XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

FELIX ARAUJO NETO

RENATA ALMEIDA DA COSTA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C929
Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felix Araujo Neto, Renata Almeida Da Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-292-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Criminologias. 3. Política Criminal. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

Em dezembro de 2016 foi realizado em Curitiba, capital do estado do Paraná, o XXV Congresso do CONPEDI. Envoltos pela temática "CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito", os quase dois mil participantes submeteram seus trabalhos para mais de cinquenta grupos especializados. Dentre esses, a linha da Criminologia e da Política Criminal recebeu farta contribuição e, por isso, três foram os grupos de trabalho com essa denominação.

A nós, orgulhosamente, coube a tarefa de recepcionar textos e participantes; conduzir a apresentação dos trabalhos na tarde úmida do dia 09/12/16 e, ao final, resumir neste formato de apresentação a riqueza do que se está a produzir cientificamente em estudos de pós-graduação no Brasil.

Assim, na sala destinada ao GT intitulado "Criminologias e Política Criminal II", foram apresentados e debatidos dezenove trabalhos. Nenhuma ausência ou abstenção se fez. E, em que pese a temática do desenvolvimento sustentável, foi a "cidadania" e "o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito" os tópicos marcantes do grupo.

Afinal, como se percebe, lugar especial têm encontrado as discussões sobre gênero na área da Criminologia - três foram os artigos sobre o assunto – e, dos dezenove trabalhos submetidos ao grupo, quinze tiveram mulheres como autoras ou coautoras. Ao mesmo tempo, deu-se destaque à gestão do poder e ilícitos do "colarinho branco" ou os crimes praticados contra a administração pública também têm ocupado as atenções de nossos pesquisadores.

De qualquer sorte, o tônus questionador e a abordagem crítica sobre a produção e a aplicação do Direito Penal em território nacional estiveram presentes em todos os debates e fazem-se notar nos artigos que aqui são veiculados. Nesse sentido, são os trabalhos "(In) admissibilidade de provas ilícitas no processo penal: um estudo sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade", de Dalvaney Aparecida de Araújo e Junio Cesar Doroteu; "A invisibilidade social dos adolescentes brasileiros e sua infuência na criminalidade", de Liziane da Silva Rodriguez e Gabriela Ferreira Dutra; "A criminologia crítica, o direito penal mínimo e a Lei 11.343/2006 em uma visão atual e garantista", de Vladia Maria de Moura Soares e de Rodrigo Antunes Ricci; "Uma guerra contra a corrupção: da Lava Jato às dez medidas contra a corrupção do Ministério Público Federal", de Taina Ferreira e Ferreira;

“Perdoados por uso e tráfico de entorpecentes – primeiras reflexões sobre a utilização da remissão no Juizado da Infância e Juventude de Recife/PE”, de Vitória Caetano Dreyer Dinu; “Reflexos da política criminal punitiva e encarceradora brasileira: um estudo da vergonhosa situação dos presidiários e do enorme custo social e econômico do encarceramento.”, de Clayton Moreira de Castro; “Política criminal de drogas: o papel da Defensoria Pública e a seletividade penal”, de, de Paulo Thiago Fernandes Dias e de Sara Alacoque Guerra; “Sociedade estamental: o crime e os donos do poder”, de Patricia Manente Melhem e de Rudy Heitor Rosas; “Feminismo e criminologia crítica: uma interseção necessária”, de Twig Santos Lopes; “Gênero e pensamento criminológico: perspectivas a partir de uma epistemologia feminista”, de Cassius Guimaraes Chai e de Kennya Regyna Mesquita Passos; “Vitimização ambiental: processo de visibilização e consolidação de uma epistemologia emergente”; de Mariangela Matarazzo Fanfa Colognese e de Karla Cristine Reginato; "Autos de resistência" como instrumento legitimador da política de extermínio do ´inimigo´”, de Larissa Leilane Fontes de Lima e de Igor Frederico Fontes de Lima; “A cultura da punição nos sistemas penais Brasil Argentino: considerações sobre o instituto penal da reincidência”, de Tiago Dias de Meira; “Neurodeterminismo: o neolombrosinismo científico e o perigo de um direito penal autoritário”, de Ercolis Filipe Alves Santos e de Daniela Carvalho Almeida da Costa; “Feminicídio pra quê? Uma análise dogmática e político-criminal da nova qualificadora do homicídio introduzida pela Lei 13.104/2015”, de Gisele Mendes De Carvalho e Gerson Faustino Rosa; “Ausência de eficácia dos direitos fundamentais no sistema penal e prisional brasileiro: do estado de coisas inconstitucional ao estado de desobediência civil”, de Gustavo Nascimento Tavares e de Ruan Carlos Pereira Costa; “Criminalidade e responsabilização do adolescente: uma análise sobre as medidas socioeducativas e sua execução em São Luís – MA”, de Themis Alexsandra Santos Bezerra Buna; “É possível operar no direito penal sem mobilizar uma teoria do valor ou do capital humano? O enfrentamento crítico criminológico”, de Yuri Ygor Serra Teixeira; “O capitalismo do espetáculo e o processo de desregulamentação: anomia constitucional e o mal estar do sistema penal”, de Francis Rafael Mousquer e de José Francisco Dias Da Costa Lyra.

A metodologia empírica – tão caracterizadora da Criminologia como ciência – também se fez marcar em alguns dos trabalhos e, publicamente, foi elogiada e destacada. Cremos ser este, também, o caminho para a produção do conhecimento, especialmente quando dados novos são trazidos à luz, revelando realidades locais e estratégias de controle punitivos globais.

Fazemos votos de que os textos aqui apresentados sejam lidos, assimilados e criticados. Mais do que isso. Que os artigos contribuam para novas pesquisas e para o verdadeiro desenvolvimento do papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito em nosso país. Boa leitura!

