

**UM ESTUDO SOBRE OS MODELOS PUNITIVOS
FOUCAULTIANOS:
INTERFACE ENTRE DIREITO E PSICOLOGIA**

Brenda Loredo de Souza¹

Gabriel Merigueti de Souza Batista²

Margareth Vetis Zaganelli³

Sávio Silveira de Queiroz⁴

Fecha de publicación: 01/02/2016

SUMÁRIO: Localização histórica e econômica dos Modelos Punitivos. Modelo Monárquico. Modelo Reformador. Nova economia do Poder de Punir - 3ª Geração. Considerações Finais. Referências.

Resumo:

Este trabalho teve por objetivo analisar as “três maneiras de organizar o poder de punir”, formuladas por Michel Foucault na obra *Vigiar e Punir*, enfocando as características mais relevantes de cada modelo punitivo nela estudado. Confrontamos resultados da primeira análise com atuais técnicas punitivas, a fim de se constatar a sobrevivência de características dos

¹ Graduanda em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

² Graduando em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

³ Mestre em Educação (UFES). Doutora em Direito (UFMG). Estágio Pós-doutoral em Bioética e Filosofia do Direito (Scuola di Giurisprudenza da Università degli Studi di Milano-Bicocca/UNIMIB). Estágio Pós-doutoral em Bioética e Filosofia do Direito (Scuola di Giurisprudenza da Alma Mater Studiorum Università di Bologna/UNIB). Membro Titular da Associação Mundial de Justiça Constitucional. Professora Titular de Direito Penal e Teoria do Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. mvetis@terra.com.br

⁴ Graduado em Psicologia pela Universidade Federal do Espírito Santo; mestrado em Psicologia pela Universidade Federal do Espírito Santo e doutorado em Psicologia Escolar e do Desenvolvimento Humano pela Universidade de São Paulo. Professor Associado da Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais, no Departamento de Psicologia Social e do Desenvolvimento.

modelos primitivos, no atual paradigma punitivo Como resultado do nosso estudo, à luz da Psicologia e do Direito, constatamos que as práticas atuais são, na realidade, uma nova roupagem das técnicas do século XVIII, período no qual as três maneiras conviveram de forma mais clara e próxima.

Palavras-chave: Modelo Punitivo; Michel Foucault; Direito; Psicologia

Abstract:

This study aims to investigate the "three ways to organize the power to punish", formulated by Michel Foucault in *Discipline and Punish*. The investigation is to determine the most relevant characteristics of each penalty model, based on the work mentioned above. Thus, it will compare the results of the first analysis with current techniques punitive in order to observe the survival of the primitive models of features in the current paradigm punitive. Besides investigating current practices, which are actually new guises of the techniques of the eighteenth century, during which the three ways coexisted more clearly and closed.

Keywords: Penalty Model – Michel Foucault – Character – Survival – Remnants – Mutation.

Localização histórica e econômica dos Modelos Punitivos

Julgamos ser possível descrever o processo de desenvolvimento das penas impostas aos seres humanos conjuntamente com as transições dos modelos de organização econômico-social que existiram. Destarte, há de se constatar uma função, não apenas punitiva sancionadora e exemplificadora, mas uma função política das penas.

Desta forma, pode-se analisar em especial o século XVIII, o qual foi possível à convivência, quase que simultânea, dos três modelos descritos por Foucault.

Inicialmente, se remonta a Idade Média e o regime feudal, que influenciou o modelo punitivo posterior a sua derrocada, principalmente no tocante à prática dos suplícios. Posteriormente ao regime feudal, até meados do século XVIII, afirmam-se os Estados Absolutistas conjuntamente com o modelo econômico mercantil, exercendo-se o modelo monárquico de organizar o poder de punir. No decorrer do século XVIII, com o início da queda dos regimes absolutistas, com o desencadeamento das revoluções e com a ascensão do modelo econômico e político Liberal, surge na França, por meio dos juristas reformadores, o modelo reformador de organizar o poder punitivo. Em contexto histórico semelhante, fruto de críticas aos modelos anteriores, surge o terceiro e último modelo punitivo mencionado por Foucault no século XVIII, o modelo Cidade Punitiva ou Projeto da Instituição Carcerária.

Modelo Monárquico

No contexto absolutista, os monarcas eram considerados representantes de Deus na Terra, haja vista o melhor exemplo a ser notado, o Rei Sol, o poderoso Luiz XIV, que autoproclamava-se "L'état c'est moi" (o Estado sou eu); a ideia metafísica que se tinha do soberano era tamanha, que ele representava concomitantemente uma figura divina e política, sendo uma divindade e o Estado simultaneamente.

Destarte, corroborando a ideia enunciada anteriormente, Muyart de Vouglans (1780, apud FOUCAULT, 2004, p. 41), afirma que:

O crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe. Pois para que uma lei pudesse vigorar este reino, era preciso necessariamente que emanasse diretamente do soberano (...)

Com base nesta concepção, podemos entender o fundamento que revestia a prática dos suplícios.

