

ALÉM DA LÓGICA DO CASTIGO: ABOLICIONISMO PENAL, JUSTIÇA RESTAURATIVA E OS TRÊS DOGMAS DO PENALISMO

BEYOND THE PUNISHMENT LOGIC: PENAL
ABOLITIONISM, RESTORATIVE JUSTICE AND THE
THREE DOGMAS OF PENALISM

ALLÁ DE LA LÓGICA DEL CASTIGO: ABOLICIONISMO
PENAL, JUSTICIA RESTAURATIVA Y LOS TRES DOGMAS
DEL PENALISMO

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2 Enjaular seres humanos: quem? Por quê? Para que?; 3. Os três dogmas do penalismo; 3.1 O dogma da relação causal entre crime e pena; 3.2 O dogma da inevitabilidade da pena; 3.3 O dogma da humanização da pena; 4. Gozo punitivo, gozo panóptico, trato cruel; 5. Por que não ser cruel? (ou por que ser abolicionista?); 6. Como não ser cruel? (ou por que a justiça restaurativa?); 7. Considerações finais; Referências.

RESUMO:

Este estudo tenciona apresentar uma perspectiva criminológica do abolicionismo penal, relacionando-a com os modelos de justiça restaurativa. Inicialmente, problematizou-se a prática de enjaular pessoas, considerando três perguntas fundamentais: quem são os enjaulados? Por que? Para que? A tradição jurídico-penal responde estes questionamentos fundando-se nos dogmas da relação causal entre crime e castigo, da inevitabilidade da pena e da humanização da pena. Ao perscrutar tais dogmas, en-

Como citar este artigo:

LAGES, Lucas,
MACHADO, Bruno.
Além da lógica do
castigo: abolicionismo
penal, justiça
restaurativa e os três
dogmas do penalismo.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 29, 2018,
p. 319-361

Data da submissão:
29/10/2018

Data da aprovação:
12/12/2018

1. Centro Universitário
de Brasília
UNICEUB - Brasil

2. Centro Universitário
de Brasília
UNICEUB - Brasil

controu-se no abolicionismo penal a possibilidade de afastar as práticas do trato cruel estatal, favorecendo laços sociais solidários, e verificou-se a compatibilidade do modelo de justiça restaurativa com uma cultura jurídica de negação da crueldade.

ABSTRACT:

This study intends to present a criminological perspective of the criminal abolitionism, relating it with models of restorative justice. Initially, the practice of caging people was problematized, considering three fundamental questions: who are the caged? Why? What for? The criminal-legal tradition answers these questions based on the dogmas of the causal relationship between crime and punishment, the inevitability of punishment and the humanization of punishment. By examining such dogmas, it was found in the criminal abolition the possibility to settle practices of cruel treatment, in order to strengthen solidarity and social bonds, and the compatibility of the model of restoration justice with a legal culture of cruelty denial.

RESUMEN:

Este estudio pretende presentar una perspectiva criminológica del abolicionismo penal, relacionándola con los modelos de justicia restaurativa. Inicialmente, se problematizó la práctica de enjaular personas, considerando tres preguntas fundamentales: ¿quiénes son los enjaulados? ¿Por qué? ¿Para que? La tradición jurídico-penal responde estos cuestionamientos fundándose en los dogmas de la relación causal entre crimen y castigo, de la inevitabilidad de la pena y de la humanización de la pena. Al escudriñar estos dogmas, se encontró en el abolicionismo penal la posibilidad de dirimir las prácticas del trato cruel estatal, favoreciendo lazos sociales solidarios, y se verificó la compatibilidad del modelo de justicia restaurativa con una cultura jurídica de negación de la crueldad.

PALAVRAS-CHAVE:

Abolicionismo Penal. Justiça Restaurativa. Crueldade. Gozo Punitivo. Gozo Panóptico.

KEYWORDS:

Criminal Abolition. Restorative Justice. Cruelty. Punitive Enjoyment. Panoptic Enjoyment.

PALABRAS CLAVE:

Abolicionismo Penal. Justicia Restaurativa. Crueldad. Gozo Punitivo. Gozo Panóptico.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é uma sociedade que enjaula seres humanos. Cerca de cem milhões de pessoas estão encarceradas, nesse momento, ao redor do mundo¹. O presente trabalho tem por objetivo precípuo reaprender o espanto com essa curiosa prática e questionar-se acerca do enjaulamento de seres humanos, mormente buscando responder a três questionamentos: 1) Quem são os enjaulados? 2) Por que são enjaulados? 3) Para que são enjaulados?

As respostas tradicionais a essas perguntas, assim como todos os discursos teóricos que, de alguma maneira, legitimam o poder punitivo e, especificamente, a pena privativa de liberdade – que aqui será tratada por enjaulamento de seres humanos, substituindo os eufemismos clássicos da linguagem penal pelo uso, inspirado em Nietzsche, da hiberbole como estratégia política de transgressão (NEHAMAS, 2002) – parecem se assentar, de forma aberta ou não, em três dogmas que habitam veladamente o subterrâneo do discurso penal e que se pretende trazer à superfície.

O primeiro desses dogmas é a crença de que existe uma relação de causa e efeito entre crime e pena, desviação e castigo, ou seja, de que ao crime, como causa, corresponde a pena, enquanto consequência. As principais chaves teóricas que serão utilizadas para desmascarar esta superstição da relação causal entre crime e castigo serão a criminologia da reação social e o interacionismo simbólico, com os estudos sobre os processos de criminalização e as teorias do etiquetamento (*labeling approach*).

A forma com a qual se lida com esse dogma tem muito a ver com a forma como se responde às duas primeiras perguntas aqui formuladas (quem são os enjaulados? Por que são enjaulados?).

O segundo dogma é o mito da inexorabilidade da pena, a fantasia

de que, sem poder punitivo estatal, as sociedades se dissolveriam em vingança privada generalizada. Do interior dessa fantasia exsurge outra: a de que o enjaulamento de seres humanos é também inevitável, pois não haveria alternativa viável à pena de prisão. Este dogma relaciona-se com a forma como se responde às duas últimas perguntas (por que enjaulamos pessoas? Para que as enjaulamos?) e será analisado pelo marco teórico da antropologia política.

O terceiro dogma é o mito da humanização da pena, a crença de que a pena privativa de liberdade (enjaulamento) faz parte do projeto teórico iluminista de humanização do direito penal, o que leva a que se sustente que enjaular pessoas é uma maneira humana de lidar com situações-problema. Também esse dogma tem que ver com a forma como respondemos às duas últimas perguntas formuladas (por que enjaular? Para que enjaular?) e será analisado com as lentes genealógicas da história da pena e do poder punitivo, mormente como feita por Michel Foucault.

Após a análise do que aqui se nominará três dogmas do penalismo e, acrescentando aos marcos teóricos já mencionados uma leitura psicanalítica das “funções” do enjaulamento, serão propostas novas respostas aos três quesitos originários (quem são os enjaulados? Por que são enjaulados? Para que são enjaulados?) para, então, sintetizar todos os marcos teóricos em uma postura final a ser sustentada: o abolicionismo penal como estilo de vida e como proposta de um novo vocabulário para redescobrir velhas práticas.

Por fim, será apresentado o modelo da justiça restaurativa, em breve revisão teórica, para se observar sua compatibilidade com a crítica criminológica abolicionista.

2. ENJAULAR SERES HUMANOS: QUEM? POR QUÊ? PARA QUE?

É simples a resposta tradicional aos três questionamentos propostos. Quem são os enjaulados? Os criminosos. Por quê? Por que cometeram crimes. Para que? Para evitar o crime. Para garantir a ordem social. Para que sejam ressocializados. Para garantir a vigência da norma. Para que se restabeleça a justiça.

Estas respostas, direta ou indiretamente, derivam da crença em três dogmas que são fruto da fantasia do penalista e que são instrumentais para justificar todo discurso legitimante do poder punitivo e do enjaula-

mento de pessoas:

1. O dogma da relação causal entre crime e castigo: “a pena é a resposta estatal ao delito” / “o delito é causa à qual a pena corresponde como efeito” / “pune-se aqueles que são culpados por praticar delitos”.
2. O dogma da inexorabilidade da pena: “sem poder punitivo estatal a sociedade se dissolve em guerra de todos contra todos” / “alguém precisa sofrer para que a sociedade exista” / “não há alternativas à pena privativa de liberdade (enjaulamento)”.
3. O dogma da humanização da pena: “a pena privativa de liberdade (enjaulamento) faz parte do projeto teórico iluminista de humanização do direito penal”/“a pena privativa de liberdade (enjaulamento) representa um salto evolutivo na história das penas”/“o enjaulamento possui fundamento teórico”/“a pena possui funções positivas”.

Estes dogmas, entretanto, estão desmascarados e desnudados como falsos pelas ciências sociais, antropológicas e históricas. Ocorre que o jurista, que tradicionalmente padece de certo isolamento científico, fecha-se em sua própria realidade e deixa de dialogar, conhecer e ouvir o que os outros campos do saber lhe têm a dizer. O jurista normalmente só dialoga com o jurista.

É impossível pretender independência e separação entre direito penal, política criminal e criminologia. O direito penal produz o saber que tem por finalidade embasar as decisões judiciais segundo um programa traçado pela política-criminal, programa este, por sua vez, concebido com base nos dados e diagnósticos levantados pela criminologia. Um saber penal que se pretenda alienado à questão do poder (política) e aos dados da realidade social será sempre um saber fantasioso, uma ilusão ou mesmo uma alucinação.

Assim, as teorias na seara da dogmática penal (direito penal) não podem se refugiar na absoluta abstração do “dever ser”, pois o “dever ser”, por definição, é algo que “não é”. Pretender fundamentar uma ciência sobre aquilo que “não é” é fundamentá-la sobre a mentira, baseá-la em dados sociais falsos ou inventados. Os discursos sobre as funções da pena estão, no entanto, ancorados na abstração destes três dogmas que não

encontram qualquer relação com os dados que se pode colher da realidade social. É preciso, assim, trazer à superfície esses (falsos) dogmas que repousam no subterrâneo do discurso jurídico-penal. É preciso fazê-los falar e, principalmente, desmontar sua palavra e deixar às escâncaras sua natureza supersticiosa, irracional, mística e, principalmente, cruel.

3. OS TRÊS DOGMAS DO PENALISMO

3.1 O dogma da relação causal entre crime e pena

É lugar comum do discurso jurídico-penal pensar a pena como consequência do crime. Ao crime, como causa, corresponde a pena, como efeito. Graças à crença nesse dogma se imagina que as pessoas sobre quem incidem as penas são aquelas que cometeram delitos. Essa ideia, longe de real, é uma verdadeira alucinação, e é em razão dessa alucinação que imaginamos que a pena incide sobre aqueles que delinquiram e porque delinquiram.

À atividade de escolha daqueles a quem se imputará uma infração de natureza penal, presente em todas as sociedades contemporâneas que institucionalizaram o poder punitivo, habituou-se chamar “criminalização”. Este processo é levado a cabo pelo conjunto de agências que compõem o sistema penal. Estudar como se dá o processo de criminalização tem sido o foco da criminologia desde a década de sessenta do século XX, quando se abandonou o paradigma etiológico (busca pelas causas do crime) em favor do paradigma da reação social.

