza ético-social”. Assim, embora não desconsidere que grande parte dos tipos penais origina-se na lesão a um bem jurídico, a função essencial do Direito Penal é a educação para reforçar nos sujeitos um comportamento de fidelidade à lei.²²³

O Finalismo busca aliar a objetividade da tipicidade (do bem jurídico) a um espaço de significação das condutas humanas, um espaço de subjetivação no interior do Direito Penal. Sua preocupação teórica é não afastar do universo dogmático a valorização da conduta humana, construindo para tanto uma possibilidade de sua apreciação pelo direito por meio “da averiguação do exercício da vontade dirigida a um fim e a apreciação dos fins propostos pelo autor”. Se não é possível conhecer a causa, seria viável conhecer a finalidade do autor (daí a cegueira da causalidade e a vidência da finalidade).

O passo decisivo para essa compreensão do Direito Penal foi dado por Dohna, que redefine a estrutura da teoria do delito em uma parte objetiva composta pelo objeto da valoração (tipicidade) e uma parte subjetiva composta pela valorização do objeto (culpabilidade). Esta nova estrutura aliada à definição da ação humana como finalidade ocasiona novas conseqüências para a teoria do crime. Com relação ao tipo (a matéria de proibição), sua compreensão não poderia mais permanecer reduzida à descrição de um processo objetivo (do mundo exterior), pois na perspectiva finalista ele também deve estar apreendido pela estrutura final da ação humana. Assim, no interior da tipicidade há o reconhecimento de aspectos subjetivos da conduta, o que leva à segmentação do tipo em duas espécies: (a) o tipo objetivo, como a descrição fática; (b)

²²² VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal*, p. 49.

²²³ VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal*, p. 49.

o tipo subjetivo, composto pelo dolo e a negligência. Tal construção significou a retirada da esfera do dolo da culpabilidade, separando de forma diferenciada a compreensão do objeto (dolo) da sua valoração (culpabilidade).

Segundo Welzel:

la doctrina de la acción finalista asigna al dolo, que había quedado en aquel autor sin patria, si lugar apropiado, como una especie de la voluntad final de acción, en el tipo (subjetivo) de los delitos dolosos.²²⁴

Com este processo, a teoria finalista estabeleceu de forma mais clara e eficiente o lugar da cada um dos elementos da teoria do crime: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.²²⁵

Welzel reconheceu que no âmbito do tipo existiam alguns elementos “anímicos-subjetivos” que haviam sido distribuídos erroneamente na culpabilidade. Assim, seria necessário depurar a culpabilidade desses elementos, conservando apenas um critério normativo, a “reprovabilidade” como “areglo al cual se examina si la vontade de la acción es culpable”.²²⁶

A culpabilidade, depurada dos “elementos anímicos-subjetivos”, é definida por Welzel como “reprovabilidade da resolução da vontade”²²⁷, ou seja, quando um autor

²²⁴ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Una Introducción a la doctrina de la Acción Finalista*, p. 131.

²²⁵ Segundo Cirino dos Santos, “o reconhecimento do dolo (conteúdo da vontade) como elemento constitutivo essencial final da ação (distinguindo-a da causalidade cega dos fenômenos naturais), e a compreensão unitária da dinâmica objetiva-subjetiva da ação, em que o conteúdo da vontade (momento subjetivo) é o fator de direção final necessário da causalidade (momento objetivo) destruiu os resíduos mecanicistas do conceito de criem: 1. o tipo (modelo de comportamento humano proibido e, assim, necessária descrição da atividade final realizadora do seu conteúdo, a matéria de proibição que configura dogmaticamente as características essenciais da ação. (a) tipo subjetivo, o conteúdo da vontade: dolo; e (b) o tipo objetivo (processo causal constituído fundamentalmente da ação e, se, houver, do resultado; 2. a antijuridicidade (indicada no tipo) é caracterizada por uma relação de contradição entre a realização concreta do tipo e o conjunto da ordem jurídica; 3. a culpabilidade, um conceito depurado de elementos estranhos, é reduzida à característica normativa de reprovabilidade; juízo de valor negativo imediato da vontade e mediato da ação”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Culpabilidade: Desintegração Dialética de um Conceito Metafísico. Revista de Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, julho-dezembro de 1974, números 15-16, p. 55-56.

²²⁶ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Una Introducción a la doctrina de la Acción Finalista*, p. 131.

²²⁷ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Una Introducción a la doctrina de la Acción Finalista*, p. 93.

poderia ter adotado uma “decisão de vontade” conforme a norma, mas não o fez, optando por uma “decisão de vontade” antijurídica.²²⁸ Toda a culpabilidade, para o Finalismo, é uma culpabilidade de vontade, o que é derivado da máxima que só aquilo que depende de algum modo da vontade pode ser reprovado, pressupondo que um autor poderia adotar sua decisão de vontade de agir ou não conforme a norma partindo de sua existência material. Refuta, nesse sentido, a noção abstrata de que “*algum homem*” no lugar do autor poderia ter agido conforme a normalidade, para centrar-se na concretude “*deste homem*”, “*nesta situação*”, poderia ou não adotar sua “*decisão de vontade*” de acordo com a norma.²²⁹

A culpabilidade para o Finalismo configura-se quando o agente conhece antijuridicidade ou podia conhecê-la e, portanto, sua responsabilidade está situada nos limites da sua capacidade ético-social.²³⁰

A conduta humana é compreendida por meio do “agir finalisticamente”, da liberdade de vontade dos sujeitos orientada por sua finalidade visível no mundo. A responsabilidade do indivíduo só seria possível a partir do “reconhecimento do outro como a si mesmo, como igual, como suscetível de determinação plena de sentido e por isso tão responsável quanto como aquele que o julga”.²³¹

A esfera da culpabilidade liberta do dolo e da negligência passa a destacar a questão do livre arbítrio e da imputabilidade.²³²

Welzel voltou a pôr em questão a centralidade do livre arbítrio para as formulações teóricas do Direito Penal após um breve afastamento orientado pelas

²²⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al Razonamiento Sistemático del Derecho Penal. In: _____. *El Sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, p. 57.

²²⁹ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Una Introducción a la doctrina de la Acción Finalista. p. 127-133.

²³⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Culpabilidade: Desintegração Dialética de um Conceito Metafísico. *Revista de Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, julho-dezembro de 1974, números 15-16, p. 56.

²³¹ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Una Introducción a la doctrina de la Acción Finalista, p. 143.

²³² WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Una Introducción a la doctrina de la Acción Finalista, p. 136.

reflexões mecanicistas do positivismo penal. Segundo o autor, a apreensão do comportamento humano não se limita a uma lógica evolutiva formada por um único caminho delineado pela causalidade. O pensamento norteador do século XX é o “espaço da liberdade existencial e da sua desvinculação do orgânico”, o que possibilita conceber o homem para além de critérios negativos (como pela tomada patológica do corpo) atingindo-o positivamente, como um ser capaz de “vincularse su espíritu a los criterios de la verdad, del sentido e del valor, según los cuales tiene que dirigir por si mesmo su conducta por meio de actos responsables”.²³³

O livre arbítrio é definido como a “liberdade de vontade” , a liberdade da coação causal determinada pelo universo dos impulsos primitivos do homem (como a ira, a inveja, a cobiça, a agressividade, o apetite sexual). Desse modo, a liberdade para Welzel não é um estado gestado como pelo indeterminismo clássico a partir da mera liberdade de atuar de outro modo, sendo antes, um ato de liberação das coações causais (das pressões dos impulsos primitivos) para a autodeterminação conforme os fins.²³⁴ Sua orientação teórica de sua culpabilidade é definida:

Culpabilidade é a falta de autodeterminação conforme os fins num sujeito que era capaz de determinar-se. Não é a decisão conforme os fins em favor do mal, mas o ficar preso e dependente, o deixar-se arrastar por impulsos contrários ao valor.²³⁵

É a definitiva refutação do pensamento determinista para explicar a formação da culpabilidade. Tal reflexão possibilitaria sua compreensão que até mesmo os impulsos mais primitivos do homem (aqueles associados a nossa porção animal) poderiam ser controlados pela capacidade de condução do homem à finalidade.

Assim, as finalidades do Direito Penal são entendidas como: primeiro, a relevância em se adotar o comportamento ético em sociedade; segundo, que este conhecimento ético só será possível se for assumido responsavelmente mediante a

²³³ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Una Introducción a la doctrina de la Acción Finalista*, p. 136.

²³⁴ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Una Introducción a la doctrina de la Acción Finalista*, p. 101.

²³⁵ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Una Introducción a la doctrina de la Acción Finalista*, p. 101.

realização de uma tarefa planejada pelo sujeito e compreendida conforme um sentido. É a formação do axioma da “liberdade de vontade é a capacidade de poder reger-se conforme um sentido”.²³⁶

A imputabilidade só poderia ser constatada por meio de um juízo existencial e nunca por um estado naturalista, como no psicologismo. Afinal, segundo a teoria finalista, a capacidade concreta de compreensão do homem não pode ser objeto de conhecimento teórico. Para Welzel, nem todas as ciências “humanistas” como a psicologia e a psiquiatria poderiam reunidas ser capazes de converter em objeto “natural” o que não poder ser passível de objetificação: a subjetividade.

A capacidade de culpabilidade deve ser compreendida a partir da capacidade do autor: a) de compreender o injusto do fato; e b) de decidir-se de acordo com essa compreensão. Abrange, portanto, um elemento de conhecimento (intelectual) e um elemento de vontade (volitivo), e apenas a soma destes dois elementos constitui a capacidade de culpabilidade.

Tal estrutura para auferir a capacidade ou não de culpabilidade foi bem aceita pelas legislações penais posteriores. No Brasil essa fórmula é abrigada no artigo 26 do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei no. 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Art 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Culpabilidade é reprovabilidade por um desvio de direção conforme o sentido (seja um desvio da vontade ou por um defeito de caráter do autor). Seu pressuposto é a vontade livre de determinação ou não conforme as normas, singularizada na culpabilidade como a reprovabilidade de uma ação antijurídica individual e concreta. E com base nesta construção de seu campo teórico, seus elementos são assim distribuídos: a) imputabilidade; b) possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato; c) a exigibilidade de obediência ao Direito.

²³⁶ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Una Introducción a la doctrina de la Acción Finalista*, p. 143.

Mas, a culpabilidade, sob a reflexão de Welzel, pode abrigar um espaço (um tanto perigoso) para a análise da personalidade do autor, pois a culpabilidade também poderia ter como matriz a falta ou uma estrutura defeituosa da personalidade que seriam a base da conduta defeituosa. Trata-se da possibilidade de uma “culpabilidade do autor” abarcar casos como o criminoso habitual (aquele que não assimilou suficientemente as normas da conduta social ou as perdeu novamente por sua conduta delituosa) ou passional (aquele que deixou crescer em si a paixão ou não desenvolveu suficientemente a atenção inconsciente aos perigos).

Destaca Welzel:

em todos esses casos a culpabilidade do fato individual tem sua origem em um elemento permanente: a estrutura defeituosa do estrato da personalidade, vale dizer, em um defeito reprovável do caráter (a chamada “culpabilidade do autor”).²³⁷

Essas são algumas características do Finalismo que possibilitam elencá-lo como um sistema teórico diferente “epistemologicamente” do positivismo naturalista. Welzel parte da compreensão da conduta humana por meio de um estrato “ontológico”, ou seja, a partir de um sentido próprio e único da condição de humanidade. Promoveu, assim, a subjetivação da dogmática se afastando dos modelos causais de classificação e objetificação do homem, destacando a finalidade da ação humana como o centro da teoria do delito. E a tentativa de construir uma teoria da culpabilidade mais próxima da dimensão humana.

Um limite para a formação desse juízo de culpabilidade finalista pode ser encontrado na materialidade da vida humana. Na vida permeada e condicionada por uma ordem de saber-poder. Valorizar “eticamente” o comportamento humano seria uma saída viável se não levássemos em conta que a dimensão do humano também está impregnada pelas demandas de poder político, social e, principalmente, econômico. Não reconhecer essa esfera de poder sobre os sujeitos humanos (e culpáveis) pode transformar um discurso democrático em opressor, e fazer o corpo humano novamente pagar o preço da violência punitiva.

²³⁷ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Una Introducción a la doctrina de la Acción Finalista*, p. 106.

CAPÍTULO 2

OS CONCEITOS MATERIAIS DE CULPABILIDADE

2.1. Um aporte neoliberal (biopolítico)

A partir dos anos 70, o mundo ocidental composto pela Europa (especialmente a Alemanha) e pelos Estados Unidos, experimentou a emergência de uma nova fase da economia capitalista, o neoliberalismo.

A sociedade neoliberal foi descrita por Foucault sob o signo da biopolítica. Sua principal característica é a expansão da racionalidade econômica de mercado sobre domínios tradicionalmente não-econômicos, englobando qualquer tipo de conhecimento, de discurso e até o Estado nas “leis de oferta e demanda”. Neoliberalismo e Estado formam um novo conjunto de práticas de governo próximas à idéia de uma governamentalidade “biopolítica” organizada sob o foco do fazer viver da população, da normalização a partir de curvas diferenciais, dos cálculos probabilísticos, dos conhecimentos aleatórios e da gestão calculável da vida humana.

E a tomada econômica não se restringe à esfera estatal. Ela de fato integra o maior número possível de elementos sociais, políticos e ideológicos. E até o que parece impossível de ser “mercantilizado” aparece agora como um alvo fácil para a economia: o homem e sua subjetividade.

O neoliberalismo promove a articulação da subjetividade humana segundo um princípio econômico de investimento. O corpo tem valor econômico e como qualquer operação de mercado, deve ser capaz de realizar subjetivamente trocas e demandas

obedecendo a um princípio de investimento. O estudo, a estética, a saúde, a doença, o trabalho, a “carreira”, a família, se tornam mais do que esferas da vida privada, mais do que muros institucionais responsáveis por formatar a vida humana. Sob o neoliberalismo, a vida só é apreendida se obedecer à lógica de mercado, se o sujeito for capaz de assimilar as regras do jogo econômico nas esferas da intimidade, da privacidade ou da subjetividade.

Os indivíduos são convertidos, como já apontado por Foucault, em *capital humano*, concebendo a vida em função da maximização do lucro e a minimização do prejuízo das relações individuais e sociais.

Uma das características das sociedades neoliberal é justamente a incorporação dos princípios econômicos como a lei de oferta e demanda, como os fatores de risco de investimento, além da incerteza e da insegurança quanto aos resultados, aos referenciais subjetivos e institucionais dos sujeitos humanos. A mercantilização chega nas principais esferas da vida individual (privada) e social promovendo novos modos de subjetivação, de relações de trabalho e também de punição.

O Direito Penal, bem como todo o sistema punitivo, se torna um alvo precioso de controle social pelo neoliberalismo. O sistema punitivo também é incorporado pela ordem econômica, possibilitando a emergência de um tipo de Direito Penal marcado pela “eficiência”, um Direito Penal de “emergência” ou do “terror”.²³⁸

Nesse Direito Penal “eficiente”, os tradicionais princípios de garantia podem ser permeados pelas leis de mercado. As noções como de bem jurídico, de legalidade estrita ou de culpabilidade são absorvidas pela expansão do domínio econômico, promovendo “novos” bens jurídicos concatenados com a demanda de mercado. A tomada econômica do meio ambiente, a preocupação com as “organizações criminosas” (especialmente o narcotráfico), a criminalidade previdenciária, econômica, fiscal e, ainda, as novas tecnologias de apropriação do corpo humano, como a criminalidade genética, o tráfico humano, a bio-pirataria, são elementos econômicos

²³⁸ CARDONA, Alejandro David Aponte. Derecho Penal de Enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra. In: VELÁSQUEZ, Fernando (Coord.). *Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 33.

que se tornam jurídicos (e merecedores de uma resposta penal) em parte, devido uma demanda econômica.

A expansão do domínio econômico também promove a expansão do Direito Penal rumo a domínios tradicionalmente não-penais. Com o neoliberalismo a própria noção de bem jurídico é mercantilizada. É o fenômeno caracterizado por Foucault por “inflação legal”, ou seja, a criação e expansão de legislações criminais e o endurecimento das já existentes como uma resposta de “garantia” à necessidade de segurança (e manutenção) do mercado.

Outra característica do Direito Penal neoliberal é o conseqüente endurecimento da aplicação das penas. A função da pena criminal perde seu tradicional discurso de “ressocialização” ou “adestramento” do corpo do condenado para esgotar-se na noção de prevenção geral. Pena é tão-somente uma resposta da sociedade a quem ousou infringir suas regras (de mercado).

Desse modo, qualquer possibilidade de limitação do poder punitivo ou critério de aplicação da pena passa a obedecer ao princípio regulador das leis de mercado. A questão “fundamental” do Direito Penal deixa de ser o justo merecimento ou não da pena individual, para obedecer a um cálculo rápido de custo-benefício em deixar ou não alguém preso. E não é preciso dizer como punir passa a ser um negócio lucrativo. A prisão deixa de ser fábrica de delinqüentes para se tornar ela mesma um negócio, uma empresa disponível no mercado de ações, cujo principal produto é ela mesma.

O Direito Penal envolvido pela racionalidade neoliberal ganha um novo princípio econômico: a eficiência.²³⁹

Um sistema penal eficiente, segundo a racionalidade neoliberal, é o sistema punitivo preocupado estatisticamente com os números da criminalidade e seu controle. Não se trata de perseguir o velho sonho clássico de acabar com o crime e ressocializar o criminoso, mas de controlar a criminalidade (econômica) em um índice considerado “normal”, aceitável e controlável pela demanda de poder. Para isso, organiza-se uma teia punitiva que engloba todo o sistema: a) um aparelho repressor social pautado pela atividade policial ostensiva; b) a organização de uma justiça penal cuja marca da

²³⁹ CARDONA, Alejandro David Aponte. Derecho Penal de Enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra, p. 33.

eficiência é o maior número possível de sentenças condenatórias; c) o aumento da produção legislativa penal; d) a organização de uma dogmática penal assentada sob os princípios da máxima criminalização; f) a suspensão dos direitos e garantias dos cidadãos; g) a internacionalização dos sistemas legal-penais h) a ampliação e privatização do sistema carcerário... e tudo isto com a desculpa de proteção da sociedade e dos sujeitos.

O “eficientismo” penal é definido, por Cardona, como um modelo de Direito Penal com marcada vocação instrumental, que agencia uma justiça penal também instrumental. A administração da justiça adquire um caráter mais próximo de servir a instrumentos ou interesses particulares situados no espaço de decisões políticas circunstanciais, pragmáticas ou partidárias, do que assegura a manutenção e as garantias dos princípios jurídicos democráticos. Tanto que, segundo o autor, cabe a este Direito Penal marcado pela “eficiência” fornecer uma resposta a exigências (muitas vezes políticas) que se originam em outros campos, como a questão do narcotráfico, do terrorismo ou do desemprego, o que, em última instância, reconhece a enorme carga política do Direito Penal.²⁴⁰

Sob o “eficientismo”, o Direito Penal fica mais exposto à influência dos interesses políticos e mercadológicos do poder econômico, podendo se converter em um poderoso instrumento político-repressor utilizado para fins exclusivamente ideológicos.

Por esse meio, o Direito Penal, como um sistema de imputação de pena e controle social, é utilizado como instrumento de manutenção dos medos, das incertezas, dos riscos “naturalizados” da população quanto a sua sobrevivência e sua segurança social. O discurso da cultura do medo (exportada pela mídia ou pelas políticas do Estado) embute uma espécie de medo crônico do “outro” podendo legitimar um tipo de Direito Penal mais opressor. É por meio da insegurança que o neoliberalismo pode promover uma espécie de sujeição e seleção dos indivíduos mais frágeis à lei de mercado.

Diante desse panorama nada animador, a dogmática penal (tradicional) caminha em dois sentidos não muito distantes, mas com conseqüências diferentes. Sobre um

²⁴⁰ CARDONA, Alejandro David Aponte. Derecho Penal de Enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra, p. 33.

mesmo solo epistemológico (o funcionalismo e o eficientismo), Roxin e Jakobs construíram soluções diferenciadas que implicaram novos conceitos de culpabilidade bem próximos das novas demandas de poder.

2.2. A Culpabilidade como Dirigibilidade Normativa

A dogmática penal encontrou a partir dos anos 70 um novo ambiente teórico demandado pelas intensas transformações na ordem dos saberes e poderes da sociedade contemporânea. Neoliberalismo, revolução tecnológica, novas subjetividades, são alguns dos aportes que devem ser considerados para uma nova orientação do Direito Penal.

O Funcionalismo e o Utilitarismo aparecem nesse contexto como correntes teóricas (ou um modo de pensamento) na condução de uma nova dogmática penal²⁴¹, partindo de questionamentos importantes ao corpo teórico do Finalismo, como a crítica à construção do Direito Penal limitado a um número de axiomas contidos nas estruturas prévias ao Direito – as estruturas “lógico-objetivas” – incorrendo em formações teóricas limitadas sobre a compreensão da culpabilidade.

Para os funcionalistas, o Finalismo tem o mérito de aproximar o Direito Penal da realidade, mediante a construção de suas estruturas ônticas e da sua atenção com a realidade social; porém, ao reduzir as soluções jurídicas a um *a priori* - “as estruturas lógico-objetivas” – criou um sistema que, por um lado, difere bastante da estrutura causal positiva, mas, por outro, não confere um espaço autônomo e independente para a política criminal.²⁴²

²⁴¹ BERNAL, José Fernando Botero. Visión Crítica de la Metodología de las Sistemáticas Teleológicas en el Derecho Penal. Desde la persona real configuradora del derecho penal. In: VELÁSQUEZ, Fernando (Coord.). *Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 138.