Prof. Dr. Felix Araújo Neto - UEPB

Profa. Dra. Renata Almeida da Costa - UNILASALLE

É POSSÍVEL OPERAR NO DIREITO PENAL SEM MOBILIZAR UMA TEORIA DO VALOR OU DO CAPITAL HUMANO? O ENFRENTAMENTO CRÍTICO CRIMINOLÓGICO

CAN OPERATE IN CRIMINAL LAW WITHOUT MOBILIZE A THEORY OR VALUE OF HUMAN CAPITAL? THE COPING CRITICAL CRIMINOLOGICAL

Yuri Ygor Serra Teixeira [1]

Resumo

O artigo desenvolve reflexões marginais para debater as nuances entre o direito penal e a manifestação da vida indigna de ser vivida, justamente para verificar se existem hipóteses em que o direito penal pode existir sem valorar necessariamente o ser humano. Logo, será verificado como o direito penal é um instrumento do biopoder que deixa morrer e faz viver, de modo que a estratégia do dispositivo punitivo funciona para o apagamento de vidas humanas, mas, afinal, seria possível operar no direito penal sem mobilizar um valor?

Palavras-chave: Direito penal, Vida humana, Biopoder

Abstract/Resumen/Résumé

The article develops marginal reflections to discuss the nuances of criminal law and the manifestation of life unworthy of being lived, just to see if there are cases in which the criminal law can exist without necessarily value the human being. Soon, it will be seen as criminal law is a biopower instrument that leaves die and do live, so that the punitive device strategy works for deletion of human lives, but after all, it would be possible to operate in the criminal law without mobilizing a value?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Human life, Biopower

[1] Mestrando em Direitos Fundamentais e especialista em Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia, Professor de Direito Penal da Estácio Castanhal - FCAT.

1. Introdução

Inicialmente, cumpre esclarecer, que nesse presente escrito não se pretende fazer uma abordagem voltada para a teoria do direito, portanto, não será desenvolvido os conceitos, debates e controvérsias jurídicas-filosóficas atinentes ao conceito de direito. Ao contrário, o escopo é analisar se é possível operar as normas jurídicas penais sem mobilizar uma teoria do valor ou do capital humano. É válido ressaltar que este alerta primário é importante, pois frequentemente será utilizado o direito como instrumento principal de análise, mas não propriamente como existência ou construção teórica e sim com seus manejos e reflexos.

Ademais, conforme dito, o foco da análise é voltado para o direito penal, tendo em vista sua relação próxima, principalmente, com as vidas humanas, não que as demais "áreas" do direito não estejam relacionadas com este propósito, mas no direito penal, temos efeitos e reflexos drásticos provocados no ser humano, ao longo do desenvolvimento do texto será abordado essas questões e suas motivações de maneira mais aprofundada.

Sendo assim, pretende-se desenvolver no capítulo inaugural o que se entende por teoria do valor, e além do que, sua relação propriamente com o direito, desta forma, será utilizado às teorias de Binding com referência da construção desse aporte teórico, por óbvio, não se limitando no desenvolvimento de outros autores. O motivo principal é desvelar o conceito de vida (in) digna de ser vivida (ou de viver) e como fica nítido quando esses conceitos são visualizados por intermédio dos reflexos do direito penal.

No capítulo subsequente, para dar continuidade no desenvolvimento da construção reflexiva marginalserá aprofundado as discussões entre os reflexos direito penal nas vidas humanas, para isso torna-se necessário desenvolver a teoria do capital humano de Foucault, com intuito sempre de desvendar as estratégias ocultas dos dispositivos penais para o apagamento dos indivíduos, ou seja, se frequentemente verifica-se que o direito penal é manobrado com desejos punitivistas diante dos interesses dominantes, como podemos e, se é possível, mobilizar uma dogmática penal estrategicamente não destinada para transformar(ainda mais) vidas humanas em indignas, com isso iremos adentrar na busca de um valor para o direito penal.

É notório, então, no terceiro e último capítulo desvelar as função não declaradas pelo direito penal, na qual com o aporte teórico construído ao longo do escrito objetiva-se desconstruir toda finalidade majoritariamente aceita na proposta e nos discursos jurídico-penal. Da mesma forma que não se pretende adentrar na teoria do direito para tentar responder os questionamentos que motivaram o presente artigo científico, uma vez que, conforme já

demonstrado brevemente, o caminho percorrido para a reflexão será marginal, cumpre esclarecer que todo desenvolvimento será marcado por inúmeras indagações que são frutos de uma única dúvida: quem determina um valor para o Direito Penal?

2. Derrubando os muros: a vida indigna de ser vivida e o direito

A autorização do aniquilamento da vida indigna de ser vivida, tradução mais próxima de *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens* foi o título de um artigo do penalista alemão Karl Binding[1] publicado em 1920, fato curioso é que no momento da impressão dos exemplares, o autor faleceu, não podendo inclusive dar continuidade nos fundamentos apresentados, muito menos debater com as críticas. No entanto, apesar dos pesares, muito veio a se discutir sobre o conceito de vida indigna de ser vivida.[2] O texto foi escrito em parceria com o professor de medicina Alfred Hoche.

Talvez não tão compreendida, não se sabe ao certo, mas a partir desse seu último artigo, muitos atos de barbárie foram justificados a partir da denominação do que seria uma vida indigna de ser vivida, afinal, do que se entende por isso? Em seu escrito, Binding utiliza duas premissas de vidas indignas que justificariam sua inexistência por vontade própria do agente, talvez tenha sido nesse ponto que se derivou uma interpretação equivocada sobre a teoria do autor.