O processo de criminalização ocorre, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni (2011), em dois momentos, denominados criminalização primária e secundária. Criminalização primária “*es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas*” (ZAFFARONI, 2011, p. 07). Trata-se de criar as leis penais incriminadoras, atividade exercida, basicamente, pelo poder legislativo e que traça um programa que deve ser cumprido por outras agências do sistema penal (polícias, judiciário, ministério público...). Já a criminalização secundária

Es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la pri-

va de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso (o sea, el avance de una serie de actos secretos o públicos para establecer si realmente ha realizado esa acción), se discute publicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria (prisionización). (ZAFFARONI, 2011, p. 07).

Assim, a criminalização primária determina quais condutas devem ser consideradas como crime e submetidas a pena, enquanto as agências executivas responsáveis pela criminalização secundária procuram realizar esse programa, fazendo incidir o poder punitivo sobre aqueles que praticam as condutas primariamente criminalizadas.

Ocorre que “a criminalização primária é um projeto legal tão enorme que, em sentido estrito, abarcaria a quase toda a população” (ZAFFARONI, 2012, p. 22), vez que a quantidade de crimes tipificada pelas leis penais e a quantidade de pessoas que praticam as condutas típicas é incensurável. O programa traçado pela criminalização primária, portanto, *é estruturalmente irrealizável*:

La criminalización primaria es un programa tan inmenso, que nunca y en ningún país se pretendió llevarlo a cabo en toda su extensión, y ni siquiera en parte considerable, porque es inimaginable (ZAFFARONI, 2011, p. 07).

É impossível para as agências de criminalização secundária, mormente para a polícia, investigar todas as condutas criminalizáveis praticadas por todas as pessoas. As agências de criminalização tem limitada capacidade operativa, tanto em razão de limitação de pessoal como de recursos.

Assim, é natural que o sistema penal, através das agências de criminalização secundária, promova uma seleção criminalizante e que leve a cabo apenas uma ínfima porção do programa traçado pela criminalização primária.

Diante do programa faraônico e irrealizável da criminalização primária, não resta às agências executivas, para tornar possível a promoção da criminalização secundária, outra saída que não atuar de forma seletiva. Incube a elas, portanto, decidir de quem irão se ocupar, ou seja, quem serão as pessoas que serão criminalizadas:

Esto responde a que las agencias de criminalización secundaria, dada su pequeña capacidad frente a la inmensidad del programa que discursivamente se les encomienda, deben optar entre la inactividad o la selección. Como la primera acarrearía su desaparición, cumplen con la regla de toda burocracia y proceden a la selección. Este poder corresponde fundamentalmente a las agencias policiales (ZAFFARONI, 2011, p. 08).

Essa seleção promovida pelas agências policiais não se dá, entretanto, em termos de critérios traçados exclusivamente por elas próprias, senão também por outras agências, inclusive as de comunicação social, assumindo a mídia papel de destaque na tarefa de forjar o estereótipo da pessoa suspeita, do criminoso em potencial, visto enquanto inimigo da sociedade.

A esse estereótipo do inimigo, construído nos meios de comunicação e no imaginário popular, soma-se outro critério orientador da seletividade da criminalização secundária, decorrente das próprias limitações operativas (quantitativas e qualitativas) das agências policiais: opta-se por investigar o que é mais fácil. Em geral, esta escolha pelo mais simples significa direcionar os esforços investigativos: a) ao que Zaffaroni chama “obras ilícitas toscas”, ou seja, aos crimes grosseiros, praticados sem qualquer sofisticação, cuja detecção se torna mais fácil; b) às pessoas sobre quem a incidência do poder punitivo cause menos problemas, por sua impossibilidade de acesso ao poder político ou à comunicação de massa (ZAFFARONI, 2011).

Assim, os fatos mais grosseiros cometidos por pessoas com menos acesso à comunicação e educação são projetados à opinião pública como os únicos delitos e os autores destas condutas como os únicos delinquentes. Cria-se, então, um estereótipo de criminoso que é difundido maciçamente entre o imaginário coletivo, etiquetando como o delinquente potencial, em geral, os homens jovens vindos de classes sociais mais carentes (pobres), ligados a grupos étnicos historicamente “desempoderados” (negros, por exemplo) e fora dos padrões estéticos dominantes (feios):

Por tratarse de personas desvaloradas, es posible asociarles todas las cargas negativas que existen en la sociedad en forma de prejuicio, lo que termina fijando una imagen pública del delincuente, con componentes classistas, racistas, etários, de género y estéticos (ZAFFARONI, 2011, p. 09).

A tomada de consciência proporcionada por esta perspectiva criminológica, tributária do interacionismo simbólico e das teorias do etiquetamento (*labeling approach*), promoveu um câmbio de paradigmas nos estudos criminológicos, inaugurando o chamado paradigma da reação social. A criminologia passa a estar mais comprometida com o desmascaramento do processo de criminalização e sua seletividade do que com a tradicional abordagem etiológica (positivista) de quem procura pelas “causas” da delinquência (ZAFFARONI, 2012).

Essa seletividade da criminalização secundária, projetada pela comunicação massiva, cria no imaginário popular a ideia de um sistema prisional povoado por criminosos extremamente perigosos, autores de delitos graves e bárbaros (homicídios, estupros, etc.), quando, na realidade, à grande maioria dos apenados foram atribuídas obras ilícitas toscas com fins lucrativos (crimes contra o patrimônio) ou crimes, em sua essência, de duvidosa tipicidade material (como o tráfico de substâncias entorpecentes, por exemplo). Assim, provoca-se uma difusão criminalizadora epidêmica que atinge somente àqueles com baixa imunidade ante o poder punitivo, ou seja, os que se encontram em *estado de vulnerabilidade* em relação às agências de criminalização secundária porque (a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais (pobre, negro, imigrante, feio, jovem, homem...); (b) seu treinamento social (educação) só lhes permite produzir obras ilícitas toscas, de fácil detecção; (c) seu etiquetamento como “criminosos em potencial” produz a assunção do papel social que lhes é atribuído, fazendo com que a imagem difundida sobre si transforme-se em suas próprias autoimagens, nas quais mergulham, terminando por comportar-se segundo é esperado que se comportem, ou seja, praticando crimes (ZAFFARONI, 2011).

O sistema penal opera, portanto, na forma de um filtro:

- (a) El poder punitivo criminaliza seleccionando, por regla general, a las personas que encuadran en los estereotipos criminales y que por ello son vulnerables, por ser sólo capaces de obras ilícitas toscas y por asumirlas como roles demandados según los valores negativos – o contravalores – asociados al estereotipo (criminalización conforme a estereotipo).
- (b) Con mucha menor frecuencia criminaliza a las personas que, sin encuadrar en el estereotipo, hayan actuado con bru-

teza tan singular o patológica que se han vuelto vulnerables (autores de homicídios intrafamiliares, de robos neuróticos, etc.) (criminalización por comportamiento grotesco o trágico). (c) Muy excepcionalmente, criminaliza a alguien que, hallándose en una posición que lo hace prácticamente invulnerable al poder punitivo, lleva la peor parte en una pugna de poder hegemónico y sufre por ello una caída en la vulnerabilidad (criminalización por retiro de cobertura) (ZAFFARONI, 2011, p. 11).

Neste mesmo sentido:

O sistema penal atua sempre seletivamente e seleciona de acordo com estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa. Estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência de colarinho branco, dourada, de trânsito, etc.).

Nas prisões encontramos os estereotipados. Na prática, é pela observação das características comuns à população prisional que descrevemos os estereótipos a serem selecionados pelo sistema penal, que sai então a procurá-los. E, como a cada estereótipo deve corresponder um papel, as pessoas assim selecionadas terminam correspondendo e assumindo os papéis que lhes são propostos (ZAFFARONI, 2012, p. 130).

Essa seletividade do processo de criminalização, segundo Zaffaroni (2011), é *estrutural* e, portanto, não há sistema penal no mundo em que a regra geral não seja a criminalização secundária segundo a posição de vulnerabilidade do candidato a ser criminalizado.

Em resumo: os selecionados pelo sistema penal para submissão ao enjaulamento não são os criminosos, pois crimes praticamente todos os cidadãos cometem frequentemente (dirigir sob efeito de álcool, baixar mídias na internet em violação aos direitos autorais, fotocopiar livros, etc.). A pena não é simplesmente uma consequência da conduta descrita como criminosa. Os enjaulados não são aqueles que cometem crimes, senão aqueles que, vindos de parcelas vulneráveis da população, se enquadram em determinada imagem e em um estereótipo socialmente difundido do delincente. São aqueles em quem a etiqueta de delincente adere com facilidade.

Ademais, importante ter em mente que, no caso da América Latina, mais de 70% da população carcerária é composta por presos sem condenação (provisórios). Assim, nem sequer podemos dizer que os enjaulados são aqueles que foram condenados pela prática de delitos ou que cometeram delitos, já que a maioria deles sequer foi julgada para que se demonstrasse ter havido, de sua parte, cometimento de ilícito.

Por fim, vale tomar em conta a advertência sempre presente na obra de Louk Hulsman acerca das chamadas “cifras negras”. Há muito aqueles que trabalham com “dados estatísticos” acerca da questão penal têm se dado conta de que inúmeros eventos criminalizáveis denunciados à polícia nunca chegam aos tribunais. Essa diferença entre os crimes denunciados (estatísticas da polícia) e os crimes judicializados (estatísticas dos tribunais) é chamada de cifra negra (HULSMAN, 2003).

Segundo Hulsman (2003, p. 204), “a grande maioria de eventos criminalizáveis (“sérios” e “menores”) pertence à cifra negra”, de maneira que à grande maioria das pessoas que praticam delitos não corresponde, como resposta, sequer uma ação penal, que se dirá efetivamente uma pena. Não é por meio do sistema penal, então, que a sociedade lida com a maioria das situações-problema criminalizáveis.

Em suma: Não há uma relação causal entre cometer crime e sofrer pena. Os enjaulados não são aqueles que cometeram crimes e não estão enjaulados porque cometeram crimes. Os enjaulados são os vulneráveis e são enjaulados porque se enquadram em determinado estereótipo que lhes permite ser rotulados como delinquentes e capturados pelo sistema penal sob esse pretexto.

3.2 O dogma da inevitabilidade da pena

Eis o segundo grande dogma do penalista: sem poder punitivo estatal, as sociedades se dissolvem em violência generalizada. Toda a doutrina penal moderna está construída em torno do mito da pena inevitável. A instituição do castigo estatal como resposta à conduta desviante seria, justamente, o grande marco que separa as sociedades “civilizadas” das “primitivas”: “o homem abre caminho da selvageria à civilização com a regra de castigo na mão” (ALAGIA, 2013, p. 19).

A principal fonte desse dogma encontra-se em Hobbes (2008), para quem, em estado de natureza, o homem viveria em permanente guerra de

todos contra todos, de maneira que, mais do que por uma suposta irracionalidade do selvagem, as sociedades primitivas estariam condenadas à violência generalizada pela falta de governo e de poder punitivo.

Em Hobbes, o homem, seja ele selvagem ou civilizado, é governado por paixões e afetos cegos que o inclinam à vingança. Daí que, tanto ele como Spinoza (2012), seu contemporâneo, justificam a soberania punitiva na ameaça de anarquia. Nessa esteira também seguem John Locke (2006) e os demais adeptos da teoria contratualista, bem como os neocontratualistas do século XX como John Rawls (2002) e Robert Nozick (2001), sempre partindo do pressuposto de que é necessário castigar para que a sociedade exista.

