

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – DEPARTAMENTO DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO**

**Jurisprudência simbólica:
o estado de coisas inconstitucional
em relação ao sistema penitenciário brasileiro**

Melissa Andrea Lins Peliz

Brasília, maio de 2025

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - DEPARTAMENTO DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO**

**Jurisprudência simbólica:
o estado de coisas inconstitucional
em relação ao sistema penitenciário brasileiro**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Doutorado da Universidade de Brasília - UnB, como requisito à obtenção do grau de Doutora em Direito (área de concentração: Direito, Estado e Constituição), sob orientação do Professor Dr. Edvaldo de Aguiar Portela Moita.

Brasília, maio de 2025

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
DIVISÃO DE BIBLIOTECA - DIBD/UnB

Peliz, Melissa Andrea Lins

Jurisprudência simbólica: o estado de coisas
inconstitucional em relação ao sistema penitenciário
brasileiro / Melissa Andrea Lins Peliz. - - Brasília, 2025.

236 p.

Tese (Doutorado) - - UnB / Faculdade de Direito.

1. Poder 2. Racionalidade 3. Direito 4.
Governamentalidade 5. Biopolítica.

Moita, Edvaldo de Aguiar Portela, Orientador

MELISSA ANDREA LINS PELIZ

**Jurisprudência simbólica: o estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema
penitenciário brasileiro**

Aprovada em: _____/_____/2025

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Edvaldo de Aguiar Portela Moita (Orientador)
(PPGD/UnB)

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro
(PPGD/UnB)

Profa. Dr. Vanja Grujic
(PPGDH/UFPE)

Prof. Dr. Mariana Pimentel Fischer Pacheco
(Centro de Ciências Jurídicas/UFPE)

Prof. Dr. Marcelo da Costa Pinto Neves (Suplente)
(PPGD/UnB)

Ao Professor Miroslav Milovic

(in memoriam)

DEDICO

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os que fizeram parte de minha longa e tortuosa caminhada nesse doutorado da pandemia, que impôs recolhimento e perdas tão significativas.

Agradeço ao Adahilton, meu companheiro de vida, que esteve ao meu lado na cansativa espera no *front*, enquanto eu ia e voltava do campo de batalha, trazendo incertezas, inseguranças e muita inquietação, não só acadêmicas, mas em relação à silenciosa metamorfose de nosso pequeno lagarto em crisálida, que se iniciou enquanto eu estava ausente.

Agradeço ao Teo tão-somente pela sua prodigiosa existência.

Agradeço à minha mãe pela escuta ativa e a ambos, pai e mãe, por serem base sólida.

Agradeço aos meus irmãos pela admiração gratuita.

Agradeço ao prof. Marcelo, que me lançou o primeiro bote salva-vidas e ao prof. Edvaldo, que me ofereceu abrigo.

Agradeço especialmente à prof. Vanja Grujic, minha paciente referência acadêmica e fonte de inspiração.

Agradeço à Euzilene, cujos préstimos administrativos na Unb tornaram possível a defesa da tese.

Agradeço aos colegas da PGEGO, em nome do Dr. Rafael Arruda, que permitiu meu afastamento, e aos servidores dessa instituição, em nome da querida Ione Bueno.

Agradeço à Marta, cujo trabalho diário torna possível o meu.

Agradeço o apoio dos amigos e a paciência pela espera.

Agradeço ao Dino e à Lua, companhias mais leais e constantes não há.

Podres Poderes

(Caetano Veloso)

*Enquanto os homens exercem
Seus podres poderes
Motos e fuscas avançam
Os sinais vermelhos
E perdem os verdes
Somos uns boçais*

*Queria querer gritar
Setecentas mil vezes
Como são lindos
Como são lindos os burgueses
E os japoneses
Mas tudo é muito mais*

*Será que nunca faremos senão confirmar
A incompetência da América católica
Que sempre precisará de ridículos tiranos
Será, será, que será?
Que será, que será?
Será que esta minha estúpida retórica
Terá que soar, terá que se ouvir
Por mais zil anos*

*Enquanto os homens exercem
Seus podres poderes
Índios e padres e bichas
Negros e mulheres
E adolescentes
Fazem o carnaval*

*Queria querer cantar afinado com eles
Silenciar em respeito ao seu transe num êxtase
Ser indecente
Mas tudo é muito mau*

*Ou então cada paisano e cada capataz
Com sua burrice fará jorrar sangue demais
Nos pantanais, nas cidades
Caatingas e nos gerais*

*Será que apenas os hermetismos pascoais
E os tons, os mil tons
Seus sons e seus dons geniais
Nos salvam, nos salvarão
Dessas trevas e nada mais*

*Enquanto os homens exercem
Seus podres poderes
Morrer e matar de fome
De raiva e de sede
São tantas vezes
Gestos naturais*

*Eu quero aproximar o meu cantar vagabundo
Daqueles que velam pela alegria do mundo
Indo e mais fundo
Tins e bens e tais*

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS.....	10
RESUMO.....	11
ABSTRACT	12
APRESENTAÇÃO	13
INTRODUÇÃO	21
CAPÍTULO I	36
1 A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE DA JURISPRUDÊNCIA	36
1.1 O estado de coisas inconstitucional e sua declaração pelo STF	36
1.2 Concretização de direitos sociais e ativismo judicial	44
1.2.1 A judicialização da questão penitenciária na Colômbia.....	44
1.2.2 O novo constitucionalismo	47
1.2.3 Os <i>prision reform</i> cases e o ECI: políticas públicas judiciais	53
1.2.4 Discursos e práticas na jurisprudência do STF: o ECI e os enunciados da repercussão geral	59
1.3 Legislação, constitucionalização e jurisprudência simbólica	68
1.3.1 Legislação simbólica	68
1.3.2 Constitucionalização simbólica	73
1.3.3 Jurisprudência simbólica	78
1.4 Governamentalidade	82
1.4.1 Racionalidade jurídica e poder governamental	82
1.4.2 Governamentalidade como forma de análise de um regime de poder.....	87
2 PARA UMA OUTRA HISTÓRIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	92
2.1 “Deixai toda esperança, ó vós que entraís”: os corpos supliciados	92

2.2	Legitimidade do poder do Estado pelo direito.....	96
2.2.1	A forma da jurisprudência e o problema do poder	96
2.2.2	Legitimidade entre facticidade e validade: o poder comunicativo	101
2.3	O problema do poder e a necessidade de uma nova metodologia de análise	104
2.3.1	Insuficiência de teorias para analisar discursos e práticas.....	104
2.3.2	A história política da verdade e o direito como experiência	107
2.4	Poder e direito.....	113
2.5	Poder e subjetividade.....	119
2.6	Poder pastoral como arte de governar	125
2.7	Razão de Estado e poder de polícia	128
2.8	Biopolítica, governo e soberania	137
2.9	Arte liberal de governo	144
2.9.1	Liberdades e mecanismos de segurança	144
2.9.2	Neoliberalismo	148
3	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO BIOPOLÍTICA	157
3.1	Estado de Direito simbólico	157
3.1.1	Entre uma história tradicional, o Estado de Direito simbólico e uma analítica de governo: fobia do Estado e pacto de segurança.....	157
3.1.2	Estado moderno como a moderna forma do poder pastoral: entre individualização e totalização.....	162
3.2	Efeitos não simbólicos do poder.....	166
3.2.1	<i>Deficits</i> de normatividade.....	166
3.2.1.1	Uma primeira aproximação entre biopolítica e direito alopoiético contra o Estado de direito democrático de Habermas	166
3.2.1.1.1	Foucault contra Habermas	166
3.2.1.1.2	Esfera pública como espaço do dissenso	170
3.2.1.2	A modernidade biopolítica: operacionalização do poder pela norma	172

3.2.1.3	Normalizações produzidas pelo ECI	177
3.2.2	Cidadania simbólica e relações sujeito/cidadão	184
3.2.2.1	Relações de subintegração e sobreintegração: a subcidadania.....	184
3.2.2.2	Relações de poder e o domínio do social	187
3.2.2.3	Cidadania como efeito de uma tecnologia de governo.....	191
3.2.2.4	Cidadania dos presos e racionalização do campo de controle do crime.....	197
3.3	Neoconstitucionalismo e governamentalidade neoliberal	203
3.4	Constitucionalização biopolítica: direito entre reflexividade e reflexão	209
3.5	Reflexões sobre (e com) o direito: <i>parresía</i> e resistência	212
CONCLUSÃO.....		216
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		221

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
DMF	Departamento de Monitoramento e Fiscalização
EC	Emenda Constitucional
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
FNSP	Força Nacional de Segurança Pública
FTPI	Força Tarefa de Intervenção Penitenciária
FUNPEN	Fundo Penitenciário Nacional
LEP	Lei da Execução Penal
MNPCT	Mecanismo Nacional de Prevenção à Tortura
ONU	Organização das Nações Unidas
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
RE	Recurso Extraordinário
SNPCT	Sistema Nacional de Combate à Tortura
STF	Supremo Tribunal Federal

RESUMO

Jurisprudência simbólica: o estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro

Esse trabalho tem por objetivo analisar a declaração do estado de coisas inconstitucional pelo STF como produção jurisprudencial que visa à concretização do princípio da dignidade humana, mas que demonstra ser ineficaz para enfrentar o problema crônico do superencarceramento, apontado como causa da violação sistemática desse princípio. A hipótese central é que o ECI não faz parte de nenhuma realidade dada, mas é efeito de um regime de poder. A partir da premissa de ineficácia da declaração do ECI, a pesquisa analisa os argumentos usados pelos ministros do STF no acórdão proferido na medida cautelar na ADPF 347 em comparação com outros casos da sistemática da repercussão geral que compõem o que foi chamado pela corte suprema de agenda do sistema carcerário, à luz dos princípios constitucionais consecutórios da adoção do Estado de direito. Feita essa análise, a pesquisa constata que esses princípios são manejados pela corte suprema no exercício de uma função jurisdicional distinta da interpretação e aplicação das normas, qualificando a jurisprudência do ECI como simbólica, à luz da teoria da constitucionalização simbólica de Neves, e indica a noção de governamentalidade de Foucault como a ferramenta que será utilizada para analisar sua lógica de funcionamento e efeitos concretos. A pesquisa apresenta as noções de Foucault sobre o poder e a governamentalidade a partir do contraste com teorias jurídicas e filosóficas erigidas para resolver o problema do poder, realçando o paradigma normativo de Habermas usado em sua reconstrução do Estado democrático de direito. Tendo em vista esse panorama, a declaração do ECI é submetida ao escrutínio da analítica de poder e incluída no quadro da governamentalidade. Algumas consequências da constitucionalização simbólica, como a falta de normatividade jurídica, a subcidadania e a falta de reflexividade do sistema jurídico são aproximadas das reflexões que o uso da governamentalidade, como instrumento metodológico e crítico, produz, para analisar a declaração do ECI e seus efeitos concretos. Como consequência do uso do aparato crítico de Foucault, a declaração do ECI será identificada como hipótese de concretização biopolítica da Constituição simbólica, que operacionaliza uma racionalidade individualizante e totalizante. Ao fim, a pesquisa traz algumas formas de se opor à constitucionalização biopolítica usando ferramentas analíticas de Foucault.

Palavras-chave: 1. Poder 2. Racionalidade 3. Direito 4. Governamentalidade 5. Biopolítica.