Os suplícios são “Penas corporais, dolorosa, mais ou menos atroz, é um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens tamanha barbárie e crueldade” (JAUCOURT, apud FOUCAULT, 2004, p.31). Os espetáculos que se formavam na prática do suplício, eram considerados partes da pena, não acessórios, mas a força da justiça, a força do poder do monarca perante aquele que o ultrajasse e desrespeitasse sua vontade, isto é, se o “corpo” do Príncipe fosse violado pelo infrator, nada mais lógico que ele sofrer em seu corpo aquilo que praticou no corpo de seu rei. Dessa forma, os espetáculos dos suplícios giravam sob tal lógica, e imputavam na mente dos transeuntes que passavam e assistiam as terríveis cenas, o quão doloroso é violar o corpo sagrado, da dualidade metafísica que é a figura do monarca.

Como dito anteriormente, a prática punitiva implica uma função política e econômica. Com o surgimento do liberalismo, o crescimento dos burgos e comércio, principalmente nas feiras e mais tarde das indústrias, cidades comerciais, os Estados se moldaram conforme os novos paradigmas econômicos e sociais.

No campo econômico, em um regime liberal-capitalista, há necessidade de mão-de-obra livre para duas funções básicas que sustentam o regime: (1) a necessidade de pessoas livres para que consumam o produzido pelos, (2) trabalhadores livres e saudáveis. Assim, a aplicação de suplícios vem de encontro às características basilares do regime capitalista, o qual reivindica homens e mulheres não dilacerados, mas saudáveis, que não tenham limitações físicas para trabalhar e produzir, capazes de gerar riquezas para as classes dominantes.

De fato, como bem se faz entender em sua obra, Foucault exprime as características do modelo monárquico e aponta as mudanças econômicas e sociais como a possível decadência deste modelo e sua substituição por outros. Contudo, ao investigarmos o contexto atual no que tange aplicação de penas nos mais diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo, é sabido que o antigo modelo monárquico europeu anterior à metade do século

XVIII exerce influência em diversos ordenamentos jurídicos do século XXI.

Dentre os sistemas legais mais importantes do mundo, juntamente com o common law e o romano-germânico, há o código de leis islâmicas, denominado Shariah, que é base legal para diversas nações do “mundo islâmico”. Dentre as que seguem o Shariah, encontra-se regimes monárquicos da Arábia Saudita, Emirados Árabes Unidos, Omã e a Jordânia, além de repúblicas, como o Irã. Mas nos concentremos nas monarquias.

Nos Estados Absolutistas europeus até meados do século XVIII, havia presença do “sagrado” convivendo com as leis, na estrutura Estatal e presente nos argumentos punitivos. Séculos passaram-se e nas monarquias islâmicas, a dinâmica segue a mesma. Isto é, o corpo normativo legal é delegado da vontade divina; dessa forma, as leis são mandamentos legais e morais, pois fazem parte de um conglomerado de conceitos e entes que, juntos, formam uma religião (uma moral), a religião islâmica. Logo, o secularismo e a laicidade são substituídos pelo sagrado e metafísico no campo legal.

Quanto ao regime penal do Shariah, em casos de homicídio, dentre as hipóteses de execução da pena, há aplicação da Lei do Talião, ou seja, o culpado será executado da mesma forma que praticou o delito; em casos de roubo ou furto, "Quanto ao ladrão e à ladra, decepai-lhes a mão, como castigo de tudo quanto tenham cometido [...]" (Alcorão 5:38); nas hipóteses de adultério, "Quanto à adúltera e o adúltero, chicoteai a cada um deles com cem chicotadas e que não vos tome compaixão alguma por ele, no cumprimento da religião de Deus" (Alcorão 24:2). Dentre diversas outras penas vexatórias e públicas, como previsto no Alcorão "O castigo, para aqueles que lutam contra Deus e contra o Seu Mensageiro e semeiam a corrupção na terra, que sejam mortos, ou crucificados, ou lhes seja decepada a mão e o pé opostos, ou banidos [...]" (Alcorão 5:33), bem como açoites públicos, máquinas de amputação de dedos, apedrejamento em praças públicas. Esta lei somente é aplicável onde a Shariah esteja em vigor, é o caso das nações mencionadas anteriormente, cabendo ao Tribunal Islâmico local aplicá-lo, em muitas das vezes, de forma pública.

Destarte, é possível identificar semelhanças no modelo monárquico de aplicação de penas com o atual modelo monárquico islâmico sancionador, como a presença do sagrado nas estruturas legais; relação intensa entre corpo e castigo; falta de humanização das penas. Na antiga concepção o abominável teatro desviaria o homem do crime e o suplício não era uma

punição, era a remissão pelo ultraje à majestade sagrada, e tal expiação era feita de forma pública. No modelo islâmico, as penas na forma de suplícios são maneiras de adquirir a expiação pela ofensa ao Shariah, e a estrutura sagrada chefiada pelo monarca ou sultão; e, de fato, a principal semelhança, o corpo como o principal objeto da repressão penal.

Na via oposta, há monarquias que se extinguiram ou nunca seguiram os princípios de aplicação de penas do antigo regime. São exemplos, países que seguem as diretrizes previstas na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2010, que estabelece em seu Artigo 4º:

“Artigo 4º: Proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes.

Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas desumanos ou degradantes”.