A retirada de sua própria vida por considerar indigna é justificada para Binding em duas ocasiões: suicídio e eutanásia. Para o autor alemão, não é possível punir o suicídio, pois a escolha da existência da vida faz parte da própria soberania do sujeito, portanto, é inadmissível qualquer interferência do direito, seja como delito ou como um ato meramente jurídico; na eutanásia, sua referência principal é em relação aos doentes incuráveis, na qual pela ausência de vontade de viver não deveriam sofrer restrições de qualquer tipo, seja de cunho jurídico, religioso e até mesmo social, reconhece ser difícil quando o doente não possui vontade nem de morrer e nem de viver, em razão do seu próprio estado de saúde, para isso diz o autor a decisão deveria ser de um parente próximo ou de uma comissão designada para tal finalidade.

---

[1] Binding é um autor muito recorrente no campo dogmático jurídico-penal, dos poucos artigos traduzidos para o português, sua grande maioria é tratando do direito penal, se tornou conhecido no Brasil por sua Teoria das Normas.

[2] No capítulo 3 do livro abaixo identificado, de Agamben, é explorado o conceito de vida que não merece viver, cujo conceito é o título do capítulo (Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I /Giorgio Agamben tradução de Henrique Burigo. - Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002)

Existem vidas humanas que perderam a tal ponto a qualidade de bem jurídico, que sua continuidade, tanto para o portador da vida como para a sociedade, perdeu permanentemente todo o valor? Sim, a vida sem valor é uma libertação para o agente, ademais, admitindo essa hipótese é possível superar questões propriamente jurídicas, pela própria formação acadêmica, este é o foco principal enfrentado por Binding, retirar às questões atinentes da punibilidade.

> A "vida indigna de ser vivida" não é, com toda evidência, um conceito ético, que concerne às expectativas e legítimos desejos do indivíduo: é, sobretudo, um conceito político, no qual está em questão a extrema metamorfose da vida matável e insacrificável do *homo sacer*, sobre a qual se baseia o poder soberano. (AGAMBEN, 2002, p. 148-149)

Agamben vai além, a vida matável deriva-se em razão de o homem encontrar-se submetido em estado de exceção, em vida nua, isolado da *bíos*. É como um controle do corpo biológico, próprio da biopolítica moderna[3], em que decidir sobre vida é decidir politicamente, o indivíduo está imerso em estratégias políticas sobre a sua vida, entre o matável e o não-matável, a sacralidade do *homo sacer*. Logo, o soberano decide sobre o valor e o desvalor da vida, o poder acaba penetrando o próprio corpo, de modo que transforma sua auto decisão em soberana.

Não há, pois, simetria real nesse direito de vida e de morte. Não é o direito de fazer morrer ou de fazer viver. Não é tampouco o direito o direito de deixar viver e de deixar morrer. É o direito de fazer morrer ou de deixar viver. Antes da biopolítica moderna, o soberano escolhia claramente entre a vida e a morte do indivíduo, entre o fazer morrer e o deixar viver, nesse processo atual, uma novasituação se manifestou, entre o deixar morrer e o fazer viver, é uma nova tecnologia das relações de poder, muitas das vezes, escamoteadas por estratégias ocultas.

A morte não significa apenas a ausência de vida, a morte pode acontecer em vida quando se transforma em indigna, exercer o controle da vida é exercer o controle de quem vive, é fazer viver, quando existe esse pressuposto da escolha, naturalmente é deixar morrer. Esse controle dos corpos, das vidas, na normalização das subjetividades[4] é o canal para a

---

[3] Nesse sentido: "Por milênios, homem permaneceu o que era para Arist6teles: um animalvivente e, além disso, capaz de existência política; o homemmoderno e urn animal em cuja política está em questão a sua vida de ser vivente" (FOUCAULT *apud* AGAMBEN. Ibidem, pag. 11)

[4] Para Foucault: "A sociedade de normalização não é, pois, nessas condições, uma espécie de sociedade disciplinar generalizada cujas instituições disciplinares teriam se alastrado e finalmente recoberto todo o espaço – essa não é, acho eu, senão uma primeira interpretação, e insuficiente, da ideia de sociedade de normalização. A sociedade de normalização é uma sociedade em que se cruzam, conforme uma articulação ortogonal, a norma da disciplina e a norma da regulamentação. [...] Portanto, estamos num poder que se incumbiu tanto do corpo

biopolítica, são os dispositivos atuando por suas linhas de força entre os indivíduos para com os indivíduos.

O termo dispositivo nomeia aquilo em que e por meio do qual se realiza uma pura atividade de governo sem nenhum fundamento no ser. Por isso os dispositivos devem sempre implicar um processo de subjetivação, isto é, devem produzir o seu sujeito. (AGAMBEN, 2009, p.38)

A relação entre o direito e o poder é muito presente, é bem verdade que o poder não existe, existem relações de poder. O poder não pode ser entendido como algo centralizado, hierarquizado e concentrado em um determinado ponto, agindo horizontalmente entre nós, são feixes que se entrecruzam nas relações entre os indivíduos, o direito é uma das manifestações de poder, procura exercer o controle sobre as vidas. Tanto é verdade que até dominar as ciências jurídicas provoca uma relação de poder[5] denominada de saber, assim como existem outros saberes, todos eles sempre materializam essas linhas de força.

O direito possui um apelo social, de proteção, de guardião de condutas, onde se vende a ideia de necessidade para garantir um controle, ademais, reconhece sua própria fragilidade, mas seu discurso jurídico se sustenta pelos esforços argumentativos de aceitação e disciplina. As normas jurídicas são materializadas na esfera do possível, no dever ser, não descrevem a realidade concreta, mas a possível de ser alcançada, por isso controla os corpos e a vida, entre o certo e o errado, por isso o direito tem um apelo moral, de legitimidade e na tentativa de superação cria barreiras denominadas de leis.[6]

Warat (1985, p.124) diz que esses discursos jurídicos são falácias, pois são técnicas argumentativas, onde: (1) existem os discursos prescritivos ou persuasivos, onde não existe espaço para questionamentos sobre a verdade ou falsidade, a única pergunta possível é saber se a conclusão sugerida é aceita ou reprovada (2) não existe um discurso demonstrativo,

---

quanto da vida, ou que se incumbiu, se vocês preferirem, da vida em geral, com o pólo do corpo e o pólo da população". Ibidem, p. 302.

