

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO  
CONPEDI BUENOS AIRES –  
ARGENTINA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E  
CRIMINOLOGIA II**

**MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH**

**JOSIANE PETRY FARIA**

**FRANCIELE SILVA CARDOSO**

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

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Penal, Processo Penal e Criminologia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Franciele Silva Cardoso; Josiane Petry Faria; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-801-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal e constituição. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# **XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA**

## **DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA II**

---

### **Apresentação**

É com grande satisfação que apresentamos o livro que reúne os artigos apresentados no Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Criminologia II”, por ocasião da realização do XII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. O evento aconteceu entre os dias 12 e 14 de outubro de 2023 junto à Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, na capital argentina.

O Grupo de Trabalho acima referido, ocorrido em 13 de outubro, reuniu inúmeros pesquisadores de diferentes Estados brasileiros, consolidando o estabelecimento, no âmbito do Encontro Internacional do CONPEDI, de um lócus privilegiado de discussão dos mais variados temas abrangidos pelo Direito Penal, Processo Penal e Criminologia. Da análise dos textos apresentados, fica evidente o propósito crítico dos autores quanto aos diversos temas que compõem a obra, como se evidencia da relação dos textos aqui reunidos:

**1 PROTOCOLO NÃO SE CALE: A RESPONSABILIDADE PENAL DO DIRIGENTE DE ESTABELECIMENTO DE LAZER NOTURNO EM DECORRÊNCIA DA POSIÇÃO DE GARANTIDOR:** aborda a responsabilidade da pessoa jurídica segundo as perspectivas normativas da Espanha e do Brasil, e sua conexão à Teoria da Cegueira Deliberada. Analisa o caso do jogador Daniel Alves como paradigma de abordagem, discorrendo sobre a figura do garante, a responsabilização por crimes omissivos impróprios e o sistema de compliance como um instrumento de mitigação de riscos.

**2 O DESAFIO DA SEGURANÇA HUMANA NO SÉCULO XXI: COMPREENDENDO E BUSCANDO NO CAMINHO DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO E SUA TRANSNACIONALIDADE:** o artigo analisa a eficácia do enfrentamento da violência e da criminalidade, causadas pelo crime organizado, com foco na promoção da segurança cidadã.

**3 A RECONSTRUÇÃO DA CIDADANIA DO ENCARCERADO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO:** o texto aborda aspectos dos movimentos sociais com a finalidade de reconstrução da cidadania do encarcerado no sistema penitenciário brasileiro. Analisa os conceitos referentes à cidadania, bem como a relevância desse conceito na

ressocialização do preso e a crise do sistema prisional. Aborda, por fim, os movimentos sociais existentes e apresentadas as associações destinadas à melhoria das condições humanitárias aos presos.

4 A ESTIGMATIZAÇÃO DOS ANORMAIS E A LUTA ANTIMANICOMIAL NO BRASIL: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO DO HOSPITAL COLÔNIA DE BARBACENA/MG: a partir da análise do caso do Hospital de Colônia de Barbacena/MG, o artigo analisa os estigmatizados como “loucos ou anormais” que sofreram extremas violações de direitos humanos, sendo relegados à própria sorte em ambientes hostis e degradantes.

5 NOVOS MARCOS CRIMINOLÓGICOS E DE ORDEM PÚBLICA DESDE OS ATAQUES À (A)NORMALIDADE: FAKE NEWS E GUERRAS HÍBRIDAS: o texto tematiza a questão criminal no atual contexto de expansão das chamadas fake news, que tornam mais aguda a sensação de insegurança e descrédito nas instituições políticas e jurídicas tradicionais, impactando nas políticas de segurança pública no Estado Democrático de Direito.

6 ABANDONO FAMILIAR DAS MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL: o artigo analisa o perfil da mulher em cárcere, as causas e consequências do abandono, bem como a violação dos direitos das presas, evidenciando a necessidade de políticas públicas a essa população que vive à margem da sociedade.

7 A (IM)POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES AMBIENTAIS: o estudo analisa a possibilidade ou não da responsabilidade penal das pessoas jurídicas em crimes ambientais no contexto legal brasileiro. O texto explora como as empresas podem ser legalmente responsabilizadas por danos ambientais, além das abordagens teóricas subjacentes, investigando as teorias que fundamentam a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, e analisando capacidades de ação, culpabilidade e consequências penais.

8 A INCIDÊNCIA DO BUSINESS JUDGEMENT RULE NO DIREITO BRASILEIRO: RISCO PERMITIDO NO CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA: o artigo aborda o elemento normativo da temeridade contida no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, ponderando-o através de uma análise comparada com o delito de infidelidade patrimonial ou administração desleal, existentes nos ordenamentos jurídicos da Alemanha e Espanha.

9 DA JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ AO DIREITO PENAL BRASILEIRO: ANÁLISE HERMENÊUTICA DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO NO

CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS: o artigo analisa aspectos hermenêuticos da aplicação do princípio da Proibição da Proteção Deficiente do Estado no direito penal brasileiro, tendo como parâmetro as decisões do Supremo Tribunal Federal no RE 418.376-5 /MS e no HC 102087.

10 JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: DO “PLEA BARGAINING” NORTE-AMERICANO AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRO: o artigo examina a crescente influência do "plea bargaining" dos Estados Unidos na formação da Justiça Penal Negociada no Brasil, particularmente com a introdução do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) através da Lei nº 13.964/2019.

11 A POLÍTICA DE GUERRA ÀS DROGAS E O SEU IMPACTO SOCIAL NO BRASIL: MARGINALIZAÇÃO, PUNIÇÃO E ENCARCERAMENTO EM MASSA: o texto empreende uma revisão bibliográfica, analisando os diversos efeitos causados pelas políticas de drogas proibicionistas no Brasil, apresentando como tais efeitos afetam uma parcela específica da população, excluindo e marginalizando essas pessoas, além de apresentar possíveis soluções e caminhos.

12 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E OS IMPACTOS NO ENCARCERAMENTO FEMININO BRASILEIRO: o artigo investiga os impactos da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF nº 347) no encarceramento feminino.

13 PRISÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: O EXTERMÍNIO DO JOVEM NEGRO NO BRASIL E SUA APARENTE CAUSA EXTRAPENAL: o estudo aborda a problemática do sistema prisional brasileiro, a seletividade do aprisionamento e os efeitos da pandemia de COVID-19 nos direitos fundamentais dentro das prisões.

14 CULTO À PENA: APROXIMAÇÕES ENTRE INSTINTO, FÉ E RAZÃO: o estudo empreende uma crítica interdisciplinar acerca do discurso legitimador da pena enquanto pretensão produto da razão. O trabalho busca articular as contribuições da teoria psicanalítica freudiana com as bases utilizadas na estruturação dogmática jurídico-penal, a fim de justificar a inflicção de dor.