São signatários do tratado acima mencionado, dentre outras nações, os Reinos da Espanha, da Dinamarca, dos Países Baixos, da Bélgica, da Suécia e o Reino Unido, ou seja, em oposição ao praticado nos séculos anteriores por nações que adotaram o regime monárquico, atualmente, se adotado tal regime, não há implicação em se seguir o mais primitivo dos modelos de punição. Afinal, grande parte dos regimes monárquicos seguem modelos parlamentaristas, em que há subordinação do monarca à constituição. O caráter sagrado e o conceito que ao ferir a lei o condenado estava ferindo o “corpo do monarca” e não o contrato social, está cada vez mais distante no tempo, sendo esses Estados, inclusive, defensores dos ideais de humanidade, desvinculando-se do passado nada virtuoso que os acompanham. Contudo, há de se constar que tais mudanças não negam os objetivos econômicos e políticos intrínsecos, que auxiliaram nessa alteração paradigmática no conceito de aplicação de penas nos países liberais-capitalista.

No contexto brasileiro, as características do modelo monárquico de aplicação de penas são encontradas nas hipóteses previstas nas Ordenações Filipinas do século XVII (MIGUEL, 2013, p.52) , nas quais predominavam “[...] a pena de morte, porém também havia açoite, galés, amputação, degredo, multa e a pena-crime arbitrária, que ficava ao critério do julgador, já que era inexistente o princípio da ilegalidade.”, desta forma, a lei penal aplicada no Brasil no século XVII, oriunda de Portugal, norteara-se pela prática de severas punições no corpo do condenado.

No Código Criminal do Império de 1830, no qual estipulava penas corporais, em especial a pena de galês e açoites, vide Art. 44, 60 e 61 (BRASIL, 1830, grifos nosso):

“Art. 44. A pena de galés sujeitará os réos a andarem com calceta no pé, e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos publicos, da província, onde tiver sido commettido o delicto, à disposição do Governo.

[...]

Art. 60. Se o réo fôr escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condenado na de açoutes, e depois de sofrê-los, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazel-o com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar.

O número de açoutes será fixado na sentença; e o escravo não poderá levar por dia mais de cincoenta.

Art. 61. Quando o réo fôr convencido de mais de um delicto, impôr-se-lhe-hão as penas estabelecidas nas leis para cada um deles; e soffrerá as corporaes, umas depois das outras, principiando, e seguindo da maior para a menor, com atenção ao gráo de intensidade, e não ao tempo da duração”.

Modelo Reformador

Retomando a linearidade seguida por Foucault, o modelo seguinte ao monárquico, é o modelo dos juristas reformadores, que surge em meados da metade do século XVIII, com Beccaria, Servan, Dupaty, Duport, Pastoret, Target e Bergasse.

[A principal alteração ocorrida do antigo modelo monárquico para o modelo dos juristas reformadores consiste na alteração do objeto da pena, o foco “...não mais o corpo, mas a alma...]” (FOUCAULT, 2004, p.84); punir em vez de vingar; reformar, reeducar e corrigir aquele que praticou o ilícito; a aplicação das penas torna-se um procedimento burocrático visando determinados fins legais, que não a vingança do príncipe sobre o corpo do condenado.

O contexto em que se insere o momento abordado, é do Estado Contratualista, no qual se presume que a lei emana de um acordo tácito de vontade dos contratantes, os quais abrem mão da garantia de uma série de Direitos Naturais – senão todos, como para Rousseau -, em troca desta proteção Estatal. Dessa forma, o descumprimento da Lei, não é mais uma violação ao soberano, mas uma violação a todo corpo social, sendo o infrator considerado inimigo da sociedade.

Destarte, o objeto da punição alterou-se, não mais se punia o corpo do infrator, mas sua alma. O castigo deve ser aplicado “[...] sobre o coração, o intelecto, à vontade, as disposições [...]” (FOUCAULT, 2004, p.18). Nesse modelo contratualista, o condenado não está diante de um monarca, mas de toda coletividade; assim pressupunha-se que a intensidade das penas seguiria uma lógica exata que as levariam a ter um aumento proporcional na sua intensidade, haja vista o grande número de ultrajados. Quando argumentado se haveria a prática do princípio da humanidade na aplicação das penas, o Estado fazia-se entender que haveria uma mudança de intensidade na aplicação da pena de acordo com o princípio da moderação, o qual teria como base o princípio da humanidade. Assim, não sendo demasiadamente severo no tocante a prática das penas, em oposição ao modelo anterior.

Destarte, com Princípio da Moderação e a troca do objeto das penas, sob os argumentos humanistas, a primeira vista se inferia que esta mudança foi muito benéfica ao réu. De fato, o réu não era mais supliciado, contudo sua alma era ferida, privada, seus desejos eram reprimidos, tornando o castigo não apenas físico, (como nos casos dos enclausurados), – embora em nada se compare as atrocidades do antigo modelo -, mas também o castigo interior, talvez maior que o físico.

Tamanha foi à influência desse novo paradigma, que os juízes eram acompanhados, em seus tribunais, por psiquiatras, que, conjuntamente com o magistrado, não julgavam somente o ato delituoso, mas a alma do indivíduo,

“[...] Alma do criminoso não é invocada no tribunal somente para explicar o crime e introduzi-la como um elemento na atribuição jurídica das responsabilidades; se ela é invocada cora tanta ênfase, com tanto cuidado de compreensão e tão grande aplicação "científica", e para julgá-la, ao mesmo tempo em que o crime, e faz-la participar da punição. Seus anseios, suas paixões. (FOUCAULT, 2004, p.20)”

Elevada importância foi concedida a ciência e aos seus profissionais no tocante a aplicação das penas, sua mensuração, sua intensidade e o possível retorno do condenado à sociedade, ressocialização. Assim, os laudos psiquiátricos proporcionavam:

“[...] mecanismos da punição legal um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos; não mais sobre o que eles fizeram, mas sobre aquilo que eles são, serão, ou possam ser (FOUCAULT, 2004, p.20)”.