²⁴² SCHÜNEMANN, B. Introducción al Razonamiento Sistemático del Derecho Penal. In: _____. *El Sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, p. 63.

É o que combate Claus Roxin. O autor propõe uma nova estrutura conceitual para a teoria do delito a partir da reavaliação dos fins da dogmática efetivando uma reconciliação entre “política criminal e o sistema do Direito Penal”. É justamente nesta “unidade” entre política criminal e sistema penal que fica aberto um caminho para que as decisões “valorativas políticos-criminais” entrem no sistema de Direito Penal sem que maculem sua fundamentação legal, clareza e previsibilidade, constituindo desta forma um sistema formal (como perseguido desde Von Liszt)²⁴³, mas não afastado das demandas sociais. Em síntese:

Submissão ao Direito e a adequação a fins político criminais (kriminalpolitische Zweckmäßigkeit) não podem se contradizer, mas devem ser unidas numa mesma síntese, da mesma forma que o Estado de Direito e o Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito Material, e tampouco pode utilizar-se da denominação de Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias e liberdades do Estado de Direito.²⁴⁴

Para Schünemann, Roxin criou um sistema teórico englobando a política criminal partindo de três dirimentes teóricas: a) a ordem conceitual e sua clareza; b) a referência à realidade fática; c) e sua orientação às finalidades político-criminais. E são essas três dirimentes que conduzem a necessidade da “inter-relação” entre o sistema penal e a política criminal. Essa “inter-relação” proporcionaria uma nova leitura das categorias tradicionais da Teoria do Delito e dos princípios informadores do Direito sob à luz da política criminal.

Apona-nos Muñoz Conde:

O princípio da legalidade e a função motivadora preventiva geral da tipicidade; os princípios de política social (proporcionalidade, ponderação dos bens jurídicos em conflito e prevalência do Direito frente ao injusto) para as causas de justificação; a necessidade de pena, tanto do ponto de vista preventivo geral como especial, que deve acrescentar-se à culpabilidade e servir de fundamento à responsabilidade penal”.²⁴⁵

²⁴³ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Veja. 1986, p. 57.

²⁴⁴ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 20.

²⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo*. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo, p. 60.

Tal “inter-relação” entre política criminal e sistema jurídico penal não é realizada de qualquer modo e nem está à mercê dos desmandos políticos ou cientificistas dos discursos de poder. Embora não se negue o reconhecimento de que todo o discurso penal está de algum modo implicado com uma ordem de poder, a vinculação entre dogmática e política criminal não deve perder de foco as garantias do Estado Democrático de Direito e os direitos humanos. São essas “garantias” contemporâneas que assegurariam ao “novo” sistema penal sua possibilidade de atuação democrática.

Desse modo, o Direito Penal poderia afastar-se dos excessos de especulação metafísica ou ontológica, e aproximar-se da realidade social (e subjetiva) dos sujeitos. A política criminal, em um ambiente democrático, assumiria a função de garantia de limitação da intervenção do poder estatal, uma nobre missão perseguida pelo Direito Penal desde a época de Beccaria.

Na esfera da culpabilidade essas novas implicações do sistema punitivo denotam a formação de um novo conceito. Um conceito calcado na recondução da culpabilidade na Teoria do Delito visando abastá-la de suas concepções mais espiritualizadas.

A crítica do livre arbítrio humano como um fundamento da culpabilidade aparece forte neste contexto teórico. As contribuições das ciências empíricas e físicas, a própria filosofia (com Heidegger) e as ciências humanas, já estão assentadas em novas circunstâncias de saber. Saberes críticos que rejeitam a centralidade da consciência e do poder do homem perante o mundo. Estamos no momento de crítica às filosofias da consciência, de uma crise de racionalidade que afeta também o Direito Penal.

Ordeig precisou a intensidade dessas questões para a dogmática penal apontado o crescente descrédito da culpabilidade, da pena, e por conseqüência, do próprio Direito Penal, denominando tal acontecimento como “efeito dominó”.²⁴⁶ E tal “efeito” deriva da “histórica” compreensão da culpa como pressuposto indispensável da pena e da sua definição como reprovabilidade do autor porque ele decidiu mal, apesar de ter a capacidade pessoal de decidir conforme o direito. De modo geral, a dogmática penal caminhou (desde os clássicos) para a preservação do fundamento no livre

²⁴⁶ ORGEIG, Enrique Gimbernat. *¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídico-Penal?* Estudios de Derecho Penal. Madrid: Editorail Civitas, p. 107.

arbítrio, apenas discordando da atitude teórica diante dessa questão. Segundo Ordeig, a saída para a dogmática penal é rechaçar o fundamento da culpa como vontade livre e preservar o Direito Penal, ou seja, procurar construir um sistema penal da culpabilidade para além da abstração do livre arbítrio. Uma idéia de culpa sem seu fundamento originário, o homem livre e responsável.

E se o livre arbítrio é uma questão indemonstrável²⁴⁷, a saída, segundo Roxin, para tal dilema filosófico é intermediária, afinal, não afasta e nem afirma a existência do homem livre como fundamento da culpabilidade, mas contorna tal questão apontando um fundamento utilitarista para a necessidade de aplicação de pena. Culpabilidade é, ainda, responsabilidade, mas uma responsabilidade diferentemente da compreendida pelo “normativismo” enquadrada em pressupostos metafísicos que apenas conduziram a uma maior opressão dos sujeitos. Roxin busca um critério de limitação da responsabilidade penal que não ficaria exclusivamente restrita à culpabilidade do autor, mas também olharia para a necessidade ou não de pena do ponto de vista da prevenção geral e especial da pena.

Roxin estava muito atento às condições traumatizantes e violentas dos sistemas punitivos, além da sua estreita vinculação a uma ordem de poder. A limitação do poder punitivo do Estado e sua violência contra os sujeitos, as condições precárias dos sistemas penitenciários e as conseqüências sociais externas (porém relacionadas) à questão penal, como o desemprego, o pré-conceito, os problemas psíquicos ou sociais pós-internação, tornaram-se fontes de preocupações para os doutrinadores mais atentos à realidade fática do sistema punitivo. Afinal, não basta denunciar a implicação do discurso penal com as demandas políticas do poder, seria preciso mais, ou seja, construir uma dogmática mais resistente aos desmandos e asseguradora das garantias dos indivíduos.

²⁴⁷ Segundo Roxin, “puede considerara irrelevante para el Derecho Penal la disputa en torno de la libertad de voluntad. Es evidente que la libertad de voluntad humana no se puede demostrar desde el punto de vista de una teoria del conocimiento ni tampoco desde uno científico-natural. Pero ésto no es una cuestión que interese al Derecho Penal. Al Derecho Penal no le interesa en efecto, si las decisiones de la voluntad humana están, totalmente o solo en parte, determinada por fuerzas causales; lo que al Derecho Penal interesa es la exigencia jurídico-política, que nada tiene que ver con ontologia, de que el estado tiene que tratar a sus ciudadanos como ciudadanos libres, capaces de decidir autónoma y responsablemente”. ROXIN. Claus. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Guia de Tasaciones, S/L, 1981, p. 59-60.

Sua contribuição é a estruturação de um conceito de culpabilidade que leva em consideração um conjunto de fatores para a imposição da pena, excluindo a base metafísica e priorizando o entendimento da culpabilidade como “limitação do poder de punir”, o que contribuiu para a redefinição da dogmática penal como um “*sistema de garantias*” do indivíduo em face do poder do Estado, capaz de excluir ou reduzir a intervenção estatal na esfera de liberdade do cidadão.²⁴⁸

A discussão sobre a culpabilidade caminha para a questão normativa de “como até que ponto é preciso aplicar uma pena a um comportamento em princípio punível, se ele for praticado em circunstâncias excepcionais”, ou seja, só seria possível inquirir penalmente um sujeito que, embora tenha cometido uma ação típica, antijurídica, não-justificada, venha merecer ou não uma pena a partir de uma leitura político-criminal da sua finalidade.

A culpabilidade pode aparecer como um critério limitativo de pena atenta à realidade fática de cada caso, de cada sujeito e de cada necessidade de pena. Culpabilidade pode ser lida como a responsabilização penal de um sujeito que merece uma pena por atender a critérios fáticos de prevenção e política criminal. A vontade livre do homem resta assim convertida em uma liberdade jurídica compreendida diante das possibilidades de política criminal.

Estamos perante uma responsabilidade atenta aos fatos cometidos pelo autor e, também, das circunstâncias especiais de cometimento de tal ato. Isso significa que para tornar alguém punível, além de verificar sua ação errônea, ainda faltaria responder, por meio do trabalho dogmático, se tal comportamento merece ou não uma pena.

A formação da culpabilidade pode ser entendida por meio do olhar fático para ato e da decisão se tal ato merece ou não a aplicação da pena, conforme a “teoria dos fins da pena”.²⁴⁹ Desse modo, a culpabilidade “é, com efeito, e não poderia deixar de

²⁴⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, p. 280.

²⁴⁹ Segundo Figueiredo Dias, em seu texto “*Fundamento, Sentido e Finalidades da Pena Criminal*”, a evolução da “teoria dos fins da pena” passa por três momentos: primeiro: *as teorias absolutas*, que concebiam e esgotavam a essência da pena na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime.]*As teorias relativas*, que também traduzem a pena num mal para quem sofre, é pensada

ser, pressuposto de pena e limite inultrapassável da sua medida”, mas pode abrir uma brecha para que a medida da pena seja fixada até abaixo do mínimo legal, desde que atenda aos critérios de prevenção especial e prevenção geral e obedeça a uma necessidade da política criminal. Enfim, possibilitaria a construção de uma responsabilidade penal mais condizente com a realidade do caso e com um critério de pena mais apropriado para cada sujeito culpável.

Essa nova compreensão da dimensão do culpável possibilitaria a inclusão das situações da experiência humana, do mundo e da ciência independentes da indemonstrável hipótese do livre arbítrio.

A teoria da culpabilidade é definida como “a teoria da dirigibilidade normativa”, expressão, segundo Cirino dos Santos, originalmente cunhada por Noll, que ganha na concepção de Roxin a formulação de “capacidade de comportamento conforme a norma” (e não conforme o indemonstrável poder atuar de outro modo).²⁵⁰

como um instrumento de política criminal destinado a atuar no mundo, e para se justificar, a pena tem que usar deste mal para alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, precisamente a prevenção ou profilaxia criminal. Divide a pena como um instrumento de *prevenção geral*, situando sua concepção como um instrumento político criminal destinado a atuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os das práticas de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da aplicação da judicial das penas e da efetividade da sua execução. E a pena como instrumento de *prevenção especial* tem como denominador comum a idéia de que a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinqüente com um fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes. Há ainda as *teorias mistas ou unificadoras* que visam combinar a tese da retribuição com o pensamento preventivo geral e especial, assim, no momento de sua ameaça abstrata a pena seria, antes de tudo, instrumento de prevenção geral; no momento da sua aplicação ela surgiria na sua veste retributiva; na sua execução efetiva, por fim, ela visaria predominantemente fins de prevenção especial. Há por fim, as *teorias da prevenção integral*, que também partem da unificação ou combinação das teorias dos fins da pena, mas com um outro ponto de partida, todavia, negando à concepção retributiva, legitimidade para entrar na composição das finalidades da pena. Daí sua conclusão pela recusa do pensamento da culpabilidade e do seu princípio como limite da pena, porque o substituem pelo conceito de periculosidade, ou, como modernamente, substituem pelo princípio da proporcionalidade ou por uma manipulação da idéia de culpabilidade como mero derivado da prevenção. Assim, faz perder a intervenção penal seu limite ou pressuposto irrenunciável: o respeito pela dignidade humana. DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 110-111.

²⁵⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, p. 283.

E ainda, segundo Velo, “a culpa penal é a conduta típica livre, portanto de um sujeito motivável pela norma, que pressupõe punição porque a política criminal assim o exige”.²⁵¹

Para Cirino dos Santos, tal culpabilidade é um conceito formado por dois elementos:

pelo *elemento empírico* da capacidade de auto-direção e pelo *elemento normativo* da possibilidade de comportamento conforme ao direito, cumprindo as tarefas simultâneas de fundamento da responsabilidade pelo comportamento anti-social e de garantia política de limitação do poder punitivo, no moderno Estado de Direito.²⁵²

O mérito da concepção de Roxin está na possibilidade de abertura da esfera da responsabilização penal para elementos além da “dimensão subjetiva”, ou dos pressupostos metafísicos do conceito de homem. Afastou, definitivamente, a noção de “homem médio” como fundamento da culpabilidade, por meio de um critério de culpa atento às condições materiais da realização da conduta punível pelo sujeito. O que possibilita ao sistema penal atender às situações extrajurídicas e de motivação “anormal” da conduta, vinculadas à faticidade da fome, do desemprego, da ignorância motivada pelo descaso do poder público com a vida dos seus cidadãos.

A falta de educação, de qualificação profissional, de condições materiais de existência e subsistência da vida humana poderia, finalmente, aparecer neste sistema de culpabilidade. O caminho eleito por Roxin para a construção do sistema penal mais democrático é sua limitação por uma leitura progressista e emancipatória da política criminal, fortalecendo o conceito de culpabilidade para além das “abstrações” teóricas ou de especulações éticas e morais. A conduta humana ainda é o centro do interesse do Direito Penal, mas junto a ela aparece o conjunto de fatores sociais, intelectuais, ambientais, psíquicos, políticos e econômicos, nos quais todos nós estamos inseridos.

Roxin abriu um caminho para pensar a culpabilidade, bem como todo o Direito Penal, conectados com o fortalecimento de um ambiente democrático. Nessa linha, o respeito à democracia, especialmente no interior do sistema punitivo, requer uma

²⁵¹ VELO, Joe Tennyson. *O juízo de censura penal*, p. 170.

²⁵² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, p. 283.

críteriosa obediência à dignidade humana e à luta pelo estabelecimento de políticas criminais limitadoras do poder de criminalizar e punir os indivíduos.

A teoria de Roxin abre uma possibilidade teórica de democratização da responsabilização penal atendida com as garantias dos direitos humanos, afastando os perigos dos pré-conceitos morais e “científicos”. A rejeição da responsabilidade penal assentada sobre a abstração do homem “livre” foi um importante passo para combater a violência punitiva (especialmente contra os mais pobres).

Todavia, os ideais democráticos podem ser substituídos, violentados ou esquecidos por qualquer tipo de ordem de poder, especialmente aquelas interessadas em promover desigualdade social e a exploração dos sujeitos em função do ganho econômico. Nesse caminho, novos sujeitos culpáveis podem emergir diariamente nos dissabores do mercado.

2.3. O Direito Penal do Inimigo

O discurso do Direito Penal convertido em instrumento político de combate contra aqueles que são considerados socialmente perigosos, indesejáveis ou simplesmente dissidentes de uma ordem política estabelecida não é exatamente uma novidade na dinâmica de poder. Contemporaneamente, estamos falando da revitalização de um velho conhecido dos discursos penais: a chamadas “doutrinas de segurança”. Sob tal enfoque, o Direito Penal é utilizado para fins muito além da mera imputação e responsabilização penais, convertendo-se ele mesmo em uma ordem política. E esta não é uma realidade pouco comum, pelo contrário, a tomada política e econômica do Direito Penal sempre levou a conseqüências no mínimo desastrosas para os sujeitos ao longo do último século. O nacional-socialismo, o fascismo, as ditaduras militares na América Latina, o combate ao comunismo, são apenas algumas destas ordens de poder que acabam utilizando o sistema penal a serviço da criminalização e até do extermínio de seus “inimigos”.

O Direito Penal aliado a uma política criminal repressora (sob o aporte das demandas políticas neoliberais) é convertido em um instrumento da *política penal* de

Estado comprometida com a máxima criminalização e com a restrição de direitos e garantias.²⁵³

Mas o que chama a atenção (e preocupação) nessa *política penal* é sua emergência no interior de uma ordem democrática, ou seja, abrigada em um Estado de Direito e dos direitos humanos. Não se trata mais de combater o sistema punitivo repressor de uma Ditadura, do Estado Nazista ou de qualquer outro tipo de totalitarismo político, mas de combater uma dogmática repressora no interior de um Estado democrático. A inovação da ordem penal é dar prosseguimento a um modelo já testado pelo totalitarismo nacional-socialista, mas de roupagem nova, agora sob um verniz de fragmentos democráticos.

Esse aparente paradoxo pode conduzir o Direito Penal a dois extremos: a) a permanência de uma dogmática comprometida com uma ordem constitucional (especialmente destinada para um tipo de criminalidade comum); b) a emergência de uma dogmática especial, comprometida com a defesa da sociedade contra um inimigo “real ou imaginário”. Para este inimigo não servem os tradicionais mecanismos de repressão estatal como a prisão, mas é preciso ir além. Suprimir direitos e garantias são os primeiros passos para a ressurreição dos campos de concentração e do extermínio motivado “pela defesa à sobrevivência”.

Uma divisão que caracteriza, segundo Muñoz Conde, o paradigma do direito penal “biopolítico”: um Direito Penal para a generalidade e outro Direito Penal para alguns grupos especiais de pessoas, os selecionados como indesejáveis, como diferentes, como o “inimigo”.²⁵⁴

²⁵³ O ideário promovido pelo “movimento Lei e Ordem” é definido a partir da *política de “tolerância zero”*, a qual se resume em: *combater de forma precisa e intolerável todo e qualquer tipo de infração penal, independente de que infração seja, tampouco, seu grau de lesividade ou relevância social*. Tal política teve seu marco originário em meados dos anos 80, com os estudos praticados pelo cientista político James Q. Wilson e do psicólogo criminologista George Kelling, autores do artigo intitulado *The Police and Neighborhood Safety (A Polícia e a Segurança da Comunidade)* publicado no início dos anos 80 naquele país. Segundo os autores, surgiu a necessidade de implantar uma estratégia de policiamento baseada principalmente na repressão da desordem social, por meio do combate policial e judicial de pequenas infrações, a grande maioria, quando muito, meros atos desviantes, que atentariam contra a “qualidade de vida” daquela comunidade.

²⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo*. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo, p. 60.

Toda sociedade elege de uma forma ou de outra um inimigo a ser combatido. A criminalização deste inimigo é uma estratégia bem conhecida das demandas de poder e do Direito Penal como já denunciado por Zaffaroni.²⁵⁵

O inimigo é tratado desde o contratualismo (com Hobbes e Kant) como aquele que se desvia da ordem social, que rompe o pacto social e, por isso mesmo, perde seu estatuto de cidadão.²⁵⁶ Todavia, experimentamos contemporaneamente a leitura por meio da *política penal* da transformação do sujeito em inimigo. Um inimigo mais próximo da definição de Schmitt como uma categoria política necessária e independente de qualquer característica física ou distinção moral. Não é, portanto, o mal, o feio, o injusto ou o não-rentável, mas aquele considerado politicamente “o outro”, o estrangeiro.²⁵⁷

Segundo Schmitt, é por meio de uma decisão política que o sujeito se torna “o outro”, e como “outro” está para além de qualquer abrigo jurídico ou político. O “outro” é, por essência, desqualificado juridicamente e, por isso mesmo, impedido de ser julgado pelas normas ou regras estipuladas por autoridades imparciais. O “outro” aparece assim como a “negação da própria forma de existência”, que pode e deve ser considerado como diante de uma real ameaça de aniquilamento.²⁵⁸

Esse é o principal efeito da definição de “inimigo”, ou seja, sua exclusão da ordem de legalidade e a sua conseqüente coisificação na lógica política. A mera existência do “inimigo” colocaria em risco a existência do corpo social, do Estado ou do organismo político, justificando a necessidade de sua eliminação física.

Nessa linha, a política se torna, para Schmitt, um espaço de enfrentamento belicoso entre amigo e inimigo, com a conseqüência nefasta de que apenas um pode sair vivo, pois é a existência do inimigo é razão da unidade política. Uma definição que

²⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007, p. 11.

²⁵⁶ JAKOBS, Günter e MELIÄ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. Noções e Críticas. 2ª. Edição. Trad. e Org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.27-28.

²⁵⁷ SCHMITT, Carl. *O conceito de Político*. Trad. Álvaro L. M. Valis. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 52.

²⁵⁸ SCHMITT, Carl. *O conceito de Político*, p. 52.

proporcionaria legitimidade ao poder político instituído para converter o combate a criminalidade em uma preocupação de Estado, em um enfrentamento aguerrido contra o “inimigo” social.

O criminoso convertido em “inimigo” é uma das conseqüências desse Direito Penal biopolítico e sua política penal criminalizante. Um inimigo que ameaça simplesmente com a sua existência a ordem política, econômica e social estabelecida. E da negação da sua vida depende a sobrevivência do corpo social.

A imposição da cultura do medo, a mercantilização dos aspectos da vida, a sensação de insegurança e falta de garantias dos indivíduos na sociedade neoliberal são algumas das “demandas” sociais que insistem na produção de um Direito Penal “eficiente”, ou seja, um Direito Penal super atuante sobre as novas necessidades de criminalização e repressão dos “inimigos sociais”; um Direito Penal que faz dos mecanismos de exceção uma regra de criminalização. E, por conseguinte, uma justiça penal concatenada com as requisições dos poderes político e econômico.

A dogmática penal, segundo a dinâmica do “eficientismo”, também é transformada pelas políticas de Estado que confundem “política criminal” com “política penal” e que acreditam no controle da criminalidade efetuado exclusivamente pela expansão indiscriminada da tutela penal a bens jurídicos eleitos segundo as demandas políticas e econômicas e a aplicação da cartilha de eficiência na justiça. Estados que orientam seus sistemas de Direito Penal sob a premissa político-econômica.