15 O FENÔMENO DO CRIME ORGANIZADO: ESTUDO DAS FACÇÕES CRIMINOSAS PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL, COMANDO VERMELHO, FAMÍLIA MONSTRO, OKAIDA E FAMÍLIA DO NORTE – ORIGENS E CARACTERÍSTICAS COMUNS: o artigo aborda o fenômeno do crime organizado e das

facções criminosas no Brasil, com ênfase na investigação das eventuais semelhanças e características comuns entre as facções criminosas, especialmente no que tange ao seu local e forma de nascimento e eventuais motivações ou causas de sua fundação. O trabalho analisa as facções criminosas com maior capilarização no território nacional.

16 SOB O JUGO DAS FACÇÕES: OS TRIBUNAIS DO CRIME DAS ORGANIZAÇÕES: o estudo aborda o fenômeno do crime organizado e das facções criminosas no Brasil, com ênfase nos denominados "Tribunais do Crime", sistemas de justiça paralela operados pelas organizações criminosas.

17 O VAZAMENTO DE DADOS POR UMA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA: A INSUFICIÊNCIA DE RESPOSTA JURISDICIONAL AOS CONFLITOS EMERGENTES DE UMA SOCIEDADE DE MASSA: o estudo analisa um caso de vazamento de dados ocorrido em uma instituição financeira e a resposta do Poder Judiciário, colocando em relevo o desafio da proteção de dados diante dos fluxos informacionais. Discute a vulnerabilidade dos dados pessoais diante de novas e sofisticadas formas de tratamento, o que aponta para a necessidade de tutela diferenciada.

18 A INSERÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO BRASILEIRO PARA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE EM REDE: o texto analisa experiências na inserção de políticas públicas no Estado Brasileiro para garantia de direitos fundamentais no âmbito da sociedade em rede, identificando exemplos da Europa e América Latina, especificamente em relação a inclusão digital e proteção de dados, problematizando o acesso à informação, promoção da transparência e efetividade de direitos fundamentais a partir do uso das tecnologias de informação e comunicação pelo Estado através de políticas públicas.

19 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NAS AÇÕES PENAS PÚBLICAS COMO ACORDO COLETIVO: o artigo aborda o acordo de não persecução penal nas ações penais públicas como acordo coletivo. Empreende análise conceitual referente à não persecução penal e sua aplicabilidade, avaliando como o Direito Penal acaba por tutelar direitos difusos e como tais acordos refletem não somente na vida do acusado, mas na sociedade como um todo.

Pode-se observar, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e/ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura!

É o que desejam os(as) organizadores(as).

Buenos Aires, primavera de 2023.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

Josiane Petry Faria - Universidade de Passo Fundo

Franciele Silva Cardoso - Universidade Federal de Goiás

## **CULTO À PENA: APROXIMAÇÕES ENTRE INSTINTO, FÉ E RAZÃO.**

### **WORSHIP OF PENALTY: APPROACHES BETWEEN INSTINCT, FAITH AND REASON**

**Sebastian Borges de Albuquerque Mello  
Rebecca Cerqueira Rocha**

#### **Resumo**

O presente artigo revela uma análise crítica interdisciplinar acerca do discurso legitimador da pena, enquanto pretensão produto da razão. Para tanto, este trabalho buscará articular as contribuições da teoria psicanalítica freudiana com as bases - tidas como científicas -, utilizadas na estruturação dogmática jurídico-penal, a fim de justificar a infligência de dor. A engrenagem do sistema punitivo, por sua vez, não se movimenta alinhada às razões proclamadas nas construções teóricas em derredor da pena, senão às suas funções latentes. Daí ser necessário o enfrentamento da crise estrutural e sistêmica do poder punitivo, a partir de um olhar crítico acerca da fragilidade das teorias legitimantes da pena, ante os seus efeitos deletérios reais. Assim, o estudo faz uma aproximação entre a fé religiosa e a crença na pena, como uma espécie de sacrifício irracional, ainda que a doutrina busque conferir ao poder punitivo algum viés de racionalidade. Por isso, a aproximação entre psicanálise e direito penal se faz necessária.

**Palavras-chave:** Pena, Razão, Psicanálise, Teorias legitimadoras, Sistema punitivo

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article reveals an interdisciplinary critical analysis of the legitimizing discourse of punishment, as an alleged product of reason. Therefore, this work will seek to articulate the contributions of the Freudian psychoanalytic theory with the bases - considered scientific -, used in the legal-criminal dogmatic structuring, in order to justify the infliction of pain. The gears of the punitive system, in turn, do not move in line with the reasons proclaimed in theoretical constructions around the penalty, but with its latent functions. Hence, it is necessary to face the structural and systemic crisis of punitive power, from a critical perspective on the fragility of the legitimizing theories of punishment, in view of its real deleterious effects. Thus, the study makes an approximation between religious faith and the belief in punishment, as a kind of irrational sacrifice, even though the doctrine seeks to confer some rationality bias on the punitive power. Therefore, the rapprochement between psychoanalysis and criminal law is necessary.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Punishment, Reason, Psychoanalysis, Legitimizing theories, Punitive system

## **1. INTRODUÇÃO**

Gasta-se muita tinta discutindo-se os fins e fundamentos da pena criminal. Por intermédio de discursos sofisticados, teorias elaboradas e um pretensão racionalismo, advoga-se o fracasso de teses retributivistas e busca-se conferir ao exercício do poder punitivo um verniz de legitimidade, por meio de teorias preventivas.

No entanto, as teses legitimadoras da pena, sobretudo aquelas fundadas na prevenção, terminam por esquecer um dos aspectos essenciais que envolve o exercício do poder punitivo: a violência. E não é possível discutir o exercício do poder punitivo sem analisar a violência a ele associada. E o trabalho perpassa as relações entre direito e violência, neste caso, não relacionadas com a violência do crime, mas da pena. E o seu exercício pelo Estado replica pulsões primitivas afeitas ao psiquismo inconsciente.

O presente trabalho objetiva, a partir de um diálogo entre direito e psicanálise, compreender fenômeno punitivo através da ideia de vingança, seja associada a um tabu primitivo, seja correlacionada com preceitos de ordem religiosa, e, por fim, com a mitigação do discurso vingativo pela pretensa racionalidade das leis.

Assim, os conceitos chave que vão ser desenvolvidos no presente estudo dizem respeito à pena numa visão psicanalítica, cotejada com o discurso declarado de racionalidade do exercício do poder punitivo por intermédio das leis.

A partir de uma revisão de literatura das perspectivas freudianas sobre tabus, violência e direito, busca-se compreender, à luz da psicanálise, de que maneira, nos planos individual e coletivo, a punição estatal sustenta e reafirma o desejo de vingança. E o trabalho desenvolve-se basicamente em três eixos: no primeiro deles, analisando o fenômeno da punição estatal num aspecto psicanalítico, como retribuição ao fenômeno da regressão dos instintos; no segundo analisando a punição como vingança, cuja capacidade de arrefecimento da tensão gerada no corpo social é justificada como uma destruição simbólica do crime, trazendo na sua essência a crença da reconciliação e da proteção. Por fim, desconstruindo o mito da racionalidade do poder punitivo por intermédio das leis.