Essa crença, que Alejandro Alagia (2013) denominou “o mito da pena inevitável”, povoa até hoje o imaginário dos penalistas e é lugar comum nos tratados de direito penal. Ocorre que essa fantasia do penalismo encontra-se já desmascarada pela antropologia política também desde a década de sessenta do século XX. Estudos de antropólogos e etnólogos que observaram de dentro várias sociedades tribais da América e da África nos esclarecem que, negando a alucinação do penalista, não é a vingança a regra para solução de conflitos nas sociedades sem estado, mas a composição e a reparação². A regra geral da sociedade primitiva não é a da vingança de todos contra todos, mas a do intercâmbio de todos com todos, como já esclarecera Marcel Mauss (2010). Essa composição por meio do intercâmbio, que era a forma natural de solução dos conflitos naquelas sociedades, era atingida sem a necessidade da intervenção de qualquer autoridade instituída de poder. Por vezes, a composição podia ser intermediada pela figura do chefe da tribo, porém este chefe, na sociedade primitiva, era um chefe sem poder, ou cujo poder residia apenas na palavra e na capacidade que possuía de pacificar através da retórica - “chefia e linguagem estão, na sociedade primitiva, intrinsecamente ligadas; a palavra é o único poder concedido ao chefe: mais do que isso, a palavra é para ele um dever” (CLASTRES, 2013a, p. 229).

Sobre esse papel do chefe nas sociedades tribais, esclarece Pierre Clastres (2013a, p. 218):

A tribo não possui um rei, mas um chefe que não é chefe de Estado. O que significa isso? Simplesmente que o chefe não dispõe de nenhuma autoridade, de nenhum poder de

coerção, de nenhum meio de dar uma ordem. O chefe não é um comandante, as pessoas da tribo não têm nenhum dever de obediência. *O espaço da chefia não é o lugar do poder, e a figura (mal denominada) do “chefe” selvagem não prefigura em nada aquela de um futuro déspota. Certamente não é da chefia primitiva que se pode deduzir o aparelho estatal em geral.*

O chefe, na sociedade tribal, não é, portanto, uma antecipação do que viria a ser a figura do soberano nas sociedades com Estado, mas somente alguém que trabalha para a sociedade e cujo poder é apenas o de pacificar, por meio do discurso e de modo consensual, os conflitos. Sua figura também em nada se assemelha à de um juiz, pois ele não decide, não diz o direito e sua palavra não tem força de lei. Se o chefe tenta impor seu poder à tribo, necessariamente perde a posição de chefia:

É por isso que é impossível para o chefe alterar essa relação em seu proveito, colocar a sociedade a seu próprio serviço, exercer sobre a tribo o que denominamos poder: a sociedade primitiva nunca tolerará que seu chefe se transforme em déspota (2013a, p. 220).

O destino do chefe que pretende “bançar o chefe”, como bem esclarece Clastres (2013a) com os exemplos do índio Fousiwe, entre os Yanomami, e de Gerônimo, entre os Apache, é sempre um destino trágico.

As sociedades primitivas se protegem contra o surgimento da autoridade e, conseqüentemente, do Estado e do poder punitivo:

A propriedade essencial (quer dizer, que toca a essência) da sociedade primitiva é exercer um poder absoluto e completo sobre tudo que a compõe, é interditar a autonomia de qualquer um dos subconjuntos que a constituem, é manter todos os movimentos internos, conscientes e inconscientes, que alimentam a vida social, nos limites e na direção desejados pela sociedade. A tribo manifesta entre outras (e pela violência se for necessário) sua vontade de preservar essa ordem social primitiva, interditando a emergência de um poder político individual, central e separado (CLASTRES, 2013a, p. 224-225).

Assim, não há nessas sociedades um poder punitivo centralizado, que se manifeste em forma de autoridade. Em outras palavras: não há pena e, muito embora a pena não exista, não há qualquer relato etnográfico de uma sociedade sem Estado que tenha se dissolvido em violência e vingança generalizada por falta de poder punitivo.

Isso não ocorre porque nas sociedades sem Estado não haja infração às normas de convivência, mas simplesmente porque, ao contrário do que alimenta a fantasia do penalista, a forma padrão de reagir à infração não é a vingança, mas a arbitragem:

Del mismo modo que lo punitivo no disuade nada en la civilización, la costumbre tampoco disuade nada en la sociedad igualitaria. También entre los salvajes hay pasión por violar normas. Frente a la infracción lo que obliga es el arbitraje (ALAGIA, 2013, p. 98).

O conflito gerado pela desviação era solucionado pela composição voluntária entre os clãs da vítima e do infrator e, em certos casos, esta composição, se não vinha à tona naturalmente, era intermediada pela arbitragem do chefe, que concentrava todo o seu poder na ponta de sua língua e, usando a oratória como ferramenta, facilitava a pacificação dos interesses, sem, contudo, proferir uma decisão.

Esse mecanismo de atuação arbitral e desempoderada do chefe é claramente desnudado por estudos realizados sobre a figura do “chefe pele de leopardo”, entre os *nuer* africanos (estudados, por exemplo, por Lucy Mair), bem como na chefatura das sociedades *semai*, na Malásia (estudadas por Robert Dentan), ou na dos *mehinacu* (observados por Thomas Gregor), dos *kapauku* (estudados por Leopold Pospisil) e dos *guayaqui* (estudados no Paraguai por Pierre Clastres), apenas para citar alguns poucos exemplos.

O mecanismo da arbitragem, no entanto, não é a única maneira de solucionar conflitos. Existem, em cada uma dessas sociedades sem Estado, instituições particulares, como o duelo de canções entre os esquimós, por exemplo. Em situações de exceção, quando estes mecanismos de pacificação falham, torna-se possível o exílio do infrator (em muitos casos voluntário, inclusive) ou a vingança sacrificial. A vingança, portanto, não é a regra para a solução de conflito entre os selvagens, mas situação de exceção que só vem à tona após uma tentativa malograda de acordo e reparação e que, nem de longe, é provida de poder suficiente para dissolver as sociedades primitivas.

Assim, conforme esclarece Alagia (2013, p. 65):

La venganza entre los salvajes nunca es asunto privado. Tampoco los arreglos pacíficos. Ello es evidente a causa del empeño que pone el grupo en evitar lo primero y favorecer lo

segundo. Más extraño a los salvajes es la violência interna de una guerra de todos contra todos. No hay nada evolutivo en el pasaje de la venganza privada a la pública que señale el salto de la barbarie a la civilización. La venganza privada ilimitada fue una invención, igual que otras, como la acusación de canibalismo, de irracionalidad indígena, hechas a la medida de los intereses de conquista del hombre blanco, no sólo para domesticar salvajes sino para afirmar un principio válido para todas las “razas” y pueblos: una sociedad sin autoridad sacrificial es una sociedad inimaginable, imposible. Donde no hay autoridad los hombres comen unos a otros.

Não é, portanto, na vingança privada dos selvagens que se pode entrever o surgimento da pena pública. A pena pública deriva da generalização e universalização de outra categoria, utilizada somente em circunstâncias muito excepcionais pelos povos primitivos: o sacrifício.

O sacrifício dos selvagens é uma instituição ritual purificadora que não tem seu âmbito reduzido a solucionar os conflitos quando fracassa a regra da reparação. O sacrifício primitivo não tem necessariamente a ver com a violação da norma, mas é a maneira de responder a desgraças e eventos naturais ou sociais que, marcados pela desmedida (excesso ou escassez), geram mal estar e inquietude radicais, de maneira que a paz só pode voltar a reinar por meio de atos rituais de violência sacrificial contra aqueles mais vulneráveis do grupo.

Pierre Clastres (2013b) narra uma cadeia sacrificial de crianças entre os *guayaqui* originada do fato de que um bebê fora fulminado por um raio (ou morto propositalmente pelo deus *Chono*, como acreditavam aqueles índios). Malinowski (2008) conta do suicídio sacrificial de um adolescente acusado publicamente de incesto (violação da regra sagrada da exogamia) entre os índios das Ilhas Trobriand. Assim como a pena pública, o sacrifício ritual era pensado pelos primitivos como uma forma de restaurar um mal estar sentido pelo grupo e que ameaça, de fora ou de dentro, sua segurança.

É certo que a existência de normas é estrutural em toda sociedade. A regra do trato sacrificial, entretanto, para os selvagens, era utilizada para um número reduzidíssimo de conflitos insuportáveis. Como exceção, o sacrifício existiu abertamente também nas sociedades antigas, como, por exemplo, nas figuras do *Pharmakón* ateniense³ ou do *Homo Sacer*, no

direito romano arcaico (AGAMBEN, 2010).

Somente com o confisco estatal do conflito da vítima e com estigmatização da pena e do poder punitivo, que ocorrem na Europa medieval por volta dos séculos XII e XIII, é que o trato sacrificial se transforma de absoluta exceção à regra geral para lidar com a conduta desviante, como se discutirá mais adiante. Fica, no entanto, a impressão (já demonstrada falsa) de que a pena, enquanto generalização do trato sacrificial, é a única alternativa possível e que é preciso sacrificar populações vulneráveis, fazendo-as sofrer, para que a sociedade exista.

3.3 O dogma da humanização da pena

Também faz parte do imaginário da cultura penal a crença de que a pena de prisão, ou seja, a prática de enjaular seres humanos, integra o projeto iluminista de humanização do direito penal e das penas traçado no século XVIII. Com efeito, no fim do século XVIII e começo do século XIX emergiu um programa teórico de reforma e reorganização do sistema judicial e penal nos diferentes países da Europa e do mundo.

Esse projeto teórico, em geral, é atribuído a Beccaria, Bentham, Brissot e aos legisladores que empreenderam as redações do primeiro e do segundo códigos penais franceses revolucionários (FOUCAULT, 2013). O primeiro princípio desta reelaboração do sistema teórico da lei penal promovido por esses autores é que o crime não deve ter relação alguma com a falta moral ou religiosa. O crime não é a infração da lei moral ou religiosa, mas a ruptura com a lei civil, estabelecida no seio da sociedade pelo poder político instituído. Daí a impossibilidade de crime ou de pena sem lei anterior que os defina. O paradigma da legalidade é o eixo arquimediano deste novo projeto que pretende humanizar o direito penal limitando o poder de punir do Estado.

O segundo princípio é que a lei penal, posta pelo poder legislativo, não deve buscar transcrever a lei natural, a lei religiosa ou a moral, mas deve representar unicamente aquilo que é útil à sociedade, definir como reprimível somente o que é socialmente nocivo. O terceiro princípio, de maneira natural, decorre dos dois primeiros: o crime deve ter uma definição legal clara e simples. O crime não é mais o pecado ou a falta moral, senão um incômodo social. Daí também uma nova concepção do criminoso como inimigo interno, aquele que danifica e perturba a ordem

social⁴.

Como se deve, então, reagir a esses novos conceitos de delito e de delinquente? Se o crime não é mais o pecado e o criminoso não é mais o maldito, se o crime é o dano social e o criminoso aquele que causou esse dano, fica claro que a pena não mais poderá prescrever uma vingança, a redenção de um pecado pela dor e pelo suplício. A lei penal, no epicentro desse programa, deve reparar o dano ou impedir que ele ocorra.

Com base nessa reformulação da função da pena, derivada da re-descrição dos conceitos de crime e criminoso, emergem desse programa teórico, como relata Foucault, quatro tipos de castigo: 1) o exílio, 2) a vergonha e escândalo públicos, 3) a reparação do dano social pelo trabalho forçado, 4) o Talião (FOUCAULT, 2013, p. 98-99). Eram estas as penas humanas propostas não só por teóricos como Beccaria, senão também por legisladores como Brissot e Lepelletier de Saint-Fargeau, e que se adequariam ao projeto iluminista de humanização do direito penal. A pena de prisão, o enjaulamento de seres humanos, em momento algum, entretanto, é sugerido como parte desse projeto.