[5]Nesse sentido: "O Exercício do poder não é simplesmente uma relação entre "parceiros" individuais ou coletivos; é um modo de ação de alguns sobre outros. O que quer dizer, certamente, que não há algo como o "poder" ou "do poder" que existiria globalmente, maciçamente ou em estado difuso, concentrado ou distribuído: só há poder exercido por "uns" sobre os "outros"; o poder só existe em ato, mesmo que, é claro, se inscreva num campo de possibilidade esparso que se apoia sobre estruturas permanentes. (FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In Dreyfus, Rabynow. Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 242.

[6] Sobre a violência e a lei, vejamos: "Assim, o único fundamento possível da lei deve ser buscado na história, a qual, precisamente, aniquila todo tipo de fundamento. No princípio da lei, não existe outra coisa senão o arbitrário (no duplo sentido), a "verdade da usurpação", a violência sem justificativa. A amnésia da gênese, que nasce do fato de se estar acostumado ao costume, dissimula o que está enunciado pela brutal tautologia: "a lei é a lei, e nada mais". Quem quiser "examinar seu motivo", sua razão de ser, levando tal indagação "até à sua fonte primeira", ou seja, fundá-la remontando ao começo primordial, à maneira dos filósofos, descobrirá sempre essa espécie de princípio de desrazão suficiente." (BOURDIEU, Pierre. Meditações Pascalianas. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2001, p. 114.

categórico e descritivo, onde o questionamento sobre a verdade ou falsidade ganharia relevo. Essas falácias são graduais a depender do conteúdo, podem até ser acometidas por erro ou ignorância, são chamadas de formais, ao ponto que, existem aquelas de maior apelo, de cunho material, no mundo jurídico é o socorro para as jurisprudências, doutrinas, discursos de autoridade de grande apelo argumentativo.

> As falácias jurídicas podem dar-se em um enunciado equivocado, em uma falsa crença, porém o que tem força persuasiva, a nível jurídico, são condições retóricas de sentido, isto é, princípios metodológicos para a organização e sistematização das significações persuasivas. Usando outro vocabulário, poderíamos chamar os pressupostos metodológicos retóricos ou as falácias em sentindo amplo, concepções valorativas sobre o mundo, postulados metafísicos, concepções ideológicas sobre a produção do conhecimento. (WARAT, 1985, p. 125-126)

Com isso, esses esforços argumentativos mascaram a interferência do direito na vida humana, na transformação da vida em indigna, no deixar morrer e no fazer viver, é bem verdade que a vida matável não é bandeira levantada nas mãos do soberano, afinal não se faz morrer, se deixa, então se cria condições para que esses objetivos sejam alcançados sem ter sangue nas mãos. O melhor instrumento para concretização dessas finalidades é o Direito Penal, engana-se, porém imaginar que este poder está estritamente localizado nos aparatos estatais, sua forma é mais profunda.

3. Em busca do valor no Direito Penal: a máquina de moer gente

A prisão é uma forma de controle, tambémé um saber-poder, é admita no Direito Penal como resposta da violação de suas normas, é a contraprestação estatal face ao descumprimento das regras. Ocorre que, como funciona esse poder? Como a prisão é um poder e porquê? Foucault enfrenta esse problema marcando quatro esquemas teóricos por intermédio de uma análise sobre o poder e a prisão.[7]

1. O poder não é algo possível de ser possuído, onde existem pessoas que tem e outras não, é algo exercido em grande completude, presente em todas as esferas do campo social, por isso ninguém possui, é algo exercido, em constante movimento e mutação, é renovado entre todos os indivíduos, numa relação invisível belicosa, não se apropria de

[7] FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973). Tradução de Ivone C. Benedetti – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p.207-215.

ninguém, ao contrário, a relação de poder não se manifesta como uma relação de opressão, é uma relação estratégica permanente sem violência.

2. O poder não está localizado nos aparatos estatais, uma vez que essas estruturas, na verdade são sistemas de apoio de um esquema de poder, que vai muito além de um ponto fixo e concentrado, tanto é verdade que não importa destituir qualquer governo ou até mesmo destruir um aparato estatal, de modo que o poder presente irá se renovar nesse esquema constante de mutação. Se faz necessário, portanto, estabelecer diferenças entre sistemas de poder e as estruturas políticas, bem como entre sistemas de poder e os aparatos estatais, vejamos: não podemos definir o poder enquanto força estatal, de coerção, em uma imagem de cima para baixo, o poder vai além porque justamente está muito mais presente nas relações que não exigem dessas ferramentas, o poder está presente na família, na moradia, nas relações sexuais, no emprego. Enfim, o poder é rotina exercida em nossos corpos como disciplina.