Uma dogmática que aparece radicalizando o princípio clássico de o “direito penal busca a proteção de bens jurídicos, mediante a lesão de outros bens jurídicos”.²⁵⁹ Nesse sentido, a função do Direito Penal entendida como o conflito entre a liberdade do sujeito e a lesão ao bem jurídico pende para o privilégio do último. A razão do Direito Penal se torna exclusivamente a proteção do bem jurídico assegurado por uma política econômica.

Segundo Cardona, esse tipo de raciocínio conduz a conseqüências importantes para a dogmática e, especialmente, para as formas de reação estatal perante o

²⁵⁹ CARDONA, Alejandro David Aponte. Derecho Penal de Enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra, p. 39.

criminoso, afinal, o privilégio exclusivo do bem jurídico importa em considerar o sujeito como um “perigo potencial para os bens jurídicos tutelados, de tal maneira que o mero começo do perigo, ainda que estabelecido sobre suposições, pode ser em todo caso criminalizado”.²⁶⁰

A “ameaça”, o risco ou a previsibilidade do “terror” conduziriam a uma nova situação: a reação penal a um estágio prévio a realização do delito. Nessa linha, a criminalização não atingiria somente a conduta objetiva (externa) do sujeito, mas também sua conduta interna, sua planificação “subjéctiva”, o que promoveria a desestruturação do *inter criminis* levando a uma situação constrangedora para os sujeitos.²⁶¹

A responsabilidade penal (a culpabilidade) apareceria apenas diante do *perigo* que o sujeito supostamente colocou o bem jurídico tutelado. O sujeito aparece sem nenhuma alusão a uma esfera privada ou uma conduta não socialmente relevante. O simples perigo o qualifica como “culpado”, ou em outras palavras, como o inimigo do bem jurídico tutelado.

Esse inimigo do bem jurídico tutelado é o sujeito do direito penal do inimigo. Uma concepção de direito penal que encontra nas reflexões de Günther Jakobs uma nova etapa para a dogmática penal perfeitamente compatível com a demanda de poder biopolítico (ou neoliberal).

Sob esse aporte (que infelizmente traz poucas novidades), o Direito Penal aparece sobre dois pólos ou “tendências”: a) por um lado fica estruturado um sistema penal centrado no tratamento do inimigo já interceptado no estado prévio, a quem se combate conhecendo sua “periculosidade”; b) por outro, fica mantido um sistema legal-penal centrado no tratamento do cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para o Estado reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade.

²⁶⁰CARDONA, Alejandro David Aponte. Derecho Penal de Enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra, p. 39.

²⁶¹CARDONA, Alejandro David Aponte. Derecho Penal de Enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra, p. 39.

O Direito Penal na sociedade contemporânea é uma ordem, segundo Jakobs, que transita entre o Direito Penal do cidadão (em que pesem os princípios jurídicos de garantia da sociedade) e o Direito Penal do inimigo (em que não são garantidas as mesmas regras jurídicas). Daí a diferença fundamental entre o tratamento dado ao homicida (que só é processado diante da realização típica, da materialidade do fato e da constatação da autoria individual) e ao terrorista (que por si só coloca em risco a própria sociedade).²⁶²

A construção do seu aporte teórico leva em consideração uma polêmica afirmação, ressuscitada de um passado não tão distante: para Jakobs o inimigo não é pessoa, segundo sua definição jurídica.

A despersonalização do inimigo é possível diante de sistema penal marcado pela influência do funcionalismo sistemático cujo marco é a teoria sistêmica de Niklas Luhmann. O funcionalismo jurídico-penal inscreve o Direito Penal como uma esfera orientada para garantir exclusivamente a identidade normativa de uma sociedade. O centro da preocupação do sistema penal é a ordem normativa, promovendo uma inversão, segundo Schünemann, do até então consagrado ontologismo de Welzel. Para Jakobs, o fundamento do Direito Penal não são os elementos pré-jurídicos (como as estruturas lógico-objetivas), mas somente os elementos jurídicos, buscando desta forma depurar o sistema penal de quaisquer componentes descritivos da realidade (especialmente do “subjetivismo ético”).²⁶³

No sistema de Jakobs são rejeitados quaisquer tentativas de fundamentos abstratos, éticos ou subjetivos da imputação penal. A missão da dogmática penal residiria em desenvolver conceitos que reajam ao demasiado conteúdo de significação das infrações penais. Segundo Jakobs, conceitos como culpabilidade ou ação que, durante o “ontologismo”, foram relacionados com uma espécie de “essência” do Direito Penal tiveram encobertos seus conteúdos funcionais. A missão do Direito Penal, nessa

²⁶² JAKOBS, Günter e MELIÄ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. Noções e Críticas, p. 37-38.

²⁶³ SHÜNEMANN, Bernd. La Función del Principio de Culpabilidad en el Derecho penal preventivo. In: _____. *El Sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-Maria Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p. 170.

linha, nada tem a ver com a descoberta da sua “essência”, mas sim com sua funcionalidade. Eis que a nova dogmática deve aparecer livre das amarras abstratas conduzindo-se unicamente na (re)normativização dos seus conceitos.

Segundo Bernal, é essa sistemática que conduz à reconstrução de conceitos como pessoa, e com ela cada uma das categorias do delito, sobre um “*método puramente normativista*”, rechaçando qualquer possibilidade de delimitação descritiva ou da formação de juízos de valor de fora do sistema legal. A interpretação dos conceitos, nesta linha, ficaria a cargo da funcionalidade sistêmica própria do Direito Penal.²⁶⁴

A “verdade” do sistema penal fica esgotada na materialidade normativa do conceito. Ou seja, há um critério de “verdade” (e de realidade) se houver a possibilidade efetiva de normatização. Direito Penal resta então legitimado exclusivamente como um espaço de proteção à vigência da norma e, portanto, de todo o sistema social, pois é a sociedade mesma que aparece como a configuradora de normas.

Nesse sistema, o conceito de *pessoa* deixa seus postulados naturalistas ou transcendentais para delimitar um indivíduo como um produto social, centro de direitos e obrigações, ou seja, de *expectativas normativas*. Pessoa, segundo Bernal, não é um conceito natural e sim normativo. E como um conceito normativo (uma espécie de status) ela poderia perder “normativamente” seu status, isto é, se despersonificar. Em suma: “pessoa é quem é capaz juridicamente”. E capaz juridicamente é obedecer às expectativas normativas, obedecer ao direito.²⁶⁵

A razão da pessoa fica encerrada na expectativa normativa de obediência. Neste “sistema funcional” não há espaço para a crítica ou a desconstrução moral, religiosa ou ética. As possibilidades de emergência do novo são apagadas da mesma forma que o rosto dos sujeitos. A materialidade da vida humana é substituída por um postulado legal, o que exemplifica bem a crença do funcionalismo sistêmico assentada na idéia

²⁶⁴ BERNAL, José Fernando Botero. *Visión Crítica de la Metodología de las Sistemáticas Teleológicas en el Derecho Penal. Desde la persona real configuradora del derecho penal*, p. 138.

²⁶⁵ BERNAL, José Fernando Botero. *Visión Crítica de la Metodología de las Sistemáticas Teleológicas en el Derecho Penal. Desde la persona real configuradora del derecho penal*, p. 138.

de que a pessoa, bem como toda a sociedade, é construída ou demandada por uma lógica interna ao sistema.

Nada existe fora do sistema (auto-regulador), nem mesmo a vida humana. Assim, não há nada pior que sua desqualificação no interior do sistema normativo. A condição do homem fora do sistema normativo é sua própria negação, sua inexistência. E a quem atenta contra a ordem normativa, contra o sistema de direito resta senão o lugar de inimigo, de não-pessoa.

Por seguinte, nos aponta Bernal, que o homem apreendido por tal Direito Penal fica reduzido a um “ente” ideal, a um conceito de homem diante de uma realidade, entendida como algo externo à pessoa que existe independentemente do sujeito cognoscente.²⁶⁶

A realidade do Direito Penal também fica adstrita ao universo da norma. Assim, ele com uma dupla função: a) de um lado serve para assegurar a estabilidade do sistema configurando na pessoa, entendida em um sentido normativo, uma confiança na vigência da normatividade; b) de outro lado, serve para se estabelecer um modelo de orientação (normativa) para as pessoas.²⁶⁷

A missão do Direito Penal em um sistema que tem sua condição de existência na normatividade é a proteção da norma. A norma não é mais pensada como uma esfera onde são estabelecidos os mandados e as proibições, mas sim as “expectativas normativas”. O autor de um delito passa a ser compreendido como alguém que frustra as “expectativas normativas”, e que por isso merece uma punição. A funcionalidade da punição nesse sistema penal é a “falta objetiva de fidelidade ao ordenamento jurídico”. A aplicação da pena tem por base a mera prevenção especial, visando ao afastamento do criminoso da sociedade que ele atingiu.

Cada uma das categorias do delito passa então a ser estruturada a partir da função da sua “normatividade”, cuja tarefa é a solução objetiva dos problemas sociais.

²⁶⁶ BERNAL, José Fernando Botero. *Visión Crítica de la Metodología de las Sistemáticas Teleológicas en el Derecho Penal. Desde la persona real configuradora del derecho penal*, p. 153.

²⁶⁷ BERNAL, José Fernando Botero. *Visión Crítica de la Metodología de las Sistemáticas Teleológicas en el Derecho Penal. Desde la persona real configuradora del derecho penal*, p.153.

Para tanto, o pilar de sua teoria do delito é seu critério de *imputação objetiva*. A imputação objetiva é o princípio reitor capaz de “que vincule normativamente una conducta de una persona con la vulneración del rol que le fuera asignado por la norma vulnerada.”²⁶⁸

A teoria da imputação objetiva pode ser resumida segundo Bernal:

(1) *el primero*, es esa condición mínima para imputar: la causalidad entre la conducta y el resultado; (2) *el segundo*, denominado *imputación objetiva del comportamiento*, acude a *cuatro instituciones jurídico-penales*: 1) *riesgo permitido*, 2) *principio de confianza*, 3) *prohibición de regreso* y 4) *competencia de la víctima*, para establecer la relevancia jurídica de la relación causal entre acción e resultado, es decir, para calificar al *comportamiento como típico* y (3) *el tercero*, en los delitos de resultado – es decir, aquellos en los cuales el legislador no solo prohíbe en determinado comportamiento sino el resultado externo (fenoménico) que dicho comportamiento producirá -, llamado *imputación del resultado*, donde se ubica la realización del riesgo, en el sentido de Claus Roxin, pero entendiendo el riesgo como aquel que aclara el daño; así mismo, admite la teoría *del incremento del riesgo* pero prescindiendo *de la realización del riesgo y de los cursos causales*.²⁶⁹

Sob a teoria da imputação objetiva, o sistema penal passa a dar uma importância menor ao desvalor do resultado (a lesão propriamente dita do bem jurídico), para valorizar a dimensão do risco criado (ou desejado) pelo autor. A magnitude do risco criado torna-se essencial para a compreensão da punibilidade. O injusto penal é compreendido na realização do tipo (defraudar as expectativas normativas nos contatos sociais) mediante a falta de um contexto justificante (ou as causas de justificação).

A culpabilidade ainda persiste para Jakobs, porém perde seu fundamento na vontade livre, para fundamentar-se sobre a liberdade de “autodeterminar-se” segundo as normas. Assim, se a “pessoa” livre decidir pela realização do injusto (ou seja, pelo defraudamento das expectativas normativas, sem justificação), ela admite um comportamento de infidelidade com o ordenamento jurídico.

A culpa não é mais definida em razão do resultado da conduta, mas diante da falta de comprometimento com a lei. É culpado aquele que realiza o injusto e, portanto, atua contra o sistema.

²⁶⁸ BERNAL, José Fernando Botero. *Visión Crítica de la Metodología de las Sistemáticas Teleológicas en el Derecho Penal. Desde la persona real configuradora del derecho penal*, p. 157.

²⁶⁹ BERNAL, José Fernando Botero. *Visión Crítica de la Metodología de las Sistemáticas Teleológicas en el Derecho Penal. Desde la persona real configuradora del derecho penal*, p. 158.

Nessa linha, a culpabilidade tem como elementos positivos: 1) a presença do injusto (o comportamento antijurídico); 2) a imputabilidade do autor, entendida como a capacidade de questionar “a validade da norma”. E negativos, 1) o contexto exculpante ou a não-exigibilidade de obedecer à norma (compreendida como as causas de exculpação ou inculpabilidade).²⁷⁰

Culpabilidade é, portanto, “la responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico”²⁷¹ ou, simplesmente, a infidelidade ao direito.

Toda noção de culpabilidade fica vinculada à função preventiva da pena, particularmente a prevenção especial. O sujeito culpável é definido como o infiel, pois coloca em risco com seu ato toda a normatividade do sistema, pois atingindo uma norma ele atinge toda a funcionalidade nela envolvida.

O infiel rompe com a normatividade e, em um contexto de política penal (ou de ameaça), pode facilmente ser convertido em um estranho para a “legalidade”. Conceber o injusto como uma afronta à norma abre espaço para converter o sujeito culpável em inimigo do sistema normativo, por seguinte, da realidade social e até de sua “pessoa”. Abre-se espaço para a desqualificação jurídica daqueles que por um ato puseram em risco o funcionamento do sistema normativo, da sociedade.

A função simbólica de conceber o sujeito culpável como o infiel num sistema em que a realidade é medida em razão de sua normatividade é o que permite justificar o “inimigo” como uma “não-pessoa”. E como “não-pessoa”, ele se converte em pura carne destituída de direitos, de vida qualificada, de dignidade.

Esse é o principal perigo desta concepção de culpabilidade, que, segundo Schünemann, depende excessivamente de um aporte exclusivamente normativista. A “falácia normativista” é um risco muitas vezes denunciado pela teoria do direito,

²⁷⁰ BERNAL, José Fernando Botero. *Visión Crítica de la Metodología de las Sistemáticas Teleológicas en el Derecho Penal. Desde la persona real configuradora del derecho penal*, p. 158.

²⁷¹ BERNAL, José Fernando Botero. *Visión Crítica de la Metodología de las Sistemáticas Teleológicas en el Derecho Penal. Desde la persona real configuradora del derecho penal*, p. 160.

especialmente para o sistema penal.²⁷² A tentativa de completo afastamento da materialidade da vida humana em razão do funcionamento do sistema só pode provocar uma violência sem limite contra os sujeitos que vivem (e existem) no lado de “fora”.

As garantias e os direitos dos cidadãos estão bem assegurados e protegidos no interior do sistema funcional de Jakobs. Toda questão repressora está na sua abertura para uma efetiva possibilidade de desqualificação da vida humana, convertida em inimigo, a partir da realização do injusto, do crime. O criminoso como infiel é excluído não só da sociedade (como na aplicação da pena), mas de sua própria humanidade.

O funcionalismo de Jakobs torna-se mais do que nunca uma ordem normativa responsável por fazer aparecer múltiplos “inimigos” do Direito, da ordem normativa e da sociedade, especialmente os mais pobres, os sem direitos, que buscam na própria organização política um lugar de resistência aos abusos e as violências do poder político e econômico.

Seu sistema penal pode ser convertido em mais um instrumento penal poderoso de controle social para a “periferia”. A culpa pelo risco e pela infidelidade ao Direito formam mais um episódio de violência contra os sujeitos culpáveis. Mais um discurso, mais uma ordem de poder. A tomada dos sujeitos ainda prossegue obedecendo à ordem de apropriação e exclusão dos corpos humanos. Nesta linha, resta uma possibilidade de denúncia, uma denúncia dos sujeitos como um caminho para a valorização da vida humana como limite intransponível do sistema penal.

²⁷² SHÜNEMANN, B. La Función del Principio de Culpabilidad en el Derecho penal preventivo. In: _____. *El Sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, p. 171.

PARTE III

A DENÚNCIA DO SUJEITO

Talvez, o objetivo hoje em dia não seja descobrir o que somos, mas recusar o que somos. [...] Temos que promover novas formas de subjetividade através da recusa deste tipo de individualidade que nos foi imposto há vários séculos.²⁷³

O sujeito culpável, tal como requerido pelas construções da dogmática penal entre os séculos XIX e boa parte do século XX, está encerrado nos aportes da filosofia transcendental, ou seja, está situado em função de um espaço-tempo determinado por uma consciência racional. É a razão a unidade delimitadora de todas as possibilidades subjetivas construídas no limiar da modernidade que acaba por formatar a noção de sujeito de direito penal como o “homem do livre arbítrio”.

De tão abstrato e irreal, o “homem do livre arbítrio” como fundamento do direito de punir soberano é esvaziado de qualquer função de garantia ou defesa material da vida humana, o que promove a investidura do sujeito culpável em qualquer vida humana mais frágil, como os mais pobres, os doentes, dissidentes políticos, os imigrantes, as mulheres e os jovens.

Daí a importância das “preocupações” de Foucault sobre as formas ou as estratégias de poder que atuam sobre a formação do indivíduo por meio do saber-poder e, também, de governo. Nessa linha, Foucault abriu uma possibilidade para pensar o sujeito a partir das relações de poder que lhe são constituintes. E na esfera criminal, elas são muitas.

²⁷³ FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o Poder. In: DREYFUS, H. ; RABINOV, P. *Michel Foucault: Uma Trajetória Filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*. Trad. Vera Porto Carrero. São Paulo: Forense Universitária, 1995.p. 239.

De modo geral, o sujeito culpável encontra-se no limite entre as mecânicas de poder legal, encerrado nas descrições típicas da lei penal; de poder disciplinar, pelo seu aprisionamento em instituições de seqüestro carcerárias; de poder biopolítico, de onde há a integração das estratégias punitivas visando a uma perspectiva de controle e gestão da criminalidade sob um princípio de mercado e de governo. De um lado o sujeito e de outro a analítica do poder.

O lugar de onde Foucault irá se debruçar sobre a analítica do poder é a resistência. Sua opção é buscar nas diferentes formas de organização das resistências por meio das estratégias antagônicas, dos pequenos choques, das posições e dos métodos utilizados pelos poderes difusos por toda sociedade. São nestes pequenos enfrentamentos diários que as tramas de poder (os micropoderes normalizadores) tomam corpo. Desse modo, só poderíamos compreender a sanidade, se investigarmos a insanidade; a legalidade, pela ilegalidade; o domínio dos homens, pela gestão de opressão das mulheres; dos pais sobre os filhos; da medicina social sobre a população; da administração sobre o modo de vida das pessoas.²⁷⁴

Olhar a analítica do poder sob o viés da resistência faz aparecer a possibilidade de luta: uma luta contra as formas de dominação (étnica, social e religiosa); contra as formas de exploração (que separam os indivíduos daquilo que eles produzem); e, por último, contra as formas de sujeição (contra aquilo que liga o indivíduo a si mesmo e o submete).²⁷⁵

É contra as formas de sujeição a principal batalha dos homens nas atuais sociedades. A analítica do poder de Foucault denuncia sua submissão a um processo de individualização que integra em última instância todos os atores de poder e até o Estado. A estratégia de submissão dos corpos humanos não fica mais restrita aos muros institucionais disciplinares ou aos saberes humanos, mas atinge uma noção de política de Estado transformando-se em uma experiência de governo. Assim, a

²⁷⁴ FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o Poder. In: DREYFUS, H. ; RABINOV, P. *Michel Foucault: Uma Trajetória Filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*, p. 234.

²⁷⁵ FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o Poder. In: DREYFUS, H. ; RABINOV, P. *Michel Foucault: Uma Trajetória Filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*, p. 234.

analítica do poder fica completa, pois os poderes normalizadores passam a integrar a própria gestão do Estado.

É a influência do que Foucault chamou de poder pastoral interessado na gestão e promoção da vida humana como condição de poder. Aí a importância dos processos de sujeição dos homens, de captura de sua vida biológica, da manutenção do corpo populacional, e também seu paradoxo, pois o governo ao mesmo tempo em que promove formas de individualização também promove formas de totalização. O indivíduo é submetido como, sujeito e como elemento de um corpo populacional. Ele encontra o controle como condição de sua vida e sua morte, que já não lhe pertencem mais.

Mas como resistir? Foucault resgata um pequeno texto de Kant publicado em 1783 como uma pergunta: *Was he isst Aufklärung? (O que é Esclarecimento?)*.²⁷⁶ Sua leitura de Kant indaga o modo pelo qual o filósofo se questiona sobre o que está acontecendo com o seu mundo? Com os próprios homens racionais? Com a nossa condição como o sujeito único, mas universal e a-histórico? O que aconteceu com a experiência de pensamento inaugurada por Descartes sobre a centralidade do sujeito? Para Foucault, Kant pode ter querido dito algo a mais. Ao se questionar sobre quem somos, abre-se uma possibilidade para questionar também o nosso presente.²⁷⁷ Aí estaria um aporte para a filosofia poder realizar uma espécie de crítica do mundo.

Para além do transcendental, o objetivo da crítica em nossos dias não seria mais “descobrir quem somos, mas recusar quem somos”.²⁷⁸ O caminho para a resistência aos estrangimentos subjetivos impostos pela dinâmica do poder passa pela rejeição de qualquer tipo de modelo imposto seja do Estado, seja do tipo de individualização que a ele se liga. Trata-se, em síntese, de recusar um modelo de individualidade

²⁷⁶ KANT, Immanuel. *Resposta à pergunta: Que é “Esclarecimento” (“Aufklärung”)?* (5 de dezembro de 1783). Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 115.