ABSTRACT

Symbolic jurisprudence: the unconstitutional state of affairs regarding the Brazilian prison system

This work aims to analyze the declaration of the unconstitutional state of affairs by the Brazilian Supreme Federal Court (STF) as a jurisprudential production aimed at the realization of the principle of human dignity, but which proves to be ineffective in addressing the chronic problem of mass incarceration, identified as the cause of the systematic violation of that principle. The central hypothesis is that the ECI is not part of any given reality, but is instead an effect of a regime of power. Based on the premise of the ECI's ineffectiveness, the research analyzes the arguments employed by the STF justices in the ruling issued in the precautionary measure of ADPF 347, in comparison with other cases under the "general repercussion" system, which compose what the Supreme Court has called the prison system agenda, in light of the constitutional principles that accompany the adoption of the rule of law. Upon conducting this analysis, the research finds that these principles are managed by the Supreme Court in the exercise of a jurisdictional function distinct from the interpretation and application of norms, thus qualifying the ECI jurisprudence as symbolic, in accordance with Neves's theory of symbolic constitutionalization. The research also indicates Foucault's notion of governmentality as the tool that will be used to analyze its operational logic and concrete effects. The research presents Foucault's notions of power and governmentality in contrast with legal and philosophical theories developed to resolve the problem of power, highlighting Habermas's normative paradigm employed in his reconstruction of the democratic rule of law. Given this framework, the declaration of the ECI is subjected to the scrutiny of the analytics of power and incorporated within the framework of governmentality. Certain consequences of symbolic constitutionalization, such as the lack of legal normativity, subcitizenship, and the absence of reflexivity within the legal system are brought closer to the reflections that the use of governmentality, as a methodological and critical instrument, produces to analyze the ECI declaration and its concrete effects. As a consequence of using Foucault's critical apparatus, the declaration of the ECI will be identified as a hypothesis of biopolitical realization of the symbolic Constitution, which operationalizes an individualizing and totalizing rationality. Finally, the research proposes some ways of resisting biopolitical constitutionalization using Foucault's analytical tools.

Keywords: 1. Power 2. Rationality 3. Law 4. Governmentality 5. Biopolitics.

APRESENTAÇÃO

No começo dos anos 2000, eu iniciava minha carreira de procuradora do estado de Goiás no entorno do Distrito Federal, acompanhando processos nas cidades mais pobres dessa região, já reconhecidamente carente de recursos. A situação não é apenas de falta de recursos financeiros diante de falta de uma atividade econômica pujante, mas também de ausência de investimento do estado e de precariedade na prestação de serviços públicos. Por outro lado, os índices de criminalidade eram altíssimos, em condutas diversas que cobriam todo o espectro do Código Penal e grande parte delas, se não a maioria, eram descritas na Lei de Entorpecentes.

Meu principal papel, não obstante, era “arrecadatório”: eu tocava alguns milhares de processos de execução fiscal e como a região era pobre, me informaram que minha presença seria apenas simbólica. A população precisava entender que havia ali alguma autoridade do Estado voltada para a fiscalização tributária que, aliás, era uma atividade administrativa razoavelmente organizada naquela região. Auxiliando os fiscais ou não, pouco importa, aceitei minha principal atribuição me sentindo um pouco “Saulo de Tarso” (antes de se tornar Paulo), resignada a demonstrar meus conhecimentos jurídicos e dogmáticos, recém adquiridos, em outros processos envolvendo o Estado na região, que também foram confiados a mim. Olhando hoje para trás, concluo que eu realmente só poderia fazer uma figuração simbólica, já que o volume de processos era humanamente impossível para apenas uma pessoa.

Logo os processos começaram a brotar de vários fóruns das sete comarcas que eu acompanhava. Entre as ações de indenização, me chamavam atenção aquelas promovidas pelas famílias de presos, que haviam perdido quem apontavam como arrimo de família dentro do estabelecimento prisional, ou pelos próprios presos, em razão de maus tratos sofridos pelos agentes do estado. Os processos não me chamavam atenção tanto pelo volume, mas pelas fotos dos inquéritos que recheavam os autos (corpos carbonizados, outros marcados, rasgados, atravessados por cortes profundos) e as histórias por trás. Em uma das ações, uma família pedia indenização pela morte de um preso que, ao ser recolhido ao cárcere, teve a pena majorada por uma sentença pior do que a produzida pelo juiz da condenação. A sentença oral, proferida pelo agente carcerário, que cometeu a indiscrição de pronunciar a razão da condenação, estupro de vulnerável, teve eficácia letal. Mas a morte do preso não se resumiu ao fim de sua existência de forma abrupta e não natural: foi cercada por um ritual de selvageria que implicou dilaceração

de órgãos, introdução de objetos em cavidades e orifícios e choques elétricos, pelos seus companheiros de cela.

Atuando nesses processos, eu revivi minhas sensações ao ler, ainda adolescente, uma matéria de capa de uma revista, que descrevia, minuciosamente, a cena encontrada pelos jornalistas quando finalmente sua entrada foi autorizada no Presídio do Carandiru depois que ocorreu o famoso massacre em 1992. Eu conseguia sentir os cheiros nauseabundos de sangue e urina, o pavor dos últimos minutos vividos em uma cela sem ter para onde fugir, diante de outro homem armado e disparando a esmo (um verdadeiro pelotão de fuzilamento) e conseguia ouvir os gritos e impropérios trocados entre presos e policiais. Eu também imaginava se quando foi autorizada a entrada dos policiais militares no presídio, os responsáveis pela operação, direta ou indiretamente, sabiam que a consequência seria a morte de 111 homens em condições de absoluta vileza. Eu me perguntava, ainda, diante da cronologia reconstituída pela reportagem, se as coisas não poderiam ter tido outro desfecho se alguém tivesse se oposto à invasão da Polícia Militar e por que esse alguém não apareceu. Apesar de os militares envolvidos na chacina terem respondido a longos processos que se desdobraram por vários anos, até o momento, nenhum deles cumpriu pena.

Quase dez anos depois do Carandiru, em janeiro de 2002, em um cenário político e institucional bem diverso daquele descortinado pela recém-publicada Constituição, a chacina do Presídio Urso Branco, em Rondônia, mesmerizou novamente o Brasil e o mundo com imagens de corpos decepados e desmembrados. Entre 2002 e 2007, quase cem mortes foram verificadas naquele estabelecimento, em meio ao acirramento da violência de agentes públicos, razão pela qual o Brasil foi levado à CIDH, como também ocorrera pelo massacre do Carandiru. Mas no caso do Urso Branco, em razão de não cumprimento das medidas cautelares impostas, o caso foi levado também à Corte IDH que, em junho de 2002, exarou a primeira medida provisória do órgão internacional em desfavor do Brasil desde que o País aceitou sua jurisdição.¹ A partir de então, os massacres e chacinas nas prisões eclodem em intervalos cada vez menores, mas a sociedade parece reagir menos, cada vez menos sensível ao problema.

¹ Dados tirados do Relatório da Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho produzido juntamente com a Justiça Global, que apresentaram petição perante a CIDH, intitulado: “Presídio Urso Branco, a institucionalização da barbárie”, publicado em 2007 (2007).

Em meados da primeira década de 2000, me deparei com um novo tipo de desafio: várias ações civis públicas começaram a ser ajuizadas pelos promotores de justiça da região visando fechar os presídios em razão de sua total incapacidade de funcionamento, ou visando reformas, algumas ações acompanhadas com os respectivos *croquis*. Minha tese começava a ser gestada ali. As ações eram quase idênticas, a maioria delas não era sequer instruída com inquérito civil público e simplesmente imputava ao Estado uma falta, o Estado era faltoso. Diante da omissão do Estado, defendiam os promotores, era dado aos juízes atenuar o princípio da separação de poderes para determinar ao ente público o encerramento dos presídios ou a realização de obras.

Os juízes concordavam e determinavam fechamentos ou realização de obras em presídios, fixando prazo sob cominação de multas, mas, ao mesmo tempo, apresentavam a lista de presos que deveriam ser alocados em algum dos estabelecimentos prisionais do Estado que atendessem às determinações da Lei de Execução Penal, o que reduzia as possibilidades de alocação dos novos presos a quase zero. Como procuradora, intimamente, eu concordava com os promotores, não era possível que as prisões tivessem chegado a tão más condições. Mas também pensava, e produzia defesas nesse sentido, que a culpa não era apenas do que chamamos, em direito administrativo, do Estado-administração: existem regras orçamentárias, previsão de gastos nesses orçamentos e a fiscalização dos presídios é atribuição dos membros do Poder Judiciário. Nenhuma das ações indicava que não havia sido prevista verba para gasto com presídios ou que não tivesse sido gasto o que fora previsto no orçamento. Também não havia relatório, recente ou mais antigo, sobre as atividades desenvolvidas pelos magistrados em acompanhamento aos presídios. Naquela época, a defesa baseada no princípio da separação de poderes e na reserva do possível ainda era aceita por alguns julgadores do Tribunal de Justiça, mais distantes da realidade das cadeias. Os colegas mais velhos, da época em que os processos eram físicos e a caneta era a maior arma de que dispunham, ainda se surpreendiam com essa tendência jurisprudencial.

Enquanto isso, no cenário nacional, as chacinas no sistema prisional se tornavam recorrentes. Em 2010, o massacre de Pedrinhas, no Maranhão, deflagrou uma crise que se prolongou até 2013, quando o governo federal convocou a intervenção da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP), após decretar situação de emergência por cento e oitenta dias.² Por

² Histórico retirado de relatório produzido pela Conectas Direitos Humanos, pela Justiça Global Brasil, pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Maranhão e pela Sociedade Maranhense de Direitos Humanos intitulado “Violação continuada: dois anos da crise em Pedrinhas” [2016?]

esse caso, e por várias mortes violentas ocorridas entre 2008 e 2010 no Presídio Aníbal Bruno, em Pernambuco –, depois desmembrado em quatro unidades prisionais, transformando-se no Complexo do Curado – o Brasil foi levado tanto à CIDH quanto à Corte IDH, que exarou resoluções que permanecem em acompanhamento (Brasil, 2021b, p. 71).

A respeito do cumprimento das medidas da Corte IDH, o CNJ destacou, em 2021, que no Complexo Penitenciário do Curado “observa-se que poucos avanços foram obtidos, sendo necessário o engajamento dos atores envolvidos para implementar as medidas provisórias outorgadas pela Corte IDH” (Brasil, 2021b, p. 71). Em seguida, constatou que a superlotação no Presídio do Curado continuava sendo um problema: 6.708 pessoas aprisionadas para uma capacidade de 1.819 presos (Brasil, 2021b, p. 71). O mesmo relatório, apesar de reconhecer avanços na melhoria das condições do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, também registrou que a superlotação nesse presídio continuava sendo um problema: sua capacidade máxima era, então, de 3.771 pessoas e contava, naquela época, com 4.806 presos, 127% de ocupação (Brasil, 2021b, p. 71).

Em 2015, já acompanhando processos no supremo tribunal federal (STF), em minha nova atribuição como procuradora, as discussões que eram empreendidas naqueles processos promovidos pelo Ministério Público contra o estado de Goiás tinham se tornado teses da repercussão geral. A nova sistemática, instituída por lei, expandira os já ampliados poderes da corte suprema não apenas pela Constituição Federal de 1988, mas também pelas suas próprias construções jurisprudenciais. Nesse novo cenário, os holofotes de acadêmicos, da mídia e críticos em geral, estavam voltados para o que depois ganhou forma como judicialização da política, tomando de empréstimo a definição estrangeira.

As brigas surdas entre Presidente da República e corpos legislativos, Presidente e Governadores de Estados ganhavam (e ganham), no momento em que levadas ao STF, repercussão estrondosa. As discussões sobre a intervenção do STF na concretização de direitos sociais talvez sejam um pouco menos barulhentas, mas igualmente provocativas. No âmbito mais restrito da dogmática, a questão ficava (e ainda fica), reduzida à possibilidade de que a corte suprema produza decisões que vão interferir na forma como o Estado irá elaborar seus orçamentos, o que, em última instância, deveria ser uma escolha política. Os defensores da posição do STF dizem que essa escolha não foi feita e, por isso, caberia à corte constitucional suprir essa omissão. Ausência de ação que geraria a necessidade de intervenção. Foi esse tipo de justificativa que gerou a declaração do estado de coisas inconstitucional (ECI) no bojo da

ADPF 347 (Brasil, 2015e). Quando nada mais parecia dar certo, o STF importou essa jurisprudência da Colômbia, outro país com sérios problemas em seu respectivo sistema penitenciário, como, aliás, quase todos na América do Sul.