Por exemplo, em um julgamento de estupro, o magistrado e sua equipe julgavam, para além do fato típico, o anseio e a “patologia” moral; o desenvolvimento intelectual do criminoso era levado em conta quando da promulgação da sentença. E se o intuito era modificar a conduta interna do criminoso, medidas de segurança, de cunho psiquiátrico, se necessárias poderiam proporcionar, legalmente, penas perpétuas.

O objetivo mudou, o intuito era de reeducar o infrator, e o objeto que permitia esta mudança era a alma do mesmo. Assim, “Humanidade é o nome respeitoso dado a essa economia e seus cálculos minuciosos. Em matéria de pena o mínimo é ordenado pela humanidade e aconselhado pela política” (FOUCAULT, 2004, p.77).

Dessa forma, o conjunto de aspectos, principalmente políticos que tangenciam a pena no modelo reformador, pode ser traduzido no que Foucault denomina de “Tecnopolítica da Punição”.

Posteriormente às concepções anteriormente adquiridas, no contexto da Tecnopolítica do poder se entendia que:

O cálculo da pena deve ser medido não em função do delito, mas de sua possível repetição. Visar não à ofensa passada, mas à desordem futura. Fazer de tal modo que o malfeitor não possa ter vontade recomeçar, nem a possibilidade de ter imitadores (FOUCAULT, 2004, p.78).

Com base no citado acima, podemos agregar dois conceitos já trabalhados. Primeiramente, a preocupação de que o réu não se torne reincidente, reeducando-o e buscando sua ressocialização, com base nas penas que visam à alma e os anseios do malfeitor. Em segundo lugar, a questão do exemplo social: se no regime absolutista o espetáculo também servia de exemplo, dada sua atrocidade, para não se praticar o ato delituoso, o conceito atual é menos atroz, mas que transmita a imagem exemplificadora ao corpo social. Conjugando-os, “É preciso punir exatamente o suficiente para poder impedir” (FOUCAULT, 2004, p.79).

Com base na máxima anteriormente citada concebeu-se “semitécnicas” que, servem de parâmetros para aplicação de penas, sobre o que dissertaremos agora.

Começamos pela Regra da Quantidade Mínima, na qual: “O crime é cometido porque traz vantagens. Se a ideia do crime fosse ligada à ideia de uma desvantagem um pouco maior deixaria de ser desejável.” (FOUCAULT, 2004, p.79). Frise-se o trecho “um pouco maior”, com o intuito de distanciar-se das práticas extremas do antigo regime; praticando-

se um cálculo racional da pena a ser aplicada, ou seja, uma sanção suficiente para que o ato delituoso não traga vantagens ao seu praticante.

Na Regra de Idealidade Suficiente, “A punição não precisa, portanto utilizar o corpo, mas a representação” (FOUCAULT, 2004, p.79), dessa forma, “O que ocasiona a pena na essência da punição não é a sensação do sofrimento, mas a ideia de uma dor, de um desprazer, de um inconveniente – a ‘pena’ da ideia da ‘pena’” (FOUCAULT, 2004, p.79). Pode-se associar esse conceito, ao incomodo interior do infrator. Não mais a dor previne a reincidência, mas um sentimento de temor à pena subjetiva e individual aplicada em cada caso, que implica na repressão dos anseios interiores de cada sujeito, analisados singularmente de forma técnica, elencando assim a questão burocrática que se torna a condenação, não como no modelo anterior, mas um conjunto de práticos racionais e pré-determinadas.

“Mais uma análise refere-se à Regra dos Efeitos Colaterais, na qual “A pena deve ter efeitos mais intensos naqueles que não cometeram a falta” (FOUCAULT, 2004, p. 80), assim a pena torna-se” [...] mínima para quem sofre e máxima para os que a imaginam.” (FOUCAULT, 2004, p.80) . Nesse contexto, o autor traz em sua obra a ideia de Beccaria, o qual prega uma escravidão perpétua em lugar da pena de morte, como caso de extrema eficácia desta regra. Haja vista que, segundo ele, para a coletividade a representação da escravidão seria pena pior do que a capital, pois os sofrimentos de uma escravidão perpétua se resumem numa só ideia, um sofrimento cotidiano brutal, que torna tão mais assustadora do que a ideia da morte, por sua vez perversa, mas instantânea. De fato, Beccaria foi um tanto radical, mas o princípio é verídico, transparecer o provável sofrimento aos que não estão sendo punidos, as vezes é pior do que a própria punição em si. O retrato que é vendido à coletividade, também inibe o crime. Assim, em grande parte “A arte de punir deve portanto repousar sobre toda uma tecnologia da representação” (FOUCAULT, 2004, p.87).