Beccaria, por exemplo, usualmente mencionado como o grande pai do direito penal moderno, dedica pouquíssimas linhas de seu festejadíssimo “dos delitos e das penas” à prisão e sem jamais sugerir-la como pena. Àquela época não se cogitava o uso da prisão como pena, com fins correccionais, mas apenas como um depósito onde armazenar os acusados que aguardavam por seu julgamento. Mesmo para este fim, Beccaria (2013, p. 24-25) é um severo crítico do enjaulamento de pessoas:

Concede-se, em geral, aos magistrados incumbidos de fazer as leis, um direito que contraria o fim da sociedade, que é a segurança pessoal; refiro-me ao direito de prender, de modo discricionário, os cidadãos, de vedar a liberdade ao inimigo sob pretextos frívolos (...) Ainda que a prisão seja diferente de outras penalidades, pois deve, necessariamente, preceder a declaração jurídica do delito. (...) Contudo, como as leis e os usos de um povo estão sempre atrasados em vários séculos em relação aos progressos atuais, mantemos ainda a barbárie e as ideias ferozes dos caçadores do Norte, nossos selvagens antepassados. Nossos costumes e nossas leis retrógradas estão muito distantes das luzes dos povos. Somos ainda dominados pelos preconceitos bárbaros que recebemos como herança de nossos antepassados, os bárbaros caçadores do Norte.

Nesse mesmo sentido e esclarecendo que a prisão jamais poderia ser cogitada como pena, senão apenas como garantia da instrução processual, Beccaria (2013, p. 57) impõe ressalvas mesmo a este uso cautelar do enjaulamento:

Se a prisão constitui apenas uma maneira de deter o cidadão até que ele seja considerado culpado, como tal processo é angustioso e cruel, deve, na medida do possível, amenizar-lhe o rigor e a duração. Um cidadão preso deve ficar na prisão apenas o tempo necessário para a instrução do processo; e os mais antigos detidos têm o direito de ser julgados em primeiro lugar.

O réu não deve ficar encarcerado senão na medida em que se considere necessário para o impedir de fugir ou de esconder as provas do crime. O próprio processo deve ser levado sem protelações. Que contraste tremendo entre a preguiça de um juiz e o desespero de um acusado! De um lado, um magistrado sem sensibilidade, que passa os dias no bem-estar e nas delícias, e de outro um desgraçado que definha, chorando no fundo de uma cela abominável.

Muito claro, então, que, para Beccaria, enjaular seres humanos jamais foi cogitado como uma forma de pena humana e incruenta. A pena de prisão, ao contrário do que comumente se quer fazer crer, nunca fez parte do projeto teórico de humanização do direito penal e das penas forjado pelo iluminismo/humanismo/racionalismo do século XVIII. E onde está, então, a origem do encarceramento, senão neste programa humanizador?

Como entrevê Foucault (2013, p. 100), “a prisão não pertence ao projeto teórico da reforma da penalidade do século XVIII, surge a começo do século XIX como uma instituição, de fato, quase sem justificação teórica”. A ideia de enjaular seres humanos para modificá-los, corrigi-los, transformá-los, foi transplantada para o direito penal, no século XIX, sem qualquer fundamentação teórica, a partir de uma instituição absolutamente parajudicial: as *lettres-de-cachet* da França dos séculos XVII e XVIII.

A *lettre-de-cachet* não era uma lei, um decreto ou uma ordem judicial. Era uma ordem do rei dirigida a uma pessoa, individualmente, obrigando-a a fazer alguma coisa. Não era um instrumento jurídico, pois sua emissão independia da existência de um processo e não passava pelas agências judiciais. Era, geralmente, utilizada como instrumento extraju-

dicial de castigo, por meio de encarceramento, àqueles que praticavam condutas que atentavam contra a moral ou a religião, não exigindo que houvesse qualquer crime para sua expedição (FOUCAULT, 2013, p. 113).

Ocorre que, em geral, as *lettres-de-cachet* não eram emitidas de ofício pelo rei, senão a ele requeridas pelos próprios cidadãos: um marido traído, o vizinho de um sodomita ou de uma curandeira, pais de família descontentes com seus filhos, parentes de um doente mental, comunidades religiosas perturbadas pelos atos de um indivíduo:

Todos estes pequenos grupos de indivíduos pediam uma *lettre-de-cachet* ao intendente do rei; este levava a cabo uma indagação para saber se o pedido estava ou não justificado e se o resultado era positivo, escrevia ao ministro do gabinete real encarregado da matéria solicitando-lhe uma *lettre-de-cachet* para levar presa uma mulher que engana a seu marido, um filho que é muito pródigo, uma filha que se prostituiu ou o padre de uma cidade que não mostra bom comportamento ante os paroquianos (FOUCAULT, 2013, p. 114).

As *lettres-de-cachet* eram, então, um instrumento de poder e de controle que se exercia não apenas de cima para baixo, senão que partia mesmo da base da sociedade, permitindo que indivíduos, grupos, famílias ou comunidades exercessem uma nova espécie de poder sobre alguém. Segundo Foucault (2013), é possível diferenciar três categorias de condutas que poderiam suscitar uma *lettre-de-cachet*: 1) condutas de imoralidade, como adultério, libertinagem, sodomia, alcoolismo; 2) condutas religiosas julgadas perigosas ou dissidentes, como a feitiçaria, por exemplo; 3) em casos de conflitos laborais, quando os empregadores, patrões ou mestres estavam insatisfeitos com o trabalho de seus aprendizes ou obreiros nas corporações (somente já no século XVIII).

Deste modo, quando a *lettre-de-cachet* era punitiva, resultava na prisão do indivíduo. Como já advertido, é importante recordar que a prisão não é uma pena presente no sistema penal dos séculos XVII e XVIII:

Os juristas são muito claros com respeito a isso, afirmam que quando a lei sanciona a alguém, o castigo será a condenação à morte, a ser queimado, esquartejado, marcado, desterrado, o pagamento de uma multa; a prisão não é nunca um castigo (FOUCAULT, 2013, p.116).

O enjaulamento de pessoas, que se converterá no castigo por exce-

lência no século XIX, encontra sua origem justamente no instituto para-judicial da *lettre-de-cachet*. O sujeito atingido por uma *lettre-de-cachet* jamais era mandado à forca, não pagava multa ou tinha o corpo marcado ou mutilado. Era enviado à prisão, por tempo indeterminado, e geralmente ficava ali até que aquele que o denunciou ao rei afirmasse que ele havia se corrigido. Daí a conclusão de Foucault (2013, p. 116-117) sobre a origem da prisão como pena:

A ideia de colocar uma pessoa na prisão para corrigi-la e de mantê-la encarcerada até que se corrija, ideia paradoxal, absurda, sem fundamento ou justificação alguma com respeito ao comportamento humano, se origina precisamente nesta prática.

É daí, também, que surge a ideia de uma penalidade que não procura mais retribuir um mal causado, senão corrigir o comportamento dos indivíduos, atuar sobre a arquitetura de seu corpo e de seus atos, modificando-os. Essa nova maneira de punir, que não mais incide sobre a saúde dos corpos, mas sobre o controle de seu tempo, de sua atividade, de seus gestos, por meio da internação em instituições de sequestro, ou instituições totais, como prefere Erving Goffman (1974), não nasce de teorias jurídicas nem deriva do projeto teórico dos grandes reformadores do século XVIII, como Beccaria.

O sistema de penas adotado pelas sociedades industriais em fase de desenvolvimento, do século XIX, foi, então, um sistema completamente diferente daquele que fora projetado pelos teóricos do século XVIII. Surgiu praticamente sem qualquer base doutrinária, a partir de uma instituição policial e para-judicial (as *lettres-de-cachet*) e foi transplantado para o seio do direito penal sem uma justificativa muito clara. As penalidades do programa iluminista rapidamente se desviaram para esse novo modelo do enjaulamento, carente de fundamento teórico: a deportação desapareceu muito rapidamente, a vergonha pública nunca chegou de fato a ser adotada, o trabalho forçado se transformou em um modelo de reparação meramente simbólico e a pena de Talião passou a ser denunciada como um mecanismo arcaico que foi, também, rapidamente banido.

E por que esse projeto teórico humanista foi tão rapidamente deixado de lado e substituído pela lógica do encarceramento? Provavelmente em virtude de uma série de câmbios sociais que se promoviam com o advento da revolução industrial e com o nascimento, transformação e aceleração

do capitalismo como modo de produção. Na Inglaterra, vários grupos e sociedades civis organizadas criaram, internamente, mecanismos de controle e vigilância (os anglicanos, os *quakers*, os metodistas, a Sociedade para a Reforma dos Costumes, Sociedade da Proclamação, entre outras⁶). Na França, essa vigilância era também exercida pela população sobre si mesma por meio do instituto da *lettre-de-cachet* e pelo surgimento de uma instituição muito peculiar: a polícia. Uma certa cultura da vigilância, que Foucault chamará panoptismo, contribuirá para que se estabilize esse novo modelo de penalidade.

A prisão, então, surge como um exercício de poder que, neste mesmo cenário, contribuirá para a erupção de uma série de novos saberes sobre o delito e o delinquente: a criminologia, a psiquiatria e psicologia forenses, a antropologia criminal, a frenologia, entre outros. Essa teia de saberes-poderes, que tem seu exercício mais claro na prática do enjaulamento de seres humanos, terá basicamente duas principais metas: 1) tornar os corpos dóceis e 2) legitimar o modelo panóptico de sociedade disciplinar.

O corpo mutilado, flagelado, morto, não tem serventia para esse novo modelo de sociedade que emerge a partir da revolução industrial e do desenvolvimento do capitalismo. O corpo, agora, não precisa ser marcado e supliciado, precisa se tornar útil, disciplinado. A disciplina é justamente essa “anatomia política do detalhe” que tem por finalidade tornar os corpos dóceis, ou seja, o conjunto de “métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realiza a sujeição constante de suas forças e lhes impõe uma relação de docilidade-utilidade”. O corpo dócil é aquele que “pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado” (FOUCAULT, 1987, p. 118).

Essa arte de dulcificação dos corpos é posta em prática pela política do encarceramento e a prisão se transforma em fábrica de corpos submissos e exercitados. Por meio da disciplina, a um só tempo, se incrementa e se reduz as forças do corpo: “a disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência)” (FOUCAULT, 1987, p. 119). O enjaulamento de seres humanos, no contexto das sociedades industriais, força mão de obra e mercado, fabrica o bom operário e o bom consumidor.

Não é, portanto, em razão de um projeto teórico de humanização

das penas que se abandona o modelo punitivo do suplício-espetáculo em favor da economia dos direitos suspensos, senão para atender a uma demanda política, a uma necessidade histórica, espacial e temporal, de multiplicação de corpos úteis e submissos, e a prisão não é a única encarregada desta tarefa urgente. Paralelamente a ela se proliferam uma série de outras instituições disciplinares baseadas na mesma lógica do sequestro do tempo, do controle dos gestos, do isolamento celular, da vigilância normalizadora: os colégios, as fábricas, os asilos, os hospitais, os manicômios, os quartéis...