Na sessão de julgamento, os ministros do STF, como aliás é de praxe, discursaram longamente sobre os problemas do sistema penitenciário brasileiro, desfiando dados e estatísticas bastante conhecidos no Brasil. Um dos temas discutidos – a possibilidade de transferir ao CNJ a responsabilidade de produzir um sistema informatizado de dados (e não apenas de guardá-los) sobre a execução penal, que não chegou a ser pedido na ADPF 347 (Brasil, 2015e) –, foi retomado no julgamento do RE/RG 641.320 (Brasil, 2016a) gerando um acalorado debate entre dois ministros que quase ultrapassou os limites do decoro. A sessão de julgamento foi suspensa para que decidissem a questão em uma sessão administrativa, não televisionada. Essa transferência de dados ao Conselho Nacional de Justiça acabou não sendo fixada pela tese desse último precedente que, em geral, exorta os juízes a observarem as condições do cárcere no momento da condenação.

Depois de publicado o acórdão da medida cautelar na ADPF 347 (Brasil, 2015e), uma onda de novas rebeliões sangrentas em presídios, no início de 2017, varreu a Penitenciária Estadual Dr. Francisco Nogueira (Alcaçuz), no Rio Grande do Norte, o Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), em Manaus, Amazonas e a Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Boa Vista, Roraima. Todas elas foram objeto de um relatório produzido pelo MNCT e pelo CNPCT, em que estes órgãos federais avaliavam recomendações que haviam dirigido aos poderes públicos como tentativa de sanar os graves episódios de violações de direitos humanos anteriores.

Nos três estados, o MNPCT salientou como aspectos comuns: a superlotação carcerária, variável apontada como muito importante para produzir os “episódios de brutalidade”, especialmente considerando que o crescimento da população carcerária nos três foi superior ao da média nacional; o prevaletimento de pessoas negras na composição da população carcerária, que foi chamada de questão étnico-racial, e a precariedade da estrutura administrativa penitenciária (Brasil, 2018, p. 22). A Penitenciária de Alcaçuz e a Penitenciária Estadual Rogério Coutinho Madruga (PERCM), que formam um complexo prisional no município de Alcaçuz foram comparadas à prisão de *Abu Ghraib* –, que se tornou escândalo internacional pelos métodos de tortura ali empregados – em razão da ação violenta da polícia militar dentro

do presídio (Brasil, 2018, pp. 68 e ss.). Desde então, os massacres se tornaram cíclicos nesses estabelecimentos do Rio Grande do Norte.

Um relatório produzido pelo CNJ, em março de 2017, por um Grupo Especial de Monitoramento e Fiscalização - GEMF desse órgão, que circula na internet, escancarando vísceras e corpos decepados, apurou que no Amazonas, a única vara de execuções penais da capital contava com um estoque de 16 (dezesesseis mil processos), e o Tribunal de Justiça local apresentou dados de presos provisórios incompatíveis com aqueles de outras fontes, como os do Ministério da Justiça e da Secretaria de Administração Penitenciária do Amazonas. Tanto nesse estado quanto em Roraima, o número de presos provisórios superava a metade da população carcerária e os prazos de recolhimento eram incertos (Brasil, 2017c).

Os massacres de 2017 no Amazonas, Rio Grande do Norte e Roraima eram dados como os piores do sistema prisional brasileiro até então, mas em julho de 2019, o Centro de Recuperação Regional de Altamira (CRRALT), no Pará, acrescenta mais um à cifra, destituindo os primeiros do posto. O saldo resultante foi de 62 presos mortos dos quais 58, com requintes de crueldade, por asfixia e decapitação, como consequência das mesmas causas que provocaram as chacinas anteriores: superlotação carcerária e guerra entre facções (Dhesca, 2020). Em março de 2023, novas rebeliões e ataques são promovidos por facções criminosas em presídios do Rio Grande do Norte (Kahn, [2024?]).

Diante do quadro, pus-me a refletir, em primeiro lugar, sobre a falta de eficácia da decisão proferida na ADPF 347 (Brasil, 2015e) e quão representativa ela poderia ser da jurisprudência do STF sobre o sistema carcerário. Aliás, a falta de eficácia me pareceu ser a confirmação da razão pela qual ela foi proferida: exatamente para não produzir efeitos, considerando sua meta e os pedidos atendidos. A decisão proferida na ADPF 347 justificara a entrada do Poder Judiciário em cena em razão do fracasso dos Poderes eleitos em um campo que não lhe seria próprio: a intervenção judicial na esfera política (Brasil, 2015e).

Em segundo lugar, pensei na região do entorno em que trabalhara como um microcosmo da realidade brasileira. Simbolicamente, é uma região que, embora tenha sido reconhecida como Região Integrada de Desenvolvimento (RIDE), que implicaria concentração de esforços dos entes federativos para atendê-la, visando reduzir sua desigualdade em relação a outras

regiões³, ela se localiza em um não espaço, que não é político e não é jurídico, é uma região de abandono. Ela se expandiu desordenadamente sob o influxo de crescimento do Distrito Federal, o ente federativo com maior Índice de Desenvolvimento Humano do País, mas não faz parte desse ente federativo e só onera seus serviços públicos. O estado de Goiás se recusa a reconhecer sua população para não ter que arcar apenas os ônus, sem poder recolher tributos, diante da falta de capacidade financeira de seus moradores. A lei federal que reconheceu a RIDE nunca foi regulamentada pelo Poder Executivo federal e a União continua tentando empurrar para os dois outros entes federativos suas atribuições de governo nacional no local.

Mas, em terceiro lugar, apesar da desorganização geográfica e administrativa, é um lugar em que diversas relações de poder são estabelecidas e a maioria delas tem alguma conexão com alguma instituição de governo. Como as taxas criminais são muito altas nessa região, a instituição de governo mais ativa, pelo menos no campo criminal, é o Poder Judiciário. Se considerarmos o volume de presos, o Poder Judiciário, além de ativo, é bastante produtivo: condena e produz delinquentes, produz taxas, estatísticas, decisões que atendem a planos de metas, demanda a polícia, inclusive seus órgãos científicos, legistas, etc. O magistrado, nas cidades pequenas, tem quase poderes pastorais: é uma referência moral, antigamente, impunha e fiscalizava os costumes. Hoje em dia, fiscaliza os processos eleitorais, os presídios e quando as comarcas são menores, podem até conhecer moradores, esbarrar com as testemunhas e ser assediados pelos condenados de audiências recentes. Certamente, trava relações com os demais juízes e promotores, com os prefeitos e conhece alguns vereadores.

Apesar disso, quando o Poder Judiciário se confronta com o problema do superencarceramento, ele se coloca como um terceiro neutro e imparcial, habilitado a julgar o conflito que não seria jurídico, mas político, construindo um discurso de isenção. Desloca o eixo da discussão para o orçamento insuficiente, a falta de vagas no sistema carcerário, o despreparo de servidores nas penitenciárias e convoca peritos para que se manifestem sobre o quadro. O discurso de isenção construído pelo Poder Judiciário quando o tema é a superencarceramento não é um paradoxo: é bastante visível sua ativa participação nesse que é efeito de um regime de poder. O rei está nu. O paradoxo é a insistência no uso desse discurso,

³ A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a possibilidade de constituição de região integrada de desenvolvimento pela União em seu art. 43, *caput*: “Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais” (Brasil, 1988). Conforme dispõe o parágrafo primeiro, a RIDE será instituída por lei complementar. A RIDE-DF foi instituída pela Lei Complementar nº 94/1998 (Brasil, 1998).

mesmo quando essas relações de poder tenham se tornado tão visíveis como quando o estado de coisas inconstitucional foi declarado.

INTRODUÇÃO

Problema de pesquisa

O problema do superencarceramento no Brasil é crônico e bastante conhecido: prende-se muito, em geral, como primeira e única medida aplicada ao acusado, que lá permanece até que sua sentença seja proferida. Os presos provisórios aguardam seus respectivos julgamentos no cárcere, sem previsão de quando serão sentenciados, misturados com outros presos. A maioria dos estados não dispõe de estabelecimentos distintos para recolhimento do preso provisório, nem para abrigar aqueles condenados que estão cumprindo pena em regime semiaberto ou aberto. O que a Constituição e as leis preconizam como princípio da individualização da pena torna-se apenas abstração diante da impossibilidade física e material de concretização. Todos esses problemas e outros mais graves foram reconhecidos pelo STF no julgamento da ADPF 347, em que declarou o ECI em relação ao sistema penitenciário (Brasil, 2015e).

O Judiciário trata a questão como fora de sua alçada, enviando centenas de pessoas, diariamente, para ficarem sob a custódia do Estado, indiferentes às condições de encarceramento que, aliás, são distintas por região do País. Não se trata de uma indiferença como uma frieza calculada, mas uma espécie de resignação, uma indisposição para agir de outra forma, diante de uma situação dada. Essa inclinação do Poder Judiciário ficou especialmente clara quando o STF, ao declarar o ECI em relação ao sistema penitenciário, tratou da questão como se fosse política, atribuindo a responsabilidade da situação de reiterada violação dos direitos fundamentais dos presos aos Poderes eleitos, o que autorizaria a intervenção judicial.

Apesar de reconhecer responsabilidade parcial do próprio Poder Judiciário na construção do ECI, o STF se colocou como agente externo à situação, assumindo uma posição de neutralidade para julgá-la, um agente catalisador das mudanças de um problema estrutural. Quando proferiu seu julgamento no pedido cautelar apresentado pelo PSOL, autor da ação, acolheu apenas dois deles: a determinação de que os Tribunais implantassem a audiência de custódia e a liberação de verbas do FUNPEN. A questão mais importante de todas, a do superencarceramento, deixou de ser enfrentada pelo STF, que jogou o foco na omissão, na falta de gestão administrativa e política, caracterizando o problema como estrutural.

As decisões do STF sobre o sistema carcerário não se limitam à declaração do ECI: algumas delas foram tomadas em repercussão geral, que tem efeitos vinculantes para todo o Poder Judiciário. A sistemática da repercussão geral representa apenas uma das formas pelas quais os poderes do STF foram ampliados na Constituição de 1988: vários outros mecanismos processuais e interpretações não muito ortodoxas do texto constitucional por sua própria jurisprudência foram feitos nesse sentido de fortalecimento do papel da suprema corte. A ocupação cada vez maior de espaços que sequer eram contemplados como próprios do Poder Judiciário como, por exemplo, o envolvimento na concretização de políticas públicas para garantir direitos sociais é, aliás, uma tendência que não é apenas local.

Diante da declaração do ECI em relação ao sistema penitenciário e da constatação de alargamento dos poderes do STF a partir da Constituição de 1988, sobre a qual não parece haver muita controvérsia, dado o número de acadêmicos que tentam entender as razões do novo perfil do STF⁴, apresenta-se o seguinte **problema de pesquisa**: por que, apesar de novas técnicas de jurisdição permitirem uma cada vez maior intervenção do Poder Judiciário sobre o sistema carcerário, o superencarceramento permanece um problema não enfrentado? A outra pergunta que poderia seguir dessa principal é: como o STF pretende enfrentar o problema da superencarceramento através da declaração do ECI?

Hipóteses

A pergunta-problema não tem necessariamente relação com os poucos pedidos atendidos e com o quase nenhum efeito prático gerado pela declaração do ECI, que são apenas indícios das prováveis explicações que ora apresentamos como hipóteses de pesquisa. A primeira **hipótese** a ser examinada é que o ECI não faz parte de uma realidade dada, mas é efeito e resultado de um regime de poder. A declaração do ECI é uma rara oportunidade de observar a operacionalização desse regime de poder. Para Foucault, “[a]s relações de poder estão talvez entre as coisas mais escondidas no corpo social” (2010g, p. 237).

⁴ Faro problematizou esse agigantamento do STF, qualificado como judicialização da política, em um dos primeiros artigos publicados no Brasil, intitulado: *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política* (1997). Na área da ciência política, também elaborando críticas a atuação do STF observando, desse modo, um novo modelo de jurisdição: Maciel e Koerner (2002); Matthew Taylor (2007); Diana Kapiszewski (2010); Thammy Progrebinschi (2011); Andrei Koerner (2013) e Ribeiro e Argueles (2019).