²⁷⁷ FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o Poder. In: DREYFUS, H. ; RABINOV, P. *Michel Foucault: Uma Trajetória Filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*, p. 239.

²⁷⁸ FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o Poder. In: DREYFUS, H. ; RABINOV, P. *Michel Foucault: Uma Trajetória Filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*, p. 239.

imposto, abrindo espaço para novas subjetividades, para “outros sujeitos”. A resistência é a primeira tentativa de escape das submissões.

Buscar “outros sujeitos” é um caminho para liberar da sujeição os corpos marcados pelo Direito Penal. Um caminho para a desconstrução de um modelo de sujeito culpável do “livre arbítrio” que apenas esconde a violência punitiva. Nesta linha, convém destacar a nossa necessidade de trilhar o percurso teórico dos conceitos de culpabilidade assentados sobre a “vontade livre” de um homem do contrato para, enfim, denunciar outras possibilidades de pensar os sujeitos culpáveis naquilo mesmo que os singulariza: na experiência sofrida de seu corpo submetido às relações de poder. Portanto, partimos da recusa da individualidade “transcendente” imposta como fundamento da pena, para no momento final do trabalho buscar outras experiências de sujeitos marcadas pela denúncia do conflito, da violência, da opressão, das relações de poder constitutivas da individualidade.

Se ainda resta um lugar para a emergência de “outros sujeitos”, para a construção de outras subjetividades para além da lógica de poder que incide sobre a “morte” e “vida” do homem, deve haver espaço para uma nova forma de culpabilidade, de responsabilização penal pela transgressão da lei no mínimo mais condizente com a qualidade da vida humana.

Sabemos que o compromisso político e teórico das chamadas teorias críticas do Direito Penal acordam para a impossibilidade de sua justa existência em uma sociedade pautada pela lógica do capital. Aliás, a denúncia da estreita vinculação entre as demandas da política econômica capitalista e os aportes criminalizadores é uma das maiores conquistas de um pensamento de resistência à violência punitiva do Estado. O Direito Penal é, por excelência, um instrumento de controle social, daí a necessidade de um compromisso teórico de denuncia e defesa das garantias e liberdades dos sujeitos ante a tamanho poder destrutivo. Em matéria penal, não se pode (nem se deve) ceder um milímetro das garantias dos sujeitos sob pena de aniquilá-los.

Tais construções críticas, especialmente de viés marxista, não esqueceram que o lugar por excelência da violência punitiva é o corpo do condenado. E a sua defesa passa por seu aparecimento diante dos sistemas judiciais.

Se não há mais espaço para o sujeito de Direito Penal pautado pela “consciência” e racionalidade”, pelo “livre arbítrio”, quais as outras opções? Conhecemos uma, que logo merece nossa rejeição: a opção pela releitura da desqualificação jurídica da pessoa no direito penal do inimigo.

Mas nos aliamos a outras possibilidades de culpabilidade marcadas pela defesa intransigente da vida humana em qualquer termo ou condição perante ao poder destrutivo do direito punitivo do Estado. Sobre essas outras possibilidades de “culpabilidades” é que iremos a seguir discorrer.

CAPÍTULO 1

OUTROS SUJEITOS

1.1. O Sujeito do Inconsciente

O lugar do discurso freudiano na epistemologia dos saberes modernos sempre foi motivo de debates no interior da filosofia ou da psicologia. A psicanálise emerge no final do século XIX sob a marca de seu tempo: a ambigüidade, a impureza, enfim, a flexibilidade de seus conceitos sobre o psiquismo humano, ora flertando com o mecanicismo organicista, ora com a possibilidade de pensar o “novo”. E foi justamente na experiência diária da clínica que Freud identificou algo na neurose (especialmente na histeria) que não estava esgotado nos registros somáticos e anatômicos do corpo, pois havia mais, havia o “novo”. Para Freud, as neuroses se inscreviam na ordem do sentido e na ordem da história, ou seja, os sintomas neuróticos revelavam uma significação passível de ser compreendida levando em consideração um recorte temporal na história do sujeito. Portanto, o sintoma não poderia mais ser compreendido apenas no registro somático, mas também em uma ordem de significação na própria história do ser. A loucura, neste sentido, deixa de ser pensada com um efeito das

perturbações biológicas para se fundar na própria história do sujeito e no tempo de sua subjetividade.²⁷⁹

O objetivo da psicanálise passa a ser, então, buscar nas diversas significações produzidas pela linguagem o sentido dos sintomas e não mais na consciência. É na fala do “sujeito que sofre” que são produzidos os significados de sua dor e pode-se, capturar, ainda que provisoriamente, sua subjetividade. O sentido dos sintomas estaria ausente do campo da consciência, mas inscrito em um certo psiquismo “inconsciente”, revelado pela fala.²⁸⁰

O saber da psicanálise paulatinamente se afasta do modelo médico (dos registros nosológicos) de tratamento para buscar na interpretação do sintoma os efeitos estruturantes do sujeito. São nos enigmas da fala, nos silêncios ou nos atos aparentemente sem sentido, que os impasses da história pessoal dos sujeitos evidenciam-se. Assim, a psicanálise acaba se estruturando como um saber da interpretação constituído pela experiência da intersubjetividade.

A descoberta do sentido e da história do sujeito nos registros neuróticos levou a psicanálise a um impasse, afinal haveria muito mais na experiência da subjetividade do que a unicidade racional da consciência. E não só. O discurso freudiano acabou por esboçar uma certa concepção de sujeito para além das definições consciencialistas: o sujeito do inconsciente.

Segundo Birman, o anúncio do sujeito do inconsciente entrou em choque com os aportes teóricos das filosofias da consciência, operando uma desconstrução em dois suportes: *primeiro*, com a divisão do psiquismo em uma parte consciente e outra inconsciente, matriz das experiências subjetivas; *segundo*, a articulação do registro do corpo com o registro do sujeito, acabando com a divisão cartesiana entre corpo e espírito, entre a *res cogitans* e a *res extensa*. Dessa forma, a psicanálise construiu seu saber no exterior da tradição de pensamento da modernidade ocidental.²⁸¹ O sujeito único, racional e a-histórico sofreu um duro impacto, e com ele todo um modelo de

²⁷⁹ BIRMAN, Joel. *Psicanálise, Ciência e Cultura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1994, p. 33.

²⁸⁰ BIRMAN, Joel. *Psicanálise, Ciência e Cultura*, p. 34.

²⁸¹ BIRMAN, Joel. *Psicanálise, Ciência e Cultura*, p. 34.

cientificidade construído sob a égide da separação absoluta entre o mundo das coisas e o mundo do sujeito, da causalidade mecânica e da subjetividade fundada como um ato de pensamento.²⁸²

Para Freud, o sujeito é delineado no limite da produção psíquica, em uma ordem que passa da dialética do pulsional à ordem simbólica. O sujeito cindido entre consciente e inconsciente emerge como um destino pulsional, constituído a partir de um processo complexo de inscrição das forças pulsionais (sexuais) no universo da representação (da lei simbólica).²⁸³

Nesse sentido, interessa a Freud desenvolver como se dá a articulação entre o registro do corpo e registro do sujeito, ou seja, como o corpo se inscreve no sujeito, transformando-o em uma “presença”.²⁸⁴ O percurso de Freud, segundo Birman, passa por suas elucidações sobre os conceitos de pulsão e corpo erógeno, ou ainda melhor, do corpo pulsional e da ordem simbólica.

A idéia de um “corpo pulsional” nos remete para o universo anárquico das pulsões, onde elas são definidas como forças e parciais por natureza. As pulsões existem na exterioridade do psiquismo, o que, em última instância, significa defini-las como forças que não são somáticas ou psíquicas, mas “um ser de passagem entre a ordem da natureza e da cultura”.²⁸⁵ A pulsão (um *quantum* energético presente em cada *protosujeito*) é definida como um “conceito limite entre o psíquico e o somático, como o representante psíquico das excitações oriundas do interior do corpo e chegando ao psiquismo, como uma exigência de trabalho imposta ao psíquico em conseqüência de sua ligação corporal”.²⁸⁶ Ou seja, uma demanda contínua para o psiquismo a fim de “dominar” a pressão pulsional por satisfação (ou significação).

O processo de constituição do sujeito (ou de humanização) passa pelo domínio da pressão pulsional, que pode ser traduzido como a necessidade de “inscrição,

²⁸² BIRMAN, Joel. *Psicanálise, Ciência e Cultura*, p. 34.

²⁸³ BIRMAN, Joel. *Psicanálise, Ciência e Cultura*, p. 35.

²⁸⁴ BIRMAN, Joel. *Psicanálise, Ciência e Cultura*, p. 35.

²⁸⁵ BIRMAN, Joel. *Psicanálise, Ciência e Cultura*, p. 125.

²⁸⁶ BIRMAN, Joel. *Psicanálise, Ciência e Cultura*, p. 125.

inserção e modelagem das pulsões na ordem simbólica”²⁸⁷, na ordem das palavras ou na lei dos homens. Esta é a condição de possibilidade do psiquismo humano. Mas este processo de inscrição das forças pulsionais na ordem simbólica não é uma tarefa que o sujeito sozinho (conscientemente) consiga realizar. O universo da constituição do sujeito em psicanálise passa necessariamente pelo Outro.²⁸⁸

É o Outro quem irá circunscrever o universo energético (e caótico) das pulsões em seus destinos “corporais”, interpretando a exigência das pulsões e oferecendo os objetos de satisfação pulsional (seio, fezes, pênis, corpo materno). O Outro apresenta-se, portanto, como a instância simbólica de mediação entre as exigências das pulsões e o limite do corpo do outro, que irá permitir a inscrição da força pulsional no universo simbólico, da transformação da pulsão sexual em corpo erógeno.²⁸⁹

Daí a fundamental importância do Outro para a constituição do sujeito em psicanálise, afinal, é ele quem marca a divisão estrutural do psiquismo humano entre o pólo energético das pulsões e sua representação na ordem simbólica. E esta divisão estrutural do psiquismo é o que define a *incompletude* e a *alienação fundamental* em que estão imersos os sujeitos, pois só há subjetividade em psicanálise se houver um Outro capaz de inscrever o corpo pulsional em corpo erotizado.²⁹⁰ Assim, não haveria a possibilidade do ser humano completo e auto-suficiente, como também não haveria um sujeito infinito que tudo pode e tudo quer, pois se o Outro o define, ele também indica uma ordem de limite de satisfação ou de gozo.

É dessa forma que não há subjetividade sem corpo em psicanálise e a formação do sujeito carrega em si a necessária marca do Outro. O sujeito do inconsciente, ao contrário do que pode aparecer, não é simplesmente um ser marcado pelo desejo egoísta, antes, sua própria condição de possibilidade é a existência de um *conflito* estrutural entre dois universos nunca conciliáveis da pulsão e do simbólico. O ser

²⁸⁷ BIRMAN, Joel. *Psicanálise, Ciência e Cultura*, p. 35.

²⁸⁸ BIRMAN, Joel. *Psicanálise, Ciência e Cultura*, p. 35.

²⁸⁹ BIRMAN, Joel. *Psicanálise, Ciência e Cultura*, p. 125.

²⁹⁰ BIRMAN, Joel. *Psicanálise, Ciência e Cultura*, p. 125.

nasce da tentativa de inserção destes universos na superfície do corpo humano sob o olhar, o toque e o discurso do Outro.

Com isso, a psicanálise produziu um campo inédito para a experiência psíquica da individualidade. A individualidade não mais deveria ser procurada na interioridade da consciência ou acessada pela introspecção, mas no campo intersubjetivo do discurso. A experiência clínica do diálogo coloca o sujeito em uma posição ativa, pois sua consciência não é mais um dado *a priori*, mas constituída em meio às demais demandas dos outros sujeitos e da sociedade.²⁹¹ O sujeito do inconsciente é necessariamente “dialógico”, pois sua condição de possibilidade são os registros da intersubjetividade e da alteridade.²⁹²

Não haveria qualquer possibilidade de pensar a partir do exterior as categorias de sujeito e de cultura, pois a constituição do sujeito implica uma relação estrutural com o Outro (representado pela cultura), sendo o sujeito radicalmente definido pela alteridade do campo social. É a denúncia realizada por Freud em *Psicologia das Massas e a Análise do Ego*²⁹³, da não oposição entre uma psicologia social e uma psicologia individual. Indivíduo e sociedade são tão implicados que a condição de um é a existência do outro. Mas, embora esta seja uma relação de dependência, ela nunca obedece a uma ordem de totalidade. Entre eles versa a marca de um conflito fundamental, de uma desarmonia entre “o que eu sinto e o que eu devo”. É o paradoxo do “mal-estar” da cultura, em que são impostas aos sujeitos a renúncia pulsional como condição de entrada na ordem simbólica da lei social. Para viver em sociedade, o sujeito abre mão de suas satisfações pulsionais mais primitivas e, por isso, mais intensas como o impulso assassino, a depredação do corpo do outro, o incesto e o canibalismo. Em compensação ganha a “proteção” da vida coletiva e a promessa de

²⁹¹ Nesse sentido, tornou-se célebre a comparação realizada por Freud em *Ego e o Id*, de 1923, entre o ego (consciente) e o monarca constitucional como aquele que reina, mas não governa. Sob as forças pulsionais presentes no reservatório do *id*, a consciência perde seu lugar soberano para o inconsciente, estruturando o psiquismo humano na formação *ego*, *superego* (como a instância social-moral) e *id*.

²⁹² BIRMAN, Joel. *Psicanálise, Ciência e Cultura*, p. 37.

²⁹³ FREUD, Sigmund. *A Psicologia das Massas e a Análise do Ego*, (1921). Ed. Standart das Obras Completas de Sigmund Freud, Volume XVIII. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 91.

satisfações parciais como a exuberância da produção artística, as vantagens tecnológicas, o acesso ao sexo e as garantias de uma “pseudo” igualdade da lei e justiça.

Nessa plataforma de perdas e ganhos se estabelece um precário equilíbrio entre pulsão e lei, entre o indivíduo e sociedade. A existência do “mal-estar” marca o preço da renúncia de cada sujeito na ordem social, na ordem da alteridade. E quanto maior é a exigência de renúncia maior será o pelo sujeito em sua passagem pelo Complexo de Édipo. Durante a passagem por esse importante estágio da vida, o pequeno “infante” é apresentado ao mundo dos interditos e proibições, ou seja, são inscritos, mediante a erotização do seu pequeno corpo, os interditos básicos que regulam a ordem humana e suas relações subjetivas. Assim, o infante sai do domínio pulsional primitivo para ingressar no mundo das proibições e das permissões (civilizatórias), adquirindo os instrumentos simbólicos para que o sujeito inicie sua história de vida e seu percurso desejante. Para Birman, uma vez apresentado à lei, resolvido o Complexo de Édipo, abre-se a possibilidade de instituírem-se as relações de reciprocidade entre os sujeitos, nas quais o mútuo reconhecimento pode materializar-se.²⁹⁴

Daí a importante implicação em psicanálise entre o sujeito (do inconsciente) e a lei. De modo geral, as definições jurídico-legais tomam o homem sob o aporte das filosofias da consciência encerrando na igualdade, na liberdade e no racionalismo (como o “homem médio” do Direito Penal), portanto, numa ordem de harmonia. Este homem “idealizado” pelo direito é definido pela “lei” social como “super-responsável” e obediente a um princípio de culpação, servindo bem a tentativa de encobrimento da violência predatória contra outros sujeitos.

O sujeito da psicanálise parte de um outro lugar de constituição. Sai de cena a ordem harmônica e entra o conflito como a experiência estrutural do psiquismo humano, na qual a lei também tem uma função constitutiva, todavia, demarcando a divisão do psiquismo em uma parte relacionada à lei, o chamado *supereu*; e outra que a escapa.

²⁹⁴ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na Atualidade*. A psicanálise e as novas formas de subjetivação. 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 274.

O *supereu* é a instância psíquica formada pelo primeiro contato entre o indivíduo e a lei, ou seja, nele são condensados todos os interditos que o sujeito deve obedecer para regular suas demandas pulsionais de gozo nas relações com os outros.

E se o *supereu* introjeta a lei e define os limites de satisfação pulsional, uma outra instância psíquica é responsável, segundo Freud, por delinear o conjunto das regras de permissão. Conforme Birman, é mediante o *ideal do eu* que as possibilidades de satisfação (parcial) dos sujeitos lhe são apresentadas, tornando possível a formação do sujeito do desejo. Afinal, se é proibido o gozo da mãe, resta aos sujeitos a permissão de gozo para com todas as outras mulheres.²⁹⁵

Há ainda uma outra instância psíquica responsável por delinear a onipotência e violência de gozo humana. É o chamado *eu ideal*, que carrega em si a crença na totalidade do prazer e na ausência do desprazer. O *eu ideal* é uma estrutura do psiquismo delimitada pelo chamado narcisismo primário, ou seja, o sujeito crê que é o centro do mundo e que todos os demais viventes estão a sua disposição, como meros pedaços de carne humana para sua fruição e deleite. Sob o narcisismo, a lei que se instaura é a lei do seu gozo que autoriza o sujeito a agir de forma predatória com os demais. Não há lugar para alteridade ou reconhecimento da diferença, pois impera a lei da força e do uso da violência.²⁹⁶

Segundo Birman, a formação da individualidade passa pelo contato com a lei (*supereu*) e seu destino pulsional promovendo sua inscrição ora no pólo alteritário (*ideal de eu*), ora no pólo narcísico (*eu ideal*). Eis aí a fundamental função da lei e, por que não, um resquício para se pensar a noção de justiça em psicanálise. Em sua leitura da relação da justiça em psicanálise, Birman afirma que a inscrição no universo simbólico da lei e da linguagem carrega a possibilidade de formar subjetividades atentas às demandas alteritárias e respeitadoras das diferenças, a partir do reconhecimento da vital importância do Outro para a realização do desejo.²⁹⁷

²⁹⁵ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na Atualidade*. A psicanálise e as novas formas de subjetivação, p. 275.

²⁹⁶ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na Atualidade*. A psicanálise e as novas formas de subjetivação, p. 275.

²⁹⁷ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na Atualidade*. A psicanálise e as novas formas de subjetivação, p. 180-181.

Nesse sentido, também se destaca a noção de culpa em psicanálise. A formação da culpa está atrelada à possibilidade de reconhecimento do Outro como sujeito. Só atua com culpa quem se identifica com a formação de um *supereu* atento aos direitos do outro, que tenta costurar a ordem do seu desejo com o desejo do outro, quem está inscrito na ordem de alteridade.

A individualidade também pode ser inscrita no pólo narcísico, onde os outros sujeitos são convertidos em fetiche de uma subjetividade egocêntrica. E isso é possível especialmente quando vivemos em uma sociedade na qual a lei perdeu sua função simbólica de interdição e mediação do desejo do outro por estar regulada por um princípio de violência e desigualdade.²⁹⁸

Quando a própria sociedade e suas instâncias simbólicas se convertem em uma ordem de opressão e perversão não resta muitas alternativas para a consolidação de espaços alteritários. A justiça da lei se converte em instrumento predatório dos corpos humanos em função de um domínio de classe, assim o *eu ideal* narcísico de quem detém o domínio do poder pode converter toda ordem simbólica em instrumento de seu gozo.²⁹⁹

Diante da desigualdade social, do desemprego, das discriminações sociais, raciais, étnicas ou religiosas, da fome e da falta de saúde e educação, na universalidade do registro simbólico da lei cria-se um hiato, um intervalo entre a letra da lei e o funcionamento social, estatal e jurídico. É nesse hiato que se instauram as formas autoritárias de poder, tornando a “exceção” então a forma “predominante” de impor a ordem na sociedade.

Talvez a melhor expressão deste hiato entre lei e realidade social seja nossa Justiça Penal, uma expressão bem trabalhada dos principais preconceitos sociais brasileiros. Afinal, pune-se com grande veemência o crime patrimonial (nem que seja de mera bagatela), criminaliza-se o sujeito mais frágil economicamente, restringem-se garantias e direitos para o acusado durante a instrução penal e, especialmente, durante a execrável situação de execução das penas em nosso país.

²⁹⁸ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na Atualidade*. A psicanálise e as novas formas de subjetivação, p. 184.

²⁹⁹ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na Atualidade*. A psicanálise e as novas formas de subjetivação, p. 184-185.

Em uma ordem de poder social, político e econômico perversa, a lei perde qualquer conotação de justiça (ou de expediente simbólico), restando apenas a legitimação de uma ordem de opressão aos mais fracos. A consequência desta situação é a produção de subjetividades cada vez mais voltadas para o pólo narcísico em detrimento do pólo alteritário, transformando as relações intersubjetivas em uma experiência predatória dos indivíduos. Uma sociedade “narcisista” marcada por um estado de pura depredação da vida humana.

Destaca Birman:

A oscilação do sujeito entre os pólos narcísico e alteritário de seu psiquismo, assim como a fixação em um deles, está na estrita dependência de que as formas organizadas de poder social permitam ou não a satisfação de suas demandas pulsionais. São as normas e dispositivos de forças presentes no espaço social que possibilitam a boa ou a má circulação de bens e valores, assim como a dinâmica das satisfações desejantes e do gozo pulsional.³⁰⁰

Quando o simbólico e a linguagem perdem sua capacidade de significar o mundo e os sujeitos deixam vazio o lugar da lei e do Outro, restando apenas aquela violência originária e mortal da horda primitiva. Sem o lugar da lei, a única reação possível para os sujeitos mais fracos é combater com a mesma violência. Através da leitura da “lei” em psicanálise, podemos inferir que é a própria violência autoritária da ordem social que leva à desumanização dos sujeitos. Afinal, se para psicanálise não há psiquismo sem corpo, a violência promove justamente essa ruptura: a produção de sujeitos desencarnados impedidos de inscrever sua história no seu próprio corpo, de corpos considerados como pura carne ao deleite do poder.