Assim surge o álbi para a curiosa prática de enjaular pessoas: não se impõe castigo para punir alguém pelo que fez, senão para transformá-lo no que é (ou deve ser). Quando se elimina a ideia da pena como vingança do soberano lesado, o castigo passa a fazer sentido apenas como um projeto de engenharia comportamental, uma tecnologia de reforma do delinquente.

Ocorre que muito cedo já se pode constatar a incapacidade da prisão para atingir esses objetivos: “desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade” (FOUCAULT, 2013, p. 2013). Porém, como bem esclarece Foucault (2013), os mecanismos de poder tendem a utilizar estrategicamente aquilo que é inconveniente. Percebe-se, então, que a prisão fabrica delinquentes, mas que os delinquentes são úteis política e economicamente:

A partir dos anos 1835-1840 tornou-se claro que não se procurava reeducar os delinquentes, torná-los virtuosos, mas sim agrupá-los num meio bem definido, rotulado, que pudesse ser uma arma com fins econômicos ou políticos. O problema então não era ensinar-lhes alguma coisa, mas ao contrário, não lhes ensinar nada para se estar bem seguro de que nada poderão fazer saindo da prisão. O caráter de inutilidade do trabalho penal que está, no começo, ligado a um projeto preciso serve agora a uma outra estratégia (FOUCAULT, 2013, p. 219).

Se a finalidade da prisão não é mais utilizar o corpo do apenado como força de trabalho, que outra estratégia de poder seria essa à qual ela se presta? Com a palavra, novamente, Michel Foucault (2013, p. 223-225):

É nessa época [anos 1840] que se inicia a longa concubinação

entre a polícia e a delinquência. Fez-se o primeiro balanço do fracasso da prisão: sabe-se que a prisão não reforma, mas fabrica a delinquência e os delinquentes. É esse o momento em que se percebe os benefícios que se pode tirar dessa fabricação. Esses delinquentes podem servir para alguma coisa (...)

A sociedade sem delinquência foi um sonho do século XVIII que depois acabou. A delinquência era por demais útil para que se pudesse sonhar com algo tão tolo e perigoso como uma sociedade sem delinquência. Sem delinquência não há polícia. O que torna a presença policial, o controle policial tolerável pela população senão o medo do delinquente? (...) Essa instituição tão recente e tão pesada que é a polícia não se justifica senão por isso. Aceitamos entre nós essa gente de uniforme, armada, enquanto nós não temos esse direito, que nos pede documentos, que vem rondar nossas portas. Como isso seria aceitável se não houvesse os delinquentes? Ou se não houvesse, todos os dias, nos jornais, artigos onde se conta o quão numerosos e perigosos são os delinquentes?

É somente no interior dessa relação de “concupinagem entre a polícia e a delinquência” que parece possível buscar algum sentido nessa estranha prática moderna de enjaular pessoas. A polícia é o símbolo maior da sociedade panóptica. Todas as instituições de sequestro servem, em última instância, para fomentar um modelo de sociedade disciplinar, baseado no exame e no controle, na vigilância e na sanção normalizadora. Não existe qualquer salto qualitativo ou humanizatório em substituir as penas de castigos corporais pelo enjaulamento de pessoas. Imaginar que enjaular populações vulneráveis é uma maneira humana de lidar com situações-problema é uma verdadeira alucinação, mormente nas condições em que esse enjaulamento se dá na realidade marginal latino-americana. A prisão não deriva de um projeto teórico que pretende humanizar as penas, ela se encaixa em uma agenda de estratégias políticas e econômicas de utilização dos corpos dos enjaulados para atingir um efeito disciplinar-verticizador sobre grandes populações.

4. GOZO PUNITIVO, GOZO PANÓPTICO, TRATO CRUEL

Em face da gritante irracionalidade da prática do encarceramento, da ausência de sustentação teórica quando de sua origem e da clara falsidade dos dogmas que povoam o discurso jurídico-penal que procura legitimá-

-lo, o que leva a sociedade contemporânea a continuar enjaulando seres humanos?

Se observarmos que a pena estatal surge como a universalização do trato sacrificial primitivo e que, como todo sacrifício, não é outra coisa que o ato de fazer sofrer um bode expiatório em situação de vulnerabilidade, podemos perceber que o discurso jurídico-penal embasado nos três dogmas do penalismo e, em última instância, o próprio direito penal, enquanto saber-poder, poderia ser definido como a racionalização da crueldade. É por meio do trato cruel que a sociedade deseja reparação pelo abalo à ordem gerado pela conduta tida por criminosa. É aqui que se impõe a grande questão que já havia sido antecipada por Nietzsche (2007, p.05): “como pode fazer sofrer ser uma reparação?”.

O referido autor traz a ideia de que a crueldade faz parte do próprio homem e não há possibilidade de dissociá-la de certo tipo de prazer:

Ver-sofrer faz bem, fazer-sofrer mais bem ainda – eis uma frase dura, mas um velho e sólido axioma, humano, demasiado humano, que talvez até os símios subscrevessem: conta-se que na invenção de crueldades bizarras eles já anunciam e como que “preludiam” o homem. Sem crueldade não há festa: é o que ensina a mais antiga e mais longa história do homem – e no castigo também há muito de *festivo!* (NIETZCHE, 2007, p. 56).

É essa vontade de crueldade que impulsiona o homem rumo à festa do castigo, “o ser cruel desfruta o supremo gozo do sentimento de poder” (NIETZCHE, 2004, p. 24-25). Ocorre que a crueldade, como também adverte Nietzsche (2007, p. 122), não se projeta apenas em direção ao outro, mas também e sobretudo a si próprio:

Nisso devemos pôr de lado, naturalmente, a tola psicologia de outrora, que da crueldade sabia dizer apenas que ela surge ante a visão do sofrimento *alheio*: há também um gozo enorme, imensíssimo, no sofrimento próprio – e sempre que o homem se deixa arrastar à autonegação no sentido *religioso*, ou à automutilação, como entre os fenícios e astecas, ou à dessensualização, descarnalização, compunção, às convulsões de penitência puritanas, à vivisseção de consciência e ao *sacrifizio dell'intelletto* pascaliano, ele é atraído e empurrado secretamente por sua crueldade, por esses perigosos frêmitos da crueldade voltada *contra ele mesmo*.

Em Nietzsche, esse gozo (*Genuss*⁶) no trato cruel exercido sobre o outro e sobre si marca a própria natureza do homem enquanto estrutura desejante, enquanto vontade de poder (*Wille zur Macht*) e multiplicidade de forças (em conflito).

É à psicanálise, entretanto, que se deve atribuir a mirada mais detalhada sobre esse gozo na crueldade contra o outro e contra si. Desde 1920, Freud (1996) adverte que, movendo a psique humana, há algo além do princípio de prazer. Pelo princípio de prazer, a libido tende a buscar sua satisfação imediata e total, porém, no caminho ela se choca com o princípio da realidade, que atua como censor moral, “domesticando” os impulsos e canalizando-os para o prazer artístico, científico, enfim, pelos caminhos da civilização. É o mecanismo da sublimação: boa parte das pulsões sexuais ou agressivas transforma-se e se coloca a serviço do trabalho cultural. Outra parte, no entanto, é simplesmente reprimida, enterrando no inconsciente suas representações. Outra grande porção destas pulsões, porém, não é sublimada e nem reprimida, mas se volta contra si mesma na forma de medidas de autopunição.

Em “O mal-estar da civilização”, Freud (1996) divide as pulsões inconscientes (que emergem do Id) em duas: a pulsão de vida (*Eros*) e a pulsão de morte (*Thanatos*). A pulsão de vida se expressa no amor, na criatividade e na construtividade, enquanto a de morte se manifesta no ódio e na destruição. Esse desejo de destruição, caso não seja sublimado, pode se voltar ao outro, como agressividade e violência, ou pode se direcionar ao próprio “eu”, em forma de medidas inconscientes de autopunição impostas pelo superego (herdeiro do complexo de Édipo e timoneiro do complexo de castração).

Muito antes da existência de castigo público, o ser humano já castigava a si mesmo, inconscientemente, por meio do superego. Como sustenta Alejandro Alagia (2013), o sadismo do Id e o masoquismo do superego se complementam e explicam o gozo punitivo que advém do trato punitivo sacrificial público. A figura ambivalente do pai é projetada, coletivamente, no Estado, e o superego encontra seu correspondente na lei penal. O par antitético sadismo-masoquismo parece, então, se apresentar como possível resposta para a pergunta sobre o motivo que leva a sociedade moderna a enjaular seres humanos: para que, por meio do trato cruel punitivo, o homem moderno possa sofrer e fazer sofrer.

No entanto, parece haver algo mais além desse gozo punitivo diagnosticado por Alagia. Há outro par antitético que merece atenção se se pretende compreender a função da pena na sociedade moderna, principalmente tendo em mente, como sugere Foucault, que a melhor maneira de defini-la é como sociedade de controle. Trata-se do binômio exibicionismo-voyeurismo.

Se as prisões não servem para reabilitar os enjaulados, senão que funcionam, como visto, como verdadeiras fábricas da delinquência, parece necessário admitir que gerar delinquentes pode ser uma de suas funções. Mas por que é preciso gerar delinquentes? Porque sem o temor que o discurso da ameaça da delinquência incita, é impossível justificar o modelo de sociedade de controle e as agências panópticas de vigilância, como a polícia. E por que é necessário que existam as agências de vigilância? Porque o homem moderno encontrou um prazer particular em ver e ser visto, um gozo panóptico em vigiar e ser vigiado - muito evidente, aliás, na era dos reality shows, das redes sociais e da invasão/evasão de privacidade que elas proporcionam. O trato cruel é, então, revestido de um discurso teórico racionalizador, alicerçado nos três falsos dogmas do penalismo, para justificar a existência de instituições que permitem ao homem moderno sofrer e fazer sofrer, mas sobretudo vigiar e ser vigiado. Eis aí, quem sabe, a explicação para a curiosa prática de enjaular seres humanos.

5. POR QUE NÃO SER CRUEL? (OU POR QUE SER ABOLICIONISTA?)

Posto assim, o enjaulamento de pessoas só pode ser redescrito como crueldade e o discurso jurídico-penal que o legitima também não pode ser mais que a racionalização do trato cruel. Nesse cenário, parecem restar apenas duas alternativas a quem pretenda adotar uma postura autêntica (no sentido heideggeriano do termo) frente à questão penal: defender a crueldade ou pregar sua abolição, ser cruel ou ser abolicionista.

O Abolicionismo Penal é uma perspectiva sociológica e política que analisa a justiça e os sistemas penais como problemas sociais que, em lugar de reduzir os delitos e seus impactos, os intensificam. A partir desta perspectiva, o encarceramento (objeto inicial dos estudos abolicionistas) atua de modo a reforçar as construções ideológicas dominantes sobre o delito, reproduzindo divisões sociais e tirando o foco dos delitos come-

tidos pelas camadas mais favorecidas da sociedade (crimes de “colarinho branco”).

Os abolicionistas, além de promover a mais extrema crítica da legitimidade do sistema penal, propõem a transformação radical (abolição) do aparelho carcerário e sua substituição por estratégias reflexivas e integradoras que lidem com as situações-problema que se costuma chamar crimes fora da lógica do castigo, da vingança e da crueldade.