## **2. O ATO ORIGINÁRIO E A GÊNESE DO DIREITO: A VIOLÊNCIA COMO EIXO**

As leis de hoje são os tabus de ontem. Como pondera SHIMIZU (2021), para o Direito, o crime é um pressuposto jurídico de uma punição institucionalizada específica. Na perspectiva da psicanálise freudiana, ela se apresenta como um *“ato fantasiado que*

*desencadeia uma punição inconsciente e um sentimento de culpa*". Representa, simbolicamente, a tentativa de reconciliação com o pai assassinado, através da promessa de que o crime originário não será mais cometido, uma vez que os resquícios do sentimento de culpa e o temor da repetição assombram o sujeito e ameaçam a comunidade. Para evitar, então, o recaimento do modelo do estado de natureza, o poder do grupo precisou ser repartido entre seus membros, sendo criado, coletivamente, um conjunto de leis e regras, uma espécie de pacto denegativo, que implicava na renúncia mútua à agressividade e à sexualidade.

Simbolizado pelo ritual do banquete totêmico, o contrato coletivo inaugura o estado civilizatório, cujo poder não é mais "centralizado", calcado nos desejos do pai, e institui uma gestão "horizontalizada", em a qual é incorporado o *nomos*, no sentido de ordenar as posições e papéis sociais dos "irmãos", a fim de diminuir a incidência de conflitos e rupturas, assegurando, assim, o controle da violência e o viver em conjunto. A sociedade humana, portanto, está edificada sobre as bases da cumplicidade em um crime: o parricídio originário.

O que se pode depreender, facilmente, desse raciocínio, de raízes freudianas, é que a convenção fundadora do direito é precedida de um ato de violência, de modo que a lei tem como função primordial impedir a eclosão desmedida do gozo destrutivo dos indivíduos. Diante disso, a lei aparece como verdadeiro mecanismo de inibição dos sentimentos humanos mais viscerais, não permitindo que o desejo de transgressão seja dominante em relação às restrições que são impostas ao indivíduo. Como instância reguladora de conflitos na ordem civilizada, o direito opera, naturalmente, dentro da lógica da restrição.

Numa referência clara ao *homo homini lupus* hobbesiano, Freud (FREUD, 2011, p. 57) aponta que a humanidade só conseguiu engendrar o modelo civilizatório por meio de um contrato social que conferiu o monopólio da coerção ao Estado, acarretando uma interferência drástica nos desejos apaixonados do indivíduo, na supressão e repressão de necessidades instintivas, as quais continuam a acumular no inconsciente e buscam uma vazão explosiva, capaz de ameaçar a ordem social. Mas que força destrutiva é essa?

O mal-estar, próprio das civilizações, decorre da imposição de grandes sacrifícios, não apenas de ordem sexual, mas também às inclinações agressivas da humanidade. A agressividade surge como um importante elemento pulsional, que deve ser levado em conta como condição para a vida humana, já que, na relação com o seu semelhante, o

homem não o vê como o próximo a quem se pode amar, mas há, nessa relação, uma tendência clara de tentativa de dominação. Freud demora a reconhecer a existência independente de uma agressividade fundamental que vai duelar contra o amor pelo controle da vida social do homem, de forma idêntica à luta pelo seu inconsciente (FREUD, 2011, p. 68). *“A agressividade visível é a manifestação exterior da invisível pulsão de morte.”* (GAY, 2012, p. 552).

Há no ser humano, segundo Freud, uma disposição inata e insistente para a destruição, que constitui o maior obstáculo à civilização. Enquanto a cultura *“é um processo a serviço de Eros, que pretende juntar indivíduos isolados, famílias, depois etnias, povos e nações numa grande unidade, a da humanidade”* (2011, p. 68), a pulsão de morte – impulso hostil dirigido à destruição indiscriminada – é o principal entrave à consecução do programa da civilização (MEZAN, 2019, p. 481). Civilizar é conviver com a luta incessante entre Eros e a morte, as pulsões de vida e a de destruição que se encontram presentes, sempre mescladas em diferentes proporções, na espécie humana (SAROLDI, 2011, p. 106).

Levando-se em conta que o fenômeno de fusão pulsional é uma constante, algo inamovível, instalado no psiquismo, é possível inferir que a cultura não se apresenta apenas como poder de coerção, senão como espaço de manifestação e satisfação conjunta, dentro de limites variáveis, das duas pulsões: as de vida e as de morte. Elas jamais se apresentam isoladas (MEZAN, 2019, p. 562).

Sob essa perspectiva, Freud observa que embora as pulsões agressivas dos indivíduos permaneçam em estado de latência, durante os períodos de paz, elas não se desfazem. Apenas expectam determinadas ocasiões, a exemplo da guerra, na qual o pacto civilizatório é temporariamente suspenso para que as moções cruéis se manifestem com toda a sua força. Assim, a violência não é apenas um elemento intrínseco ao psiquismo humano, senão elemento inerente à constituição da cultura, na medida em que se faz absolutamente presente nas ações do Estado (2010 p. 216-217).

As instituições sociais exercem, por sua vez, um papel fundamental nesse mecanismo de introjeção dos sentimentos agressivos do homem. É assim com a religião. E com relação ao Direito? Como se dá a sua função regulatória frente à pulsão humana para a agressão e destruição?

De acordo com a teoria freudiana, para prosperar, uma civilização precisa viver em paz. Ou seja, as pulsões agressivas não podem estar livremente derramadas no ambiente social, sem que haja uma devida canalização dessas forças. Daí porque o Estado vai encerrar seus membros nas leis, nas normas, nas regras, nos interditos, assumindo, nessa medida, o lugar do superego coletivo, cujo efeito elementar é a intensificação da angústia de todo ser humano diante da autoridade. Embora não transpareça a todo o momento sua severidade, o Estado possui o aspecto de uma violência estruturante, na medida em que as leis decorrem do processo de socialização, indispensável à estabilidade social. (ENRIQUEZ, 2020).

Com isso, o Estado revigora seu poder através das normas, cuja atuação se volta à guarda da pulsão de destruição dos indivíduos. O recalque dos sentimentos agressivos precisa ser preservado, pois a civilização mantém em seu eixo uma barbárie amordaçada em tempos de paz (CARVALHO, 2008a) Corre-se o risco desse jogo virar, e o verniz cultural rachar a qualquer instante. E, é diante do ultraje a essa estrutura de contenção da agressividade, intentada pela ordem civilizada, que o Estado, enquanto detentor do monopólio da violência, irá exhibir toda a sua força e potência. Em outras palavras, sob o pretexto de uma “ordenação social” e uma porção de segurança, o Estado monopoliza para si todo o poder e a força, conferindo à violência ares de legitimidade. (FREUD, 2010, p. 216-217).

A passagem do estado de natureza para o estado de sociedade atravessa, então, a questão relativa à transformação da força em Direito. Levando em conta o ato fundador, cuja violência lhe é intrínseca, é possível firmar duas constatações de viés freudiano: 1) não há como pensar no Direito sem o seu elemento constitutivo inafastável, que é a força, responsável por conter o furor pulsional presente na vida social; 2) haverá sempre o risco de ruptura da ordem civilizada.