A declaração do ECI, como uma forma pela qual o direito se expressa, produzindo sentido jurídico e consolidando práticas jurídicas, é altamente simbólica da lógica do regime de poder que a sustenta. Essa é a outra **hipótese** que formulamos: a jurisprudência do ECI representa uma forma de funcionamento, bastante ilustrativa, do constitucionalismo no Brasil. Ambas as hipóteses pretendem ser menos comprovadas do que nos guiar na observação do problema da construção do regime de poder que tem como efeito e causa o ECI.

Quadro teórico e metodológico

Pretendemos incluir a análise das hipóteses de pesquisa em dois **marcos teóricos**: as reflexões de Foucault sobre o poder e a teoria da constitucionalização simbólica de Neves. Foucault não elaborou uma teoria sobre o poder: ele se propõe a analisá-lo a partir de seus mecanismos. Em várias oportunidades, ele esboçou sua insatisfação tanto com o que ele indicava ser a análise do poder pela direita, a teoria jurídica clássica, em termos de soberania ou constituição, quanto com a esquerda que, segundo ele, durante muito tempo ficou influenciada pelo marxismo acadêmico, voltado para os aparelhos de Estado (2010d, p. 6). Ambos os lados teriam alguns pontos em comum: o economicismo na teoria do poder, para o qual o poder está sempre em posição secundária à economia (Foucault, 2005, p. 19); “uma tendência a negligenciar as relações de poder elementares” e uma forma de apresentar o poder como representação ou aceitação (Foucault, 2010g, p. 237). Para Foucault, o problema do poder e seus excessos permanecem um problema não enfrentado no século XX e poderíamos dizer, também no século XXI, mesmo que o século XIX tenha prometido que, com a solução do problema econômico, também o do poder se resolveria (2006a, p. 225).

Essas afirmações de Foucault revelam, além de sua dissidência com uma esquerda⁵ que ele nomeava como acadêmica e não ativa, uma característica relevante de sua abordagem do poder, que é “retirá-la da estrutura normativa padrão para concentrar-se nas formas pelas quais o poder age” (Fraser, 1981, p. 272-273), bastante importante para enfrentar as hipóteses de pesquisa levantadas. A partir dessa característica, devemos fazer, primeiro, uma observação que já é uma preocupação metodológica e, em segundo lugar, um esclarecimento quanto à estratégia de abordagem que orientará a pesquisa.

⁵ Uma análise das relações de Foucault com a esquerda é oferecida por Senellart (2009) e também por Dean (2010).

A primeira observação aqui é quanto ao que Foucault entende como a solução do problema econômico: para ele, o século XIX encontrara como problema mais importante a miséria, a exploração econômica e a concentração da riqueza e, a seguir, o século XX lutara contra o fascismo e o stalinismo e o nazismo (2006a, p. 225). Mas ele próprio frisa, também, que mesmo em alguns países industrialmente desenvolvidos da Europa e no Japão, o problema não era tanto o da miséria como o do excesso de poder. Daí se pode dizer que as reflexões de Foucault tinham por alvo sua realidade, a realidade europeia. Mas o fato de Foucault ter se voltado para experiências do Ocidente europeu revelam mais de sua metodologia crítica situada do que qualquer intenção normativa ou prescritiva. Ele esteve no Brasil algumas vezes, mas não promoveu uma análise sobre a história particular do País ou, melhor dizendo, sobre as formas de articulação de regimes de poder contextualizados em determinados momentos particulares de nossa história. Não obstante, ele ofereceu um instrumental crítico que pode ser aproveitado em contextos particulares.

Com efeito, como retira a análise do poder de uma estrutura normativa padrão, Foucault cria algumas ferramentas metodológicas que se mostram úteis e que podem ser proveitosas para contextos específicos e situações concretas em que noções definidas como próprias do domínio da política ou do direito mostram-se inadequadas, diante de seus efeitos práticos, para analisá-los. Nesse sentido, dizem Dreyfus e Rabinow, que como a análise dos fenômenos sociais exige uma dimensão de interpretação, Foucault desenvolve uma analítica interpretativa, considerando que, “não há um consenso evidente sobre os paradigmas centrais organizadores de nossa cultura” e que, “mesmo que devêssemos concordar com a importância de certos paradigmas, persiste a questão de como avaliar seus efeitos” (2013, p. 263).

Dreyfus e Rabinow chamam a investigação de Foucault de uma analítica interpretativa fazendo referência às tradições filosóficas de Kant e Heidegger, respectivamente, a analítica transcendental e existencial, que em Foucault se transformam em uma ontologia do presente, que não se volta para nenhum fundamento universal para o pensamento ou para o ser (2013, pp. 162-163). Ao invés disso, ele se foca nas práticas culturais e em uma especial forma de fazer história. Interpretativa, aqui, por sua vez, pode ser vista com um sentido de inteligibilidade, como alternativa às limitações postas pela análise histórica baseada no que seria uma racionalidade universal e teleológica. A palavra interpretação, como reconhecem Dreyfus e Rabinow não é a mais adequada, devendo ser compreendida como oposta à hermenêutica porque não pretende desvendar um sentido oculto das práticas (no máximo, é uma

atividade de decifração) e também não é um método geral (2013, p. 166). Podemos dizer que se trata de um método contextualizado que trata o que pretende analisar (normas, práticas, discursos, instituições), em seu contexto histórico e social específico, problematizando-os.

Como um empirista cego (Foucault, 2006b, p. 229), ao invés de se voltar para as ideias, os sistemas de representação, Foucault perseguia a pergunta referente ao “como”. “Esta questão abrange problemas sobre como a representação se tornou problemática e como fundamentamos o pensamento” (Prado, 2000, p. 166). Na medida em que sua investigação também será orientada para as consequências decorrentes da forma como construímos os sistemas de pensamento, ela também envolve os efeitos práticos. “Foucault considera os conceitos não apenas como anteriores às teorias, mas também como anteriores às disciplinas nas quais as teorias são desenvolvidas”, o que significa “alargar a noção de conceito além de seu sentido científico” (Prado, 2000, pp. 167-168). Significa também tentar entender “como a investigação disciplinar concebeu o projeto de compreender a nós mesmos com a limitação de uma determinada natureza”, afastando-nos da análise prática (Prado, 2000, p. 169). Resumidamente, as metodologias de Foucault permitem afastar pressupostos como a neutralidade do conhecimento, de uma noção de sujeito situado e prévio ao conhecimento e de que as práticas sociais e políticas são orientadas conforme o saber teórico. Não existe um sujeito de conhecimento e nem o conhecimento é fundamento da verdade, ambos são efeito e causa de regimes de saber e poder.

Prado identifica os seguintes elementos unificadores nas análises de Foucault nas três diferentes fases que a doxografia tradicionalmente divide seu trabalho (a arqueologia, a genealogia e a ética): a subjetividade, a história – como especial forma de abordar um conjunto de fatos, práticas e discursos, a partir de diferentes documentos, não os mesmos adotados como ponto de partida pelos historiadores tradicionais – e a cogência (Prado, 2000, pp. 163 e ss.). A cogência se refere à sua “concepção e relato das relações de poder como fundamentais para entender o comportamento humano e o surgimento dos sujeitos” (Prado, 2000, p. 173). A abordagem do poder em Foucault, um poder relacional, não um com “P” maiúsculo, introduz dificuldades, como pondera Prado, para a tradição analítica da filosofia, que requer que suas reflexões sejam “avaliáveis quanto ao valor da verdade” (2000, pp. 173-174). Podemos ampliar essa dificuldade para qualquer tradição, mesmo na filosofia continental, que imponha critérios normativos ou formas de justificação para a crítica social (Lemke, 2017, p. 108). A cogência das interpretações de Foucault deve ser avaliada, conforme pondera Prado, “apenas após serem

adotadas e utilizadas” e em retrospectiva, não antes do fato (2000, p. 175). Além disso, também indica Prado, a cogência dos novos conceitos que Foucault oferece deve ser analisado em referência a um ou outro projeto específico, como deixou claro o próprio Foucault em suas várias entrevistas (2000, p. 175).

Considerando essas observações preliminares, pode-se afirmar que a noção de poder em Foucault não é “jurídica”, o que não quer dizer que ele não tenha tematizado o direito e o Estado e, sim, que a ideia do direito tradicionalmente concebido como um sistema normativo, que regula o exercício do poder, sobretudo o poder do Estado, será problematizada em Foucault. Refletir sobre o Estado de uma forma dessencializada significa examinar “tecnologias governamentais como uma maneira de explicar as transformações políticas e as políticas estatais”, tomando como ponto de partida, como já mencionado, questões sobre o “como” (Lemke, 2017, p. 41). Essa noção, que Foucault inclui entre as definições de governamentalidade sobre a qual dedicou boa parte de seus cursos do final dos anos setenta no *Collège de France*, além de ter inspirado, inicialmente, estudos nas áreas de ciências sociais e diversas investigações históricas, foi bastante utilizada no mundo anglófono para analisar formas contemporâneas de governo a partir da década de 1990 (Lemke, 2017, p. 112). Tendo em vista essa primeira acolhida, o trabalho de Foucault sobre a governamentalidade foi refinado e, em algumas vezes, “reestilizado”, por diversos acadêmicos, em vários países, para “análise crítica das tecnologias e racionalidades políticas nas sociedades contemporâneas” (Lemke, 2017, p. 113).

Essa multiplicidade de análises críticas que utilizam a “ferramenta da governamentalidade” ou uma “analítica de governo”, somada ao fato de a obra de Foucault ser, em certo sentido “inacabada”, considerando que ele morreu muito cedo, antes de desenvolver temas que ele próprio anunciara como de seu interesse e, ainda, alguns hiatos de tempo como entre a *História da Sexualidade* e as aulas do *Collège de France* dos anos de 1978 e 1979 em que ele introduz a noção de governamentalidade, dão ensejo a diversas leituras e interpretações de sua obra. Entre elas, talvez a mais frequente, é que ela padece de descontinuidades metodológicas e materiais entre a análise microfísica e “macrofísica” do poder, fazendo referência ao início da fase genealógica, em que ele analisa o poder disciplinar e o biopoder e o fim, quando Foucault introduz a noção de governamentalidade e já está mais próximo de sua

última fase, a da ética.⁶ Particularmente interessante, nesse sentido, e no que concerne à pesquisa, é a crítica de Hunt e Wickham (1994) para quem o direito, ainda que tenha uma forma diferente daquela apresentada em *Vigiar e Punir* e *História da Sexualidade* na governamentalidade foucaultiana, teria sido expulso “da modernidade” por Foucault.

Essas circunstâncias representam algumas dificuldades metodológicas que se somam a outra, mais mundana, que se refere às distintas formas de organização que a obra de Foucault recebeu nos diversos países em que foi traduzido. Referências que são feitas a obras e entrevistas de Foucault pelos acadêmicos anglófonos recebem outro nome em português. Um exemplo disso é o do texto de Hunt e Wickham, que citamos, e que menciona livros e textos que receberam distintas traduções em português. De fato –, além de *Vigiar e punir* e *História da sexualidade* –, os autores fazem menção a textos de Foucault que, em inglês foram traduzidos como *Two Lectures* – e que, em português, correspondem aos textos intitulados *Genealogia e poder* e *Soberania e Disciplina*, publicados no Brasil em *Microfísica do poder*, que foram as aulas ministradas, respectivamente, em 07 e 14 de janeiro no *Collège de France* em 1976, do curso depois publicado com o título *Em defesa da sociedade*. Fora do mundo anglófono, outro exemplo é o da coleção *Ditos e escritos*, cuja tradução, em português, não acompanha a das edições originais, em francês, que foram feitas cronologicamente. Apesar disso, os próprios compiladores da obra *Ditos e escritos* eventualmente fazem referência, em suas apresentações, a textos da obra em francês e não aos textos vertidos para o português.