Um risco infelizmente conhecido pelas sociedades ocidentais. Percorremos ao longo deste texto as várias formas como as ordens legais podem se transformar em ordens de exceção e violência com os sujeitos. Em psicanálise, segundo Birman, a institucionalização do pólo narcísico poder instaurar a violência predatória do outro.

A denúncia promovida pela psicanálise é a possibilidade de resgate da função simbólica de lei, da dimensão dos interditos, enfim, do pólo alteritário como forma de reconhecimento do Outro e de produção de subjetividades mais condignas com o respeito e a justiça. Eis a principal contribuição da formação do sujeito do inconsciente

³⁰⁰ BIRMAN, Joel. *Mal-estar na Atualidade*. A psicanálise e as novas formas de subjetivação, p. 283.

como um ser em relação possível, porque existe na dependência do Outro. Um sujeito do desejo porque demanda o desejo do Outro, diferente, porque reconhece as possibilidades de sua vida no conflito cotidiano com o si e com o Outro. Um conflito que não se revela na capacidade de promover a morte, mas na produção de vida.

1.2. O Sujeito da Criminologia Crítica

E não foi apenas a psicanálise que destacou a função essencial do conflito como uma nova ordem de produção de subjetividades mais resistentes à dinâmica de poder. A implicação entre sujeito e poder (e direito) também é denunciada pelas reflexões que se fundamentam no marxismo, proporcionando a consolidação de uma forma de pensamento de “ruptura” no estudo do sistema penal.

O solo teórico do marxismo são as conseqüências das intensas transformações sociais ocorridas no mundo europeu no século XIX. Com a urbanização, a industrialização e a consolidação da ordem burguesa de poder, o mundo ocidental experimentou uma nova organização social diferente da época medieval. As relações sociais cindidas entre a burguesia (proprietária dos meios de produção) e os demais trabalhadores (fornecedores de mão-de-obra) aparecem como a principal contribuição social do capitalismo para a formação de um mundo dividido em classes sociais em razão da posição econômica dos sujeitos viventes.

Mas o olhar de Marx sobre a sociedade foi além da identificação das diferenças econômicas entre as classes, apontado como o *a priori* a existência de um antagonismo essencial nas relações sociais. Nessa linha, a ordem social estaria fundada sobre um conflito estrutural nunca possível de ser resolvido, uma vez que versam sobre interesses diversos e nunca conciliáveis entre classes antagônicas. Fundou, assim, um novo tipo de sociologia que escapava das tradicionais definições de sociedade por meio do consenso entre os homens, destinando um olhar essencial sobre o ponto de vista da classe trabalhadora. É sob o olhar do “proletariado” que Marx construiu um sistema de pensamento radicalmente diferente do seu tempo centrado na percepção do conflito.

O motor do desenvolvimento das sociedades é o conflito permanente entre classes; uma “luta de classes” entre grupos que se constituem historicamente de maneiras diferentes. A “luta de classes” é, portanto, condicionada materialmente, concretamente, diante das experiências econômicas tomadas pelos agrupamentos humanos ao longo de sua história de sobrevivência. Assim, Marx colocou em evidência o aspecto econômico - a produção material vida humana - como o centro de suas definições sociológicas, políticas, subjetivas e, especialmente, de poder.

São as relações de produção o cerne da experiência humana, pois, conforme Marx, para a produção social da própria existência, os homens acabam por vontade própria ou não se submetendo a relações de produção determinadas pelo desenvolvimento das forças produtivas materiais de seu tempo.³⁰¹ E, na sociedade capitalista, elas tomam a forma da relação “capital/trabalho assalariado”.

A totalidade das relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, responsável por sustentar materialmente todo o peso do edifício social. É a chamada *infra-estrutura*, onde se travam as relações econômicas, o palco da luta de classes. Sobre ela se eleva uma *superestrutura* que condensa todas as experiências jurídicas, políticas, religiosas, artísticas, enfim, todo o conjunto “ideológico” das representações que a sociedade constrói de si mesma.

Segundo as reflexões de Marx, haveria uma preeminência fundamental da *infra-estrutura* sobre a *superestrutura*, ou seja, o critério de leitura das relações sociais deve ser sua base material, a economia. Afinal, somente um olhar atento às condições materiais de existência seria capaz de escapar dos tentáculos ideológicos construídos pela classe dominante e sua visão de mundo mascaradora das dominações e opressões de classe. Daí a desconfiança de Marx com as produções de pensamento da *super-estrutura*, pois a própria consciência social está impregnada pelas formações da ideologia de classe.

Se o modo de vida material condiciona todo o processo de vida social, político e intelectual da sociedade, ele também reflete na própria constituição dos sujeitos. O tema da subjetividade em si é pouco tratado nos escritos de Marx, mas, sem dúvida,

³⁰¹ MARX, Karl. Prefácio. Contribuição à Crítica da Economia Política. In: FERNANDES, Florestan. *História*. São Paulo: Ed. Ática. s/ano, p. 233.

aparece fortemente implicado com a organização da sociedade em função da “luta de classes”.

O processo de constituição das subjetividades é marcado pela posição do indivíduo no interior de uma classe social. Assim, a constituição dos sujeitos passa por sua posição material na ordem de produção econômica, demarcando seu lugar na contradição entre trabalhador ou proprietário. O lugar da produção das subjetividades é, portanto, na base econômica da sociedade, na infra-estrutura, destinado à esfera da consciência, da educação, da religião ou da lei, um aporte de manutenção da estrutura social de dominação. Nas palavras de Marx, “não é a consciência dos homens que determina o seu ser; ao contrário, é o seu ser social que determina a sua consciência”.³⁰²

Com isso, Marx pôde se afastar das concepções “ontológicas” do homem, buscando nos modos de vida materialmente condicionados um lugar para a denúncia da exploração e violência dos corpos humanos pelo capital. O homem, diante das demandas produtivas, é convertido em mera força de trabalho, destituído de qualquer outra utilidade que não seja a produção e circulação de capital. E, além de ter seu corpo violentado e expropriado pela exploração do seu trabalho e da *mais-valia*, o homem encontra-se submetido à alienação, à crença nos instrumentos de pensamento condicionados pela *superestrutura*.

O próprio direito, a religião ou até a filosofia, estão relacionados com mecanismos teóricos que impossibilitam aos sujeitos “enxergar” ou compreender a exploração material de seus corpos. A própria condição de conflito social ganha um verniz “harmônico” nas teorias “contratuais” entre trabalhador e capitalista, entre criminoso e sociedade.

É contra a exploração material da vida humana que Marx se insurge. O marxismo é uma teoria social de denúncia, que insiste no desvelamento das contradições da vida material e dos conflitos entre as forças produtivas sociais e das relações de produção, como um caminho para a transformação da realidade social. Só

³⁰² MARX, Karl. Prefácio. Contribuição à Crítica da Economia Política. In: FERNANDES, Florestan. *História*, p. 233.

há mudança, segundo Marx, pela transformação da base econômica. E para transformar a base econômica, fica o convite realizado por Marx aos trabalhadores de seu tempo: “Proletários de todos os países, uni-vos”.³⁰³

Os aportes teóricos inaugurados pelo marxismo refletiram, especialmente no campo da criminologia, durante todo século XX. A posição central da economia, a “luta de classes” e as condições materiais de produção das subjetividades, são algumas das contribuições que delinearão uma nova forma de compreender o fenômeno do crime no interior das sociedades capitalistas ocidentais. Uma contribuição que não poderia restar em outra coisa senão uma ruptura com uma ordem de pensamento tradicional esgotada na criminologia “etiológica” de matriz positivista.

De modo geral, a criminologia tradicional (etiológica) opera centralizada na figura do “homem criminoso”, buscando no próprio corpo do sujeito as causas de degeneração biológica, psicológicas e ambientais. A criminoso e a criminalidade são concebidos como realidades “ontológicas” preexistentes ao sistema de justiça penal.³⁰⁴ O homem criminoso é definido como uma mera extensão de uma natureza defeituosa e, por isso mesmo, passível de ser corrigido e tratado. A criminologia etiológica se enquadra muito bem na definição proposta por Foucault de uma ciência de “ortopedia moral”, característica do positivismo do século XIX.³⁰⁵

Aliados às “ciências das causas do crime”, aparecem ainda no século XIX aportes criminológicos assentados no estudo da causalidade estrita entre fatores socioambientais (como a pobreza, o alcoolismo, a drogadição e o analfabetismo) e o crime. Esse tipo de orientação teórica trabalhava com dois grupos de fatores como a *subsociação* (a insuficiente assimilação de valores culturais por deficiências de educação) e a *corrupção* (assimilação deformada dos valores culturais).³⁰⁶ E no

³⁰³ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Cartas Filosóficas e o Manifesto do Comunista de 1848*. São Paulo: Ed. Moraes, 1887, p. 41.

³⁰⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, p. 693.

³⁰⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 13.

³⁰⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. 2ª. Edição. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2006, p. 02.

período nazi-facista, a emergência de teorias criminológicas pautadas por correlações racistas, distinguindo o critério genético ou de raça como sustentadores do fenômeno de criminalidade.

Por óbvio que o recorte parcial sobre o estudo do crime realizado por tais teorias só poderiam levá-las a reiterar o discurso punitivo do poder contra as camadas mais frágeis da população. O sujeito marginalizado por um critério econômico, social, político ou genético, foi diretamente ligado com a criminalidade.

Mas esta situação teórica da criminologia sofreu um forte impacto já com os primeiros estudos da relação entre os processos sociais macroeconômicos e o fenômeno da criminalidade. O célebre livro de Rusche e Kirchheimer, *Punição e Estrutura Social*,³⁰⁷ revela a estreita relação entre a função da pena, como tempo de punição, e seu valor econômico no mercado de trabalho. A importância deste estudo é a explanação do sistema penal (composto pelos aparelhos policiais, judiciais, penitenciários) como uma instância de controle social demandada pelo capitalismo.

A vinculação entre o fenômeno da criminalidade e os fatores econômicos da sociedade abre espaço para o abandono da metodologia limitada do positivismo. O sujeito deixa de ser a causa da criminalidade, para ser determinado por ela. Finalmente tematiza-se no interior da criminologia a relação entre sujeito e poder econômico. Um espaço para outras intermediações teóricas, com especial destaque para o marxismo. Chegamos à Criminologia Crítica de Alessandro Baratta.

A Criminologia Crítica deixa para trás as definições de criminalidade como uma realidade pré-concebida, para focar-se nos mecanismos de atribuição social envolvidos nos processos de criminalização dos sujeitos. Ou seja, deita seu olhar ao fenômeno da criminalização como processo e para criminalidade como objeto de estudo.

Outras principais contribuições teóricas de ruptura com o saber dominante foram o *labeling approach*, originário da criminologia norte-americana do início do século XX e da fenomenologia; e o *interacionismo simbólico*, um campo da sociolinguística. Assim, o estudo da criminalidade passa a ser concebido como um fenômeno social produzido

³⁰⁷ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2006.

por normas e valores, destacando a importância dos processos intersubjetivos para a construção social do crime e da criminalidade.³⁰⁸

Sob o *labeling approach* o comportamento criminoso é definido como uma qualidade atribuída ao sujeito pelas instâncias de controle social a partir da aplicação de regras e sanções. O criminoso deixou de ser considerado a causa do crime para se tornar um corpo ao qual lhe é atribuído o rótulo de criminoso, um produto do “etiquetamento”.³⁰⁹ Seria ainda possível compreender como se dão os processos de atribuição de significados às imagens sociais e, ainda, ao indivíduo, de forma que tais imagens possam produzir efeitos reais sobre a existência humana. Desse modo, a imagem da realidade tem efeitos tão reais quanto a própria realidade, o que, em última instância, torna desnecessária a atuação sobre a realidade para a produção de resultados concretos. Real e imagem da realidade se confundem, servindo como um aporte privilegiado para a expansão de políticas de terror ou de insegurança, desencadeadas com o simples motivo de legitimar o aumento da repressão penal contra os desfavorecidos em épocas de crise social.

Revolucionário, mas insuficiente. Faltaria, segundo Baratta, a inserção nos processos de criminalização do homem naquela contradição fundamental delineadora da experiência social moderna: *a relação capital/trabalho assalariado*. Faltaria ainda a apreensão da dimensão da desigualdade social e de quem detém o poder de definição na produção dos sujeitos culpáveis.³¹⁰

A Criminologia Crítica parte do projeto de integração dos processos subjetivos de construção social da realidade (da criminalidade) com os processos materiais relacionados às relações sociais de produção. Pela criminologia crítica, a dimensão de atribuição de sentido mediada pela linguagem na construção social das subjetividades culpáveis encontra a materialidade da vida humana oprimida como força de trabalho pelo capital.

³⁰⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, p. 695.

³⁰⁹ BARATTA, Alessandro. *Che Cosa È La Criminologia Critica?* In: *Dei Delitti e Delle Pene* 1/91. Torino: Grupo Editoriali Abele, 1991, p. 54.

³¹⁰ BARATTA, Alessandro. *Che Cosa È La Criminologia Critica?* p. 55.

A própria produção do psiquismo e das possibilidades de significação do mundo estão relacionadas com os meios de produção e as demandas de poder aí inseridas. É justamente essa relação entre os processos subjetivos e os processos objetivos de produção material que possibilita à criminologia crítica escapar dos absolutismos teóricos ocasionados tanto pela subjetivação do interacionismo quanto pelo determinismo econômico do marxismo. Nas palavras de Cirino dos Santos:

Nesse processo de integração científica e metodológica, a medida de uma teoria estrutural (marxismo) por uma teoria da linguagem (labeling) parece ter projetado nova luz sobre a complexa relação *sujeito/objeto*, porque nem o real pode ser reduzido à subjetividade, nem o subjetivo pode ser dissolvido na realidade – aliás, em outro contexto, a *subjetividade* foi definida como *momento do processo objetivo*, com a permanente internalização do objeto pelo sujeito, que transforma o mundo real pela constante objetivação da realidade – ou seja, pela contínua realização de projetos.³¹¹

Assim, a forma mais apropriada de dar conta dos desafios do mundo subjetivo é o conhecimento das relações materiais do mundo objetivo. É por sua posição de classe que o sujeito irá perceber e significar o mundo, condicionando suas atitudes, vontades e desejos segundo esta posição. Eis aí a imensa importância de apreender-se as condições materiais a que estão submetidos os sujeitos para compreender sua posição social. Desse modo, não há como sustentar a existência de um “homem criminoso”, mas compreender os processos (subjetivos e objetivos) que levaram um sujeito à criminalidade, ou seja, realizar a denúncia dos processos de criminalização que atuam sobre os indivíduos.

Essa nova percepção da relação entre subjetividade e mundo material possibilitou a Baratta sintetizar a Criminologia Crítica em três eixos:

1. a questão relativa às condições materiais dos processos subjetivos de definição da criminalidade.
2. a questão da função da construção social (e imaginária) da criminalidade.
3. a questão relativa à definição da *negatividade social*, como um novo ponto de vista sobre o conceito de crime, exterior às instituições do sistema penal e ao imaginário do senso comum sobre a criminalidade.³¹²

³¹¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, p. 696.

³¹² “1) le questioni relative alle condizioni *materiali* dei processi *soggettivi* di definizione della criminalità; 2) le questioni relative agli effetti o – in un’interpretazione sistêmica di essi – alle *funzioni* della costruzione sociale della criminalità, ossia agli effetti o funzioni Che la sua immagine esercita sulla società; 3) questioni relative alla definizione della negatività sociale da un punto di vista esterno al sistema penale istituzionale ed all’immagine della criminalità nel senso comune. Si trata della ricerca di cio Che altrove

O próprio princípio de proteção do bem jurídico da teoria do delito aparece mediado pelos interesses das classes mais abastadas. E não é a toa que uma sociedade construída sob a égide da propriedade, do patriarcalismo, do individualismo e do poder do Estado, irá criminalizar justamente o ataque aos seus “bens” mais preciosos.

E o processo de criminalização dos sujeitos se dá pela imposição ou acoplamento das chamadas “*meta-regras*”, o conjunto dos pré-conceitos ou imagens sociais negativas, sobre as camadas mais frágeis da ordem econômica. Os sujeitos “etiquetados” acabem por fim assimilando o valor simbólico das “*meta-regras*” reforçando a criação de subjetividades deformadas pelos estigmas sociais. É assim que nascem, ou melhor, são selecionados os sujeitos “perigosos”, as populações de “risco”, o homem “criminoso”, nas camadas proletárias e nas marginalizadas pela ordem do capital. Aliados ao “etiquetamento” social estão os processos “judiciais” de criminalização primária e secundária, uma conseqüência odiosa do próprio percurso do sujeito no interior da *démarche* da “justiça” penal.

O aporte teórico da Criminologia Crítica está comprometido politicamente com a denúncia das formas opressivas de poder econômico que atuam sobre o sistema penal e que culpabilizam os sujeitos, afinal, expõe a implicação estrutural do sistema capitalista de produção com o sistema penal.

Nessa seara, a Criminologia Crítica está organizada como um discurso crítico voltado para contestação da ideologia criminal dominante e preparado para o conflito. Seu compromisso é com o desenvolvimento de instrumentos de justiça penal para além da ordem de desigualdade e seletividade do sistema punitivo. Insere-se no contexto de luta por um *direito penal mínimo*, estruturado em programas radicais de *descriminalização* e *despenalização*, consciente da necessidade de *abolição* do sistema carcerário como a forma predominante de validar um discurso falido da ressocialização.³¹³

ho definito ‘referente materiale’ delle definizioni della criminalità”. Tradução livre de BARATTA, Alessandro. *Che Cosa È La Criminologia Critica?* p. 59.

³¹³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, p. 701.

A Criminologia Crítica desacredita o discurso oficial de ressocialização dos sujeitos por se afastar discursiva e politicamente do seu comprometimento com a ideologia de poder dominante. O que ela considera como indispensável, segundo Cirino dos Santos, é a reintegração social do condenado como um sujeito vivente em sua classe e, principalmente, consciente da sua condição como tal e preparado para enfrentar a luta de classes com o objetivo de transformar toda a ordem social.³¹⁴

1.3. O Sujeito na Incerteza (*Unsicherheit*)

Outra importante contribuição para a compreensão da produção das subjetividades contemporâneas é dada por Zygmunt Bauman.³¹⁵ Afinal, o mundo ocidental sob o impacto do capitalismo tardio (ou neoliberal) sofreu transformações que envolvem os setores da vida material, social, política e, ainda, subjetiva dos indivíduos.

Na sociedade biopolítica a individuação progressiva do corpo por meio das técnicas disciplinares cede lugar aos mecanismos de regulação em escala global. O sujeito perde sua centralidade como destino do poder e, agora, é descrito em termos de padrões e escalas populacionais. O molde desenvolvido pela sociedade disciplinar para fabricar as individualidades necessárias para a produção capitalista é substituído por um modelo de modulação e de regulamentação, em que a subjetividade individualizada dá lugar a uma subjetividade produzida em série. É a passagem da era industrial para a era empresarial.

Segundo Bauman, é preciso não se conformar com a situação do homem no mundo neoliberal, mas buscar um meio de assegurar ou garantir espaços de “liberdade individual” diante das peripécias do consumo. Disposto a encontrar soluções para essa questão, o autor resgata a categoria do *político* como forma de valorizar as experiências coletivas do sujeitos humanos e, assim, garantir a possibilidade de *liberdade*³¹⁶.

³¹⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, p. 700.

³¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da Política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

³¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da Política*, p. 15.

O mundo moderno de Bauman é descrito na ordem da *Sicherheit*³¹⁷, ou seja, nos registros da certeza, segurança e garantia. Essas são as condições de possibilidade para a vida do homem no mundo. São também as promessas civilizatórias que levariam os homens a ingressarem no mundo social abandonando a supremacia dos desejos individuais. A certeza, a segurança e a garantia são “os três ingredientes de *Sicherheit* como as condições para a autoconfiança de que depende a capacidade de pensar e agir racionalmente”³¹⁸. Todavia, a sociedade de “consumo” contemporânea delineada pelas experiências neoliberais fundamenta-se em outro registro. Um registro mediado pela flexibilização das relações institucionais, econômicas, sociais e intersubjetivas que ligam os sujeitos. Dito de outro modo, pelo declínio das formas coletivas de participação dos indivíduos na vida privada e coletiva.

Nesse registro, Bauman define o sujeito contemporâneo como um “homem modulado”³¹⁹, isso significa que as atuais subjetividades não mais se inscrevem em um perfil ou uma função delineadas no interior de instituições determinadas. Observamos, contemporaneamente, o surgimento de um tipo de homem que não tem “formato certo predeterminado, mas um conjunto infinito de formas e expansões possíveis”. Assim, o “homem modulado” não pode e nem deve ser determinado finitamente, pois é um sujeito que adquire “qualidades móveis, disponíveis e cambiáveis”, diante de um mundo de infinitas possibilidades onde os laços institucionais que os homens e as mulheres se ligam uns aos outros são construídos “*ad hoc*”.

Os homens e mulheres modulados são constituídos sem um código rígido de regras, mas são instruídos a uma enorme capacidade de flexibilização das condições ou padrões socializados. São sujeitos apresentados a múltiplas possibilidades de escolha, incluindo suas formas de subjetivação. Essas escolhas já não possuem um caráter rígido ou de vinculação institucional, pois cada uma delas recai exclusivamente

³¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da Política*, p. 15.

³¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da Política*, p. 25.

³¹⁹ Segundo Bauman, o termo “homem modulado” foi originalmente descrito por Ernest Gellner. *Em Busca da política*, p. 160.

sobre o sujeito, sendo de sua responsabilidade. Os sujeitos modulados não podem dividir essa responsabilidade com o universo institucional, tampouco coletivamente.

Nesse sentido, o homem modulado também é “automodulante”, pois se os sujeitos possuem tantas possibilidades de escolha e são “livres” para decidi-las conforme suas vontades, eles também são única e exclusivamente responsáveis por elas; dito de outra forma, se existem tantas escolhas a serem perseguidas, o sujeito tem a obrigação de realizar a pretendida. Daí a consolidação de um aspecto menos atraente da “modulação”, que envolve a formação de riscos e incertezas inerentes a toda escolha.

Os homens modulados são os produtos típicos da “sociedade multirrede”, reitora das formas de consumo liberalizante, tecnológico e mercadológico. As novas subjetividades em formação são fundadas na cultura do imediatismo, da possibilidade da obtenção do prazer contínuo e de uma temporalidade instantânea. É a cultura do “aqui e agora” que liga a promessa de um estado de bem-estar eufórico, no qual não é permitido sentir-se triste ou angustiado. E para esses “pecados” contemporâneos há ainda a garantia da medicalização, das “pílulas de felicidade”, que oferecem a tentadora possibilidade de recusa à dor e, de quebra, de regresso ao consumo. Esta é a lógica dessa sociedade: é possível ter acesso a qualquer escolha desde que seja no interior do consumo.

A liberdade dos sujeitos encontra aí seu referencial. As múltiplas ofertas apresentadas aos sujeitos pelo mercado refletem a impressão de maior liberdade. De fato, em nenhum outro momento fomos apresentados a tantas possibilidades de escolha (de “produtos, bens e serviços”), mas tal liberdade “sem limites” encontra uma clara moldura: a integração e capacidade de consumo. Segundo Bauman, é nesse sentido que a liberdade, atualmente, foi *privatizada*, pois ela deixou de se realizar em um espaço coletivo de discussão e debate (um espaço político) para tornar-se um atributo do mercado destinado aos sujeitos.

Entretanto, existem outros aspectos menos glamourosos nessas novas subjetividades. Os sujeitos livres para o consumo estão, conforme Bauman, imersos em um “caldeirão de *Unsicherheit*”. Se a modernidade disciplinar estava sob o signo da

Sicherheit (certeza, segurança e garantia), hoje vivemos cercados pelas incertezas, inseguranças e falta de garantias oriundas de todos os lugares e de todas as relações da sociedade. A *Unsicherheit* (incerteza, insegurança e falta de garantia) é o que possibilita a construção dos sujeitos modulados, os atores da sociedade de consumo.

Um mundo capaz de oferecer múltiplas escolhas que não fornece, porém, a garantia de acerto, de solução e de certeza. Esse é o aspecto trágico da liberdade privatizada, a *Unsicherheit* é responsável por criar e manter a eterna insatisfação do sujeito, necessária para a preservação do mercado de oferta de “bens, produtos e serviços”. Desse modo, o controle perde pouco a pouco o caráter de disciplina para o trabalho para a incerteza generalizada sobre vida.

E se não podemos nos contentar com modelos pré-concebidos de subjetividade, também não devemos aceitar a total insegurança como alternativa. É contra tais formas de subjetivação “modulantes” que os sujeitos devem se insurgir. Ao seu lado devem buscar a construção de mecanismos legais, políticos ou subjetivos de resistência. É o que clama Foucault como forma de resistência a um tipo de individualidade imposto pelos poderes normalizadores e pela “governamentalidade”. Resta-nos perseguir se, no interior da categoria de culpabilidade, a teoria do direito penal pode oferecer alguma resposta para encontrar o limite intransponível da pena na qualificação da vida humana.

CAPÍTULO 2

OUTRA CULPABILIDADE

2.1. A Culpabilidade como Vulnerabilidade

Segundo Eugenio Raul Zaffaroni, o atual contexto dos sistemas jurídico-penais, especialmente nos países periféricos da América Latina, está marcado pelo signo da *deslegitimação*, pois diante dos problemas enfrentados pelos aparatos da justiça penal, como a superlotação dos presídios, a demora processual, a falta de garantias mínimas de vida e de direito para as vítimas do sistema e da seletividade social demandada pelas formas de poder político e econômico, qualquer tentativa legitimante do exercício do poder punitivo do Estado não pode restar senão em uma impossibilidade.³²⁰

A *deslegitimação* atinge inclusive os próprios discursos implicados na construção da dogmática penal, que, embora consideremos seu caráter teórico “inacabado” (e em constante transformação), tem como uma de suas características deixar em aberto um espaço generoso para o exercício de poderes irracionais sobre o corpo dos condenados. Desse modo, é preciso denunciar as lacunas da teoria penal que permitem o efetivo exercício deste poder criminalizador e que acabam minando a possibilidade de construção de um Direito Penal limitativo e garantidor.

A importância da construção de uma teoria do crime ou como definido por Zaffaroni, uma “teoria do injusto”, como o espaço discursivo onde “são considerados os requisitos mínimos para uma resposta judicial afirmativa em relação ao avanço da criminalização”³²¹ é a limitação da resposta da “agência judicial” (composta pelo judiciário e legislativo) sobre os processos de criminalização impostos aos sujeitos. Em face do poder irracional dos sistemas punitivos, os sujeitos tornam-se meras peças de

³²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª. Edição. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001, p. 259.

³²¹ ZAFFARONI, Eugenio. Raúl. *Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 264.

um jogo de imputação criminológica, atingindo a própria noção de liberdade e responsabilidade individuais. Eis aí a posição central que o conceito de culpabilidade detém no interior da dogmática jurídica, pois nele estão presentes os requisitos legais (e limitadores) da responsabilidade penal, e sobre ele os discursos punitivos se desdobram como uma tentativa legitimadora de exercício de punição estatal.

Zaffaroni destaca que os tradicionais conceitos de culpabilidade como “reprovabilidade” também estariam imersos nesse contexto de “crise” de legitimação do exercício do poder penal. Afinal, se o poder atinge a noção de sujeito, a deslegitimação do exercício do poder punitivo também exerce uma forte influência sobre a formação ou seleção dos sujeitos culpáveis.

A responsabilidade pautada na racionalidade, na consciência ou eticidade do “homem livre” se transformaria em uma abstração sem qualquer efetividade na limitação do poder punitivo. Nesta linha, o próprio sistema penal assumiria o papel por institucionalizar a seletividade arbitrária dos sujeitos, não sendo lógico formular um juízo de reprovação que dá inteira responsabilidade ao homem a possibilidade de escolha “livre” de seus atos.

Para Zaffaroni, nesta situação de “*deslegitimação*” não resta alternativa à agência judicial que a transferência da “responsabilidade” a partir do injusto penal *do sujeito processado para sua alçada*. Em um sistema penal marcado pelo seu poder selecionador e criminalizante, a responsabilidade pela criminalização (ou imputação do injusto a alguém) é “*exclusivamente*” da agência judicial, “que deve responder perante o processado e a comunidade, dando conta da forma com que exerce ou administra a sua reduzida quota de poder limitador”.³²² Um Direito Penal comprometido com a dignidade da vida humana não pode se furtar de limitar objetivamente a arbitrariedade seletiva do sistema penal.

Diante de um poder deslegitimado não se poderia reprovar ninguém, muito menos aqueles que foram selecionados pela agência judicial. O discurso da

³²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 264.

culpabilidade assim se tornaria vazio, porque seu próprio conteúdo “ético” (reprovável) é mitigado pelo processo de criminalização em jogo.

Entretanto, segundo Zaffaroni, tal “esvaziamento” do conteúdo ético da culpabilidade não pode levar a seu abandono sob o risco de uma abertura ainda maior das formas opressoras de poder. A eticização do Direito Penal proposta por Zaffaroni se afasta dos modelos de imputação de requisitos “morais ou éticos” sobre os sujeitos característicos de uma responsabilidade pelo “autor”. Antes, trata-se da cobrança de uma atitude ética da própria agência judicial perante o exercício de poder deslegitimado. Seria esta a “responsabilidade” ética possível da “agência” em face das políticas criminalizantes. Uma responsabilidade de que as agências judiciais têm se furtado ao longo da história.³²³

A resposta à crise de legitimidade da culpabilidade é dada pela formação de um novo conceito ou uma resposta “marginal” à violência criminalizadora: *a culpabilidade pela vulnerabilidade*.

Desse modo, a intervenção racional da agência judicial não estaria somente condicionada a uma “culpabilidade pelo injusto”, mas a limitação à administração e o uso racional de seu poder “visando à redução progressiva de sua própria violência seletiva e arbitrária, com vista a uma atitude aberta e inacabada”.³²⁴

Com isso, Zaffaroni acredita denunciar as formas de poder relacionadas nos processos de criminalização encobertas na “formação” dos juízos de culpabilidade como critério de aplicação de pena. Em um Direito Penal comprometido democraticamente, segundo Zaffaroni, a “responsabilidade criminalizante será maior quanto menor seja seu poder limitador no caso concreto e vice-versa. Em cada caso, haverá um “espaço’ de exercício de poder diferente e, quanto menor seja o espaço, menos se poderá evitar a criminalização e, vice-versa”.³²⁵

³²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 265.

³²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 268.

³²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 268.

Ao transferir a “responsabilidade” do homem para as agências judiciais numa situação de *deslegitimação* de poder, a culpabilidade deixaria seu tradicional foco na responsabilidade pelo injusto assentado na “consciência” humana ou na subjetividade individualizante, para fundar-se na “situação de vulnerabilidade da pessoa quando o sistema penal a seleciona e a utiliza como instrumento para justificar seu próprio exercício de poder”. É o grau de vulnerabilidade do homem ao sistema penal que decidiria sua seleção e não a realização do injusto.

Vulnerabilidade é definida por Zaffaroni como o risco de seleção dos sujeitos pelos processos de criminalização impostos pela arbitrariedade das esferas de poder, podendo estabelecer diferentes níveis, conforme a situação imposta à pessoa. Tal situação de vulnerabilidade é produzida por dois fatores principais: a) *a posição ou o estado de vulnerabilidade*; b) *o esforço pessoal para a vulnerabilidade*.

A posição ou estado de vulnerabilidade é condicionada socialmente e depende do nível de risco ou do perigo sofrido pela pessoa só por pertencer a uma classe, grupo, raça ou cultura, ou seja, a maior ou menor probabilidade de a pessoa ser criminalizada em face de um estigma social. Para Zaffaroni, culpabilização pela posição ou estado de vulnerabilidade é “incobrável” e não deve aparecer como um fator razoável de limitação do poder punitivo, pois atenta contra os princípios de defesa e garantia mais elementares do direito penal, flertando com a lógica rejeitada da culpabilidade do “autor”.³²⁶

Já *o esforço pessoal para a vulnerabilidade* é o espaço para a apreensão da atuação do indivíduo no interior da teoria do injusto. Consiste no grau de risco ou perigo que a pessoa (dotada de autonomia) se coloca em razão da realização de um comportamento. Assim, se este comportamento for um “injusto” (crime) configura-se o esforço para a vulnerabilidade, o que autorizaria, em última instância, a resposta punitiva da agência judicial. O *esforço para a vulnerabilidade* é composto, portanto, por uma ordem de fatores (subjetivos, materiais) decididos conscientemente pelo sujeito

³²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 270.

que “constituem a essência da contribuição dada pela pessoa para sustentar o exercício de poder que a seleciona e criminaliza”.³²⁷

É sobre o *esforço pessoal para a vulnerabilidade* que a agência judicial irá se debruçar para efetivar sua resposta, e aí também encontrará o limite máximo de violência tolerável contra a pessoa. Um limite que irá impor a redução do seu poder selecionador, restringindo por fim o espaço de atuação de poder no interior do sistema penal.

Zaffaroni acredita ter encontrado uma ordem conceitual “eminente graduable”, de forma que “quem parte de uma baixa condição ou posição de vulnerabilidade deve realizar um esforço de proporção considerável para alcançar uma posição que o situe em nível de alta vulnerabilidade e vice-versa”. E essa graduação da vulnerabilidade permitiria a diferença na abordagem entre situações legais como os “delitos de poder” (o genocídio ou a delinquência econômica), em que os sujeitos culpáveis partem de uma posição social favorável e acabam escolhendo o caminho do crime e “delitos famélicos”, em que o faminto que furta um pouco de pão em uma panificadora para saciar sua fome. Afinal, não é necessário muito esforço para compreender a diferença da “vulnerabilidade” dos autores desses delitos, mas do ponto de vista de realização do injusto legal os dois são considerados “culpados”.

Em síntese: a principal contribuição desta estruturação da *culpabilidade como vulnerabilidade* é a denúncia empreendida por Zaffaroni da “deslegitimação” do sistema penal e sua incapacidade de oferecer respostas limitadoras ao grande poder de seletividade e criminalização social. Pouco a pouco, os discursos jurídico-penais legitimadores constituintes dos conceitos de culpabilidade como responsabilidade pessoal pelo injusto sucumbem diante da arbitrariedade da violência cometida contra os sujeitos culpáveis. Em face da deslegitimação do exercício do poder punitivo, os direitos e as garantias individuais podem ser insuficientes para conter seu avanço criminalizador. Nessa linha, é preciso demandar um novo tipo de discurso de resistência. Para Zaffaroni, o caminho para a resistência começa com a transferência da responsabilidade do sujeito para a agência judicial. A responsabilidade da agência

³²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 271.

judicial é para com o reconhecimento dos processos de criminalização e com as possibilidades de limitação do seu poder.

Mas isso não significa abandonar a esfera do sujeito. O sujeito ainda é a possibilidade criadora do sistema de Zaffaroni, afinal, é ele quem, em última instância, demandaria a construção de uma resposta ética aos abusos e desmandos do poder punitivo. Zaffaroni acredita na possibilidade de construção de uma tal ordem de eticidade que seja capaz de combater a ação do poder e impor limites a sua irracionalidade. No fundo, seu sistema penal está assentado ainda em uma certa compreensão de homem livre, dotado de uma espécie de “racionalidade” capaz de combater as demandas e os excessos do poder social. Sujeito e poder aparecem como esferas opostas e combativas, o que seria o fundamento de uma “nova” ética para além da definição dos preceitos “morais”. Uma “nova” ética agora pautada no reconhecimento das conseqüências da relação entre subjetividade e poder, atuando efetivamente como critério da limitação da violência punitiva.

Este é o sentido da vulnerabilidade: a tomada da pessoa humana como o limite intransponível de uma ordem de poder deslegitimada. A preocupação com a defesa intransigente da vida humana no interior dos sistemas punitivos é o que nos leva a considerar a “teoria da culpabilidade como vulnerabilidade” como um aporte de ruptura com os tradicionais conceitos dogmáticos.

2.2. O Princípio da Alteridade

Outro importante discurso de resistência aos abusos do poder punitivo na seara da culpabilidade é apresentado por Juarez Cirino dos Santos.³²⁸

Segundo Cirino dos Santos, a esfera da culpabilidade tradicionalmente está assentada na responsabilidade pelo comportamento anti-social empreendido pelos sujeitos humanos. E não que tal responsabilidade seja um fato descartável para a vida em sociedade, antes, ela seria “imprescritível à sobrevivência da sociedade

³²⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, p. 284.

contemporânea”.³²⁹ A grande questão na construção da dogmática penal é a estreita vinculação entre a responsabilidade social e um juízo de reprovação (culpável) assentado na liberdade de vontade, na compreensão de um homem onipresente, requerido diante do absoluto indeterminismo. Mas, bastaria trilhar o percurso filosófico, psicológico, ou até mesmo os corredores das varas da justiça penal em nossas cidades para compreender que o livre arbítrio humano é indemonstrável na faticidade da vida.

Cirino dos Santos parte da possibilidade de operar uma distinção conceitual no interior da categoria culpável: a responsabilidade pelo próprio comportamento ainda seria determinante da resposta jurídico-penal, mas, para tanto, seria imprescindível afastar-se de qualquer tipo de reflexão metafísica indemonstrável, encontrando na materialidade da vida humana e suas relações os critérios passíveis de atribuição de responsabilidade. Nesta medida, o livre arbítrio humano é refutado diante das demandas da realidade social.

O ponto de partida para esta compreensão de culpabilidade são os aportes teóricos da psicanálise e do marxismo. Entre estas duas possibilidades de “pensar” o mundo, o lugar do homem em sociedade fica sob o signo da existência do “outro”.

Para Cirino dos Santos, é o reconhecimento do espaço social como um lugar de vida do sujeito e também do “outro” como *ego* e *alter*, que demanda a responsabilização do homem pelos seus atos.³³⁰ Afinal, a própria existência do corpo social está condicionada a sua inscrição em um pólo de alteridade, onde as diferentes subjetividades são constituídas dependentes umas das outras e das condições materiais de produção da existência. É, portanto, a alteridade que possibilita a vida dos sujeitos em sociedade e não um princípio egoísta da liberdade de vontade. Pela alteridade a liberdade do “um sujeito” está condicionada a sua inscrição no universo relacional humano, convertendo-se em um sentimento pessoal de diferença (e respeito) pelos demais corpos. A razão da responsabilidade do homem é sua condição de

³²⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, p. 284.

³³⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, p. 284.

vivente na sociedade e, como tal, responsável pelo respeito à qualidade da vida humana do “outro”.

É o reconhecimento da “alteridade” como princípio fundante da sociedade que serve como “o fundamento material da responsabilidade social e, por conseguinte, de qualquer juízo de reprovação pessoal pelo comportamento criminoso”.³³¹

Portanto, o princípio da alteridade como base da responsabilidade social não deve ser pensado desencarnado da realidade material da vida humana. A própria formação da alteridade demanda seu reconhecimento no nível da intersubjetividade e no provimento substancial da vida humana. Enfim, demanda fazer aparecer a posição dos sujeitos implicados nas relações sociais e, por que não, jurídicas.

Trabalhar a alteridade no interior do pensamento jurídico abre um espaço de ruptura com a ordem unitária do sujeito de direito e da sua relação privada entre sujeito-coisa, para algo além. O reconhecimento da alteridade pode apontar um caminho diferente da coisificação, da propriedade privada, da disposição egoística do corpo do outro como realidades jurídicas.³³² Um caminho já intuído por Batista, que encontra em Cirino dos Santos uma possibilidade fática de atuação em defesa do ser humano no interior do discurso criminalizador do direito penal.

Mas não é a alteridade sozinha a responsável por uma nova abordagem da questão da responsabilidade. Além do reconhecimento da posição fundante do outro, há ainda a necessidade de desvelar os mecanismos de produção material que condicionam a vida humana. Neste sentido, o reconhecimento da alteridade passa pelo desvelamento das relações econômicas do capitalismo e seu modo de gestão do corpo humano como mão-de-obra.

O olhar da alteridade deve partir da situação concreta da vida em que estão submetidos os sujeitos sociais. O outro como pólo alteritário também é o “outro” que compõe a “classe”, que permite identificar as necessidades econômicas, as desigualdades e a mesma plataforma de luta em que os sujeitos estão inseridos. E

³³¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, p. 284.

³³² BATISTA, Nilo. *Matrizes Históricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2002, p. 22.

mediante o conhecimento das condições concretas de vida seria possível estabelecer critérios mais condignos de apreensão da dimensão da “vontade” humana.

Dessa forma, para Cirino dos Santos, o princípio da alteridade poderia fundamentar a responsabilidade pelo comportamento anti-social na “normalidade” de formação da vontade do autor de um tipo de injusto concreto, ou seja:

Em condições normais o sujeito imputável sabe o que faz (conhecimento do injusto) e, em princípio, tem o poder de não fazer o que faz (exigibilidade do comportamento diverso); logo, condições anormais de formação da vontade concretizada no tipo de injusto podem excluir a consciência da antijuridicidade de (erro de proibição) ou exigibilidade de comportamento diverso (situações de exculpação).³³³

O lugar da culpabilidade escaparia dos rompantes metafísicos encobridores da materialidade e alteridade da vida humana, consistindo-se na pesquisa dos defeitos (concretos) na formação da vontade antijurídica (alteritária): a) na área da capacidade de vontade, a pesquisa dos defeitos orgânicos ou funcionais do aparelho psíquico; b) na área do conhecimento do injusto, a pesquisa de condições internas negativas do conhecimento real do que faz, expressas no erro de proibição; c) na área de exigibilidade, a pesquisa de condições externas negativas do poder de não fazer o que faz; as situações de exculpação, determinantes do conflitos, pressões, perturbações ou medos.³³⁴

Esse seria um caminho (ainda inacabado) para estruturar o conceito de culpabilidade sobre o conjunto de fatores materiais capazes de explicar por que o sujeito é reprovado. O mérito desta concepção de culpabilidade é buscar na materialidade da vida e nas relações alteritárias entre os sujeitos uma outra leitura possível dos mecanismos teóricos componentes da estrutura culpável. Cirino dos Santos não construiu novas categorias dogmáticas, mas parte do reconhecimento de uma nova posição discursiva de denúncia das posições tradicionais de poder político e econômico. Trata-se de uma leitura do ponto de vista do sujeito entendido como fruto da alteridade e não dos princípios racionais da consciência. Um sujeito formado diante

³³³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, p. 285.

³³⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*, p. 285.

das demandas e desafios materiais de sua sobrevivência sem os rompantes soberanos.