Freud, a propósito, tenta demonstrar como os termos direito (*recht*) e violência (*gewalt*) são indissociáveis, na medida em que possuem uma origem comum. Um se desenvolve a partir do outro. As leis, desde sempre, foram impostas pela força, seja pela força física, quando se pensa em uma horda humana primitiva, seja pelo desenvolvimento e deslocamento da força corporal para uma unidade maior, a comunidade, num movimento de transferência de poder, em que são estabelecidas relações de dominação SAROLDI, 2011, p. 75-76).

Pensar numa comunidade organizada é pensar, necessariamente, nos mecanismos de coerção de que ela dispõe para confirmar suas regras e valores. As normas de conduta,

sejam elas de natureza jurídica ou social, ao reprovarem, simbólica ou faticamente, atos indesejáveis, o fazem por meio da coerção (CARVALHO, 2008b, p. 115). É a violência, em sua natureza estruturante, que provê a base da tranquilidade social, na medida em que ela circula de forma canalizada e regrada nos vínculos sociais, revelando, nessa mesma medida, a face do direito (VANIÉR, 2004). A paz social é a continuação de uma violência bruta que se exprime sob uma nova aparência: as leis.

O trajeto evolutivo da civilização está, portanto, desenhado com clareza: vai da violência primitiva ao Direito. Se, originalmente, a lei era a dominação pela força bruta de um único indivíduo, ela passa a representar, dentro de uma ordem civilizada, a união do grupo, sem que perca, no entanto, sua substância destrutiva, pronta a se voltar contra aquele que a ela se opuser. Baseado nessa lógica, Freud observa que duas coisas são capazes de manter uma comunidade unida: a força coercitiva da violência e as identificações entre seus membros (FREUD, 2010b, p. 425). Presentes essas condições, torna-se realizável a força coletiva, representada pelo direito.

Além do seu conteúdo fundante, a violência garante o Direito. Ou seja, como bem acentua Mezan (2019, p. 544-545), *“nascido da força, o direito continuará a usar dos mesmos métodos, fazendo violenta oposição a quem o desafiar.”* O autor explica: o estado de conservação da comunidade demanda, naturalmente, o estabelecimento de preceitos que punam os eventuais revoltosos, além de instituições destinadas a fazê-los cumprir.

O que era tido como poder destrutivo do “pai primevo” passa a ser atualizado pelo Estado. A violência, agora, encapada pelo manto das instituições, que servem à regulação social, assumirá o nome de lei, de norma ou de regulamento. Por sua vez, a metabolização da violência física em violência simbólica exhibe uma tentativa de criar uma forma moderna e sofisticada da horda, o que não afasta, no entanto, a sua capacidade de marcar espíritos, de penetrar nas consciências, de guiar ações, na falta de castigos mais severos (ENRIQUEZ, 1990, p. 359-360).

Há, nesse sentido, a revivescência do chefe de horda na figura do Estado, na medida em que este, através de suas instituições, em especial o Direito, ocupa o lugar de um aparelho de violência no imaginário social, tornando-se temido e obedecido, por conta de sua faceta coercitiva e punitiva. A violência do Estado irrompe, pois, como elemento fundamental à entrada dos indivíduos na ordem simbólica e numa rede de significantes, onde não prevalece mais a força bruta, senão a força da lei.

Quando Le Rider (2002, p.111) afirma que *“toda organização, toda ordem de direito, mesmo o Estado perfeitamente racionalizado, repousam sobre um fundo passional inconsciente, sobre uma violência reduzida pela coação”*, é possível depreender a natureza perene do componente da violência na civilização. Por esta razão, aquele que atentar contra a estrutura legal de inibição dos impulsos hostis, necessária à manutenção da ordem social, experimentará a manifestação de violência da autoridade.

A punição, por conseguinte, é, dentro do aspecto psicanalítico, essa retribuição ao fenômeno psicológico de regressão dos instintos. É o vigor das forças inibitórias, atuantes no vínculo social. Ao mesmo tempo, a punição aparece como a expressão máxima de força do Estado, levantando a questão tocante à legitimidade da violência, enquanto elemento imanente de um sistema punitivo tido como racional.

### **3. AQUI SE FAZ, AQUI E PAGA: O ELO PRIMITIVO ENTRE VINGANÇA E PENA.**

Independentemente de sua origem e de suas características, as sociedades conceberam o castigo como uma espécie de instituição social, sem a qual a civilização não poderia vigorar. O fenômeno da punição estampa a crença histórica de um mecanismo de preservação da ordem social, sem o qual os povos não teriam condições de se organizar e existir. Seria, então, a história da punição a mesma história do convívio entre os seres humanos?

A trajetória da legitimação da pena atravessa distintos momentos históricos da humanidade. Isso não quer dizer, contudo, que tais fases possam ser identificadas e analisadas, sob uma perspectiva compartimentalizada e uniforme no tempo, sendo o processo evolutivo da pena, naturalmente, marcado pela interligação entre os períodos. Por isso mesmo, não há a pretensão, neste trabalho, de ser elaborada uma narrativa de ordem cronológica acerca da pena, mas fixar suas principais características e relacioná-la com a ideia de crença. Neste caso, merece destaque a natureza de vingança atribuída à punição, verificada, igualmente, em três estágios: a vingança privada, a vingança divina e a vingança pública.

Tobias Barreto (2013, p.111), ao tratar da pena, estabelece uma análise a partir dos graus de evolução social. Assim, impõe ao direito criminal uma base familiar, sustentada na autoridade paterna, na qual vigorava o direito de castigo e correção dos filhos. Quando o organismo familiar passa a ser absorvido por organismos superiores, o exercício da pena

muda de mãos, como meio de reação ou de defesa. Com a formação do Estado, a pena foi incorporada ao sistema geral de instituições sociais, ao grupo de condições estáticas e dinâmicas da sociedade, sendo ela uma delas e o suporte de todas elas.

Que o inconsciente humano conserva os impulsos mais primitivos, isso é claro, segundo a teoria freudiana. O fenômeno punitivo, por sua vez, não foge a esta constatação. Os desejos e instintos estão ativos, de forma simétrica, tanto naquele sujeito que viola o sistema de inibição pulsional - considerado aqui, especificamente, o direito -, quanto naquele que pune. Uma vez praticada a transgressão, surge a necessidade da punição e, nesse horizonte, os membros da comunidade podem realizar seus desejos recalcados, semelhantes àquele que praticou a ação punível. A punição suspende, em certa medida, o recalçamento que é tão penoso ao indivíduo e sustenta o desejo de vingança na mesma moeda.