Essa é, particularmente, uma dificuldade que tivemos de enfrentar porque, nessa pesquisa, preferimos citar os textos em português, conforme a edição que recebeu no Brasil, ao invés de fazer uma tradução livre. Assim o fizemos porque a literatura secundária consultada, majoritariamente em inglês, também foi citada em português, conforme as normas preconizadas pela ABNT. Aqui, já se indica que todas as traduções em línguas estrangeiras feitas nessa pesquisa são de minha livre tradução, razão pela qual deixei de incluir a expressão “tradução nossa” em cada uma delas.

Considerando essas circunstâncias, e para evitar imprecisões metodológicas, esclarece-se que, nessa pesquisa, optou-se por fazer uma leitura direta das obras de Foucault, guiada por aqueles elementos unificadores apontados por Prado, ainda que utilizando a leitura secundária

⁶ Discordando dessas descontinuidades, Gordon expressa que: “Não havia descontinuidade metodológica ou material entre as três abordagens respectivas, microfísicas e macrofísicas, do estudo do poder” (1991, p. 4).

para organizar as noções de Foucault julgadas necessárias para compreender a governamentalidade como o campo de análise em que será inserido o ECI. A organização das noções foucaultianas, então, soma-se ao uso da própria analítica interpretativa ou, no nosso caso analítico de governo, como inspiração metodológica.

A analítica interpretativa de Foucault, como instrumento de crítica social e investigação sobre tecnologias e racionalidade políticas, que não apela para teorias, ideologias ou valores universais, sugere uma possibilidade de aproximação com a teoria da constitucionalização simbólica de Neves pelo menos em um ponto: a inexistência de um “paradigma” científico ou teórico que possa abranger a realidade das sociedades periféricas. A constitucionalização simbólica indica que o sistema jurídico das sociedades da modernidade periférica não se estrutura conforme a teoria sistêmica, de diferenciação funcional. Ele expressa essa discordância em várias passagens de sua obra, entre elas, a seguinte:

Na América Latina, podemos falar de formas mistas de diferenciação, nas quais a diferenciação funcional não possui o primado. Assim, a rede difusa das boas relações degenera em redes abrangentes e difusas de corrupção sistêmica, que se sobrepõem à diferenciação funcional. Da mesma maneira, a estratificação condicionada economicamente degenera em relações de sobreinclusão e subinclusão nos sistemas funcionais, do que decorre que a exclusão primária bloqueia o correspondente código sistêmico funcionalmente estruturado.

Mas, sendo assim, pode-se continuar a insistir no primado da diferenciação funcional? Minha resposta é “não”. A diferenciação funcional constitui – eu repito – uma exigência da sociedade mundial, irradiada da modernidade central. E isso representa um dos graves paradoxos da sociedade hodierna, a saber: a forma de diferenciação que se apresenta como exigência funcional dessa sociedade não encontra as condições sociais de sua realização na maioria das regiões do globo terrestre. A tese do primado reduz-se a uma concepção eurocêntrica – ou válida apenas para os chamados “países desenvolvidos” – da sociedade mundial (Neves, 2022b, pp. 76-77).

Neves identifica uma corrupção sistêmica, com tendência à generalização, que impede a reprodução do direito nos Estados periféricos: “Sob as condições típicas de reprodução do direito nos Estados periféricos da modernidade, a chamada corrupção sistêmica tem tendência à generalização, de tal modo que o próprio princípio da diferenciação funcional é afetado, e situações de alopoiese do direito são trazidas à tona” (Neves, 2022c, p. 256). Como se vê, ao erigir sua teoria, Neves termina por fazer uma crítica à teoria de sistemas, seja baseada no modelo funcional ou no paradigma pós-moderno, que “não oferecem nem um modelo explicativo adequado” para a situação de alopoiese do direito que é dominante em inúmeros contextos comunicativos da sociedade atual (Neves, 2022c, p. 262-263). Pode-se dizer que Neves, constata, em suas reflexões, a inadequação de um paradigma para descrever,

objetivamente, a construção do direito, como um sistema autopoietico, para toda e qualquer sociedade.

Trata-se, além disso, de um problema que pode afetar a sociedade mundial, no que ele chama de periferização paradoxal do centro na modernidade periférica: “[o] problema redonda na iminente possibilidade de que as formas de exclusão até o presente típicas dos países periféricos propaguem-se sobre a modernidade central” (Neves, 2018b, p. 197).

Nas sociedades periféricas, além do fracasso na construção do direito como “estrutura de um sistema social baseado na generalização congruente de expectativas normativas” (Luhmann *apud* Neves, 2018a, p. 25) o processo de constitucionalização resultou na emergência de constituições simbólicas em razão de seu caráter hipertroficamente político, que termina predominando sobre a normatividade jurídica. Mas o que é simbólico na análise crítica de Neves não são os fatores reais de poder e, sim, a Constituição, que não possui normatividade jurídica.

Se sob a Constituição simbólica não existe um paradigma normativo-jurídico, em Foucault, podemos dizer que a própria noção de normas e de normatividade ficam “em suspenso”, tornando-se objeto de análise histórica e problematizadora, como construções de relações de saber e poder. As normas constitucionais não podem ser tomadas de antemão como opostas ao Estado – na forma de garantias de liberdades subjetivas e individuais – nem como instrumentos neutros de promoção da igualdade material e dos direitos sociais. O que podemos chamar de analítica de poder, evidencia os paradoxos de teorias jurídicas e políticas, servindo a um “propósito estratégico muito importante, uma vez que elas tornam possível articular uma crítica do discurso jurídico em um nível teórico” (Lemke, 2017, p. 33).

Ambas as abordagens críticas, de Foucault e Neves, compartilham a perspectiva de que o funcionamento do direito deve ser compreendido em um quadro extrajurídico, isto é, articulado a estruturas sociais, políticas e simbólicas que transcendem os discursos normativos da teoria geral do direito e do Estado.

A partir desses esclarecimentos preliminares sobre os marcos teóricos que balizam essa pesquisa, esclarece-se que a analítica do poder de Michel Foucault, entendida como uma forma de investigação dos efeitos concretos das práticas, e discursos que atravessam o campo jurídico, político e institucional será empregada como **inspiração metodológica**. Isso significa rejeitar a centralidade das normas e da normatividade do direito como noção dada e preconcebida como

ponto de partida analítico e se orientar pela observação dos efeitos reais das práticas e discursos jurídicos que moldam comportamentos, promovem inclusões e exclusões, visando delinear o regime de poder em operação quando o STF declara o ECI em relação ao sistema carcerário.

Ao invés de partir de uma Constituição normativa, essa pesquisa buscará evidenciar esse regime de poder em operação como parte de um processo de constitucionalização simbólica. Ao focalizar os efeitos concretos do poder, essa pesquisa buscará, ainda, compreender como se institui uma racionalidade jurídica que atua para além, ou apesar, da normatividade jurídico-constitucional, revelando a distância entre a pretensão de normatividade jurídica da Constituição e a efetividade das práticas que governam.

Objetivos

O objetivo dessa pesquisa, além desses que já foram mencionados no último parágrafo, é descrever a jurisprudência do ECI como parte de um regime de poder que pode ser apreendido a partir dela própria e de seus efeitos, sem recorrer a um modelo teórico jurídico ou filosófico para isso. Pretende-se, especificamente, demonstrar que o superencarceramento tem relação com a jurisprudência do ECI, ainda que o objetivo do STF ao declará-lo fosse oposto a esse efeito. Desse modo, podemos também situá-la como parte de um processo de constitucionalização simbólica.

Estrutura da tese

Considerando os dois modelos teóricos de base, a orientação metodológica e alguns objetivos parciais antecipados nesse último parágrafo, estruturamos a tese em três capítulos, que visam, sinteticamente, expor o caso e problematizá-lo, introduzindo as teorias de base; contrastar algumas abordagens teórico-filosóficas do direito com a analítica interpretativa de Foucault, desenvolvendo a analítica do poder como analítica de governo e, por fim, analisar o caso do ECI à luz dos argumentos desenvolvidos nos capítulos anteriores.

I

O objetivo desse capítulo, que intitulamos “**A declaração do ECI e a racionalidade jurisprudencial**” é tornar evidente a construção do discurso de autoisenção do Poder Judiciário pela análise de julgados do STF referentes ao sistema carcerário, revelando fragilidades e tautologias no exercício da jurisdição (problemas que se estendem à atividade legislativa, que

se verifica como excesso de normas), e apresentar as teorias de base como possibilidade de outra leitura do regime jurisprudencial e seus efeitos.

Tendo em vista esse objetivo, esse capítulo será dedicado a descrever os argumentos que foram manejados pelo STF no acórdão do ECI, evidenciando que eles coincidem com outros usados em casos em que o sistema penitenciário foi objeto de teses firmadas em sede de repercussão geral, formando um quadro de saberes que já tem um estatuto epistemológico mais ou menos definido: o neoconstitucionalismo, que também serve como justificativa e efeito da ampliação dos poderes da corte suprema brasileira. Ainda nesse capítulo, será situado o ECI no mesmo quadro de desenvolvimento teórico na Colômbia, país de onde foi importado.

Ao fazer essa descrição, também serão problematizados os princípios em que se assentaram aqueles argumentos como o de Estado de direito, o da legalidade e o da separação de Poderes. Nesse quadro, procuraremos demonstrar que as críticas a essa atuação da corte constitucional são estruturadas como judicialização da política, o que tira o foco da nova forma da jurisdição através da determinação da realização de políticas públicas –, que tem mais identidade com as práticas administrativas do Poder Executivo e do Poder Legislativo – e que são próprias da forma de operacionalidade do poder em um Estado que primeiro qualificamos como administrativo. Tendo isso em vista, também será demonstrado que essa nova atividade jurisdicional não pode ser tomada por uma função de interpretar a lei, ainda que a lei em exame seja a própria Constituição, cujos limites interpretativos são mais flexíveis pela dogmática jurídica.

Nesse primeiro capítulo, ainda será descrita a profusão de atos normativos que regem o sistema penitenciário, sem que produzam os efeitos “instrumentais” pretendidos, introduzindo a leitura de Neves sobre a legislação simbólica e a constitucionalização simbólica. A seguir, serão trazidas algumas formas pelas quais a função jurisdicional (judicialização) ou o seu produto (jurisprudência) foram qualificados como simbólicos (o emprego da qualificação “simbólica”) em artigos e uma tese, em uma espécie de revisão de literatura, ainda que curta, sobre o assunto.

Por fim, a partir das noções já problematizadas de Estado de direito como princípio fundante da Constituição, indicamos como trataremos da atividade jurisprudencial como uma forma de racionalidade, esclarecendo o que significa discuti-la a partir de sua manifestação, repercussões e impactos, já nos aproximando do quadro em que ela será analisada: o da

governamentalidade. Finalizaremos com algumas “balizas” que orientarão a investigação do problema suscitado, quando se tem em vista essa específica forma de investigação dos mecanismos de poder introduzida por Foucault.

II

Nesse segundo capítulo, cujo título é “**Para uma outra história do ECI**”, o objetivo é contrastar algumas formas pelas quais o direito e o Estado se tornam objeto de teorias filosófico-políticas e introduzir noções importantes para que Foucault desenvolva sua analítica de governo como a concepção de um poder produtivo, a constituição de sujeitos em meio a relações de poder e a emergência histórica de uma arte de governar distinta da soberania e da biopolítica.

O capítulo foi estruturado com duas sessões estratégicas, que têm, a primeira, a intenção de concatenar as ideias de Foucault sobre a produção de subjetividades por um poder produtivo e, a segunda, tem a mesma intenção em relação às formas de poder governamentais com as quais trabalharemos no capítulo seguinte, e foram intituladas, respectivamente, como *Poder e subjetividade e Biopolítica, governo e soberania*. Essas sessões, em certa medida, são como excursos em uma tentativa de organização, mais ou menos sequencial, das noções de Foucault a partir da leitura, principalmente, das seguintes obras: *Vigiar e punir*, *História da sexualidade*, *Em defesa da sociedade*, *Segurança, território e população* e *Nascimento da Biopolítica*, sendo, essas duas últimas, a reunião das aulas ministradas no *Cóllege de France*, em que ele introduz a noção de governamentalidade.