As abordagens tradicionais (liberais) do estudo do sistema penal se baseiam em uma série de objetivos muitas vezes opostos e contraditórios: a ressocialização, a prevenção geral, a defesa social, o castigo e a dissuasão coletiva. O abolicionismo penal, surgido dos movimentos sociais do final da década de 1960, questiona as perspectivas liberais pelo argumento de que, na prática, o sistema de justiça penal e do encarceramento em quase nada contribuem para a proteção dos indivíduos e para o controle dos delitos. Nas palavras de Willem de Haan (1991, p. 206-207), abolicionista holandês, o cárcere “é contraproducente, difícil de controlar, e constitui, em si mesmo, um grande problema social”. O delito deve ser visto como um fenômeno complexo, construído socialmente. Essa construção social, em geral, “serve para preservar as relações de poder políticas e confere legitimidade aos aparatos de controle e a intensificação da vigilância” (HAAN, 1991, p. 207).

Outra característica comum entre os teóricos do abolicionismo é a adoção de uma postura crítica ante a aceitação cega das políticas públicas de reforma carcerária propostas pelos liberais. Para boa parte dos abolicionistas, entre eles Thomas Mathiesen, a reforma carcerária nunca pode ter um efeito positivo, já que fortalece uma falsa crença no sistema e em sua legitimidade, perpetuando os processos de brutalização dos encarcerados. Em lugar da reforma dos cárceres, se apoia na implementação de “reformas negativas”, com potencial para questionar e socavar o sistema e, assim, no futuro, fazer desaparecer os cárceres. Seria necessário, então, um sistema que trate o delito como um fenômeno construído socialmente, respondendo a ele não com um aparelho baseado na exclusão punitiva, mas na inclusão reflexiva e participativa, baseada no tratamento, nas políticas sociais, na reciprocidade e na solidariedade: “o objetivo é a compensação, mais que as represálias; a reconciliação, mais que a alocação de culpa” (HAAN, 1991, p. 211-212). Assim, conforme René van Swaaningen

(1997, p. 117), o abolicionismo “implica em uma crítica negativa das falências fundamentais da justiça penal que representam um impedimento à justiça em si mesma, oferecendo tanto uma alternativa de pensar o delito como uma abordagem radical à reforma penal”.

O abolicionismo penal, no entanto, não existe enquanto um movimento teórico e político homogêneo, senão que apresenta as mais diversas variantes em distintas culturas. De início foi um fenômeno principalmente europeu, mas mesmo na Europa desenvolveram-se distintas correntes dentro do movimento, com marcada diferença entre os representantes da Europa continental e da Grã Bretanha. Os primeiros abolicionistas, como Thomas Mathiesen, Nils Christie e Louk Hulsman, propunham uma visão alternativa da política de justiça penal – Mathiesen com um marco teórico marxista; Christie, a partir de uma perspectiva fenomenológico-historicista, propondo um abolicionismo que, posteriormente, tenderia ao minimalismo penal; Hulsman defendendo a necessidade de uma revolução na linguagem utilizada para lidar com as situações-problema que costumamos chamar crimes. Os neoabolicionistas, ou abolicionistas de segunda geração, aceitam muitos dos princípios dos originários do movimento, como o rechaço ao conceito de delito e à pena como “metáfora última da justiça” (SWAANINGEN, 1997, p.117). No entanto, os neoabolicionistas britânicos, entre eles Box-Grainger, Ryan, Ward, Hudson e Joe Sim (1994, p. 275-276), também advogam por um trabalho intervencionista destinado a desenvolver uma

criminologia a partir de baixo, que ao utilizar um complexo conjunto de discursos rivais, contraditórios e opostos e brindar apoio sobre o terreno aos reclusos e suas famílias, desafia a hegemonia ao redor do cárcere que tem unido, no mesmo terreno pragmático e ideológico, a funcionários públicos, agrupamentos partidários de reformas tradicionais e numerosos acadêmicos. Em muitas áreas (...) como a das mortes durante a privação de liberdade, as condições dos cárceres, o poder médico, as visitas, a censura e as sentenças, estes grupos fizeram concessões fundamentais ao argumento abolicionista e tem se movido até um terreno mais radical de onde também questionam a construção social de uma verdade definida pelo Estado sobre as políticas penais.

Em face do enorme crescimento da população carcerária no planeta

e do fracasso desta forma de punição em reduzir os índices de criminalidade, o abolicionismo penal oferece importantes aportes sobre o papel da prisão e sua ineficácia neste início de século XXI. Esta perspectiva tem o mérito de insistir na pergunta que não quer calar: seria o encarceramento a resposta ao problema do delito?

Os abolicionistas, assim, estão cada vez mais conectados em torno dos discursos e debates surgidos sobre direitos humanos e justiça social, desnudando o caráter seletivo e cruel do encarceramento e sua incapacidade para solucionar situações-problema. Sugerem que se leve a cabo reformas negativas que promovam uma resposta ao dano social de natureza absolutamente distinta dos cárceres e dos sistemas penais em vigência. O maior mérito desta abordagem é que, por meio de uma crítica radical, permite perceber o direito penal, da maneira como posto, como aquilo que realmente é: a racionalização do trato cruel.

O modelo de abolicionismo penal aqui proposto dialoga com vários outros marcos teóricos, não necessariamente ligados à tradição jurídica ou criminológica, como a antropologia política, a psicanálise e a filosofia pós-metafísica. A antropologia política, mormente com autores como Pierre Clastres (2013a), Marshall Sahlins (2011) e Bronislaw Malinowski (2008), auxilia a compreender que não é verdade que, sem poder punitivo estatal, as sociedades estejam condenadas à violência de todos contra todos e à dissolução em vingança privada generalizada. Percebeu-se que, nas sociedades ditas “primitivas”, a regra para lidar com conflitos não é a da vingança, mas a da composição em modelos que, em muito, se aproximam da noção de justiça restaurativa.

Igualmente, a psicanálise, mormente com Freud (1996) e Lacan, pode lançar luzes às funções latentes da pena, auxiliando, por meio do estudo dos pares antitéticos do sadismo-masochismo e do exibicionismo-voyeurismo, a compreensão daquilo que se denominará “gozo punitivo” e “gozo panóptico”.

Os modelos de filosofia pós-metafísica permitem uma proposta de reconciliação entre filosofia e criminologia, que se distanciaram radicalmente desde o século XIX. A criminologia ainda não teve oportunidade de dialogar a contento com os modelos de filosofia pós-nietzscheanos, mormente no terreno da ética.

Aqui se faz necessário, então, promover este salto do discurso jurídi-

co-penal ao terreno da ética para tentar responder a uma última pergunta: Por que não ser cruel, afinal? Ou, posta a mesma pergunta em outros termos, por que ser abolicionista?

No cenário pós-moderno de consumação do niilismo, de ausência de fundamento forte do pensamento e de superação da metafísica e das verdades últimas, Richard Rorty (2007, p. 18-19) parece estar correto quando adverte:

não há resposta para a pergunta ‘por que não ser cruel?’ – nenhum respaldo teórico não-circular para a convicção de que a crueldade é terrível. (...) Qualquer um que pense existirem respostas teóricas bem fundamentadas para perguntas dessa natureza – algoritmos para a resolução de dilemas morais desse tipo – ainda é, no fundo, um teólogo ou um metafísico. Acredita numa ordem fora do tempo e do acaso, que determine o significado da vida humana e estabeleça uma hierarquia de responsabilidades.

O fato de que não haja teoria capaz de superar esta contingência, no entanto, não significa que se deva abraçar nem a pequena crueldade (praticada por um indivíduo contra o outro) nem a grande crueldade (praticada pelo Estado contra o indivíduo). A resposta abolicionista, que pretende o abandono do trato cruel punitivo (exemplo maior da grande crueldade), pode perfeitamente se pautar em um modelo de solidariedade pós-metafísica que, embora não se pretenda absoluto e universal, certamente parece desejável. A solidariedade, como oposição ao trato cruel, não é algo que precisa ser desvendado e desvelado das ocultas profundezas de um saber ontológico, não é algo que precisa ser descoberto, senão que deve ser criado. É preciso forjar a solidariedade nas contingências da linguagem. Essa solidariedade, como sugere Rorty (2007, p. 20), “é criada pelo aumento de nossa sensibilidade aos detalhes particulares da dor e da humilhação de outros tipos não familiares de pessoas. Essa maior sensibilidade torna mais difícil marginalizar pelo pensamento as pessoas diferentes de nós”.

Rorty (2007, p. 21) apropria-se da forma de conceituar os liberais proposta por Judith Shklar, “para quem liberais são as pessoas que consideram a crueldade a pior coisa que fazemos”. Para o projeto aqui defendido, e deixando de lado os liberais, seria possível apropriar-se deste conceito e utilizá-lo para uma redescrição da crueldade, na qual se poderia igualmente sustentar que *os abolicionistas são aquelas pessoas que*

consideram a crueldade a pior coisa que se pode fazer.

Ver os outros seres humanos, os enjaulados, os vulneráveis capturados pelo trato cruel punitivo, como “um de nós”, e não como “eles”, requer uma aproximação e descrição detalhada dessas pessoas e uma redefinição cuidadosa de nós mesmos. O enjaulado deve deixar de representar o Absolutamente Outro e ser entendido como um de nós. Só assim, e por meio de um vocabulário abolicionista, é possível reaprender o espanto com essa abominável prática de enjaular pessoas.

Existem, segundo Louk Hulsman (2003), dois tipos de posturas abolicionistas: o abolicionismo enquanto movimento social e o abolicionismo acadêmico. O abolicionismo enquanto movimento social tem um caráter similar a movimentos sociais históricos para a abolição da escravidão, da perseguição às bruxas e hereges, da discriminação racial e de gênero. É um movimento que nega a legitimidade das atividades desenvolvidas no âmbito da justiça criminal e que entende que o sistema penal não é uma resposta legítima para situações-problema, senão que se apresenta, ele mesmo, como um problema público.

De outro lado, há a postura a partir da qual se pretende a abolição de uma maneira de olhar para a justiça criminal e de descrevê-la. Este tipo de abolicionismo concentra-se em organizações que se encontram por trás da justiça criminal: as universidades ou, mais especificamente, seus departamentos de direito. Há uma relação de dependência e complementaridade entre essas duas formas de abolicionismo: “a linguagem prevalecente sobre a justiça criminal tem de ser desconstruída e a justiça criminal aparecerá como um problema público em vez de uma solução para problemas”(HULSMAN, 2003, p. 128).

Assim, o papel do acadêmico, do intelectual, é promover estas revoluções linguísticas que tornam “dizível” o abolicionismo penal (FONSECA, 2012, p. 165). Já não há mais espaço para o salvacionismo acadêmico. Desde a década de sessenta do século XX que não mais se crê na figura do intelectual que, com golpes de caneta, transformará a sociedade e salvará o mundo. O espaço possível de atuação do intelectual é apenas aquele das brechas nas quais é viável se embrenhar para promover pequenas políticas de transgressão. É no espaço setorial dessas políticas de transgressão que se encontra a tarefa do discurso acadêmico abolicionista.

Essa tarefa tem seu maior espaço na contingência da linguagem. É

preciso criar novos vocabulários para redescrever velhas práticas. A cada vez que se utiliza um novo vocabulário para, hiperbolicamente e de maneira despudorada, escancarar a crueldade inerente ao trato punitivo e sua impossibilidade de promover solidariedade, se está fazendo abolicionismo penal. O abolicionismo, como tão enfaticamente sustentava Hulsman (2003, p. 203-204), é mais que uma postura teórica, é um estilo de vida:

Neste sentido, a justiça criminal existe em quase todos nós, assim como em algumas áreas do planeta o “preconceito de gênero” e o “preconceito racial” existem em quase todos. A abolição é, assim, em primeiro lugar, a abolição da justiça criminal em nós mesmos: mudar percepções, atitudes e comportamentos. Tal mudança causa uma mudança na linguagem e, por outro lado, uma mudança na linguagem pode ser um veículo poderoso para causar mudanças em percepções e atitudes. Mudar a própria linguagem é algo que todos somos capazes de fazer: até certo ponto isto pode ser ainda mais fácil para não-profissionais que para profissionais.