3. O poder é subordinado a um modo de produção e alimentado por ele, seja para garantir sua permanência seja para constituir a si próprio, sendo assim, podemos considerar que existe uma profunda relação entre o controle dos corpos por intermédio do tempo e aceitação dos modos de produção, os indivíduos são submetidos integralmente aos ciclos da atividade produtiva. O tempo dos indivíduos são comprados pelo salário a partir da integração ao modo de produção, o empregador adquiri assim uma força de trabalho, exigindo dos indivíduos acumulações de capitais para fugir do modo de produção, porém se insere novamente ao acumular, por isso Foucault denomina esse poder como sequestração. O tempo e a vida do homem não são por natureza trabalho; são prazer, descontinuidade, festa, repouso, necessidade, instantes, acaso, violência etc. Ora, toda essa energia explosiva precisa ser transformada em força de trabalho continua e continuamente oferecida ao mercado.[8]

4. O poder não necessariamente é um efeito ideológico, o poder não é ideologia, o poder é um saber que permite o exercício e a produção de efeitos ideológicos, o poder não se manifesta na turbulência, se manifesta no discurso pacífico, por isso que o saber e o poder estão constantemente interligados entre si, não como identidade distinta, mas como processo presente em um denominador comum.

O problema é, precisamente, encontrar esse aparato de poder e ver como essa forma-prisão pôde de fato introduzir-se e tornar-se instrumento nessas relações de poder.[9]Esse é o grande enigma. O Direito Penal obedece uma lógica de mercado, tanto é verdade que a forma-prisão obedece de forma semelhante à forma-salário, o mercado retira o tempo dos

[8]Ibidem, p. 211.
[9]Ibidem, p. 78.

indivíduos para fornecer um salário em troca de uma prestação de serviços, na ausência dessa força de trabalho é retirado o tempo com a prisão[10]. Ela é uma das instituições que manejam uma tecnologia de poder disciplinar sobre o corpo e a vida dos indivíduos em prol de uma lógica de produção.

> O lugar onde o empobrecimento conjunto do indivíduo tem lugar é a manufatura e a fábrica, mas a preparação, o adestramento, é garantido por uma estreita rede de instituições subalternas à fábrica, cujas características modernas fundamentais estão sendo construídas exatamente neste momento: a família mononuclear, a escola, o cárcere, o hospital, mais tarde o quartel, o manicômio. Eles garantirão a produção, a educação e a reprodução da força de trabalho de que o capital necessita. (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p.47-48)

A ciência jurídico-penal é uma das mais controvertidas ciências do Direito, é vendido vários slogans sobre as práticas penais para ratificar sua esfera de importância no mundo jurídico, é dito que ela é a última jurisdição que deve ser percorrida quando insuficiente as demais, que ela é construída e oferecida em prol da proteção dos indivíduos para com os indivíduos, que a pena oferece um caráter ressocializador, que as normas penais devem respeitar as garantias constitucionais, norma de ordem jurídica hierárquica superior. O Direito Penal é um dos ramos mais antigos[11], no contexto latino-americano suas normas jurídicas sofrem constantes mutações, a presença constante da ação humana e sua interferência baseada no populismo da pena fazem com que se torne uma ciência frequentemente instável.

Assim, existe uma relação simbiótica entre as normas e as penas, não existe Direito Penal sem pena, ela é o fruto e o alimento das normas e práticas penais; o fôlego que sustenta, atualmente, o Direito Penal é a prisão. O Direito Penal é um saber-poder, a prisão também o é, afinal as relações de poder próprias dos indivíduos são transferidos e maximizados no seio do cárcere, em troca da retirada de tempo dos indivíduos.

---

[10]Divergindo de Foucault nesse ponto escreve Wacquant: "Ao invés do adestramento ("treinamento" ou "domesticação"), destinado a moldar "corpos dóceis e produtivos" postulado por Foucault, a prisão contemporânea é direcionada para uma neutralização brutal, uma retribuição automática e a um simples armazenamento – por negligência, se não for algo intencional." (WACQUANT, Loïc. Bourdieu, Foucault e o Estado Penal na Era Neoliberal. Revista Transgressões: Ciências Criminais em debate. Natal, vol.3).

[11]Nesse sentido,"a Dogmática penal é um dos desdobramentos disciplinares da Dogmática Jurídica (que deita raízes na Escola histórica, como Dogmática do direito privado) e, como tal, é o modelo de Ciência do Direito Penal, que se consolidou desde o final do século XIX na Europa Ocidental (especialmente na Alemanha e Itália) e se transnacionalizou, posteriormente recebido e outros Estados da Europa Continental (Espanha, Portugal, Grécia, Holanda) e da América Latina (Brasil, Argentina, Costa Rica, Peru, Venezuela) e assumindo o estatuto de um paradigma, com uma marcada vigência histórica no centro e na periferia da modernidade – o que aponta para um potencial universalista do paradigma que lhe permite funcionar contextualizadamente e fora do lugar de origem". (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão – Rio de Janeiro: Editora Revan; ICC, 2012 Coleção Pensamento Criminológico, p. 186).

> A principal característica das normas jurídicas é a coercitividade. Não há direito sem sanção. Isto significa que, na estrutura do direito penal, a previsão de uma conduta como crime estará sempre vinculada à possibilidade concreta de os Poderes constituídos habilitarem um ato de coerção. A própria Constituição, ao estabelecer os princípios que regem o sistema de crimes e de penas, determina que os tipos incriminadores (figuras abstratas que descrevem as conduta criminais) fixem, como consequência de sua violação, uma resposta punitiva (pena), independente da sua espécie (pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa) (CARVALHO, 2013, p.39)