No início do capítulo, já usando concepções foucaultianas, a pesquisa apontará que a prisão, diferentemente dos argumentos usados pela jurisprudência do STF, não tem relação com um princípio de ressocialização, mas transformou-se em principal instrumento de punição em razão de uma economia de poder que não tem em vista o sujeito de direito. Com esse ponto de partida, a pesquisa indicará o corpo como noção central para Foucault, que ele utilizará para elaborar a constituição de subjetividades como efeito de relações de poder.

A seguir, serão exploradas algumas formas pelas quais as abordagens teóricas e filosófico-jurídicas concebem o que será apontado como o problema do poder, e dentro desses aportes teóricos, como as relações entre Estado e direito como ordem formal e coercitiva são continuamente construídas e reconstruídas, em torno de expectativas de legitimação e sob certos pressupostos normativos. Como contraponto particularmente interessante entre as abordagens, a pesquisa colocará em evidência a reconstrução pragmática do Estado de direito democrático

de Habermas em razão de sua absoluta necessidade de um substrato normativo, que contrasta com a análise foucaultiana. Essa abordagem oferecerá uma base a partir das quais as reflexões de Foucault serão contrapostas, incluindo-se suas metodologias e instrumentos metodológicos para tornar claro que suas reflexões não partem do direito, mas sim do poder.

Apresentadas noções e instrumentos metodológicos que Foucault produz para elaborar suas reflexões, identificaremos a relação de saber-poder como a principal grade analítica de Foucault, introduzindo o poder disciplinar – e o surgimento da noção de norma como uma das formas pelas quais ele se operacionaliza –, e o biopoder, desfazendo as noções de unidade do poder e de que o poder funciona por repressão, coerção e exclusão. Assim, poderemos esclarecer, no ponto seguinte, como tratamos do direito a partir de sua analítica e refletir sobre uma das noções mais importantes de Foucault para entender o poder: a de que ele é constitutivo de subjetividades. No contexto da relação entre poder e subjetividade, poderemos refinar as concepções sobre o poder em Foucault.

Em seguida, organizamos o capítulo de modo a explicitar que, apesar da diferença de enfoque, a inclusão da análise das racionalidades de governo – definido como conduta das condutas –, no contexto da microfísica do poder, não significa que Foucault perde de vista a dimensão do sujeito, que será analisado como objeto da população. Apresentamos, então, a noção de poder pastoral, que é o antecedente da governamentalidade.

A seguir, desenvolvemos a ideia de um processo de governamentalização do Estado que se inicia, como será apresentado, a partir da separação da noção de governo da de soberania, pela formação de uma razão de Estado como um esquema de inteligibilidade e de reflexão das instituições de governo que fazem emergir a própria historicidade do Estado e da política como forma de pensar a racionalidade do governo em si mesma, sem apoio em nenhuma realidade externa. Com a atuação de um poder de polícia, que morfologicamente se aproxima das leis, Foucault introduz o problema de um poder individualizante, diante do problema da população e da economia, este último colocado pelos fisiocratas como o problema dos grãos, como será analisado brevemente.

Depois desse breve histórico, esclarecemos como a noção de população é importante para desbloquear uma arte de governo que se tornou cada vez mais governamentalizada, esclarecendo em que sentido serão articuladas, na pesquisa, as noções de biopolítica, governo e soberania em torno da noção de população. Desse modo, podemos conectar essas artes de

governo com a definição de governamentalidade que já havíamos mencionado no primeiro capítulo, em que se postam, em um triângulo, a disciplina, a soberania e o governo.

Por fim, introduzimos problematizações que Foucault lança, percorrendo sobre as governamentalidades liberal e neoliberal, a essas concepções de governo, através da análise dos casos da Alemanha, da França e dos Estados Unidos, depois da Segunda Guerra Mundial, focando, principalmente, no papel do direito, e evidenciando o distanciamento de Foucault das leituras sobre legitimação do Estado baseadas no consenso ou na coerção que havíamos introduzido no início do capítulo.

III

O último capítulo da tese, que intitulamos **Constitucionalização biopolítica**, tem por objetivo fazer a análise do caso do ECI e da jurisprudência do STF sobre o sistema carcerário à luz da analítica de governo, incluindo a inexistência de um Estado de direito, a falta de normatividade jurídica e de constituição de uma noção de cidadania, que Neves lê como consequências da alopoiese do direito, no quadro da governamentalidade.

O capítulo foi estruturado da seguinte forma: o primeiro tópico faz uma primeira aproximação entre o que se indica como uma narrativa tradicional histórico-jurídica da concepção do Estado de Direito, que evolui do Estado liberal até o Estado social-democrático, a concepção simbólica de Neves e as consequências da análise das governamentalidades liberal e neoliberal de Foucault, que afastam essa ideia de evolução de formas do Estado. Além disso, esse primeiro ponto pretende tornar claro o instrumental e a forma de uso da analítica de governo, distinguindo as duas dimensões de análise: a das técnicas e racionalidades de governo e a da subjetivação (como forma de individualização e homogeneização), esclarecendo as razões pelas quais o Estado moderno é considerado, por Foucault, a nova matriz do poder pastoral.

Ao longo de todo o item seguinte, são feitas aproximações entre os pontos da teoria da constitucionalização simbólica e as noções da governamentalidade desenvolvidas por Foucault, entremeadas pela análise da jurisprudência do ECI. No primeiro deles, trabalhou-se com a falta de normatividade jurídica da Constituição simbólica e a leitura de uma normatividade biopolítica em oposição à noção de normatividade erigida com base na racionalidade comunicativa de Habermas e, em seguida, foram analisadas as normalidades produzidas pelo ECI, indicando as formas de poder em operação.

Depois, foi exposta a leitura de Neves sobre a sobreintegração e subintegração que radicalizam o modelo de inclusão/exclusão de Luhmann para, em seguida, aproximar a noção de subcidadania de Neves das subjetividades produzidas pela tecnologia da cidadania como mecanismo de individualização e homogeneização própria da racionalidade de governo liberal. Visando aproximar as duas noções, introduzimos a noção de sociedade em Foucault, como uma totalidade de interesses desinteressados que teria um único interesse uniforme para, depois, identificar a cidadania como tecnologia que operacionaliza aqueles dois mecanismos (individualização e homogeneização), por meio da norma jurídica que, apesar de guardar uma forma universal, precisa intervir no meio social, em nome do interesse social. Essa leitura da cidadania enseja a descrição, no tópico seguinte, de um regime de cidadania dos presos, em que essa noção aparece em um jogo de subjugação/subjetivação, por meio de um processo de racionalização que se desdobra sob a caução do Poder Judiciário como principal instituição do Estado governamentalizado envolvida.

No terceiro ponto, respondemos à pergunta de pesquisa que formulamos partindo, primeiro, da problematização do neoconstitucionalismo que é consequência e justificativa de uma nova forma de operacionalização do direito, como consequência da governamentalidade neoliberal. Caracterizamos essa forma como constitucionalização biopolítica e apresentamos uma crítica a Foucault e uma leitura que concilia direito normativo (do “dever-ser”) e direito colonizado pela biopolítica.

A última parte do capítulo trata de algumas saídas apresentadas pela própria proposta de Foucault: a noção de *parresía* e de resistência, que é a outra face das relações de poder, o que abre uma porta para pensar em um governo ético como técnica de si e dos outros, em que o direito pode assumir outra forma.

A resposta à pergunta-problema que formulamos está nesse último capítulo.

A conclusão, que vem a seguir, é a retomada das principais ideias tratadas no texto da tese.

CAPÍTULO I

1 A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE DA JURISPRUDÊNCIA

1.1 O estado de coisas inconstitucional e sua declaração pelo STF

Em setembro de 2015, o STF declarou, em sede cautelar, o ECI em relação ao sistema penitenciário brasileiro na ADPF 347 (Brasil, 2015e). A petição inicial apresentou inúmeros requerimentos, que podem ser resumidos a apenas um: convocar o Poder Judiciário para um envolvimento mais efetivo na condução política da questão, diante de um apontado fracasso dos Poderes eleitos.

Lançando mão da ADPF, que é um instrumento processual subsidiário dentro do controle de constitucionalidade⁷, o autor da ação, PSOL, defendia que apenas o ECI poderia reparar a massiva violação de direitos fundamentais dos presos. Resultado de atos e omissões legislativas inconstitucionais, falta de políticas públicas do Poder Executivo e, ainda, interpretações contrárias à Constituição conferidas por decisões do Poder Judiciário, o estado lastimável a que chegara o sistema penitenciário exigia pronta reparação (Brasil, 2015d, pp. 16-18). Não se tratava de requerer a inconstitucionalidade de uma lei ou reclamar da omissão do Poder Legislativo, mas de cobrar que medidas fossem adotadas pelo Judiciário para tirar da inércia os demais Poderes.

O uso da arguição, contudo, não seria suficiente para ampliar a latitude de poderes da corte, de modo a lhe permitir uma jurisdição diferida no tempo que possibilitasse a fiscalização de eventuais medidas acolhidas na decisão (Brasil, 2015d, p. 8). Por isso, o requerente postulou também a aplicação de uma nova técnica: a declaração do ECI, já usada na Colômbia nos autos do processo T-153, que tramitou perante a corte constitucional daquele país. Inicialmente manejada para tratar da situação concreta de duas prisões, o processo T-153, ainda, segundo o

⁷ O art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, que regula a ADPF, dispõe: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade” (Brasil, 1999b). A subsidiariedade da ADPF, conforme essa exigência legal, indica que apenas quando não cabíveis as ações do controle concentrado previstas no art. 102, inc. I, alínea “a” e seu parágrafo segundo, da Constituição Federal (Brasil, 1988), cujo processo foi regulamentado pela Lei nº 9.868/99 (Brasil, 1999a) é cabível seu manejo. Há certa controvérsia jurisprudencial quanto ao cabimento da APDF diante da possibilidade de manejo de recurso extraordinário, prevalecendo, atualmente, entre os magistrados da corte, o entendimento de que o esgotamento da instância ordinária, com o uso do recurso extraordinário, não é requisito para o uso da APDF.

autor, acabou envolvendo discussões sobre o sistema carcerário como um todo (Brasil, 2015d, p. 9).

No caso brasileiro, o PSOL defendeu que o ECI propiciaria uma decisão mais flexível, contornando a deficiência do Poder Judiciário na adoção e implementação de políticas públicas (Brasil, 2015d, p. 20). Malgrado não ter sido alcançado um resultado satisfatório (ou nos termos pretendidos) pelo processo T-153 – o que foi reconhecido pelo próprio autor da ADPF 347 – o ECI, segundo sustentou, seria um modelo de aplicação necessária ao Brasil para superar o cenário caótico do sistema prisional (Brasil, 2015d, pp. 20-21).

O caso de aplicação do ECI mais proeminente na jurisprudência da corte constitucional colombiana é o T-25, de 2004. Por meio dele, a corte determinou ao governo da Colômbia a adoção de políticas públicas que atendessem aos *desplazados* da guerra civil, incluindo na decisão um sistema de acompanhamento de seu cumprimento (Garavito, 2010a, p. 8). Já a decisão proferida no processo T-153 teria perdido a eficácia, após passados 10 anos, porque ela se voltara especialmente à construção de novos cárceres, medida insuficiente para conter a superlotação (Higuera; Gómez, 2019, p. 643).