Consideremos também a Regra da Certeza Perfeita, a qual se resume na máxima “Que as leis que definem os crimes e prescrevem as penas sejam claras, a fim de que cada membro da sociedade possa distinguir as ações criminosas das ações virtuosas” (FOUCAULT, 2004, p.80)– primórdio do princípio da legalidade e, por conseguinte da taxatividade, dessa forma “ [...] que se acabem as tradições orais e os costumes, mas se elabore uma legislação escrita, que seja o monumento estável do pacto social” (FOUCAULT, 2004, p.80) – ideal da codificação - e por fim , “Que o monarca renuncie a seu direito de misericórdia, para que a força que está presente na ideia de pena não seja atenuada pela esperança dessa

intervenção” (FOUCAULT, 2004, p. 80-81). Com base nessas assertivas da Regra de Certeza Perfeita, podemos vislumbrar a presença de princípios que tangenciam o Direito Penal vigente no Brasil. Inicialmente, a preocupação que surge com a publicialização e taxatividade da lei, como produtos do princípio da legalidade, possibilita afirmar que o objetivo da taxatividade e da publicialização é ter a certeza que determinada norma incriminadora legal deve ser clara, compreensível, permitindo ao cidadão a real consciência acerca da conduta punível pelo Estado. Outro aspecto importante pode ser presumido como produto da taxatividade da lei, que é o fim das normas incriminadoras de caráter verbal, costumeiros (consuetudinários). Se finda o perdão monárquico, que como se sabe, ao longo da história e da abordagem do presente trabalho, transmite a ideia de que os interesses políticos estão intrínsecos no universo das penas e conseqüentemente dos perdões; somente aqueles que interessavam ao príncipe seriam. O fim dessa prática, que no Brasil perlongou-se até o período Imperial, com o poder Moderador, violava o princípio da isonomia, da universalidade das leis, além de criar um sentimento de impunidade na aplicação da lei aos homens “bons”. Esse rol de enunciados que constroem as máximas da regra de certeza perfeita, permitem o exercício da segurança jurídica na sociedade, pois uma vez que ela cede seus Direitos naturais ao Estado-Juiz, cabe esse corresponder com mesmo grau de idoneidade de seus concidadãos. Ferir a legalidade, a taxatividade, a segurança jurídica, não permitindo uma plena certeza dos termos do contrato social aos cidadãos, é uma imoralidade, e naturalmente uma ilegalidade. Resumindo o enunciado ao longo deste parágrafo, cita-se Foucault novamente, “(...) nada torna mais frágil o instrumento das leis que a presença de impunidade” (FOUCAULT, 2004, p. 81).

Temos a considerar também a Regra da Verdade Comum, a qual, em oposição às práticas dos suplícios e torturas, aparece como forma de se extrair a “verdade” e a “confissão” do torturado. Se antes o senhor da justiça era o senhor da verdade, ou seja, o juiz em sua “íntima convicção” determinava se o suspeito era culpado ou não, agora, através da força, extraia-se o que se desejava ouvir. Esse costume foi rompido, o senhor da justiça não é mais o senhor da verdade; como nas ciências exatas a verdade do crime só poderá ser admitida uma vez inteiramente comprovada, respeitando o devido processo legal no que tange a busca pela veracidade dos fatos.

Por fim veremos a Regra da Especificação Legal, pela qual se tenta resolver a questão: “como aplicar leis fixas a indivíduos singulares”. A solução é a individualização das penas. De fato, o marco inicial da regra é a

previsão de um sistema de leis codificada, bem compilada. Contudo, acredita-se que a “nocividade de um delito e seu valor de indução não são os mesmos de acordo com o status do infrator”. Nessa temática podemos contrapor: o agente público que praticou o crime de peculato, segundo o Art. 312 do atual Código Penal (BRASIL,2006) -

Art. 312 Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio - com outrem, mas por sua vez não funcionário público que praticou o crime de furto (BRASIL, 2006) -

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

Nesse sentido, admitindo que o castigo vise impedir a reincidência e promover a reeducação, uma pena similar para ambos os infratores não promoverá os efeitos que se esperam a respeito do primeiro caso. Assim, o juiz deve levar em conta “[...] em sua natureza profunda, o grau presumível de sua maldade, a qualidade intrínseca de sua vontade.” (FOUCAULT, 2004, p. 83), aproximando das práticas citadas ao longo do presente trabalho acerca das análises da alma do indivíduo, surgindo nesse instante a substituição da jurisprudência casuística, baseada friamente no ato em si, e trazendo à cena o saber psicológico.

As mudanças promovidas pelos reformadores, com base na Tecnopolítica da punição, na tentativa de promover grandes mudanças no contexto da aplicação de penas, haja vista as atrocidades do modelo monárquico, refletiram na sobreposição dos crimes de fraude, de natureza patrimonial, em relação aos crimes de sangue, isto é, dado o contexto econômico anteriormente citado em que se insere o surgimento dos ideais reformadores, a questão econômica e os crimes de viés econômico disseminaram-se na sociedade. Desta maneira, as consequências mais amplas a serem observadas por conta dos novos ideais reformadores, são melhor expressas pela citação: “[...] não [...] somente a alteração nas penas, também houve uma elevação geral do nível de vida, forte crescimento demográfico, e multiplicação das riquezas e propriedades” (MIGUEL, 2013, p.51).

Os resquícios dos ideais reformadores podem ser observados em vários casos, segundo diferentes contextos. No contexto histórico brasileiro, inicialmente avista-se Código Criminal do período imperial do Brasil, em seu Art. 33, que estabelece o princípio da legalidade e seus consequentes, taxatividade e publicialização, bem como faz valer a regra

reformadora da certeza perfeita. Assim, pelo Art. 33 do Código Criminal (BRASIL, 1830, grifo nosso).

Art. 33. Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquelas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo máximo, médio, ou mínimo, salvo o caso, em que aos Juizos se permitir arbítrio.