Tanto assim que a punição se expressa, essencialmente, desde priscas eras, na ideia de vingança. Por mais que os sistemas penais busquem alicerces teoricamente racionais e científicos para a imposição de uma pena, a sua estrutura não consegue desgarrar-se do conteúdo observado na chamada vingança de sangue. Fortemente ligados à sua comunidade, os membros de um determinado clã firmavam entre eles o chamado vínculo de sangue, que os tornava uma massa única, e dele originava-se a vingança de sangue, cuja definição dada por Erich Fromm (1975, p. 366) consiste em *“um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto.”*

Também as penas se revelam na expiação. Segundo Bruno (1967, p. 54), a falta de um órgão que exerça a autoridade coletiva faz com que a violência se torne um hábito, e sua obrigatoriedade está arrimada numa espécie de temor místico ou religioso, característica atribuída por Freud às sociedades primitivas regidas pelos totens e tabus.

Enquanto na vingança de sangue existia um fator externo que despertava a represália coletiva, na medida em que *“no caso de um membro do clã ser assassinado por alguém de fora, todo o clã do assassino é responsável pelo ato, e o clã da vítima é solidário na exigência de expiação pelo sangue derramado”* (FREUD, 2013, p.107), nas violações aos tabus, observava-se uma ofensa praticada por membro do mesmo grupo a este conjunto de regras e normas, o que demandava também uma reação da comunidade primária. Em

ambos, a “destruição” do malfeitor se impunha, a fim de que sua ofensa fosse desfeita e a ordem social reestabelecida.

Na visão de Freud, os primeiros sistemas penais remontavam exatamente aos tabus. A punição se apresentava de diferentes formas, em fases distintas, sendo, no início, espontânea, em razão do próprio tabu violado se vingar, e, depois, numa fase posterior, surge como produto automático do poder divino, seguida da intervenção da própria comunidade, porquanto a transgressão colocava todos em perigo. (FREUD, 2013, p.14)

Dito de outra maneira, nas situações em que o tabu era violado, a punição praticada pelo intermédio do grupo social se dava de forma secundária à punição espontânea, em razão de todos os demais integrantes do grupo se sentirem ameaçados pela transgressão e, por isso, decidiam antecipar-se na punição do criminoso. Essa estrutura punitiva de solidariedade justificava-se a partir da tentação dos membros da comunidade em imitar aquele que violou o tabu, de modo também a liberar seus instintos reprimidos, numa clara representação do efeito contaminador do tabu e do poder contagioso do crime. Considera-se, portanto, como pressuposto da reação punitiva a presença de impulsos análogos ao proibido, nos demais componentes do grupo, e a pena uma representação do reforço do ego social. Daí porque a afirmação de que o direito penal se dirige menos aos criminosos reais, do que ao cidadão conformista, pois a aplicação do castigo como meio de expiação mobiliza a manutenção da ordem e aviva a imagem que o “pai” exerce sobre a massa. (SERRA, 2015).

Independentemente da forma de execução que se operava, a reação punitiva frente ao transgressor tinha a capacidade de provocar um arrefecimento da tensão gerada no corpo social, a partir do descarte do inimigo comum. O sentimento de aversão ao mal provocado pelo malfeitor era, então, expressado por meio da vingança, cuja finalidade estava associada à destruição simbólica do crime, como meio de purificar a comunidade contaminada pela transgressão, sem que houvesse qualquer finalidade para a prevenção de novas violações. Isto é, quando instituído um castigo ao ofensor, pretendia-se, em verdade, que a vingança cumprisse um papel simbólico de funcionar como um golpe de mágica capaz de desfazer a conduta desviante. (MARQUES, 2016, p 27-28) Desse jeito, a punição trazia em seu âmago a crença da reconciliação e da proteção.

Como se vê, o primeiro estágio da pena associa-se, intimamente, à vingança pessoal, cuja característica principal é a ausência do Estado como administrador da justiça. Com isso, permitia-se, num primeiro momento, que os indivíduos fizessem “justiça com as próprias

mãos”, ou seja, o exercício do poder de punir era atribuído ao próprio ofendido, e, mais adiante, quando o poder social foi se consolidando, a titularidade da administração da justiça passou a ser atribuída a determinados membros do grupo, em posição de autoridade, como chefe da tribo, sacerdote, rei etc.(MARTINS, 1974, p.41).

Seja na vingança de sangue, seja na vingança para purificar a comunidade das violações totêmicas ou decorrentes de tabus, a demanda pela agressividade destrutiva da vingança através da punição é um elemento constitutivo da natureza humana, que permanece ao longo da história, assumindo, no entanto, a todo o tempo, novas feições e protagonizando diferentes narrativas, como é o caso da vingança divina, marca do segundo período evolutivo da pena.

#### **4. PECADO E PENITÊNCIA X CRIME E CASTIGO: DO CARÁTER SACRÍLEGO DA PENA**

A pena nasce com a marca nitidamente religiosa. As antigas organizações sociais justificavam a punição em fundamentos religiosos, na medida em que a pena tinha por finalidade apaziguar a divindade ofendida pela conduta de transgressão ao mandamento comunitário. Surge, então, uma espécie de catarse sacrificial, cujo objetivo é purgar os pecados da tribo e impedir a propagação desordenada da vingança (GIRARD, 1990, p.44). Para o autor, a violência é elemento inerente às sociedades, sendo o comportamento mimético o fator desencadeador de conflitos e rivalidades. O apaziguamento de tais instintos requer a existência de um aparato capaz de arbitrar as interdições. Neste caso, o sacrifício cumpre tal papel. Sendo um ato social, o sacrifício de vítimas expiatórias buscará conter a violência do grupo. Diferentemente de Freud que tem a interdição ao incesto e ao parricídio como elementos fundadores da cultura, Girard elege a canalização da violência, por meio do sacrifício da vítima expiatória, como o único mecanismo capaz de estabelecer e preservar a ordem social.

Esta fundamentação da pena a partir de uma ideia matriz de que é justo “transformar mal em mal” está presente nas tradições da grande maioria das sociedades primitivas, e que, tradição ocidental, remete aos preceitos divinos do Pentateuco hebraico. Segundo Ferrajoli (2002, p. 205), três ideias essenciais de matriz religiosa ajudam a fundamentar a concepção e as finalidades da pena, e que nunca foram totalmente abandonadas. São elas: 1) a vingança; 2) a expiação; e c) reequilíbrio, que consiste numa espécie de compensação entre pena e crime.

O domínio religioso, por meio do ato sacrificial, atua, à vista disso, como uma via de prevenção dos males da violência ao evitar que ela seja desencadeada. Submetido ao apetite das moções destrutivas, o homem se vale do sacrifício como uma forma de domesticar a sua violência e cumprir no espírito de *pietas* todos os aspectos da vida religiosa. Ao mesmo tempo que é um ato culpável, é um ato sagrado. Ao mesmo tempo que é uma violência ilegítima, é uma violência legítima. Para frustrar os impulsos violentos, o sacrifício age por intermédio da própria violência. Por isso, a violência e o sagrado são inseparáveis. “*É a violência que constitui o verdadeiro coração e a alma do sagrado.*” (GIRARD, 1990, p. 46).