Ao reconhecer presentes os requisitos do ECI, o STF autorizou o transplante da jurisprudência colombiana para o sistema penitenciário brasileiro, reconhecendo presentes seus requisitos. Com efeito, o relator da ADPF, Ministro Marco Aurélio, declarou a existência das seguintes condições: violação massiva de direitos fundamentais de um grupo, os encarcerados; ações e omissões que evidenciavam a inércia e incapacidade de diversos agentes dos três Poderes dos entes federativos (União, estados, municípios e Distrito Federal) para resolver o problema e, por fim, a necessidade de superação dessa situação por uma pluralidade de atores (Brasil, 2015e, p. 27 e 28). Reconhecendo a reunião desses requisitos, declarou, a seguir, o ECI em relação ao sistema penitenciário brasileiro.

O plenário da suprema corte, ao apreciar o voto do ministro relator, além de entender preenchidos esses requisitos, ainda apontou que o quadro de falha estrutural seria resultado de “responsabilidade sistêmica” do poder público, atribuída à falta de comunicação entre Executivo e Legislativo. A inércia inconstitucional e violadora de preceitos fundamentais, segundo o relatório do acórdão, não decorreria apenas da ausência de leis, mas da falta de adoção de medidas administrativas e orçamentárias (Brasil, 2015e, p. 10).

O ministro condutor da ação não se furtou a responsabilizar a atuação do próprio Poder Judiciário, apontando que 41% do contingente carcerário era formado por presos sob custódia provisória que, ao final dos respectivos processos, eram, majoritariamente, absolvidos ou condenados a penas alternativas, o que traduzia a reprodução da cultura do encarceramento pelas decisões judiciais (Brasil, 2015e, pp. 27-28). O STF, segundo ainda argumentou o ministro relator, seria o único ator capaz de “retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados” (Brasil, 2015e, p. 31).

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, fez uma digressão sobre a existência de instrumentos processuais no ordenamento jurídico brasileiro suficientes para viabilizar a pretensão do autor, sem que ele precisasse recorrer ao ECI. O julgador consignou que, se a Constituição de 1988 continuava a manter a representação interventiva, na verdade, esse remédio estaria caminhando para a “obsolescência” (Brasil, 2015e, p. 129). Agora, prosseguia ele, tanto a ADI havia ampliado seu escopo, incluindo novos legitimados à sua propositura, quanto a ADPF permitiria que a corte se voltasse não apenas para atos normativos, mas para situações de fato.⁸ Segundo ainda o ministro, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, embora pudesse se voltar também para a omissão de providências administrativas, não serviria para atender a complexidade da situação posta. A ADPF, então, poderia veicular os pleitos apresentados sem necessidade de que o autor recorresse ao ECI e, por isso, admitiu o trânsito da ação. Na argumentação do ministro, não há dúvida de que os direitos e garantias fundamentais são preceitos fundamentais, cuja violação enseja a arguição, mas também ensinaria a representação interventiva.

A forma federativa adotada pelo Brasil permite que em situações excepcionais os laços do pacto federativo sejam afrouxados, exatamente para protegê-lo, evitando a desagregação do Estado, através da intervenção da União nos estados e destes nos municípios. Sem embargo de não ocupar topologicamente o mesmo espaço das figuras tradicionais de exceção, o estado de

⁸ A própria ação interventiva, prosseguia o ministro Gilmar Mendes, “que no passado era exclusivamente uma representação por inconstitucionalidade de ato”, já fora citada, pelo ministro Pertence, na Representação Interventiva n.º 114, como um instrumento destinado a verificar a “existência de uma grave situação de fato” (Brasil, 2015e, p. 130).

defesa e o estado de sítio, na Constituição de 1988⁹, a intervenção federal também visa restabelecer ou garantir a normalidade constitucional.¹⁰

Pode-se concluir que a constatação da obsolescência da representação interventiva que, para os fins pretendidos, pode ser substituída pela ADPF, é o reconhecimento de que a situação dos presos não está dentro do que é proclamado como normalidade institucional e sistêmica do direito. Assim, os presos são considerados fora da normalidade, mesmo que a violação de seus direitos seja crônica e massiva, como também reconheceu a corte, para que eles sejam reincluídos dentro da normalidade constitucional, em uma operação que não é uma cesura, mas faz parte de uma realidade específica. Uma situação real, reconhecida como ECI, que produz e que tem como efeitos a violação crônica e reiterada de direitos humanos dos presos.

O caminho percorrido pela jurisprudência da corte suprema após a Constituição de 1988 indica que o ECI não foi a primeira e nem a única vez em que o STF julgou necessária sua intervenção no campo que seria reservado aos demais Poderes quando o tema é o cárcere. Se tomarmos como recorte o momento a partir do qual o sistema da repercussão geral veio a lume, por meio da EC n.º 45/2004 (Brasil, 2004c), podemos verificar que a corte já teve oportunidade de se manifestar sobre a matéria, enunciando teses da repercussão geral, em pelo menos quatro oportunidades: ao declarar que é legítimo ao Poder Judiciário determinar que o Poder Executivo realize obras em estabelecimentos prisionais (Brasil, 2015c); quando reconheceu que o Estado é responsável por morte de preso dentro de estabelecimentos prisionais (Brasil, 2016b) e que deve indenizá-lo por danos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento (Brasil, 2017d). Além disso, no RE n.º 641.320/RS (Brasil, 2016a) a corte suprema exarou orientações aos magistrados para que, em síntese, levassem em consideração as condições do cárcere quando determinassem o recolhimento do acusado ou mantivessem sua prisão.

Em todos os acórdãos, pode ser apurado um discurso mais ou menos unívoco: não há estabelecimentos suficientes para acolher os presos e os que existem são fábricas de fazer

⁹ A intervenção é tratada no Título III, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a “Organização do Estado” (arts. 34 e 35), enquanto o estado de defesa e o estado de sítio são tratados em seu Título V, que trata “Da defesa do Estado e das instituições democráticas” (Brasil, 1988).

¹⁰ Na Colômbia, o reconhecimento do ECI também tem por característica a excepcionalidade, um estado de exceção de sinal trocado, que permitiria o exercício de maior amplitude de poderes do Judiciário durante período delimitado de tempo (Garavito, 2010b, p. 439).

delinquentes, em que nenhum dos direitos fundamentais é respeitado. Como o requisito exigido para ser reconhecida a repercussão geral da matéria tratada é “a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”¹¹, pressupõe-se que nada do que foi transformado em tese de precedente jurisprudencial é questão irrelevante ou desconhecida do Poder Judiciário.

Aliás, há presunção de “conhecimento da matéria” também porque o CNJ, que é órgão do Poder Judiciário umbilicalmente ligado ao STF¹², produz dados sobre o sistema penitenciário por meio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização (DMF) do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Educativas¹³, que é responsável, ainda, pela fiscalização e aperfeiçoamento do sistema. O DMF compartilha com o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão de execução penal previsto na LEP¹⁴, de uma função normativa e fiscalizatória, mas este último órgão compõe o Poder Executivo federal.

O Judiciário não é o único Poder que reage ao ECI em relação ao sistema penitenciário nacional. Em sede de Poder Legislativo, o sistema carcerário já foi objeto de escrutínio por três comissões parlamentares de inquérito instauradas pela Câmara dos Deputados após a promulgação da Constituição de 1988, em um intervalo de apenas 40 anos.¹⁵ Além das comissões, de atuação mais fiscalizatória, o Poder Legislativo produz leis penais e processuais penais, proficuamente, como consignou o próprio peticionante na ADPF 347 (Brasil, 2015d, p. 6). A LEP, espinha dorsal do sistema penitenciário, por exemplo, já foi alterada vinte e cinco vezes¹⁶, a maioria das quais, por conversão de projetos de lei apresentados pelo Poder Executivo.

¹¹ São as condições constantes do parágrafo primeiro, do art. 1.035, do Código de Processo Civil Brasileiro para que seja reconhecida a repercussão geral (Brasil, 2015b).

¹² Criado pela EC n.º 45/2004 com a função de “controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes” (conforme o parágrafo 4º, do art. 103-B, da Constituição Federal), o CNJ é presidido pelo presidente do STF, que é membro nato do conselho (conforme art. 103-B, inc. I, da Constituição Federal) (Brasil, 2004c).

¹³ Órgão criado pelo art. 1º, da Lei n.º 12.106/2009 (Brasil, 2009b).

¹⁴ Esse é o conteúdo dos arts. 61, inc. I e 64 da LEP (Brasil, 1984).

¹⁵ Linha cronológica das CPIs instauradas na Câmara dos Deputados para investigar o sistema penitenciário, com exceção da última delas, de 2017, disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/507945-quatro-cpis-ja-investigaram-o-sistema-penitenciario-brasileiro/>. Acesso em: 13 nov. de 2024. A de 1976 é anterior à Constituição de 1988 e tinha como objetivo não oficial apurar as condições de presos políticos na ditadura militar

¹⁶ A informação do número de vezes em que a lei foi alterada consta do site: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=7210&ano=1984&ato=c6fUTUU9EeBpWT4ac>. Acesso em: 09 dez. 2014. Com os números das leis que alteraram a LEP, consultamos seus respectivos projetos no site da Câmara dos Deputados, obtendo a informação quanto a iniciativa.

Na ADPF 347, o STF acusou a incapacidade de articulação de diversos agentes da União e dos estados, o que é, de fato, bastante comum, principalmente nas disputas em torno do FUNPEN, criado pela Lei Complementar n.º 79/94, e que tem “a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional”, conforme art. 1º, *caput* (Brasil, 1994), de referida lei. No que concerne ao sistema carcerário, considerando o modelo federativo de Estado adotado pelo Brasil, a União e os estados legislam concorrentemente¹⁷, mas o direito penal e o direito processual penal são de competência exclusiva do ente maior.¹⁸ Essa forma de articulação cooperativa, é uma dificuldade adicional no que concerne à gestão do sistema carcerário, que se verifica especialmente na repartição de despesas.¹⁹

Sem embargo dessa dificuldade, o Poder Executivo federal, em parceria com os governos locais, já enviou diversas vezes a Força Nacional de Intervenção Penitenciária (FTPI) para determinados presídios estaduais em que as crises se tornaram mais agudas²⁰. A FTPI foi criada como desdobramento da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP) que, por sua vez, foi criada pelo Governo Federal por meio do Decreto n.º 5.289, de 29 de novembro de 2004 (Brasil, 2004b). A FNSP pode ser vista como uma forma de intervenção não declarada da União nos entes subnacionais para tentar conter ondas de violência, restaurando a ordem e a segurança públicas.²¹ Além da FTPI, outra medida adotada pelo Poder Executivo federal foi a criação do MNPCT, pela Lei n.º 12.847/2013, que também introduziu o Sistema Nacional de Combate à Tortura (SNPCT) (Brasil, 2013).

¹⁷ Art. 24 da Constituição Federal: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico”. No âmbito da legislação concorrente, a União restringe-se a estabelecer normas gerais, conforme o § 1º do mesmo dispositivo” (Brasil, 1988).

¹⁸ Art. 22 da Constituição Federal: “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (Brasil, 1988).

¹⁹ Um dos problemas apontados em relação ao federalismo brasileiro é a repartição de competências na Constituição Federal de 1988, pela qual a coordenação da maioria dos serviços públicos fica a cargo da União, o que implica dificuldades burocráticas para que os entes federativos menores se desincumbam de suas atribuições (Rezende, 2018).

²⁰ A autorização para que houvesse a intervenção federal em presídios em “situações extraordinárias de grave crise do sistema penitenciário” foi concedida pelo art. 1º, da Portaria n.º 93/2017 (Brasil, 2017b), do então ministro da justiça, hoje ministro do STF, Alexandre de Moraes, que criou a primeira FTPI.

²¹ O art. 2º do Decreto n.º 5.289, de 29 de novembro de 2004 atribui à FNSP “atividades de policiamento ostensivo destinadas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (Brasil, 2004b). A expressão “policiamento ostensivo” foi retirada pelo Decreto n.º 7.318/2010, que deu nova redação a esse dispositivo.