É desse novo lugar que essa nova abordagem da culpabilidade representa uma face da resistência.

2.3. Um Direito “Novo”

Na aula de 14 de janeiro de janeiro de 1976, no curso *Em Defesa da Sociedade*, Foucault denuncia a necessidade de se buscar um “direito novo”, liberto ao mesmo tempo de um princípio da soberania e “antidisciplinar” como forma de lutar contra o tipo de poder desenhado nas sociedades de normalização.³³⁵ Essa possibilidade de um “direito novo” constitui para Fonseca a terceira imagem assumida pelo direito nas reflexões de Foucault.³³⁶

A primeira imagem do direito aparece relacionada à mecânica legal, ou seja, o direito identificado com a legalidade, com a elaboração do discurso jurídico pautado pelo “princípio de soberania”. Destaca, portanto, como nos edifícios jurídicos da Idade Média a grande questão para o universo “legal” é a inscrição da soberania do rei numa ordem de legitimidade. Um princípio de soberania marcado pelo “direito de gládio” e pela possibilidade de dominação e total disposição dos corpos-súditos.

Esse discurso jurídico do “gládio” é transformado pela emergência de uma nova organização política de rejeição ao absolutismo do poder régio com a formação de uma idéia de contrato. A organização jurídica “contratualista” ainda estava centralizada no “princípio de soberania”, entretanto, afastou-se da preocupação com a legitimidade para focar-se na determinação dos limites do poder soberano. O contrato aparece como o principal instrumento jurídico de limitação do poder “soberano” e de garantia para os sujeitos de direito, os cidadãos signatários do pacto social. O direito de “morte” soberano encontrou os princípios reformadores e “humanitários” do direito de punir,

³³⁵ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da Sociedade*, p. 47.

³³⁶ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*, p. 240.

convertendo a pena-suplício em pena de exclusão, de separação ou segregação do convívio social.

Desse modo, segundo Fonseca, a imagem do direito como legalidade relacionada com as demandas do “princípio de soberania” deixou diante do “contrato” sua forma de legitimação da dominação de fato exercida pelo rei, para se dissolver em uma preocupação com os direitos “legítimos de soberania” e a “obrigação legal de obediência”. A obediência já não era mais submetida à violência do corpo, mas a um princípio de direito. O direito da “morte” lentamente encontra a “vida” como novo destino de poder.

Todavia, a analítica do poder proposta por Foucault deixa em suspenso a abordagem do poder segundo a questão de “soberania e legitimidade”, para desvelar os micropoderes normalizadores e seu impacto na construção das “realidades” social e individual.

Com isso, Foucault afasta-se dos modelos “legais” da análise do poder, para buscar no nível das práticas diárias, nos pequenos enfrentamentos e nas sujeições um poder assentado no nível relacional, mais interessado na produção na vida humana do que na sua repressão. São as disciplinas e a conseqüente organização de uma sociedade de “normalização”.

A própria imagem do direito ganha um novo aporte. Sob as disciplinas, os usos do direito tomam outros rumos, ou seja, são capturados pela necessidade de “normalização” e convertidos em uma das múltiplas formas de dominação.³³⁷

Isso não significou que mediante as estratégias do poder disciplinar o direito tenha perdido sua conexão com o princípio de soberania ou tenha deixado seu lugar como instância de poder nas sociedades. O discurso jurídico não só sobreviveu como expandiu seus “domínios” e seus efeitos sobre a nova sociedade burguesa. O exemplo disso é a crescente demanda pela elaboração de Codificações e, por conseguinte, da elaboração da dogmática e de uma jurisprudência.³³⁸

³³⁷ FONSECA, Marcio Alves. *Michel Foucault e o Direito*, p. 243.

³³⁸ Como os Códigos Napoleônicos: Código Civil de 1804, o Código de Instrução Criminal de 1808 e o Código Penal de 1810; no Brasil, destaca-se a elaboração do Código Penal do Império em 1830.

Mas tal “expansão” legal e o próprio princípio de soberania são investidos pelos mecanismos de normalização. Foucault define o exercício de poder nas sociedades de “normalização” nos limites entre o direito de soberania e a mecânica polimorfa da disciplina. O discurso legal, o direito público e os limites da soberania dos Estados encontram-se permeados pelos micropoderes de dominação disciplinar, ativando um mecanismo de assujeitamento dos indivíduos por todo corpo social. Estratégias diferentes, um só objetivo: a dominação dos corpos.

O Direito Penal é uma das esferas em que essa colonização do poder jurídico pelas disciplinas aparece com certo vigor. Afinal, é na formação da responsabilidade penal (a culpabilidade) que todo um saber disciplinar (as ciências humanas e seu laudos, perícias e apontamentos) pode aparecer como um dos principais fundamentos na compreensão e na elaboração de uma “verdade” do homem: o homem criminoso.

Para Foucault, um modo de promover a resistência aos modelos de dominação e sujeição dos corpos pelas mecânicas de poder “soberano” e “normalizador” envolvidas nos discursos jurídicos é a construção de um novo modelo de direito: um direito novo”. Para Fonseca, o “direito novo” não deve ser confundido com as outras duas imagens do direito, mas com um novo momento do mundo jurídico capaz de oferecer uma saída para a “normalização” distinta da absoluta “legalização” da teoria da soberania.

Foucault não definiu ou deu detalhes sobre o funcionamento desse “direito novo”. Pelo acompanhamento de suas reflexões, podemos identificar apenas algumas idéias ou críticas que podem conter uma espécie noção geral dos pequenos enfrentamos dos dramas jurídicos, responsáveis por fazer aparecer uma forma de direito de “resistência”.

O lugar escolhido para tentar compreender esse novo modelo de direito, particularmente do Direito Penal, é um pequeno livro organizado por Foucault sobre um acontecimento que à primeira vista nada tem de excepcional: o crime de Pierre Rivière.³³⁹

³³⁹ FOUCAULT, Michel. (Coord). *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão ...* um caso de parricídio do século XIX. Apresentado por Michel Foucault; Trad. Denise Lezan de Almeida. Rio de Janeiro: Graal, 1982, p. IX.

O crime - e, posteriormente, o desenvolvimento do “caso” ou do “dossiê” - ilustra bem o foco das preocupações foucaultianas nos ditos “discursos marginais”, na descoberta dos pequenos dramas reais do cotidiano humano, da narrativa da “vida infame” dos corpos e sua trajetória nas demandas de poder. Com a “descoberta” do seu “caso”, a trajetória de Jean-Pierre Rivière rompeu seu silêncio histórico para como um fragmento de realidade aparecer como uma nova possibilidade crítica aos discursos legal e disciplinar.

Como outras tantas historietas (fragmentos de vida) narradas por Foucault em sua trajetória (como, por exemplo, o suplício de Damiens), a vida de Pierre Rivière nada se destaca das demais em seu tempo, até a ocorrência de um acontecimento fundamental: seu crime. Era um jovem de 20 anos, residente na aldeia de *La Faucterie*, na região rural de Calvados, na Normandia. No dia 3 de junho de 1835, Pierre cometeu um triplo assassinato: parricídio e fratricídio; ao matar a mãe e dois irmãos menores (um menino de sete anos e uma menina de dezoito) a golpes de faca (ou foice). Foi julgado e condenado à morte em 12 de novembro de 1836, mas sua pena foi transformada em prisão perpétua devido a um indulto real. Suicidou-se em 20 de outubro de 1840 na *Prison Centrale de Beaulieu*, lugar em que cumpria sua pena.

O caso Rivière foi recuperado por Foucault nos *Annales d'hygiène publique et de médecine légale de 1836*, quando ele buscava estudar a história das relações entre a psiquiatria e a justiça. E o “dossiê” Rivière revelou-se muito especial na elucidação das relações intrínsecas entre os saberes “normalizadores” das ciências humanas e o modelo de justiça penal de sua época.

Para Foucault, não é o tipo de crime cometido por Rivière que destaca seu “dossiê” como um acontecimento. De fato, os crimes de parricídio - ao contrário dos dias de hoje - eram numerosos nos tribunais do júri e já não causavam tanta comoção na opinião pública da época. O ponto fundamental contido nos fragmentos de vida desse dossiê são alguns “elementos extraordinários” destacados por Foucault, como a existência de vários registros médicos de diferentes origens (de diferentes médicos e

instituições) que traziam conclusões diferentes (e às vezes opostas) sobre o caso³⁴⁰; o registro detalhado das peças judiciais, como os interrogatórios, a oitiva de testemunhas sobre o modo de vida de Pierre e sua “personalidade” que instruíram o processo-crime; e a existência de uma espécie de *memorial* escrito pelo próprio Pierre, em que ele mesmo narra com detalhes seu crime e fornece uma espécie de explicação sobre suas “causas”.

A importância do caso Pierre para Foucault é a possibilidade de observar o cruzamento e o enfrentamento entre esses discursos oriundos de posições de saber e poder diferentes. Sobre um mesmo acontecimento são construídas diferentes verdades que não se sobrepõem umas as outras, mas se integram por meio da suas contradições aos mecanismos de poder envolvidos nesse acontecimento, o que transforma o caso Pierre não em uma obra, mas em “uma luta singular, um confronto, uma relação de poder, uma batalha de discursos e através do discurso”.³⁴¹

Essa batalha discursiva é composta pela multiplicidade das verdades construídas nos discursos coletados em que o grande final seria o estabelecimento de qual discurso era o mais “certo”, qual discurso era capaz de estabelecer-se como a “verdade” sobre as outras “verdades”.

Assim, são coletados os discursos das “testemunhas” da vida de Pierre e de seu “crime”. Um discurso que releva os saberes e poderes de seus vizinhos, das autoridades de sua aldeia, dos membros de sua própria família. Pierre pode ser apresentado como um jovem “normal”, um pouco “calado demais”, de “gênio obstinado”, “extravagante na imaginação”, “ridículo”, “infantil”, “que gostava de matar passarinhos” ou que “não gostava de gatos”, pelos habitantes da sua aldeia. As testemunhas de seu crime descrevem-no no momento de seu ato como “alguém calmo”, que “conversou serenamente após o ocorrido”, que quando questionado sobre

³⁴⁰ FOUCAULT, Michel. (Coord). *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*, p. IX.

³⁴¹ FOUCAULT, Michel. (Coord). *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*, p. XII.

“o que havia feito”, apenas respondeu “acabo de livrar meu pai de todas suas infelicidades”.³⁴²

Há os discursos coletados durante a instrução criminal. O discurso da promotoria o acusando de um crime bárbaro, dos policiais que o encontraram vagando na floresta após seu ato, dos seus advogados atestando sua defesa por meio da constatação de sua “insanidade” e, ainda, de sua própria fala nos interrogatórios judiciais, a sentença de morte promulgada pelo juiz e o posterior indulto concedido pelo rei, livrando-o da morte pela forca, mas o aprisionando em vida para sempre.³⁴³

E os discursos médicos. O caso Rivière chama a atenção pela quantidade e qualidade dos laudos e opiniões médicas sobre sua saúde e estado mental e, principalmente, pela discordância latente nesses discursos. São três pareceres médico-legais assinados por diferentes médicos. O primeiro feito pelo médico da província, Dr. Morin, que nada via ou sabia de Pierre que poderia identificá-lo como um alienado, apenas possuía um “gênio obstinado”.³⁴⁴ O segundo laudo é do Dr. Bouchard, que o atendeu já na prisão e atestava suas boas condições de saúde, sua “boa constituição” e seu “ar tranqüilo, mas sombrio”, de temperamento “bilicoso-melancólico”.³⁴⁵ Nesse discurso, Pierre é apresentado como um jovem mais calado, mas sem qualquer sinal de alienação mental. O terceiro parecer é fornecido pelo então importante e famoso Dr. Vastel a pedido do advogado de defesa. Em seu memorial sobre o “caso” Pierre, o Dr. Vastel diagnostica uma séria alienação mental ocasionada desde sua infância, com raízes hereditárias, manifestada pouco antes de seu crime. Nesse discurso, a causa do crime só poderia ser sua enfermidade, razão pela qual Pierre demonstrou-se

³⁴² FOUCAULT, Michel. (Coord). *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*, p. 37.

³⁴³ FOUCAULT, Michel. (Coord). *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*, p.113.

³⁴⁴ FOUCAULT, Michel. (Coord). *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*, p. 24.

³⁴⁵ FOUCAULT, Michel. (Coord). *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*, p.114.

arrependido depois, escrevendo suas memórias. Pierre se não é culpado é, na opinião do especialista, perigoso e deve ser isolado da sociedade.³⁴⁶

No centro das definições médicas sobre o estado de alienação mental de Pierre estavam as divergências e descobertas do saber psiquiátrico sobre a loucura. Era a época dos debates sobre a “monomania” como a espécie por excelência de alienação grave, que só poderia ser tratada no interior dos manicômios. O caso Pierre poderia ser mais um discurso de legitimação da “monomania” e, por conseguinte, do próprio saber-poder da psiquiatria.³⁴⁷

O discurso que mais chama a atenção nesse “caso” é um memorial redigido pelo próprio Pierre durante sua prisão (a data de início desse memorial posta em dúvida, pois o próprio Pierre afirma que iniciou a escrita antes mesmo de ser preso). Pierre escreve uma espécie de “memórias” em que explicaria as “razões” do seu ato criminoso. Inicia seu memorial pela seguinte frase:

Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão, e querendo tornar conhecidos os motivos de meu crime que me levaram a esta ação, escrevi toda a vida que meu pai e minha mãe levaram juntos durante seu casamento.³⁴⁸

Tal memorial é dividido em duas partes. Na primeira, Pierre narra os dissabores de seu pai desde o casamento com sua mãe, a responsável, segundo Pierre, pela infelicidade do casal nos anos de 1813 a 1835. Pierre fornece detalhes do contrato de casamento de seus pais, do dia-a-dia do casal, das brigas, da gravidez de sua mãe e do tratamento e educação dos filhos. Destaca o amor e a pena que sentia pela situação do pai e a raiva das atitudes de sua mãe. Descreve o amor que os filhos mais novos sentiam pela mãe. Na segunda parte, Pierre dedica-se a explicar seu “caráter e os pensamentos” que teceu antes de cometer tal ato. Pierre passa a narrar sua própria infância, sua relação com o pai, com a religião e a solidão. Como se sentia diante do

³⁴⁶ FOUCAULT, Michel. (Coord). *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*, p. 125.

³⁴⁷ FOUCAULT, Michel. (Coord). *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*, p. XI.

³⁴⁸ FOUCAULT, Michel. (Coord). *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*, p. 51.

mundo de si mesmo, como cresceu nele a necessidade de se “elevar”, de fazer “barulho no mundo”, e se “encher de glória” na libertação do seu pai. E seu crime; como começou a planejar sua ação escolhendo o melhor momento, a melhor forma e suas vítimas. Como mandou afiar sua foice e pensou em escrever uma carta de explicação para o pai. E como planejou seu suicídio.

Nesse memorial, Pierre escreve passo a passo cada momento de seu ato até seu grande desfecho: sua morte. Todos os momentos são cuidadosamente relacionados formando uma espécie de teia tramada por suas verdades. Pierre, que amava o pai e não suportava vê-lo sofrer, matou sua família, escolhendo ser odiado do que perdoado. Queria morrer, mas acabou fugindo, vivendo durante aproximadamente um mês pelas estradas e pela floresta, uma vida de isolamento que sempre desejou. Acabou preso sem resistência. Disse aos comissários que já esperava por isso.

Enfrentou toda a instrução da justiça penal consciente de seu discurso e da sua verdade. Uma verdade que não foi capturada nem pela justiça nem pela psiquiatria. As razões de Pierre só significam algo para Pierre. Sua verdade está nas linhas da produção de seu discurso, que não foram atingidas pela sentença da justiça ou pelo diagnóstico do médico. Pierre não se importou com as conseqüências “penais” de seu ato, nem pela morte, nem pela prisão. Queria morrer, porque assim o planejou. Acabou se suicidando.

A preciosidade desse “dossiê” para o tema do direito é justamente o enfrentamento entre tipos de discursos diferentes no interior das instâncias judiciais. Um caso apresentado por Foucault como um “drama do direito”.

As razões da existência desse “drama” são a presença de uma série de elementos do discurso jurídico, tanto em sua imagem “legalizada” quando na sua imagem “normalizada”. No caso, fica evidente a batalha entre o discurso legal e o discurso psiquiátrico pelo estabelecimento da verdade “incontestável” do crime, pela melhor explicação do caso Rivière e pela solução mais apropriada para seu dilema.

O caso demonstra abertura ao saber psiquiátrico do Direito Penal como uma possibilidade de melhor ajustamento entre os sujeitos e a lei. Uma abertura conflituosa em que esses discursos se enfrentam pela posição de “verdade”. O estabelecimento

da “responsabilidade” penal é o centro dos debates desse “drama” do direito. A responsabilidade penal como fundamento da pena, tradicionalmente relacionada ao poder do direito, ao poder do juiz, encontra outra “verdade” no interior da psiquiatria, por meio da requisição de um lugar de poder e saber sobre o homem e seu crime. Assim, a responsabilidade do autor só poderia de fato ser conhecido mediante os saberes médicos, os pareceres e laudos “explicativos” que conteriam a “justiça” do homem fornecidas ao juiz.

Uma visão dramática do enfrentamento entre saberes e poderes sobre o destino dos indivíduos. Do Direito Penal como um palco de confronto entre lei e norma, até a leitura do “memorial” de Pierre.

No discurso de Pierre em seu ‘memorial’ o drama do direito ganha uma nova conotação, ganha um desfecho singularizado pela “tragicidade”. Como toda tragédia “grega”, o dossiê Rivière, segundo Foucault, traz a possibilidade por meio de suas tramas discursivas, dos seus enfrentamentos mundanos, dos seus múltiplos “rostos” e “verdades”, da emergência do “novo”. No memorial, Pierre escreve por si mesmo as razões do seu crime, explica, narra, dá sua versão da história construindo um discurso que passa além do poder da lei e da norma. Seu discurso não fica reduzido às questões legais da imputação entre fato e sujeito. E nem ao discurso médico. Não é possível estabelecer se Pierre é louco ou criminoso.

Seu caso coloca em xeque os mecanismos de responsabilização do Direito Penal. Afinal, nem a lei nem a norma são capazes de dizê-lo. O único capaz é ele mesmo quando afirmou “Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão, e querendo tornar conhecidos os motivos de meu crime que me levaram a esta ação...”. Com sua afirmação, sua descrição, suas razões e sua busca pela morte, Pierre impôs a ele mesmo um limite à sua responsabilidade, uma responsabilidade que não pode ser imposta por um julgamento ou um laudo.

Pierre escapou da lei e da norma, porque elas não dão conta de explicá-lo ou de revelar sua verdade, libertando-se inclusive das amarras da narrativa linear e alegórica. Seu texto não leva em consideração o tempo cronológico ou qualquer outra regra discursiva.

O discurso de Pierre revela uma possibilidade para o próprio sujeito atuar na vida social sem qualquer recurso a uma exterioridade, a um saber constituído ou a um poder constituinte. Ele de alguma forma se apresentou como uma resistência. Um discurso de resistência à trama de poder da lei e da norma, as formas de sujeição e dominação dos indivíduos.

Nesse sentido, um terceiro uso do direito em Foucault, um novo modelo de direito, seria possível por meio do seu afastamento tanto do modelo legal quanto do modelo normalizador. Um direito pautado pelo fortalecimento de uma atitude crítica dos sujeitos perante o cotidiano, as relações de poder, as imposições do saber, as práticas de governo. Uma atitude crítica que, no exemplo de Pierre, destaca a recusa em ser governado pelos outros, pelo modelo de verdade, de poder, de economia, de crença instituído, mas mediante a consciência de si, da verdade de si. O “governo de si” como a possibilidade de resistência e de construção do novo.

O resgate do “si” pode ser aproximado da tarefa proposta por Kant em seu questionamento sobre “O que é o Esclarecimento?”. Esclarecer o ser humano é caminhar para a saída de um estado de menoridade intelectual, volitiva, ética ou política, para uma maioridade, para o espaço de reflexão sobre o que “Eu” entendo sobre o conhecimento, sobre a razão, sobre minhas vontades e desejos, sobre a minha verdade. Um estado de independência do olhar impositivo do “outro”.³⁴⁹

Buscar, segundo Foucault, uma nova dimensão ética no “cuidado de si”.³⁵⁰ Em um domínio ético não compreendido como o campo das normas ou valores morais, mas o campo das relações que o indivíduo estabelece consigo mesmo. Daí seu destaque para novas formas de subjetivação que passam necessariamente pela abertura ao estado de bem-estar consigo mesmo. Uma relação resgatada por Foucault nas sociedades antigas da Grécia e Roma.

³⁴⁹ FOUCAULT, Michel. O Que São as Luzes? In. FOUCAULT, M. *Ditos e Escritos: A Arqueologia das Ciências e a História dos Sistemas de Pensamento*. Volume II. Trad. Elisa Monteiro. São Paulo: Forense Universitária, 2002, p. 338.

³⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade*. O Cuidado de si. Tomo III. 4ª. Edição. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

Assim, Foucault deixa em aberto a estrutura desse direito antidisciplinar, mas nos provoca a pensar um modelo de teoria jurídica (e de responsabilidade penal) para além do domínio e sujeição dos corpos. Para Fonseca, a abertura promovida por Foucault para pensar o novo possibilita a reflexão de um direito sem qualquer referência ao absoluto. Um direito movido pela inquietação e ação refletida e contínua dos seres humanos sobre sua realidade e seu poder. É por meio desse conhecimento refletido que seríamos capazes de reivindicar a pretensão de novos direitos.