Contudo, de fato, o Código Criminal de 1830 contém resquícios do modelo reformador, bem como contém características do modelo monárquico, mas se nota um momento de transição e convivência de ambas as modelos. O que na Europa se fez principalmente no século XVIII, no contexto brasileiro, pode ser visualizado no século XIX, haja vista o modelo monárquico vigente no país e a influência europeia contrária ao modelo monárquico.

Alguns ideais reformadores foram esquecidos, como a regra do perdão real, o qual transmitia, segundo os reformadores, o nocivo sentimento de impunidade. Contudo, grande parte dos ordenamentos jurídicos do mundo adotam o perdão ou indulto concedido pelo chefe de Estado ou ministros de Estado. No Brasil, o indulto ou perdão presidencial provem de uma tradição do Direito lusitano, na qual o chefe de Estado concede indultos geralmente na época de Natal, por meio de Decreto Federal, “Herança da tradição portuguesa, o perdão imperial foi incorporado na primeira Constituição brasileira, datada de 1824, sendo hoje uma prerrogativa presidencial prevista na Constituição de 1988”. (CORDEIRO, RIBEIRO E MORANA, 2012).

Nova economia do Poder de Punir - 3ª Geração

O Estado Carcerário ou Instituição Carcerária, também considerada definições da terceira geração, tratam basicamente do enfrentamento entre o poder penal e o poder de punir.

As ilegalidades podem ser definidas pelo projeto político sob duas linhas de pensamento.

[...] A ‘objetivação’ do crime e do criminoso. De um lado, o criminoso designado como inimigo de todos, que tem interesse em perseguir, sai do pacto, desqualifica-se como cidadão e surge trazendo em si como que um fragmento selvagem de natureza. De outro lado, a necessidade de medir, de dentro, os efeitos do poder punitivo prescrevem táticas de intervenção sobre todos os criminosos. O

ajustamento de variáveis cada vez mais sutis leva igualmente a uma objetivação dos crimes e dos criminosos. O exercício da punição começa a ser acompanhada por uma relação de objeto na quais se encontram incluídos não só o crime como fato a estabelecer normas comuns, mas o criminoso como indivíduo a conhecer segundo critérios específicos. (FOUCAULT, 2004, p. 92)

A objetivação do crime obteve respostas mais rápidas e decisivas, já que está diretamente ligada a reorganização do poder de punir. Esse conceito apoia-se desde sempre nas ideias existentes do discurso dos juristas. Essa semitécnica das punições, em parte, ficará suspensa e será substituída por uma ideia de que o corpo representa novamente o escopo da punição, porém de forma inédita.

Apresentam a tentativa de estabelecer uma “economia” do poder de castigar, podendo punir todas as classes, de maneira igualitária, sem sofrer interferência de instancias que se opõem. O poder de punir não deveria depender de privilégios múltiplos e contraditórios da soberania. “[...] Que seja repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda a parte, de maneira contínua e até o mais fino grão do corpo social.” (FOUCAULT, 2004, p. 98).

O objetivo principal da mudança na forma de punir, elencado nessa terceira geração, não representa uma forma de punir baseada em princípios mais equitativos. A justiça penal é irregular, advindo do fato de em alguns casos a lei ser lacunosa, devido a várias instâncias que podem aplicá-las, além das diferenças de costumes e procedimentos e interesses particulares que intervém na punição.

As metas da economia do poder se pautam na pretensão de pôr em circulação, em todo corpo social, sinais de punição exatamente ajustados, sem gasto inútil do poder, sem excessos, tampouco lacunas. Porém, o conflito entre a individualização e o princípio da codificação se contrapõe com as técnicas desse novo modelo.

Apresentam a tentativa de estabelecer uma “economia” do poder de castigar, podendo punir todas as classes, de maneira igualitária, sem sofrer interferência de instancias que se opõem. O poder de punir não deveria depender de privilégios múltiplos e contraditórios da soberania. “[...] Que seja repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda a parte, de maneira contínua e até o mais fino grão do corpo social.” (FOUCAULT, 2004, p. 78).

A burguesia fundamentou parte do seu crescimento econômico, no abismo que existia da ilegalidade popular, já que não havia convergências bem como oposições. Fica claro que o novo modelo rompe definitivamente com a simetria em relação aos primeiros. Há uma espécie de poder paralelo e destarte, colaborou para a instauração da independência do poder de punir com relação ao poder de julgar.

Considera-se como a principal mudança do modelo reformador para o sistema do terceiro sistema punitivo, a alteração gerada pela emergência da instituição prisional, acompanhada da separação do processo penal, onde a parte de execução se tornou autônoma.

A partir do final do século XVIII, o processo começou a inverter-se. A propriedade passa a ser o alvo de tutela do Estado e não mais os direitos, bem como os bens tornam-se mais relevantes. Inicia-se uma crise de ilegalidade popular:

[...] A ilegalidade dos direitos, que muitas vezes assegurava a sobrevivência dos mais despojados, tende, com o novo estatuto da propriedade, a tornar-se uma ilegalidade de bens. Será então necessário puni-la. (FOUCAULT, 2004, p. 82)

Com o aumento da disputa de propriedades, seu desenvolvimento e o fortalecimento do capitalismo, os conflitos relacionados às questões de propriedades e de contratos tornam-se mais frequentes, e, na mesma via o Estado, que busca regulamentar tais situações, mostra como resposta aos anseios da sociedade, também o aumento (e não a intensidade) das punições, questão que gerou outros resultados, como uma divisão/oposição de classes. A ilegalidade do direito se divorciou da ilegalidade dos bens. A burguesia, por seu privilégio, teria mais acesso aos direitos, enquanto que as classes populares à ilegalidade dos bens.