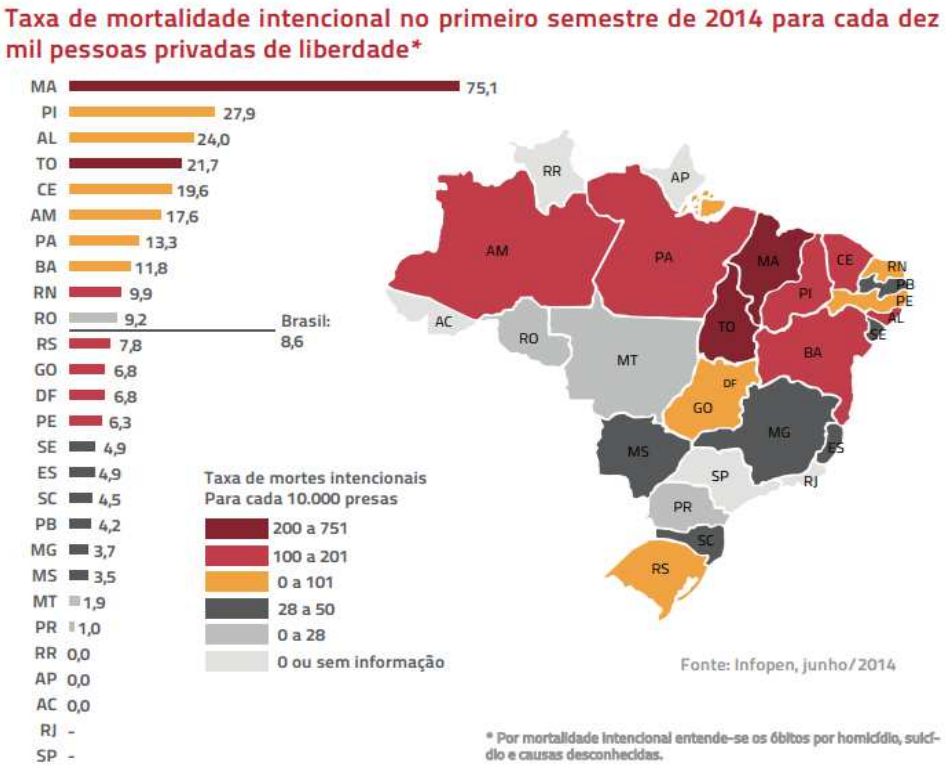
Sendo assim, pena e direito estão umbilicalmente interligados, a consequência da ação da norma jurídica penal é o cárcere. Como vimos, a vida indigna de ser vivida é um conceito político baseado na constante transformação da vida matável e sacrificável dos indivíduos (o *homo sacer*), o que mobiliza o deixar morrer no poder soberano é a prisão.A prisão é uma máquina de moer gente, de deixar morrer, para além das teorias de Binding, a prisão é o lugar da vida indigna de ser vivida, no contexto brasileiro, em uma análise fática e física podemos compreender de forma salutar e clara os presentes diagnósticos, não que a morte física seja o único resultado da vida indigna, ao contrário, nas relações de poder somos partes e mecanismos importantes para sua manutenção.

A execução das penas no sistema penal brasileiro muitas das vez resulta em morte, por sua vez é a morte física, a retirada da vida enquanto está sob custódia do Estado, em cumprimento de pena. É mais provável ser morto enquanto está preso do que enquanto está em liberdade, as chances (deixar morrer) de morte em cumprimento de pena se faz unicamente pela reclusão, pela retirada da liberdade, no cárcere será desenvolvido todas as estratégias escamoteadas para a finalidade de controle, custe o que custar.

Existe um alto índice de mortalidade no sistema penal brasileiro, a prisão tupiniquim é uma máquina da morte, não seria exagero comparar com um campo de concentração. Guardada às devidas proporções, podemos diferenciar na finalidade, nos interesses, na publicidade e, principalmente, no alvo. Obviamente, são universos diferentes, é o que diria os pragmáticos, não deixa de ser em uma análise estritamente superficial, no entanto, nas estruturas do espaço social[12] em que as relações de poder sustentam-se pela

[12] O que se entende por estrutura social: "Essa estrutura não é imutável e a topologia que descreve um estado de posições sociais permite fundar uma análise dinâmica da conservação e da transformação da estrutura da distribuição das propriedades ativas e, assim, do espaço social. É isso que acredito expressar quando descrevo o espaço social global. É isso que acredito expressar quando descrevo o espaço social global como um campo, isto é, ao mesmo tempo, como um campo de forças, cuja necessidade se impõe aos agentes que nele se encontram envolvidos, e como um campo de lutas, no interior do qual os agentes se enfrentam, com meios e fins diferenciados conforme sua posição na estrutura do campo de forças, contribuindo assim para a conservação ou a

mesma análise entre o passado e o futuro, podemos concluir que o valor da vida é um mero detalhe.



De acordo com o Ministério da Justiça por intermédio do Departamento Penitenciário Nacional, a taxa de mortes intencionais no sistema prisional é de 8,4 mortes para cada dez mil pessoas presas em um semestre, o que corresponderia a 167,5 mortes intencionais para cada cem mil pessoas privadas de liberdade em um ano.[13] A pessoa presa possui 6 (seis) vez mais chances de ser morta do que se estivesse em liberdade.

Inúmeras são as conclusões da pesquisa empírica realizada pelo órgão em tela, dentre elas, a falta de acesso à saúde pela pequena quantidade de profissionais habilitados para dar suporte necessário, além dos medicamentos, materiais de limpeza e etc., bem como a própria segurança interna dos presidiários que não evita as rixas entre as facções que provocam as mortes dos indivíduos, são conclusões diversas basicamente sobre um problema estrutural do sistema prisional brasileiro.

Essas mortes são encaradas de maneira naturalizada pelos atores do sistema de justiça criminal, a cada morte é mais um que soma-se nas estatísticas dos corredores forenses,

---

transformação de sua estrutura. (BOURDIEU, Pierre. Razões Práticas: Sobre a teoria da ação. Apêndice: Espaço Social e Campo de Poder. Campinas: Editora Papirus, 2011, p. 50.)