A crença na justiça divina permaneceu e se fortaleceu durante séculos, estando presente nas mais diversas civilizações. Foi uma marca comum entre todas elas a existência de autoridades que simbolizavam a vontade dos deuses, dos quais emanava o direito de punir. Assim, monarcas eram venerados como deuses e sacerdotes administravam a justiça, o que implicou na atribuição do caráter religioso às sanções penais, mormente à pena de morte, refletindo uma espécie de penitência como forma de purificação do culpado.

Numa relação nitidamente simbiótica, direito e religião se confundiam. As fontes de direito, em muitos casos, se encontravam estampadas nos principais documentos religiosos, como forma de firmar a origem divina das leis. Em caso de desobediência ao mandamento, verificava-se, simultaneamente, uma contrariedade ao pacto solene e à vontade de Deus. Nesse sentido, o crime constituía, ao mesmo tempo, um pecado.

Na linha do que aduz Barreto (2018, p.35) o crime está associado a um rompimento da aliança divina provocado pela vontade humana. E isto significa que não há apenas um ato contra a lei moral ou jurídica, pois sua origem é divina. Deste modo, “*a ruptura com esse código representa o abandono das normas sagradas, consideradas como a razão última da própria vida. essa distância de Deus traz consigo todo tipo de distúrbios e desagregação social*”. O crime – que acaba sendo um sinônimo de pecado – termina sendo uma apostasia, um abandono da fé, a recusa à justiça.

Lado a lado, a justiça comum e a canônica se retroalimentavam. A soma de esforços entre essas duas instituições tinha como objetivo a manutenção da fé, da ordem social e da moralidade pública. E isso só era possível através da imposição do castigo como único meio capaz de, simultaneamente, reconciliar o criminoso - visto também como pecador - , com a comunidade e salvá-lo para a vida eterna. Inflige-se dor para afirmar o castigo

como mecanismo de purificação e redenção do infrator. Institui-se, portanto, a crença do castigo salvador.

A propósito, Angela Davis (2020, p. 51), ao tratar do problema do encarceramento - tendo a prisão se transformado na principal forma de punição pública -, destaca a afinidade do aprisionamento com os ideais religiosos de autorreforma e autorreflexão. A punição em um confinamento solitário, por exemplo, era justificada por meio da crença de que esta teria um efeito emancipador. *“O corpo era colocado em condições de segregação e solidão a fim de permitir que a alma florescesse. Não é acidental que a maioria dos reformadores da época fosse profundamente religiosa e, portanto, visse a arquitetura e os regimes da penitenciária como algo que emulava a arquitetura e o regime da vida monástica.”* A reforma de um condenado seria uma categoria de despertar espiritual de um crente.

É a união simbólica entre a culpa e o castigo. O mecanismo punitivo é forjado numa clara interseção do jurídico com o religioso. Nessa medida, a relação do indivíduo com o sistema punitivo permeava a questão do fenômeno religioso. O caráter religioso conferia à pena o significado de uma espécie de penitência, de modo a conduzir o criminoso/pecador ao arrependimento para que assim pudesse alcançar a salvação antes do juízo final. Afinal, se não há pecado, não há arrependimento. Se não há arrependimento, não há salvação. É, pois, no incremento do sentimento de culpa que reside a potência das instituições sociais, conforme havia sido observado por Freud, em sua teoria sobre a cultura.

Aliás, a pena não atinge somente o transgressor/pecador. Repercute também no ambiente social, porquanto tenha a função de, concomitantemente, intimidar aqueles que estão propensos ao cometimento de infrações, bem como de fortalecer a fé da comunidade contra a disseminação do mal. A retribuição no sentido jurídico é acompanhada, portanto, do objetivo de conversão, por meio da expiação. Sob essa lógica, a vingança se torna lícita e virtuosa. É imperioso reparar, no entanto, que a história da virtude esconde e legitima práticas perversas.

Pune-se porque pecou (*punitur quia peccatum est*). A pena, tal qual a penitência, conecta o criminoso/pecador com o mal provocado pela sua conduta criminosa/pecaminosa. Ou seja, a punição, tanto no âmbito do direito, quanto na esfera religiosa, expressa a compreensão de um mal causado, que atravessa não apenas o criminoso/pecador, senão interessa diretamente aos membros de sua comunidade. Isto porque a pena/penitência

possui um sentido simbólico para o grupo, porquanto é através dela que se dá a reconciliação do sujeito com o seu grupo.

No sentido religioso, a reconciliação é vulgarmente compreendida como um processo de penitência, intermediado por uma autoridade religiosa, que busca alcançar o perdão do ser supremo, ante a prática de um pecado. Mais que isso, o penitente perdoado se reconcilia com ele mesmo, com seus “irmãos”, com a instituição religiosa, com toda a criação. É uma espécie de renascimento, em um mundo, agora, reconciliado. No aspecto jurídico, pode-se dizer que a reconciliação acontece a partir da imposição do Estado à observância de um rito procedimental que visa a reparação de uma ofensa praticada contra os valores fundamentais de uma comunidade expressos em lei. É uma espécie de restauração e recomeço para a ordem social. Estabelece-se, portanto, um possível viés de congruência estrutural entre direito e religião, crime e pecado, pena e penitência. Há quem diga, inclusive, ser a pena criminal uma classe de penitência secular. (DUFF, 2003)

A tentativa de apartar a origem do Direito Penal da religião é, por isso, infrutífera. Ao olhar para o sistema punitivo dos povos mais antigos nota-se que os delitos mais comuns eram justamente aqueles que atentavam contra a religião, sendo objeto de repressão as diferentes formas de sacrilégio, as faltas aos deveres religiosos e às exigências do cerimonial. Cabe afirmar, destarte, que a religião foi a matriz da penalidade; a punição é um dos fundamentos pilares da religião; a pena tem origem sagrada. (ISERHARD, 2005)

## **5. A INFLIÇÃO INSTITUCIONALIZADA DA DOR: UMA BUSCA PELA PRETENZA RACIONALIDADE DA PENA**

Não há como pensar no fenômeno punitivo estatal, próprio de uma organização social civilizada, sem antes determinar uma conexão inarredável com sua origem. O que antes mostrava-se, predominantemente, como uma vingança divina, inculcada em nome do sobrenatural, em razão da ofensa sagrada, passou a ceder espaço - sem, no entanto, extingui-la -, a uma vingança pública, imposta em nome de outra “divindade”, o Estado. Mas, a verdade é que a punição nunca perdeu, totalmente, sua sacralidade.

Mesmo com o fortalecimento da autoridade pública, o caráter sagrado do castigo manteve-se preservado, em certa medida. A transmutação da entidade ofendida, antes uma entidade sobrenatural e, hoje, uma entidade humana, em nada alterou o estigma da vingança social, pois, apesar da sua codificação, a pena continua a ser concebida como

um mecanismo de purificação e reconciliação do infrator com os membros de sua comunidade.

Em nome da vingança pública, era comum testemunhar a prática de suplícios como parte integrante do próprio cerimonial da justiça penal, durante o Século XVIII. Tais rituais macabros, embora transvestidos de aparentes justificativas racionais e teorias intimidatórias - que colocavam o transgressor na condição de inimigo de uma ordem social instituída pelas leis -, revelavam um sistema punitivo, altamente, impregnado de fundamentos religiosos, uma vez que os sofrimentos infligidos aos condenados buscavam amenizar suas culpas ou absolvê-los perante Deus (Foucault, 1987, p. 40).