O ato de punir desvinculou-se da vingança do soberano, para agora defender os interesses da sociedade. O infrator passou a ser visto como inimigo comum. É preciso punir o suficiente para que o delito não se repita.

Há uma necessidade de classificação dos crimes e castigos e uma necessidade de individualização das penas, levando-se em conta todas as características singulares de cada criminoso. O código bem adaptado se baseia na individualização. Esta se baseia mais ao que “[...] Se refere ao próprio infrator, à sua natureza, a seu modo de vida e pensar, a seu passado, à ‘qualidade’ e não mais à intenção de sua vontade.” (FOUCAULT, 2004, p. 95).

A arte de punir deve -se concentrar na tecnologia da representação. É necessário um castigo que não atraia mais a ideia de se praticar um delito, iniciando-se, assim, a ideia do que considera mitigação das penas, segundo a qual algumas condições devem ser seguidas:

Os sinais devem diminuir o desejo que torna atraente o ato ilícito e aumentar o temor a punição;

A punição ideal será clara, evidente quanto ao crime que se pune e o poder responsável se ocultará;

A pena deve ser responsável por transformar, modificar, estabelecer sinais e organizar obstáculos. E o tempo deve ser o seu operador.

É necessário que a pena seja um castigo natural e verdadeiramente útil, espera-se que inexistem as penas ostentadas e inúteis, que só tinham como objetivo mostrar o verdadeiro poder daquele que condenava;

Cada ato de punição deve lembrar o porquê de assim se fazer, lembrar a lei e mostrar a necessidade de se reprimir tal conduta. Seria uma lição, e a exploração da moralidade pública deve dar o exemplo;

A ideia da punição é a de reeducação da vida social; o crime aparece como um ultraje grave, e aquele que o cometeu, como um inimigo da própria sociedade.

Foucault põe em debate: “[...] Como pôde a detenção, tão visivelmente ligada a esse ilegalismo que é denunciado até no poder do príncipe, em tão pouco tempo tornar-se uma das formas mais gerais dos castigos legais?” (FOUCAULT, 2004, p. 116).

A supremacia da “cidade punitiva”, simplesmente descrita como um estado de coisas teve os seguintes efeitos:

a) Gradação continua: desde a menor desordem até a grave infração legal. “[...] O encarceramento com seus mecanismos de vigilância e punição funcionam segundo um princípio de relativa continuidade”. (FOUCAULT, 2004, p. 261)

b) Recrutamento dos grandes delinquentes: o séc. XIX, com o jogo das diferenciações e das interligações disciplinares, construíram canais rigorosos que, na essência do sistema, adestram a docilidade e fabricam a delinquência com os mesmos mecanismos.

c) Legitimação do poder de punir: “[...] o efeito mais importante talvez no sistema carcerário e de sua extensão bem além da prisão legal é que ele consegue tornar natural e legítimo o poder de punir, baixar pelo menos o limite de tolerância a penalidade.” (FOUCAULT, 2004, p. 264). A

relação entre os efeitos torna uma espécie de base para o outro, enquanto de um lado há a questão da continuidade, do outro a lei e suas sentenças dão um tipo de aval para os mecanismos disciplinares; seria uma forma de apoio legal para as decisões e as sanções.

d) Nova forma da lei: “[...] um misto de legalidade e natureza, de prescrição e constituição, a norma”. (FOUCAULT, 2004, p. 265) Os juízes passam a se subordinar verdadeiramente às normas, e há uma dificuldade de julgar, pois se devem analisar as peculiaridades de cada caso. O poder normalizador se apoiou nas formas concentradas ou disseminadas da rede carcerária, em seus sistemas de inserção, distribuição, vigilância e observação.

“Tessitura carcerária da sociedade: esta realiza ao mesmo tempo as captações reais do corpo e sua perpétua observação; é, por suas propriedades intrínsecas, o aparelho de punição mais de acordo com a nova economia do poder, e o instrumento para a formação do saber de que essa mesma economia tem necessidade.” (FOUCAULT, 2004, p. 266).

O homem que conseguimos conhecer, se torna o efeito-objeto dessa análise, dessa dominação- observação.

e) Extrema solidez da prisão: “[...] quando se pretende modificar o regime de encarceramento, a dificuldade não vem só da instituição judiciária; o que resiste é a prisão com todas suas determinações.” (FOUCAULT, 2004, p. 267) A solidão na prisão de alguma maneira leva ao criminoso, a temer com atos que sejam contraditórios a lei, e a geração da economia do poder trabalha muito bem quando diz que o objeto de punição deixou de ser o corpo fisicamente.

Enfim, no projeto de instituição carcerária que se elabora a punição é uma técnica de coerção dos indivíduos; ela utiliza processos de treinamento do corpo sob a forma de hábitos, de comportamentos; o que pressupõe a implantação de um poder específico de gestão da pena.