[13] Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Infopen – Junho de 2014. p. 115. Disponível em http://estaticog1.globo.com/2015/06/23/relatorio-do-infopen-junho-2014.pdf.

onde o resultado pode chegar quiçá em mais uma cadeia punitivista na busca de responsáveis, de modo a continuar o ciclo vicioso da forma-prisão como solucionadora de inúmeras mazelas sociais. As condutas são naturalizadas pelo fato vivermos em uma sociedade de normalização, onde aceita-se como normal mesmo aquilo que nos parece estranho e mesmo aquilo que nos parece estranho admitidos como anormal, pelo simples fato de ser mais conveniente aceitar. Até mesmo porque, esses indivíduos estão condenados muito antes de nascer, pelo simples fato de existir.

4. Podres poderes é proibido proibir[14]: Docapital humano ao racismo de estado

O termo capital humano é fruto de um livro do economista da Escola de Chicago Theodore Schultz, denominado *Capital Humano: investimentos em educação e pesquisa*, publicado em 1969, apesar da importância da introdução do termo pelo autor, nos interessa o que foi explorado por Michel Foucault a partir da biopolítica, acredita-se que com as reflexões nesse sentido seria possível avaliar a problemática introduzida no presente escrito.

Não é surpreendente tantos problemas quando adotado uma perspectiva marginal[15] sobre os enfrentamentos do campo penal, tendo em vista que a análise ribeirinha proporciona a visão de uma lupa sobre tudo aquilo que nos cerca, com o Direito Penal não é diferente, é possível a partir dela verificar as estratégias dos dispositivos para o apagamento dos sujeitos, cuja finalidade é podre e proibida. Vejamos:

> O interesse, creio, dessa teoria do capital humano está no seguinte: é que essa teoria representa dois processos, um que poderíamos chamar de incursão da análise econômica num campo até então inexplorado e, segundo, a partir daí e a partir dessa incursão, a possibilidade de reinterpretar em termos econômicos e em termos estritamente econômicos todo um campo que, até então, podia ser considerado, e era de fato considerado, não-econômico. (FOUCAULT, 1979, p.302)

O capital ante presente no trabalho, na economia, sempre também esteve presente no ser humano, como capital humano. Foucault relembra o retorno do *homo oeconomicus*,

[14] "Podres poderes" é um canção composta por Caetano Veloso em 1984 no fim da Ditadura Militar no Brasil, "É Proibido Proibir" também é uma canção composta por Caetano Veloso em 1968 no início da Ditadura Militar.

[15] Se Foucault (...) acredita na literatura é porque acredita na sua exterioridade. E se lhe interessa (também) a fala da loucura é porque nela está em jogo essa mesma exterioridade. Desse ponto de vista a escritura e a loucura estariam no mesmo plano (...), com seu poder transgressivo: (ali está) a fala absolutamente anárquica, a fala sem instituição, a fala profundamente marginal que cruza e mina todos os outros discursos (PELBART *apud* SOUZA, Lizete Quelha de. Pensamento de Foucault e memória social: entre diferentes modos de subjetivação e possíveis resistências. Tese de Doutorado, UFRJ.)

presente agora no neoliberalismo, no mundo clássico esse era ohomem da troca, da parceria de troca, evidentemente o que estava ligado com a utilidade das coisas, no neoliberalismo esse homem é o empresário de si próprio, sendo ele o objeto da própria troca, do próprio marketing, dono de seu próprio capital, ele é sua fonte de renda. Tanto é verdade que o capital humano pode ultrapassar gerações, é um instrumento constante de investimento à longo prazo, de nome e sobrenome, de preocupação constante com o futuro.

O capital humano valorizado deve atrair outro capital humano valorizado, tudo em prol da procriação genética hereditária do próprio capital humano, ele deve ser constante e presente entre os indivíduos que investiram na sua construção para que se continue a sobrevivência competitiva no mercado.

Tudo aquilo que é próprio do mercado, renda, trabalho, investimentos educacionais, até mesmo saúde para continuar no labor, esses elementos no neoliberalismo são revestidos em capital para o ser humano para garantia de sua própria sobrevivência, por isso não seria completamente lógico perder essa acumulação de capital após a morte, é necessário deixar algo, além de tudo que foi construído em vida. Portanto, o capital humano é a transformação do ser humano em competência-máquina para produção de renda, da qual todos nós estamos inseridos no mundo contemporâneo, consequentemente, reflexos surgem para o Estado, a ausência de capital humano em uma sociedade provoca reflexos em posições econômicas para as nações, os neoliberalistas afirmam que os países subdesenvolvidos são aqueles com menor capital humano

Na era do salário em decomposição e descontínuo, a regulação das famílias das classes populares não passa mais apenas pelo braço maternal e complacente do Estado-Providência; ela se apoia também sobre aquele, viril e controlador, o Estado-Providência.[16]Desta forma, o capital humano é de interesse, além do próprio individuo, mas também do Estado. Não muito distante, o direito penal brasileiro criminalizava algumas condutas ligadas ao costume, como a vadiagem e a mendicância, não que hoje seja diferente, ainda existem bens jurídicos tutelados ligados exclusivamente com aspectos morais, transformando supostos desprovidos de capital humano em destinatários de punições.

> É aí, creio eu, que intervém o racismo. Não quero de modo algum dizer que o racismo foi inventado nessa época. Ele existia há muito tempo. Mas eu acho que funcionava de outro modo. O que inseriu o racismo nos mecanismos do Estado foi mesmo a emergência desse biopoder. Foi nesse momento que o racismo se inseriu como mecanismo fundamental do poder,

[16] WACQUANT, Loïc. Insegurança Social e Surgimento da preocupação com a segurança. Revista Panóptica. Ano 3, Número 19, Julho-Outubro 2010, p. 204.