Com os avanços das conquistas liberais, no fim do século XVIII, o Estado, a nova entidade sagrada, avoca, então, para si, o direito de punir, sendo estabelecido o chamado “*jus puniendi*”. Com isso, a pena ganha novos contornos. Revestida de um caráter predominantemente político, a punição passa a ser concebida, em teoria, sob uma perspectiva supostamente racional, decorrente de um ato de ruptura da ordem legal. A norma sagrada violada agora é a lei, enquanto produto da razão humana e não mais como uma manifestação dos deuses. A ofensa agora se dá em face do Estado e não mais em face de uma divindade suprema.

Essa mudança acerca do olhar que recai sobre a noção da pena é acompanhada pela marcha civilizatória, ascendida ao uso da razão, através da qual surge a necessidade de humanizar as práticas penais, de modo a elidir a cólera e a barbárie inseridas no contexto da lei da vingança. Pretendia-se, com isso, afastar a retribuição primitiva, de cunho basicamente instintivo e inconsciente, por uma responsabilidade de natureza subjetiva, consciente, inerente a sociedades desenvolvidas e à humanização do direito (MARQUES, 2016, p.55).

Não há como negar, entretanto, que a simbiose entre o sistema penal próprio da “Lei de Deus” e o sistema penal “dos homens” plantou raízes na tradição penalista ocidental. Violada uma lei, divina ou civil, era imperioso o emprego de uma punição, observando a gravidade do pecado ou do crime. A cultura jurídica moderna, portanto, é arquitetada, em sua origem, a partir de conceitos teológicos como da expiação e dos sacramentos, sendo cultivada e preservada, ainda que inconscientemente, tal influência na abordagem dos institutos jurídicos, lançados, sob o véu da argumentação racional, para justificar o ato de punir.

Fato é que o inconsciente coletivo idealizou a punição como um instituto sempre presente e, sobretudo, necessário às organizações sociais. No entanto, em meados do Século XVIII, no curso da revolução iluminista, o fortalecimento do uso da razão, marcado especialmente pela ascensão do princípio da legalidade, suscitou questionamentos acerca dos fundamentos e fins da pena, enquanto instituto do Direito Penal, com o objetivo de explorar argumentos e justificativas racionais para a inflicção da dor.

Note-se, à vista disso, que as perguntas sobre “por que se pune” e “para que se pune” são questões essenciais que surgem em torno da pena. A primeira constitui a busca pelo seu fundamento; a segunda se volta à sua finalidade. A primeira explica a suposta necessidade da pena, a razão pela qual ela deve existir; a segunda esclarece o que se quer fazer da pena como instrumento de direito aplicado ao infrator e como devem ser utilizadas as medidas para atingir essas finalidades (BARRETO, 2018, p.13).

Embora tratem de perspectivas diferentes acerca da pena, finalidade e fundamento estão imbricados, no que tange à investigação em derredor da legitimidade da punição, como resposta punitiva racional. Em outros termos, o ponto de encontro entre os fundamentos da punição e as finalidades da pena, portanto, é o pressuposto político comum do consenso acerca da legitimidade da intervenção punitiva estatal (CARVALHO, 2017, p.26).

Com a necessidade de se colocar um fim às penas cruéis e aos espetáculos punitivos, a demanda pela legalidade e necessidade estrita na cominação da pena se aprofunda, a fim de conferir-lhe legitimidade. A bem da verdade, as penas corporais e as execuções em público faziam parte da rotina da organização social, que aceitava e normalizava a violência como resposta estatal aos conflitos e problemas sociais, durante a época medieval e o princípio da era moderna. E, *mutatis mutandis*, como sustenta GOMES (2016, p. 57), atualmente o conflito penal continua sendo transformado em espetáculo, pouco importa os envolvidos, que são retratados por caricaturas criadas pela mídia. Assim, pecadores, criminosos são inimigos e as vítimas, purificadas pela expiação.

A partir da mudança dos sentimentos e valores culturais, tais exposições passam a ser vistas como manifestações distantes de um ideal civilizatório. Com isso o sofrimento acabou? A inflicção de dor deixou de existir? Não. De acordo com Garland (1993, p. 224), a visão desse espetáculo torna-se redefinida como desagradável, particular entre a elite social, e as execuções são gradualmente removidas ‘nos bastidores’ – geralmente atrás dos muros da prisão. Posteriormente, a ideia de fazer violência aos infratores torna-se repugnante

em si mesma, e as penas corporais e capitais são amplamente abolidas, para serem substituídas por outras sanções como a prisão. No Século XX, a punição tornou-se uma atividade social bastante vergonhosa, realizada por especialistas e profissionais em enclaves (como prisões e reformatórios) que são, em geral, removidos da vista do público. Tavares (2021, p. 80) confirma, sob outra perspectiva, o mesmo entendimento, quando explicita que a crença na estrutura capitalista do contrato, própria da era Moderna, como forma de superação do caráter infamante das penas, é uma ilusão. Embora a pena, nessa fase, não esteja mais submetida de forma explícita às influências religiosas, as teorias modernas, forjadas na sociedade capitalista, atribuem à pena a noção de troca equivalente, sem que se perdesse o seu componente humilhante, e a sua natureza de instrumento de poder.

Assim, não obstante haja, no bojo das revoluções liberais, um ideal que busca conferir algum tipo de racionalidade no exercício do poder punitivo, o seu caráter legitimador subsiste. É a hipótese contratualista que figura como sustentação primeira do direito de punir na Modernidade, de modo a ser deslocada a argumentação metafísica para a argumentação jurídica, no que tange à fundamentação dos institutos jurídicos.

O modelo iluminista do contrato social, por sua vez, dá luz a projetos que atribuem, na teoria, virtudes civilizatórias à pena, apresentando-a como instrumento de indenização pela ruptura obrigacional, com finalidades positivas, capaz de, naturalmente, conduzir à reafirmação da ordem jurídica ou restabelecimento da ordem moral violada. Formam-se, aí, os mitos legitimantes modernos, fundados no ideal racional atribuído à pena. No entanto, como pondera MELLO (2019, p. 337), a pena, observada como resultado de uma atividade racional, pode ser considerada um fracasso. As funções declaradas da pena servem para legitimar a instrumentalização, quando, na verdade, representam muito mais uma crença, que não objetivam a produção de um resultado instrumental, mas apenas simbólico, por meio de uma elaboração ilusória, na realização de um desejo de proteção ou de justiça. Assim, qualquer discurso legitimador ou racionalizante da pena não deriva da experiência nem de demonstração empírica, mas de desejos antigos, intensos e irracionais da humanidade.