Como esse novo modelo tende a analisar o indivíduo em si, como visto no ordenamento, (BRASIL, 2006):

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei

III - ter o agente:

- a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
- b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
- c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
- d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
- e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Portanto, se de algum modo ele não representar perigo algum para a sociedade, ele terá sua pena amenizada ou convertida em outro tipo de pena. Mostrando claramente como o indivíduo é mais analisado em suas especificidades do que o próprio ato por ele praticado. Se não for considerado como um inimigo da sociedade, ele será punido de forma mais branda para que não se repita o ato ilícito por ele cometido.

As seis condições que Foucault propõe para mitigação das penas nem sempre são seguidas pelo Ordenamento Jurídico.

A prisão nem sempre aumenta o medo do criminoso de ser punido novamente, muitas vezes pelo fato de o indivíduo não ser punido de fato e ter sua pena convertida. Alguns deles acreditam que passarão “impunes” por outras situações, como no caso de porte de arma de acordo com a Lei nº 10.826 de 22 de Dezembro de 2003, diz que:

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.

As punições em algumas vezes são consideradas injustas pela sociedade, já que alguns bens jurídicos têm valores mais relevantes para a lei do que para o próprio indivíduo. Temos um exemplo bem palpável para

mostrar como esse pressuposto não é seguido. Remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento, pode levar a pena de reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa (art.311, CP). O bem jurídico nesse caso seria um bem material, o veículo automotor. Bem contraditório quanto ao valor do bem jurídico tutelado é o crime de lesão corporal, de acordo com art. 129, que diz que ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem, leva a uma pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano. Ou seja, o veículo, neste caso se torna mais importante do que a vida.

Em outras situações, muitos dos considerados criminosos, depois de presos, têm um desejo de vingança por aquele que o denunciou, ou aquele que colaborou para tal; enfim, saem do encarceramento com objetivo de cometer outros atos ilícitos, e alguns nem se importam, pelas chances que tem, de voltarem para as cadeias.

Existem vários casos de penas consideradas “inúteis”. A prisão em flagrante que deverá ser analisada em 24 horas pelo juiz, para que o réu obtenha alguma resposta, comporta inúmeros presos nas cadeias por mais de meses. E por falta de celeridade no Judiciário, alguns presos cumprem mais tempo do que o definido na Sentença Condenatória.

E como já dito anteriormente, o objetivo do afastamento do criminoso é reeducá-lo e mostrá-lo que descumprir o que a lei determina, poderá surtir efeitos indesejáveis. Uma tentativa de ensinar que as condutas lícitas são mais importantes e colaboram mais com a sociedade. Porém não é isso que ocorre provocando-se sentimento de revolta predominante entre os encarcerados.

Considerações Finais

Pudemos constatar que dentre os três sistemas – monárquico, reformador, cidade punitiva – nenhum se manteve intacto ao longo dos anos; tampouco, algum deles efetivou-se a ponto de extinguir o outro.

O fenômeno que ocorreu após o século XVIII foi a mutação dos modelos foucautianos, isto é, adequação de fatores de determinado modelo com outro ou até mesmo a mutação e aplicação dos três em conjunto.

Foucault (2004) permite-nos entender que o modelo da cidade punitiva sobrepor-se-ia perante os demais. Contudo, o terceiro modelo se faz presente em diversos ordenamentos servindo de base, mas convivendo

com elementos históricos que caracterizam os modelos reformador e monárquico.

Mas, de fato, é sabido que toda e qualquer alteração paradigmática no tocante a aplicação de determinado modelo, ou sua aplicação temperada com fatores externos a ele, são reflexos da dinâmica econômica e conseqüentemente social em que se insere a sociedade em questão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal, 2. Ed. São Paulo Saraiva.

_____. Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003. In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Lívia; NICOLLETI, Juliana Vade Mecum, 13 ed. São Paulo: Saraiva.

_____. Decreto 6.076/2008, de 30 de dezembro de 2008. In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Lívia; NICOLLETI, Juliana Vade Mecum, 13 ed. São Paulo: Saraiva.

_____. Código Criminal. Rio de Janeiro, 8 de janeiro de 1831. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em 14 de agosto de 2013.

CORDEIRO Quirino; RIBEIRO Bernardon; MORANA, Hilda Clotilde Pentead. Psiquiatria Forense: O Indulto Presidencial e a Medida de Segurança. Dezembro de 2012 - Vol.17 - Nº 12, Revista: Psychiatry On-line Brazil . Disponível em: <http://www.polbr.med.br/ano12/for1212.php>. Acesso em 20 de agosto de 2013.

CENTRO CULTURAL BENEFICENTE ÁRABE ISLÂMICO DE FOZ DO IGUAÇU, Alcorão. Foz do Iguaçu, 2013. Disponível em <http://www.islam.com.br/alcorao.html>, acesso em 21 de agosto de 2013

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Ed. 29, Petrópolis. Vozes 2004.

HANINI, Zuhra Mohd El. Noções de Direitos Islâmico (Shariah). 2010. Monografia – Universidade da Região da Campanha – Campus Universitário do Curso de Direito.

MIGUEL, Lorena Marina dos Santos. A Norma Jurídica e a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro. Revista Habitus, revista eletrônica dos alunos de graduação em Ciências Sociais – IFCS/UFRJ. Rio de

Janeiro, v. 11, n. 1, p. -40-64. Junho de 2013. Semestral. Disponível em www.habitus.ifcs.ufrj.br. Acesso em 20 de agosto de 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 12 de setembro de 2010. Jornal Oficial da União Europeia, Luxemburgo, 30 de março de 2010. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:PT:PDF> . Acesso em: 20 de agosto de 2013.