Esse “novo” direito passaria pelas pequenas tentativas (ou resistências) construídas todos os dias nas lides dos tribunais, nos cartórios, no interior das penitenciárias a partir de uma “tomada de si”, do enfrentamento do si com o outro representado pelos poderes sobre a vida. Dogmaticamente podemos concluir que esse direito “antidisciplinar” figura como um horizonte perseguido para a valorização da dimensão humana livre das formas de sujeição de nosso tempo.

Mas, isso não significa uma impossibilidade. Um novo sujeito crítico demanda a formação de um novo direito crítico. Dessa forma, o próprio Direito Penal (crítico) poderia ser construído sob bases diferentes daquelas de opressão e violência. Um Direito Penal crítico passa pelo resgate do “humano” ante a violência punitiva. A responsabilidade penal (a culpabilidade) poderia, por fim, ganhar como fundamento e limite um sujeito humano crítico e senhor de si: eticamente responsável porque constrói sua própria verdade e sua própria consciência. Capaz de governar e ser governado porque está finalmente livre das imposições e coerções a sua pessoa. Uma culpabilidade que teria por fundamento um indivíduo livre, mas livre das condições de saber, poder e verdades impostas sobre o corpo; e uma sociedade livre, mas livre dos modelos normalizadores de disciplina para o trabalho e controle da população para o rendimento da economia. Livres da lei que oprime, do saber que condiciona e do poder que sujeita.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A culpabilidade aparece no interior do Direito Penal moderno como um lugar de limitação do poder de punir soberano. Uma limitação na qual seu fundamento é o modo de compreensão do sujeito, da relação do sujeito com a sociedade, com a lei e consigo mesmo. Seja em uma culpabilidade pela conduta de vida do autor, seja em uma culpabilidade pelo ato praticado, o indivíduo emerge como o centro da dinâmica punitiva. O que pode variar nessas dimensões da responsabilidade penal subjetiva é a leitura do modo de “captura”, de seleção e de submissão dos sujeitos na ordem de poder penal. O sujeito do “livre-arbítrio, o sujeito mecânico do naturalismo psicológico, o sujeito “responsável pelo seu agir” do normativismo e até as mais recentes definições de sujeito culpável como o infiel à norma, são modos de apreensão do elemento humano como fundamento ou legitimação da resposta punitiva penal. Dessa maneira, entendemos não ser possível separar a compreensão da culpabilidade de uma certa noção de subjetividade.

Este trabalho não teve a pretensão de esgotar o estudo da dogmática penal ou da filosofia do direito. Não pretendeu, dadas as incontáveis impossibilidades, fornecer qualquer tipo de resposta pautada por uma posição de saber, de poder ou de verdade. Aproxima-se, ainda que ingenuamente, da idéia de despretensão de “método” ou de ausência de uma “verdade” inescapável sobre o tema da culpabilidade. Apenas se permitiu à luz de leituras como a de Foucault, entre outras, poder pensar um conceito tão importante para o Direito Penal com um outro “olhar”. Afinal, justamente porque a culpa e subjetividade encontram-se relacionadas, fica quase impossível estabelecer qual a melhor forma de culpabilidade construída pela dogmática sem aceitar que toda escolha recairia sobre uma certa condição do indivíduo, em uma certa condição de poder.

Mas isso não nos impede de assumir compromissos. O deste trabalho é permitir-se pensar uma possibilidade de construção de uma noção de culpa atenta à dimensão do sujeito, mas um sujeito capaz de refletir, de contestar, de assumir e criar sua própria

história livre dos modelos que sujeitam, controlam, medem, aprisionam a subjetividade as necessidades de qualquer tipo de poder.

E é sobre a dimensão do sujeito, ou melhor, sobre os modelos de produção de sujeitos em nosso tempo, que buscamos uma leitura diferente da instrumentalização dogmática do Direito Penal. Uma leitura que incita o diálogo entre o Direito Penal e outras formas de subjetivação como um caminho para a construção de uma culpabilidade diferente. Diferente em seu fundamento tradicional na “vontade livre”, mas comprometida com uma real limitação do poder punitivo e com o respeito à vida humana digna.

É por esse compromisso que escolhemos o “caso Pierre” para terminar a reflexão contida neste trabalho. O “caso Pierre” abordado por Foucault, abre a possibilidade para pensarmos um “direito novo” e uma forma de responsabilidade que poderia ser capaz de escapar do modelo de poder jurídico e normalizador envolvidos na produção do Direito Penal. Um “direito novo” construído por meio de práticas diárias de resistência aos modelos jurídicos, de poder e de verdade impostos aos sujeitos como a única possibilidade ou a única justiça.

Uma resistência pautada pela atividade de reflexão, de crítica, de pequenos enfrentamentos, de denúncias e da emergência de novos sujeitos capazes de identificar e combater um modelo de individualização, denunciado por Foucault, que submete, oprime e explora as subjetividades. Um “direito novo” que demandaria “subjetividades novas”.

Tal “direito novo” teria um compromisso de escapar desse modelo de poder (disciplinar e biopolítico) interessado na condução e controle da vida seja pela lei, seja pela norma. E um descompromisso com qualquer forma institucionalizada, qualquer posição de verdade ou qualquer relação com uma única noção de justiça. Isso não significa que este novo modelo de direito figure como algo “irrealizável”, pelo contrário, é mediante a desconfiança de “um modelo de verdade e poder” que nos conduz a experimentar novos saberes, novas formas de diálogo, novas contribuições para conceber a própria noção de justiça. Um descompromisso com um modelo de poder “jurídico” que usa o consenso como forma de violência e a vida humana como o lugar

dessa violência. Um descompromisso com um modelo de saber “humano” interessado na produção, coisificação e submissão dos conhecimentos sobre os indivíduos as necessidades de poder. Optar, portanto, por perseguir um novo entendimento para a noção de direito ou um novo “uso” para além daqueles citados por Foucault; o direito como legalidade e o direito-normalizador.

Nesse sentido, empreender um diálogo entre o Direito Penal e outros saberes “desqualificados” juridicamente, permitir pensar os próprios mecanismos da justiça penal mediante as reflexões de autores “críticos” como Foucault, Freud, Bauman ou Baratta, são maneiras de fazer usos de alguns aspectos deste “direito novo”. E, desse modo, possibilitar novas leituras, novas contribuições ou novos olhares sobre as questões e desafios do Direito Penal, especialmente sobre a culpabilidade. E isso não significa pôr em risco os princípios jurídicos ou o próprio fundamento do Direito Penal. Não significa rejeitar o princípio da culpabilidade, mas reconhecer nele e no seu sujeito culpável uma possibilidade diferente de realizar uma noção de “justo” para além dos modelos de legalidade e normalização dos poderes contemporâneos.

Focalizando nas diferentes formas de subjetividades produzidas no interior das teorias penais, podemos perceber a estreita relação entre os poderes (soberano, disciplinar e biopolítico), um modelo de individualização e forma de culpabilidade. Uma relação que produziu diferentes conseqüências ao longo das escolas penais, como durante o classicismo penal, em que o homem aparece como um limite de direito ao poder punitivo, como o cidadão que rompe o pacto social e merece uma pena pautada pelos princípios de defesa social. E na modernidade, em que indivíduo é transformado em sujeito de saber e poder por uma tecnologia interessada na produção de subjetividades maleáveis à ordem econômica. O “indivíduo” torna-se o lugar privilegiado da racionalidade punitiva. Com o psicologismo, em que a dogmática penal alia a legislação, a jurisprudência e a teoria do crime à necessidade de conhecer e tratar o homem criminoso. Estamos diante da “virada criminológica” e um sistema punitivo permeado por saberes normalizadores (as ciências humanas) consideradas mais apropriadas para delimitar a responsabilidade penal do “sujeitos” do que os conceitos jurídicos da dogmática penal.

O psicologismo é abandonado quando suas premissas teóricas já não são mais capazes de ditar a “verdade” sobre o homem e seu comportamento. O determinismo causal saiu de cena para dar lugar ao resgate das valorizações éticas do elemento humano. Ressurge o “homem livre” como o fundamento do sistema punitivo, um homem responsável porque é capaz de se determinar conforme o direito, mas escolhe mal, escolhe livremente atuar contra a lei. Todavia, esta própria compreensão do indivíduo como o sujeito do livre arbítrio entra em crise. As tradicionais teorias da culpabilidade relacionadas ao “poder agir de outro modo” são rejeitadas por um outro mecanismo de poder neoliberal, cuja racionalidade de mercado passa a integrar todo funcionamento governamental, jurídico, social e subjetivo. Segundo Foucault, sob a biopolítica, o próprio indivíduo é mercantilizável, convertido em puro capital humano. E, o ideal de livre arbítrio é rejeitado por um sistema penal que se comporta segundo um princípio de mercado, um princípio de eficiência.

A anunciada crise da culpabilidade, ou seja, a crise do seu fundamento no ideal de “livre arbítrio”, é uma crise no modelo punitivo e no modelo de subjetivação imposto aos corpos humanos. Nessa linha, o Direito Penal converte-se mais do que nunca em um instrumento de controle e gestão da criminalidade. E o sujeito culpável é transformado em inimigo.

O desafio das teorias da culpabilidade comprometidas com a defesa da vida humana também passa pelo seu afastamento do modelo de “homem livre”, mas não deve aceitar o modelo de sistema punitivo mercadológico. Não deve aceitar em nenhuma hipótese a conversão dos sujeitos em “inimigos” e o conseqüente aumento da violência punitiva.

Daí a necessidade de se buscar novos discursos de resistência. Novas contribuições, novos olhares, novas reflexões que possibilitam uma leitura diferente dos mecanismos teóricos do Direito Penal. E de uma nova culpabilidade, que mantém sua função como limite intransponível à punição, mas rejeita seu fundamento na vontade livre do homem não em razão da sua “desnecessidade” ou da sua “não-demonstrabilidade”, mas em razão de um novo modelo de indivíduo livre dos mecanismos de sujeição e opressão impostos por um poder “normalizador”.

Uma culpabilidade fundamentada em novas experiências do humano atenta às condições dignas de vida, e não *sujeita a*. Novas experiências de sujeitos que não obedecem à rigidez de um método ou de uma forma de “verdade”, mas se constroem por meio dos desafios apresentados no correr da vida, apenas comprometidas com o bem-estar, com a dignidade, com uma nova liberdade e com a recusa a uma forma absoluta.

Para este estudo, trouxemos algumas destas “novas experiências” de subjetividades como uma possibilidade de início deste diálogo com o Direito Penal e a culpabilidade. O sujeito do inconsciente da Psicanálise (não comprometida com a “normalização”), o sujeito criminalizado da Criminologia Crítica e o sujeito modelável de Bauman são momentos na produção de novas subjetividades que podem denunciar a multiplicidade de experiências subjetivas para além daquelas construídas pelo direito.

E esse diálogo já trouxe conseqüências para a própria teoria da culpa. A culpabilidade pela vulnerabilidade e a culpabilidade relacionada com um modelo de responsabilidade social mediado pela “alteridade” são exemplos dessa abertura criativa e enriquecedora na defesa do sujeito humano.

A culpabilidade deve ter por compromisso a defesa da vida dos sujeitos humanos. E, justamente, por se relacionar com os sujeitos, entendemos a culpabilidade como um lugar privilegiado para o aparecimento das resistências contra os modelos de poder que subjagam a vida humana. Um lugar consciente dos perigos das formas de dominação e exclusão dos sujeitos culpáveis, mas aberta ao compromisso com o novo, com a ruptura, com a transformação. *Nullem crimen sine culpa*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEM, Giorgio. *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. *O Estado de Exceção*. Trad, Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal*. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. *Che Cosa È La Criminologia Critica?* In: *Dei Delitti e Delle Pene 1/91* Torino: Grupo Editoriali Abele, 1991.

BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos e Direito Criminal (1886)*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2003.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 8ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2002.

_____. *Matrizes Históricas do Sistema Penal Brasileiro – I*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da Política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. *Vida Líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

BELING, Ernst Von. *Esquema de Derecho Penal: La Doctrina del Delito-Tipo*. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

BERNAL, José Fernando Botero. *Visión Crítica de la Metodología de las Sistemáticas Teleológicas en el Derecho Penal. Desde la persona real configuradora del derecho penal*. In: VELÁSQUEZ, Fernando (Coord.). *Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana*. Bogotá: Editorial Temis, 2005.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Volume II. Trad. Paulo José da Costa e Alberto Silva Franco. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971.

BETTIOL, _____. *El Problema Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1995.

BIRMAN, Joel. *Mal-estar na Atualidade*. A psicanálise e as novas formas de subjetivação. 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *Psicanálise, Ciência e Cultura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

_____. *Michel Foucault e a Psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

BITENCOURT, César Roberto. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Tratado de Direito Penal*. Parte Peral. Volume 1. 9ª. Edição. Sao Paulo: Savaiva, 2004.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo 1 e 2. 3ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARDONA, Alejandro David Aponte. Derecho Penal de Enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra. In: VELÁSQUEZ, Fernando (Coord.). *Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana*. Bogotá: Editorial Temis, 2005.

CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal*. Parte Geral. Volume 1. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Editora Saraiva, 1956.

CEREZO MIR, José. El Delito como Acción Culpable. *Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales*. Madrid, tomo XLIX, fascículo I, 1996.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Radical*. 2ª. Edição. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2006.

_____. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2006.

_____. *Direito Penal. Parte Geral*. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2006.

_____. *Teoria da Pena*. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2006.

_____. Culpabilidade: Desintegração Dialética de um Conceito Metafísico. *Revista de Direito Penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo, números 15-16, julho-dezembro de 1974.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. 2ª. Edição. Buenos Aires: Paidós, 2005.

DREYFUS, Hubert e RABINOW, Paul. *Michel Foucault: Uma Trajetória filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

DOHNA, Alexander Graf Zu. *La Estructura de la Teoría del Delito*. Trad. Carlos Fontán Palestra. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. s/ano.

EWALD, François. *Foucault, Norma e Direito*. Lisboa: Vega, 1993.

FERNÁNDEZ, Gonzalo. La Fundación de la teoría Normativa de la Culpabilidad. In: FRANK, Reinald. *Sobre la estructura del Concepto de Culpabilidad*. Buenos Aires: Edição Julio César Faria, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Questões do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Liberdade, Culpa e Direito Penal*. Coimbra: Biblioteca Jurídica Coimbra, 1983.

FIGUEIREDO, Luis Cláudio. *Matrizes do Pensamento Psicológico*. 10ª. Edição. Petrópolis: Vozes, 2003.

FONSECA, Márcio Alves. *Michel Foucault e a Constituição do Sujeito*. São Paulo: Ed. Educ-Puc, 2003.

_____. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho*. Do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica. São Paulo: LTr Editora, 2002.

_____. *Os Juristas e a Cultura Jurídica Brasileira na segunda metade do século XIX*. Conferência apresentada no I Congresso Brasileiro de História do Direito, realizado em Florianópolis entre os dias 8 e 11 de setembro de 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Direito e Discurso: discursos do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. 5ª. Edição. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. São Paulo: Forense Universitária, 1997.

_____. *A Ordem do Discurso*. 9ª. Edição. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

_____. *As Palavras e as Coisas*. 8ª. Edição. Trad. Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins fontes, 1999.

_____. A Psicologia de 1850 a 1950. In: _____. *Ditos e Escritos. A problematização do Sujeito, Psiquiatria, Psicologia e Psicanálise*. Volume 1, 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3ª. Edição. 1ª. Reimp. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

_____. *A Vida dos Homens Infames*. In: _____. *Ditos e Escritos. Volume IV. Estratégia, Poder-Saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Doença Mental e Psicologia*. Trad. Lílian Rose Shalders. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975.

_____. *Em Defesa da Sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *História da Sexualidade*. Tomo 1. *A Vontade de Saber*. 14ª. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

_____. *História da Sexualidade*. Tomo 2. *O Uso dos Prazeres*. 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

_____. *História da Sexualidade*. Tomo 3. *O Cuidado de si*. 4ª. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

_____. *La Hermenéutica del Sujeto*. Curso em el Collège de France: (1981-1982) Buenos Aires: Fondo De Cultura Econômica, 2006.

_____. *Microfísica do Poder*. 17ª. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 2002.

_____. *Naissance de la Biopolitique*. Cours au Collège de France (1978-1979). Col. Hautes Études. Paris: Gallimard-Seuil, 2004.

_____. *O Que São as Luzes?* In: _____. *Ditos e Escritos: A Arqueologia das Ciências e a História dos Sistemas de Pensamento*. Volume II. Trad. Elisa Monteiro. São Paulo: Forense Universitária, 2002.

_____. *O Sujeito e o Poder*. In: DREYFUS, H. ; RABINOV, P. *Michel Foucault: Uma Trajetória Filosófica para Além do Estruturalismo e da Hermenêutica*. Trad. Vera Porto Carrero. São Paulo: Forense Universitária, 1995.

_____. (Coord.) *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*. 2ª. Edição. Trad. Denize Lezan de Almeida. Rio de Janeiro: Graal, 1977.

_____. *Poder e Saber (1977)*. In: _____. *Ditos e Escritos. Estratégia, Poder-Saber*. Volume IV. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. *Filosofia e Psicologia (1965)*. In: _____. *Ditos e Escritos: Problematização do Sujeito: Psicologia, Psiquiatria e Psicanálise*. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Securité, territoire, population*. Cours au Collège de France (1977-1978). Col. Hautes Études. Paris: Gallimard-Seuil, 2004.

_____. *Seguridad, Territorio e Población*. Curso em el Collège de France: (1977-1978) Buenos Aires: Fondo De Cultura Econômica, 2006.

_____. *Vigiar e Punir*. 26ª. Edição. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1996.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FREUD, Sigmund. *Sobre o Narcisismo; uma introdução*. (1914). Ed. Standart das Obras Completas de Sigmund Freud, Volume XVIII. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. *O Inconsciente* (1915). Ed. Standart das Obras Completas de Sigmund Freud, Volume XIV. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. *A Psicologia das Massas e a Análise do Ego*, (1921). Ed. Standart das Obras Completas de Sigmund Freud, Volume XVIII. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. *O Ego e o Id* (1923). Ed. Standart das Obras Completas de Sigmund Freud, Volume XIX. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. *A psicanálise e a determinação dos fatos nos processos jurídicos* (1924) Ed. Standart das Obras Completas de Sigmund Freud, Volume XVIII. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. *O Mal-Estar na Civilização*. (1929). Ed. Standart das Obras Completas de Sigmund Freud, Volume XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. *Além do Princípio do Prazer*. Rio de Janeiro: Imago, 1998.

FRANK, Reinald. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002.

GARCILOPEZ, Adolfo de Miguel. Panorama de la culpabilidad en la dogmática penal contemporánea. In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo V, Fascículo I, Madrid: 1952.

GOLDSTEIN, Raul. *La Culpabilidad Normativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/ano.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Trad. da 2ª. Edição Alemã por Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005.

JAKOBS, Günter e MELIÄ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. Noções e Críticas. 2ª. Edição. Trad. e Org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4. edição. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: Que é “Esclarecimento”(“Aufklärung”)? In: _____. *A Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LISZT, Von Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Volume 1 (1899). Trad. José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

MACHADO, Roberto. Por uma Genealogia do Poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*, 17ª. Edição. Rio de Janeiro: Graal, 2002.

MARX, Karl. Prefácio. Contribuição à Crítica da Economia Política. In: FERNANDES, Florestan. *História*. São Paulo: Ed. Ática. s/ano.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Cartas Filosóficas e o Manifesto Comunista de 1848*. São Paulo: Ed. Moraes, 1987.

MENEGAT, Marildo; NERI, Regina. (Org.) *Criminologia e Subjetividade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavarez e Luis Regia Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo*. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lúmen-Juris Editora, 2005.

ORGEIG, Enrique Gimbernat. *¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídico-Penal?* Estudios de Derecho Penal. Madrid: Editorail Civitas. s/ano.

PEREIRA, José Hygino Duarte. In: VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Volume 1 (1899). Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e Subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2003.

ROCHA CAMPOS, Maria Regina e COHEN, Cláudio. Considerações acerca da Semi-Imputabilidade e Inimputabilidade Penal resultantes de Transtornos Mentais e de Comportamento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 10, no. 39, julho-setembro de 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais.

ROUANET, Sergio Paulo. *As Razões do Iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ROXIN, Claus. A Culpabilidade como Critério Limitativo de Pena. In: FRAGOSO, Helono. *Revista de Direito Penal*. No. 11/12, julho-dezembro de 1973. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Sevilha: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilha, Guia de Tasaciones, S/L, 1981.

_____. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986.

_____. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHMITT, Carl. *O conceito de Político*. Trad. Álvaro L. M. Valis. Petrópolis: Vozes, 1992.

SHÜNEMANN, Bernd. *El Sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Bernd Shünemann Compilador. Trad. Jesús-Maria Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

STRATENWERTH, Günther. *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* Trad. Patricia S. Ziffer. Cuaderno de Conferencias y Artículos no. 08. Bogotá: Depart. de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1996.

TAVAREZ, Juarez. *Teorias do Delito: Variações e Tendências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

VELO, Joe Tennyson. *O Juízo de Censura Penal (o princípio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências)*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1993.

WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Una Introducción a la doctrina de la Acción Finalista*. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2001.

_____. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ª. Edição. Trad. José Luis Manzanés Samaniego. Granada: Comaus Editorial, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª. Edição. Tradução. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2001.

_____. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General IV. Buenos Aires: Ediar, 1982.

_____. *O inimigo no Direito Penal*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. & PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 5ª. Edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