É característica, pois, da ilusão a dispensabilidade da verificação racional e empírica de fatos e que, por isso, demanda a adesão sob a modalidade de crença, cuja força é extraída de um desejo, e esse mesmo desejo tende a obnubilar seu confronto com a realidade (SAROLDI, 2011, p. 69). Inacessíveis, portanto, à crítica lógica, na linha do que aduz

Morano (2014, p. 54), *“as crenças, na medida em que pressupõem ilusões contrárias à realidade, tornam-se comparáveis a uma feliz demência alucinatória.”* Logo, o discurso legitimador da pena, por mais lógico, racional e sistematizado que pareça, termina sendo uma profissão de fé, uma crença fundada em questões seculares ainda arraigadas na consciência coletiva.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As respostas sobre fundamentos e finalidades da pena criminal são objeto de acalentadas discussões filosóficas, e, em certa medida, herméticas, porque desconsideram aspectos psicanalíticos essenciais para compreender o fenômeno da punição.

A punição estatal somente pode ser compreendida caso se entenda a reação ao crime – seja estatal ou não – como um ato de violência. E somente é possível pensar o exercício de poder punitivo não há como pensar no Direito sem o seu elemento constitutivo inafastável, que é a força, capaz de funcionar como dique do furor pulsional presente na vida social. E sempre deve se ter em conta que há o risco de ruptura da ordem civilizada – sendo que o crime é uma destas formas.

As penas e sua violência instrumental e simbólica, circulam de forma canalizada e regrada nos vínculos. Com esteio neste raciocínio, Freud observa que a força coercitiva da violência e as identificações entre seus membros permitem que uma comunidade permaneça unida por intermédio do Direito. A violência do Estado se apresenta como elemento fulcral que insere os indivíduos numa ordem simbólica e numa rede de significantes, em que a lei legitima o exercício da força bruta. Logo, a punição é uma retribuição ao fenômeno psicológico de regressão dos instintos.

Deste modo, a reação punitiva tem como pressuposto a existência, nos membros corpo social, de impulsos similares ao proibido. A aplicação do castigo como meio de expiação mobiliza a manutenção da ordem. A agressividade destrutiva da vingança – exercida por intermédio da pena integra a natureza humana, só que apresentada sob diversas etiquetas e com mais diferenciadas narrativas.

As características da punição presentes em sociedades primitivas costuma ver acompanhada de preceitos de ordem religiosa, alicerçadas na trilogia a vingança, expiação e reequilíbrio. A pena, deste modo, também é vista como um sacrifício, que domestica a violência e tem alguns aspectos paradoxais, pois, ao mesmo tempo que

violento, é pacificador; cruel e sagrado. É a violência a serviço do combate à violência representada pelo crime.

As tradições religiosas da punição, que refletem os aspectos psicanalíticos analisados, foram replicados nos modelos ditos laicos e seculares. A cultura jurídica moderna é erigida tendo como base conceitos teológicos como expiação e sacramentos, sendo cultivada e preservada, ainda que inconscientemente, nos institutos jurídicos atuais.

Ainda que o discurso jurídico caminhe para o racionalismo legitimador do exercício do poder punitivo, é fato que a pena, se observada como resultado de uma atividade racional, pode ser considerada um fracasso. As funções declaradas da pena servem para legitimar a instrumentalização, quando, na verdade, representam muito mais analisada como resultado de um projeto racional, pode ser considerada um malogro. As teorias legitimadoras ou racionalizante da pena não se sustentam, pois a punição é um retrato de desejos antigos, intensos e irracionais da humanidade.

## REFERÊNCIAS

- ANÍBAL BRUNO. *Direito penal. Parte geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967
- BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito II*. Org. Luiz Antonio Barreto. 1ª ed. Rio de Janeiro: J. E. Solomon; Sergipe: Editora Diário Oficial, 2013
- BARRETTO, Vicente de Paulo. *A ética da punição*. São Leopoldo, Rio Grande do Sul. Editora: UNISINOS; Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2018
- CARVALHO, Salo de. *Freud criminólogo: a contribuição da psicanálise na crítica aos valores fundacionais das ciências criminais*. Revista Direito e Psicanálise, vol. 01, p. 107-137, 2008
- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008
- DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Trad. Marina Vargas. 6ª ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020
- DUFF, Antony. *Penance, punishment and the limits ou community*. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/258180896\\_Penance\\_Punishment\\_and\\_the\\_Limits\\_of\\_Community](https://www.researchgate.net/publication/258180896_Penance_Punishment_and_the_Limits_of_Community)> 2003, Acesso em 21 julho 2023
- ENRIQUEZ, Eugéne. *Da horda ao Estado: psicanálise do vínculo social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1990, p.359-360

ENRIQUEZ, EUGÉNE. *Psicanálise e ciências sociais*. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/agora/v8n2/a01v8n2.pdf>> Acesso em 30 dez 2020.

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer e outros, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 1987

FREUD, Sigmund. *Considerações atuais sobre a guerra e a morte*. In: *Introdução ao narcisismo: ensaios de metapsicologia e outros textos (1914-1916)*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010a

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Trad. Paulo César de Souza. 1ª ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011

FREUD, Sigmund. *Por que a guerra?* In: *O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010b

FROMM, Erich. *Anatomia da destrutividade humana*. Trad. Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1975

GARLAND, David. *Punishment and modern society: a study in social theory*. Oxford University Press, Oxford, 1993

GAY, Peter. *Freud: uma vida para o nosso tempo*. Trad. Denise Bottmann: Companhia das Letras, 2012

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

GOMES, Marcus Alan. *Crítica à cobertura midiática da operação lava jato*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 122/2016, p. 229 – 253, Set - Out / 2016

In: CARVALHO, Salo de. *Sofrimento e clausura no Brasil contemporâneo: estudos críticos sobre fundamento e alternativas às penas e medidas de segurança*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017

ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. *Caráter Vingativo da Pena*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005

- LE RIDER, Jacques. *Cultivar o mal-estar ou civilizar a cultura? In: Em torno de O mal-estar na cultura, de Freud*. Trad. Carmem Lucia Montechi Valladares de Oliveira e Caterina Koltai. São Paulo: Escuta, 2002
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016
- MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974
- MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019
- MEZAN, Renato. **Freud, pensador da cultura**. 8ª ed. São Paulo: Blucher, 2019
- MORANO, Carlos. *Crer depois de Freud*. Trad. Eduardo Dias Gontijo. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014
- SAROLDI, Nina. *O mal-estar na civilização: as obrigações do desejo na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011
- SERRA, Carlos Eduardo da Silva; *A perspectiva psicanalítica do crime e da sociedade punitiva*; | Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais | nº 18 – janeiro/abril de 2015 | ISSN 2175- 5280; pg. 79-100
- SHIMIZU, Bruno. *O mal estar e a sociedade punitiva: ensaiando um modelo libertário em criminologia psicanalítica*. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-16102015-160238/pt-br.php>> Acesso em 10 jun 2021
- TAVARES, Juarez. *Crime: crença e realidade*. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021
- VANIER, Alain. *Direito e Violência*. Tradução: Helena Soledade Floresta de Miranda. Agora, v. 7, n. 1 jan/jun, 2004. p. 129-141