Somos capazes de abolir a justiça criminal em nós mesmos, de usar outra linguagem para que possamos perceber e mobilizar outros recursos para lidar com situações-problema. Quando usamos outra linguagem, ensinamos esta linguagem a outras pessoas. Nós as convidamos, de uma certa maneira, para também abolirem a justiça criminal.

Nils Christie (2011, p. 20), tratando do peso que possuem as palavras, mormente a palavra crime, lembra que “o crime não existe. Existem somente atos, aos quais frequentemente são atribuídos diferentes significados em cenários sociais diferentes”. Hulsman (2003, p.210) propõe justamente uma mudança no vocabulário tradicional que “substituiria a linguagem convencional sobre crime e justiça criminal”. Sua sugestão é pôr ênfase: 1) em situações, no lugar de comportamentos; 2) na natureza problemática, em vez de natureza ilegal criminoso; 3) na pessoa/instância para quem algo é problemático (vítima), em lugar do agressor – o agressor somente entraria em cena quando a vítima definisse o evento de maneira que o tornasse relevante; 4) na questão de “o que deve ser feito, por quem?”, buscando desproblematizar o futuro e reordenar o passado, em vez de centrar a análise na gravidade e alocação da culpa ao agressor (HULSMAN, 2003).

A proposta hulsmaniana parece se assentar, principalmente, no uso

e abuso da figura de linguagem do eufemismo, substituindo expressões pesadas por termos mais amenos (“situações-problema” no lugar de “crimes”, por exemplo). O que se pretende, entretanto, neste trabalho, é sustentar que, além deste *zoom out*, o vocabulário abolicionista por vezes precisa usar também lentes de aumento, proceder também ao *zoom in*. Em outras palavras, se quer aqui sustentar a importância da figura de linguagem oposta ao eufemismo: a hipérbole. É preciso que o vocabulário abolicionista tome consciência da necessidade de também usar e abusar da hipérbole para pôr às escâncaras o descabimento do sistema penal, substituindo, por exemplo, os eufemismos da linguagem jurídica por termos que despertem o assombro e o repúdio à crueldade – por exemplo, substituir “pena privativa de liberdade” por “enjaulamento de seres humanos”; “detentos” por “enjaulados”; “poder punitivo” por “trato cruel estatal” e assim por diante. Por meio destes novos vocabulários podemos reaprender o espanto e a repulsa à crueldade e tornar dizível a abolição da justiça criminal.

Essa abolição da justiça criminal não é uma utopia. As já mencionadas “cifras negras” mostram que a maioria absoluta dos fatos criminalizáveis nunca chega à justiça criminal, de modo que “hoje em dia sabemos que a criminalização efetiva é um evento raro e excepcional” (HULSMAN, 2003, p.204). Logo, as pessoas já lidam com todos esses eventos que poderiam ser descritos como crimes fora da circunscrição da justiça criminal e, nem por isso, as sociedades se dissolveram em caos, desordem e vingança mimética infinita.

Por que ser abolicionista? Por que é desejável imaginar uma sociedade em que se considere que a crueldade é a pior coisa que se pode fazer.

6. COMONÃO SER CRUEL? (O PORQUE A JUSTIÇA RESTAURATIVA?)

Entre os séculos XII e XIII, na Europa, houve significativa mudança nas relações de poder entre os homens e, por conseguinte, no exercício do poder punitivo. Ocorreu o que se costuma chamar, em criminologia, de “confisco do conflito da vítima”, com o surgimento da noção de que o Estado é o principal afetado pelas condutas delituosas (ACHUTTI, 2016, p. 49). Neste período ocorreram as mais significativas mudanças em termos de política criminal que, até hoje, se mantêm, como o protagonismo estatal na investigação, persecução, decisão e execução penais, relegando a

vítima à condição de mera testemunha de seu próprio conflito. A preocupação do sistema penal reside sempre na alocação de culpa e no que fazer com o infrator, quase nunca se indagando sobre a vítima e o que pode ser feito para minorar os danos por ela sofridos. O modelo de justiça restaurativa surge, então, como uma perspectiva que pretende devolver à vítima o protagonismo, devolvendo-lhe a titularidade sobre o conflito que sofreu.

A justiça restaurativa é um movimento de amplo alcance internacional que tem por principal objetivo promover uma mudança de perspectiva relativamente aos sistemas de justiça penal já existentes. Marshall (1999, p. 05) define justiça restaurativa como “um processo através do qual as partes que se viram envolvidas em um delito resolvem de forma coletiva como enfrentar suas consequências imediatas e suas implicações futuras”. A definição destaca o caráter de *processo* como requisito básico da justiça restaurativa: todas as partes devem necessariamente gozar da oportunidade de que se escute suas versões sobre as consequências da situação-problema e o que é preciso fazer para restaurar a situação das vítimas, dos agressores e das comunidades. O compromisso, portanto, neste modelo, é mais o de restaurar laços sociais rompidos do que o de alocar culpa e infligir sofrimento.

Outras definições de justiça restaurativa tendem a enfatizar os valores e objetivos mais do que o processo em si. Nesta perspectiva, se afirma que os valores e objetivos centrais da justiça restaurativa são a restauração das relações entre todas as partes envolvidas, a deliberação comunitária dos problemas (em substituição ao lugar central dado ao modelo de decisões judiciais) e a não dominação, de modo que todas as vozes sejam ouvidas com igual respeito⁷.

Segundo Tony Marshall (1999), os objetivos principais da justiça restaurativa são: a) ocupar-se de forma cabal das necessidades das vítimas; b) prevenir a reincidência mediante a reintegração dos autores de fatos definidos como delitos; c) dar oportunidade aos autores de fatos definidos como delitos de assumir a responsabilidade por seus atos; d) criar uma comunidade de trabalho que apoie a reabilitação; e) proporcionar um meio para conter a expansão do sistema penal tradicional.

Em suma: a justiça restaurativa, por definição, se opõe à justiça retributiva, que se caracteriza pelas relações hostis e negativas entre agressor e vítima e pelo desejo de vingança em face do agressor. Na perspectiva

da justiça retributiva, centrada no Estado, a sanção deve ser determinada segundo o delito e ditada por profissionais do direito. Já a justiça restaurativa, ao contrário, surge como um modelo que atenta para a importância da reparação e da reconciliação entre vítima e infrator.

Surgida no marco de uma construção histórica caracterizada pela desilusão com os processos estabelecidos de controle do delito, a justiça restaurativa parte da premissa de que o atual enfoque do sistema penal, em que os índices de encarceramento crescem incessantemente, são excessivamente custosos e não produzem efeitos positivos verificáveis sobre os apenados. Uma perspectiva focada na restauração de laços mais do que na preocupação de promover aflição como é a justiça restaurativa, por sua vez, constitui uma alternativa original formulada em termos claros que reúne o respeito às vítimas e suas necessidades, o reconhecimento da responsabilidade dos autores dos atos tidos como delitos e a possibilidade de uma maior participação da comunidade no processo deliberativo e resolutivo dos conflitos. Há, deste modo, um reconhecimento da necessidade emocional de pôr fim aos danos causados pelo delito, de reintegrar o autor do ato delitivo e de gerar uma efetiva reconciliação.

Esta perspectiva abarca uma série de práticas que podem ser implementadas em diferentes momentos do processo de justiça criminal, tanto oferecendo uma alternativa não sistema judicial como uma possibilidade de trabalho conjunto com ele, seja no momento da sentença ou mesmo após sua prolação. Dentre estas várias práticas, quatro são de maior importância para a justiça restaurativa: a) a mediação entre vítima e agressor; b) os programas familiares de contenção e conferência; c) as advertências restauradoras; d) os círculos de sentença.

A mediação entre vítimas e agressores são programas que reúnem a vítima e seus agressores com a ajuda de um mediador. Estas mediações podem ocorrer antes, durante ou após as audiências dos órgãos da justiça tradicional.

Os programas familiares, ou *family group conferences*, como são conhecidos, são, em geral, usados em casos que envolvem menores em conflito com a lei, principalmente na Austrália e na Nova Zelândia. São uma opção que permite evitar outros tipos de procedimentos judiciais e ocorrem, via de regra, por meio da designação de uma pessoa que funciona como elo entre as partes e tem a função de convocá-las a uma com-

preensão mútua que poderá resultar em um pedido de desculpas por parte do ofensor e no perdão da vítima.

As advertências restauradoras se baseiam em um poder que, em alguns lugares possuem as autoridades constituídas, principalmente a polícia: o de emitir advertências aos jovens em razão de atos delitivos que cometam. Estas advertências geralmente se dão em reuniões que contam com a presença do agressor e da vítima e que são promovidas pela polícia.

Já os círculos de sentença, criados na década de 1980, no Canadá, inspirados em práticas indígenas, são procedimentos que envolvem maior participação da comunidade afetada pelo ato delitivo, porém correm maior risco de ser colonizados pelo sistema penal tradicional. São presididos por um juiz que, ao fim do processo, imporá uma pena.

É comum se imaginar que o modelo de justiça restaurativa não é capaz de dar cabo dos chamados “crimes graves”, devendo se restringir à “delinquência juvenil” ou aos delitos de menor potencial ofensivo. De fato, no Brasil as experiências com justiça restaurativa tem se focado, principalmente, nestas duas vertentes⁸. Isto ocorre, no entanto, muito mais por uma ausência de espaço normativo para experiências de justiça consensual em matéria penal no ordenamento jurídico brasileiro do que por incapacidade do modelo da justiça restaurativa em lidar com crimes graves⁹.

A experiência mais próxima com um modelo de justiça restaurativa existente no Direito Penal brasileiro é a possibilidade de composição civil nos crimes de menor potencial ofensivo, prevista na Lei nº 9.099/95, que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais. Este modelo, no entanto, como bem sustenta Daniel Achutti (2016), vem sendo colonizado pela lógica do sistema tradicional, mormente em virtude da formação jurídica daqueles que operam em seu interior e da ausência de uma crítica criminológica radical como a promovida pelo abolicionismo penal. Assim, a lei referida legislação tornou os juizados especiais criminais em verdadeiras máquinas de alocação de culpa e atribuição de pena (disfarçada) sem processo, pelo modo como são realizadas as transações penais.

Deste modo, sem a consciência crítica radical e o desmascaramento da crueldade de fundo que rege a justiça criminal, que somente o abolicionismo penal pode proporcionar, quaisquer alternativas a um sistema penal racionalizador do trato cruel tendem a ser colonizadas e contamina-

das pela lógica do castigo.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso jurídico-penal flutua e se equilibra sobre três grandes fantasias, que aqui foram denominadas três dogmas do penalismo: 1) o dogma da relação causal entre crime e pena; 2) o dogma da inexorabilidade da pena; e 3) o dogma da humanização da pena.

Combatendo o primeiro dogma, percebe-se que a pena não é uma resposta ao crime, não incide sobre aqueles que cometeram delitos, senão que captura apenas pessoas em posição de vulnerabilidade frente ao poder punitivo, que se encaixam em determinado estereótipo que as torna potencialmente sujeitas ao trato cruel estatal.