> tal como se exerce nos Estados modernos, e que faz com que quase não haja funcionamento moderno do Estado que, em certo momento, em certo limite e em certas condições, não passe pelo racismo. (FOUCAULT, 2005, p. 304)

O racismo do estado parte da categorização do biológico, na fragmentação dos seres em raças, na subdivisão da espécie humana, na qualificação dos indivíduos em categorias, é o corte no domínio da vida que diferencia os seres de maneira biológica. Essas fissuras provocadas é o que aciona o biopoder para engrenar o racismo de estado, além do que é estabelecido uma relação positiva no deixar morrer e no fazer viver, é necessário na biopolítica moderna que uns provoquem a morte de outros para se fazer viver, mas não é um relação violenta, militar, guerreira ou política como afirma Foucault, mas uma relação biológica.

A função assassina do estado só pode ser assegurada, desde que o estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo. [17] A eliminação do perigo biológico é condição do sistema do biopoder, afinal para manutenção do soberano não se pode ter a vitória contrária. No fim das contas, na sociedade de normalização, exercer direito de matar se faz pelo racismo no controle do biológico.

> Em linhas gerais, o racismo, acho eu, assegura a função de morte na economia do biopoder, segundo o princípio de que a morte dos outros é o fortalecimento biológico da própria pessoa na medida em que ela é membro de uma raça ou de uma população, na medida em que se é elemento numa pluralidade unitária e viva. Vocês estão vendo que aí estamos, no fundo, muito longe de um racismo que seria, simples e tradicionalmente, desprezo ou ódio das raças umas pelas outras. (FOUCAULT, 2005, p. 308)

O racismo é uma tecnologia do poder justificada para o funcionamento do estado, independente do regime, essas estratégias são vitais para o biopoder, pois assim permite exercer o poder soberano. É válido ressaltar que não se trata de qualquer imposição de mentalidade ideológica, conforme já dito, é muito mais profundo, é no controle enraizado do biológico por intermédio da regulamentação e da disciplina.

5. Considerações finais

As normas e práticas jurídicas penais contribuem pra um racismo de estado, principalmente naquilo que se refere ao cálculo do capital humano, a atuação do sistema penal é seletiva e segregadora, de modo que indica e direciona o cliente sob a qual irá recair sua

[17] Ibidem, p. 306.

punição. A execução da punição é a execução da vida do agente, uma vida indigna de ser vivida estigmatizada por fatores biológicos, após ingressar no cárcere, o poder soberano legitima o deixar morrer, uma vez está se tratando de um vida matável.

É interessante como os índices de mortalidade intencional no sistema prisional brasileiro refletem o diagnóstico ofertado pela lógica do cálculo do capital humano e, principalmente, como o Direito Penal contribui para a manutenção de valor na vida que está se dirigindo, não é possível a partir daí crer na operacionalização das normas sem vínculo com essas características próprias das relações de poder, até mesmo porque elas se cruzam para sedimentar práticas e relações existentes entre os indivíduos. Ademais, como vimos, o direito é um dos instrumentos de manobra do controle no biopoder, na área penal é vendido como necessário para o controle social, ocorre que, em razão de imaginar uma possível contaminação é que se cria esperanças em uma descontaminação, justamente para aplicação de regras eivadas desses vícios.

No entanto, essa é uma das estratégias da operacionalização dos dispositivos punitivos para a conservação do ciclo vicioso de saídas pelas normas jurídicas, na biopolítica moderna a crença no controle do biológico é por uma busca de instrumentos que efetivam esse controle, uma vez que as estratégias dos dispositivos estão direcionadas no apagamento dos indivíduos, requisito, inclusive, para exercer o biopoder. Sendo assim, não existe saída pelas regras jurídicas, já que não existe direito penal sem valoração do ser humano, além do que toda e qualquer estratégia de controle do poder punitivo se transforma em armadilhas reversas ou manipulações de discursos com finalidades estritamente punitivistas. A única saída para o que começou é o fim.

6. Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. – Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. **O que é um dispositivo?** In: O que é o contemporâneo? E outros ensaios. Editora Argos: Chapecó, 2009.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão** – Rio de Janeiro: Editora Revan; ICC, 2012 Coleção Pensamento Criminológico.

BOURDIEU, Pierre. **Meditações Pascalianas**. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **Razões Práticas: Sobre a teoria da ação**. Apêndice: Espaço Social e Campo de Poder. Campinas: Editora Papirus, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial** – São Paulo: Saraiva, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France**. Editora Martins Fontes: São Paulo, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Sobre a história da sexualidade**. In: Microfísica do Poder. Editora Graal: Rio de Janeiro, 2009.

FOUCAULT, Michel. **O sujeito e o poder**. In DREYFUS, RABYNOW. Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva: curso no Collège de France** (1972-1973). Tradução de Ivone C. Benedetti – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário** (séculos XVI-XIX). Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. Coleção Pensamento Criminológico.

PELBART, Peter Pál. **Fala dos confins: o lugar da literatura na obra de Foucault.** In: Revista Cult: Dossiê a herança de Michel Foucault. São Paulo, ano 12, no 134, ano 2009

SOUZA, Lizete Quelha de. **Pensamento de Foucault e memória social: entre diferentes modos de subjetivação e possíveis resistências.** Tese de Doutorado, UFRJ, ano 2012.

WARAT, Luís Alberto. **As falácias jurídicas.** In: Introdução ao Estudo do Direito I: Temas para reformulação. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16702>. Acesso em: 25 junho de 2016, às 10:30h.

WACQUANT, Loïc. **Bourdieu, Foucault e o Estado Penal na Era Neoliberal**. Revista Transgressões: Ciências Criminais em debate. Natal, vol.3

WACQUANT, Loïc. **Insegurança Social e Surgimento da preocupação com a segurança.** Revista Panóptica. Ano 3, Número 19, Julho-Outubro 2010

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Infopen – Junho de 2014. p. 115. Disponível em http://estaticog1.globo.com/2015/06/23/relatorio-do-infopen-junho-2014.pdf.