Libertando-se do segundo dogma, percebe-se que a pena não é um “mal necessário” e que a antropologia e a etnografia apresentam vasta quantidade de relatos de sociedades que existiram e continuam existindo sem poder punitivo (trato cruel estatal) e que, nem por isso, se dissolveram na violência e vingança generalizadas tão fantasiadas pelo discurso jurídico-penal.

Resta claro, também, que o enjaulamento de seres humanos não decorre do projeto teórico iluminista de humanização das penas promovido no século XVIII. A prática de enjaular pessoas tem origem em uma instituição parajudicial (as *lettres-de-cachet* francesas) e foi transplantada para o coração do direito penal praticamente sem substrato teórico algum, impulsionada pela necessidade política de produção de corpos úteis e submissos desencadeada pela revolução industrial. Enjaular pessoas não é uma maneira humana de lidar com situações-problema.

Desfeita a crença mística nestes dogmas, é chegado o momento de redescrever as respostas para as três perguntas inicialmente propostas: quem são as pessoas que a sociedade moderna enjaula? Por que as enjaula? Para que as enjaula?

Libertando-se do dogma da relação causal entre crime e castigo, é possível perceber que os enjaulados não são aqueles que cometeram crimes, mas aqueles que, por se encontrarem em posição de vulnerabilidade em relação ao poder punitivo e por se encaixar em um determinado estereótipo, são selecionados pelas agências de criminalização secundária. Nesta resposta está implícita a resposta seguinte: não são enjaulados por-

que cometeram crimes, mas justamente por serem sacrificáveis, em razão de sua posição de vulnerabilidade. Por fim, não estão enjaulados para que sejam corrigidos (o enjaulamento é incapaz de tal correção), nem para evitar o delito (as instituições de enjaulamento fabricam e multiplicam delinquência). Estão enjaulados para alimentar o mito de que alguém precisa ser submetido a trato sacrificial para que a sociedade permaneça existindo, para que a crueldade encontre alento na festa do castigo e para que o homem moderno goze sofrendo e fazendo sofrer, vigiando e sendo vigiado.

É assim que se poderia propor um novo conceito para uma velha disciplina: *o direito penal é a racionalização do trato cruel*. E é assim que restariam aos que se debruçam sobre seu estudo apenas duas alternativas: ser cruel ou ser abolicionista.

O abolicionismo penal se apresenta, então, como a postura teórica de quem entende que a crueldade é a pior coisa que se pode fazer. É na construção de um novo vocabulário para redescrever as velhas práticas penais que deve se assentar o esforço do abolicionismo penal acadêmico, a ser encarado não apenas como uma postura teórica, mas verdadeiramente como um estilo de vida, como um modo de ser e se portar no mundo. É somente com essa revolução no terreno da linguagem que se pode permitir que a sociedade se assombre com a prática tenebrosa de enjaular seres humanos e que resolva contrapor à crueldade estatal o exercício da solidariedade. O abolicionismo acadêmico permite que a abolição da justiça criminal se torne dizível, abrindo espaço para o abolicionismo enquanto movimento social. Hoje a humanidade olha para o século XX e se assombra com o fato, por exemplo, de que na Alemanha nazista os cidadãos alemães, civilizados e esclarecidos que eram, em sua maioria sabiam que, perto de onde viviam, existiam campos de concentração onde se exterminavam judeus, ciganos e outras populações vulneráveis e ninguém dizia nada, achava-se aquilo natural. Talvez, em algumas décadas, esta mesma humanidade esteja olhando para os anos em que vivemos e se horrorizando conosco: como é que aquelas pessoas, civilizadas e esclarecidas que eram, em pleno século XXI, sabiam que, perto de suas casas, existiam seres humanos enjaulados e ninguém dizia nada?

Assim como a pequena crueldade, praticada por um homem contra o outro (e geralmente batizada crime) deve ser repudiada, igualmente a

grande crueldade, praticada pelo Estado contra o homem, por meio do trato cruel do enjaulamento, não pode encontrar alento no coração de quem acredita que justamente ela, a crueldade, é a pior coisa que se pode fazer.

Por fim, percebe-se que a mudança de lentes pretendida pelo abolicionismo penal é absolutamente compatível com aquela proposta pelo modelo da justiça restaurativa. Por meio de um paradigma de administração de conflitos que devolva o protagonismo da vítima e envolva a comunidade atingida na forma de lidar com as situações-problema, pondo o foco mais na restauração dos laços sociais rompidos que na alocação de culpa e imposição de dor, é possível pensar além da lógica do castigo, encontrando mecanismos menos cruéis para resolução de conflitos. Ao contrário da justiça criminal tradicional, que já se mostrou um problema social a ser solucionado, a justiça restaurativa pode significar, em muitos casos, o melhor caminho para a efetiva solução de problemas sociais.

Para que ela ocorra de maneira efetiva e não seja colonizada pelas práticas cruéis do poder punitivo, no entanto, é preciso disseminar a crítica criminológica promovida pelo abolicionismo penal, sensibilizando os atores sociais e despertando-lhes a percepção de que racionalizar o trato cruel estatal é uma prática incompatível com os valores e princípios que guiam as sociedades ocidentais contemporâneas.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ALAGIA, Alejandro. **Hacer sufrir**. Buenos Aires: Ediar, 2013.

BATISTA, Nilo; KOSOVSKI, Ester (org.). **Tributo a Louk Hulsman**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2013.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Re-

van, 2011.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o estado**. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

_____. **Crônica dos índios guayaquis** – o que sabem os Ach. São Paulo: Editora 34, 2013.

COSTA, Natassia Medeiros. **A construção da justiça restaurativa no Brasil como um impacto positivo no sistema de justiça criminal**. São Paulo: Lexia, 2015.

DERRIDA, Jacques. **A farmácia de Platão**. São Paulo: Iluminuras, 2005.

DESCOLA, Philippe. **Las lanzas del crepúsculo: relatos jíbaros**. Alta Amazonia. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

EVANS-PRITCHARD, E. **Los nuer**. Barcelona: Anagrama, 1992.

FONSECA, Hermes da. **Travessia abolicionista: licenciosidades para uma leitura cronópia da obra penas perdidas, de Louk Hulsman**. In: Tributo a Louk Hulsman. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

FONTENELE, Edinalva Melo. **Por que não ser cruel?** – a redescrição rortyana da crueldade/ Edinalva Melo Fontenele – 2010.

FORTES, Meyer; EVANS-PRITCHARD, E. **Sistemas políticos africanos**. Barcelona: Anagrama, 1978.

FOUCAULT, Michel. **La verdade y las formas jurídicas**. Barcelona: Gedisa, 2013.

_____. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2013.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1990.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.

FREUD, Sigmund. **Obras psicológicas completas**. Rio de Janeiro, Imago, 1996.

HAAN, Willem. **Abolitionism and crime control: a contradiction in terms**. In K. Stenson and D. Cowell (Eds.) *The Politics of Crime Control*,

London: Sage, 1991.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Martins, 2008.

HULSMAN, Louk. **Temas e conceitos numa abordagem abolicionista criminal**. In: *Verve*, 3:190-210, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Petrópolis: Vozes, 2006.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

MARSHALL, Tony. **Restorative Justice: na overview**. Londres: Home Office, 1999.

MAUSS, Marcel. **Ensayo sobre el don. Forma y función del intercambio em las sociedades arcaicas**. Madrid: Katz, 2010.

MAYR, Lucy. **El gobierno primitivo**. Buenos Aires: Amorrortu, 1970.

MCLAUGHLIN, Eugene; MUNCIE, John. **Diccionario de criminologia**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003.

NEHAMAS, Alexander. **Nietzsche: life as literature**. Harvard: Harvard University Press, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich. **A genealogia da moral**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. **Além do bem e do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. **Aurora**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **Sämtliche Werke: Kritische Studienausgabe in 15 Bänden**. Berlin: de Gruyter, 1999.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. São Paulo: Martins, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAHLINS, Marshall. **La ilusión occidental de la naturaliza humana**.

México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

SIM, Joe. **The abolitionist approach: a British perspective**, In *Penal Theory and Practice: Tradition and Innovation in Criminal Justice*, Manchester: Manchester University Press, 1994.

SPINOZA, Baruch. **Tratado político**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SWAANINGEN, René van. **Critical Criminology: Visions from Europe**. Londres: Sage, 1997.

TIVERON, Raquel. *Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília: Thesaurus, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: parte general** / Alejandro Alagia; Alejandro W. Slokar; Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2011.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. **Estructura básica del derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2012.

Notes

1Os números são do Centro Internacional de Estudos Prisionais do Kings College, de Londres, se referem ao ano de 2014 e podem ser acessados em <<http://www.prisonstudies.org>>.

2Nesse sentido, por exemplo, CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o estado**. São Paulo: Cosac Naify, 2013. MAYR, Lucy. **El gobierno primitivo**. Buenos Aires: Amorrotu, 1970. DESCOLA, Philippe. **Las lanzas del crepúsculo: relatos jíbaros**. Alta Amazonia. México: Fondo de Cultura Económica, 2005. SAHLINS, Marshall. **La ilusión occidental de la naturaliza humana**. México: Fondo de Cultura Económica, 2011. EVANS-PRITCHARD, E. **Los nuer**. Barcelona: Anagrama, 1992. FORTES, Meyer; EVANS-PRITCHARD, **Sistemas políticos africanos**. Barcelona: Anagrama, 1978; entre outros.

3A esse respeito, por exemplo, cf. GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1990. e DERRIDA, Jacques. **A farmácia de Platão**. São Paulo: Iluminuras, 2005.

4Também em Rousseau o criminoso será descrito como o indivíduo que rompe o contrato social: cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Saraiva, 2011.

5Este fenômeno é analisado por Foucault, por exemplo, na quarta conferência publicada em “A verdade e as formas jurídicas”. cf. FOUCAULT, Michel. **La verdad y las formas jurídicas**. Barcelona: Gedisa, 2013.

6Nietzsche, em distintos momentos de distintas obras, utiliza, para se referir a esse “gozo” cruel exercido sobre o outro e sobre si, o substantivo *Genuss* e o verbo *genießen*: “*es giebt einen reichlichen, überreichlichen Genuss auch am eignen Leiden(...)*” (NIETZSCHE, Friedrich. **Jenseits von Gut und Böse**. In: *Sämtliche Werke*:

Kritische Studienausgabe in 15 Bänden, V, Berlin: de Gruyter, 1999, p. 166) ou “*denn der Grausame genießt den höchsten Kitzel des Machtgefühls*” (NIETZSCHE, Friedrich. **Morgenröthe**. In: Sämtliche Werke: Kritische Studienausgabe in 15 Bänden, III, Berlin: de Gruyter, 1999, p. 30).

7Neste sentido, conferir BRAITHWAITE, Apud MCLAUGHLIN, Eugene; MUNCIE, John. **Diccionario de criminologia**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003, p. 157.

8Cf. por exemplo, TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa**: a construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília: Thesaurus, 2014. ACHUTTI, Daniel. **Abolicionismo penal e justiça restaurativa**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2016. COSTA, Natassia Medeiros. **A construção da justiça restaurativa no Brasil como um impacto positivo no sistema de justiça criminal**. São Paulo: Lexia, 2015.

9No que tange à possibilidade de aplicação da justiça restaurativa de maneira bem sucedida aos crimes graves, cf. TIVERON, Raquel. *Op. Cit.* P. 439-512.