A instituição do MNPCT se deu, conforme consta da justificativa de seu projeto, de iniciativa parlamentar, para atender o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, firmado pelo Brasil em 2002 (Brasil, 2007).²² O projeto de lei que criou o MNPCT faz expressa referência a um extenso relatório sobre a tortura apresentado por um enviado especial da Organização das Nações Unidas (United Nations, 2001)²³ que, em visita ao País em 2000, constatou o emprego de violência, por agentes do Estado, durante a persecução penal e para conter as rebeliões nos presídios, apontadas como frequentes em razão da superlotação (Brasil, 2001, p. 16). A criação do MNPCT, então, visava à prevenção de tortura contra as pessoas custodiadas e a criação de um cadastro nacional de pessoas custodiadas (Brasil, 2001, p. 17).

Acusando deficiência dessas engrenagens para lidar com a situação, o STF julgou necessário declarar o ECI como uma técnica distinta da mera declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um ato normativo, ou de sua interpretação. A declaração do ECI na ADPF 347 foi realizada como técnica adequada ao que seria uma situação que subverte o sistema penitenciário e viola de forma grave os direitos fundamentais, em geral, e o fundamento que dá suporte ao Estado de direito democrático: a dignidade humana. Declarando o ECI, a corte constitucional brasileira arrogou-se o papel de protagonista no processo de tomada de decisão sobre políticas públicas. Segundo o voto do ministro relator, sufragado pelo pleno, “[a]o Supremo cumpre interferir nas escolhas orçamentárias e nos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, mas sem detalhá-las” (Brasil, 2015e, p. 36).

²² O MNPCT deve cooperar com o Subcomitê de Prevenção, vinculado, por sua vez, ao Comitê Contra a Tortura (CAT) da ONU, tendo por função específica “proceder a visitas aos estados-parte e formular propostas que tornem a prevenção da tortura, no respectivo país, mais eficaz”, conforme consta da exposição de motivos do PL referido (Brasil, 2001) e do art. 4º do Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura (Brasil, 2007). Embora o projeto de lei seja anterior ao Protocolo da ONU, o PL 5233/2005, do deputado Sigmaringa Seixas, foi apensado ao primeiro, fazendo expressa referência à criação do SNPCT e em seguida, arquivado, passando a tramitar sob o n.º 5546, de 2001 (Brasil, 2001).

²³ Em 2005, a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados no Brasil apresentou informe sobre os dados do sistema penitenciário, fazendo referência à visita do enviado especial da ONU, a quem pretendia responder, com as seguintes constatações 38% dos presos e acusados de crimes eram torturados durante as investigações policiais (Brasil, 2005, p. 12), os principais locais da tortura continuavam sendo nas delegacias de polícia (40%), seguidas pelas unidades prisionais (21%) (Brasil, 2005, p. 12), os principais agentes agressores, os policiais militares, seguidos dos civis e funcionários de prisão (Brasil, 2005, p. 16) e o perfil das vítimas era homens, jovens, negros, pobres e com baixo nível de escolaridade (Brasil, 2005, p. 16). Acesso em: 28 dez. 2022. O autor do relatório da ONU a que faz referência o relatório da Câmara, Nigel S. Rodley, publicou também um artigo sobre o assunto *Torture and conditions of detention in Latin America* (Rodley, 1999).

Apesar de todos os argumentos articulados pelo autor terem encontrado ressonância no acórdão exarado pela corte constitucional em medida cautelar, o STF atendeu apenas dois pedidos: a determinação de realização de audiências de custódia pelos juízes criminais, exigência já contida no Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário desde 1992 (Brasil, 1992), e o descontingenciamento de verbas do FUNPEN, única dirigida ao Poder Executivo, responsável, originariamente, pela implementação das políticas públicas. De ofício, a corte também expediu ordem à União e aos Estados para que informassem sobre suas respectivas situações prisionais. Aparentemente, a decisão ficou aquém do que parecia ser a inclinação da corte suprema.

A falta de uma diretriz efetiva para a formulação das políticas públicas, em confronto com as várias técnicas empregadas pelo Poder Judiciário para justificar sua intervenção estratégica sobre um campo que originalmente não lhe seria próprio, revelam um paradoxo, para não dizer incoerência. A situação de violação reiterada e massiva de direitos fundamentais dos presos é um ECI, o que exige movimentação dos Poderes constituídos para restabelecer a constitucionalidade do quadro por meio de uma reforma estrutural de modo a superá-lo emergencialmente. Ao Judiciário, inclusive, seria permitido o exercício de poderes extraordinários para impor medidas e participar da implementação das políticas públicas.

Mas as medidas adotadas são reduzidas ou de pouco alcance. Esse já seria um paradoxo importante. Outro, talvez menos compreensível, é como o STF, ao declarar o ECI, uma técnica de jurisdição importada, pretende atender necessidades específicas e individuais dos presos, mas os mantém, enquanto grupo, em uma situação de reiterado abuso, massiva violação de direitos fundamentais. Não seria justo dizer que essa é a intenção da corte, mas os efeitos gerados por sua jurisprudência também não podem tão-somente ser atribuídos à ineficácia da Constituição. Os efeitos da jurisprudência do STF podem ser observados como parte de um regime de poder que opera usando uma racionalidade própria e que é altamente simbólica da forma de concretização constitucional brasileira.

Pode-se concordar com o autor da ADPF e com os ministros do STF: trata-se de uma omissão, mas omissão qualificada, uma forma de esquecimento. Omissão que não significa necessariamente um espaço vazio de poder. Os atores envolvidos partem do pressuposto de que existe um amplo conjunto legislativo destinado a assegurar a proteção de direitos fundamentais dos encarcerados, mas faltaria vontade política para solucionar o problema da violação de seus direitos fundamentais. Mesmo diante de tantas formas de proteção ao preso preconizadas pela

legislação, eles continuam vítimas de reiterado abuso e violação de direitos fundamentais pelo próprio Estado.

A percepção do quadro geral é que, diante da impossibilidade de que a lei, por si, alcance esse desiderato protetivo, agora a jurisprudência do Poder Judiciário busca preencher esse vazio em que o preso jaz desguarnecido, postulando políticas públicas que deveriam ter sido adotadas e concretizadas pelos outros dois Poderes. O problema, contudo, vai além da implementação de políticas públicas, desafiando um exame complexo em que argumentos da política se encontram com o que chamaremos de racionalidade jurídica.

1.2 Concretização de direitos sociais e ativismo judicial

1.2.1 A judicialização da questão penitenciária na Colômbia

Higuéra e Gómez veem a decisão lançada no processo T-153 pela corte constitucional colombiana, citada pelo PSOL na ADPF 347, como parte de um quadro mais amplo de crescente judicialização da questão penitenciária não apenas na Colômbia, mas em toda a América Latina (2019, p. 632). Eles relatam que, além das provocações a juízes locais, os casos mais significativos foram levados à Corte IDH, como o do massacre no Carandiru e o caso de Araraquara no Brasil (2006), o *Retén de Catia-Sabaneta* na Venezuela (2006), o Instituto de Reeducação do Menor no Paraguai (2004) e os casos das prisões *El Fronton* e *Chalapalca* no Peru (Higuéra; Gómez, 2019, p. 632). No âmbito local, dizem os autores, a questão também ganhou, desde a constituição colombiana de 1991, a atenção do Poder Judiciário, com estratégias e argumentos distintos de intervenção.

A judicialização do sistema penitenciário, prosseguem os autores, pode ser distinguida em períodos (Higuéra; Gómez, 2019, pp. 632 e ss.). As discussões, em um primeiro momento, até 1998, eram provocadas pelos presos, individualmente, que postulavam a proteção de seus direitos fundamentais. Nesse período, a estratégia da corte foi analisar a suscitada violação dos direitos fundamentais dos presos em face de um “princípio de ordem e segurança da prisão”, em outras palavras, “seu bom governo” (Higuéra; Gómez, 2019, pp. 636). Mas ao contrário dos direitos dos cidadãos livres, o que entrava no juízo de ponderação a ser levado em conta em face do bom governo do cárcere era um regime especial de proteção dos direitos humanos dos presos (Higuéra; Gómez, 2019, p. 638).

Considerando que a relação dos prisioneiros é de sujeição ao Estado, entendiam as decisões que o gozo de seus direitos fundamentais deveria ser interpretado de forma mais

restrita que os dos cidadãos livres. Se fora dos muros da prisão os cidadãos livres têm acesso total aos direitos fundamentais, dentro, o que vigora é um regime especial, em que os direitos fundamentais ficam suspensos (Higuéra; Gómez, 2019, p. 638). Mais especificamente, a prisão assegurava aos presos o direito à vida e ao corpo, o que significava uma dupla atribuição de responsabilidade: ao próprio preso, de resguardar sua integridade física, e ao Estado, porque o preso está sob sua guarda (Higuéra; Gómez, 2019, p. 638).

A decisão lançada no processo T-153 é parte de um segundo momento de judicialização (Higuéra; Gómez, 2019, p. 639). A jurisprudência de ponderação entre a política de bom governo e a proteção limitada de direitos humanos dos presos foi desafiada pela extrema violência que tomou conta dos cárceres a partir da década de noventa. A violência das guerrilhas, das organizações paramilitares e dos cartéis de drogas era refletida dentro das prisões, o que gerava massacres e desaparecimentos (Higuéra; Gómez, 2019, p. 639). A administração e governo dos cárceres ficou entregue a organizações de internos que, inclusive, começaram a ajuizar ações de tutela em seu nome (Higuéra; Gómez, 2019, p. 639).

Diante desse quadro, e do crescimento do número de encarcerados, gerando superlotação, entre os anos de 1995 e 1998, o discurso de bom governo dentro do cárcere enfraqueceu. A corte constitucional colombiana, então, resolveu declarar, pela primeira vez, o ECI no mencionado processo T-153. A doutrina do ECI foi criada pela corte constitucional colombiana, como já apontado, para atender a uma situação de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, que afeta um significativo número de pessoas e que é consequência de um desarranjo de diferentes entidades estatais (Higuéra; Gómez, 2019, p. 640). Reconhecido o ECI, a corte constitucional passou a considerar que a carência de infraestrutura seria a causa do problema, orientando sua jurisprudência para o fortalecimento da estrutura carcerária (Higuéra; Gómez, 2019, p. 640).

Essa nova postura da corte constitucional colombiana despertou reações diferentes nos círculos acadêmicos e sociais. Os defensores da medida consideraram um avanço importante que a questão penitenciária agora não pudesse escapar do controle de constitucionalidade (Higuéra; Gómez, 2019, p. 641). Os que lhe eram contrários, entendiam que o foco na questão estrutural tirava a atenção para a solução dos casos individuais, deixando de acolher o sofrimento dos reclusos (Higuéra; Gómez, 2019, p. 641). Quanto à eficácia da decisão, discutia-se sobre seu alcance: para uns, considerado reduzido, diante do número limitado de remédios judiciais que a assegurassem e da ausência de monitoramento pela corte. Outros atribuíam à

decisão a expansão carcerária, que resultou em redução da superlotação. Não obstante, a partir de 2008, a lotação dos presídios volta a crescer (Higuéra; Gómez, 2019, p. 641).

Assim, se durante um tempo, a decisão proferida no processo T-153 foi saudada como um símbolo de vitória das pessoas presas, seus efeitos sobre a proteção de direitos fundamentais começaram a ser questionados em face do cada vez maior volume do grupo de pessoas nessa situação (Higuéra; Gómez, 2019, p. 643). Dez anos depois de declarado o ECI no processo T-153, os mesmos problemas voltavam a assombrar o sistema penitenciário colombiano. Mesmo assim, a corte constitucional negou ação apresentada pelo Grupo de Direito de Interesse Público – GDIP, uma clínica jurídica, que questionava o descumprimento da decisão proferida no processo T-153 (Higuéra; Gómez, 2019, p. 644). A estratégia apresentada pelo GDIP era convocar o Poder Judiciário a monitorar o cumprimento da decisão, mas a nova ação não foi aceita pela corte constitucional colombiana ao argumento de que a decisão proferida na T-153 já transitara em julgado.

Foram necessárias diversas ações, tanto de pessoas privadas da liberdade, quanto de clínicas jurídicas, e a piora na situação de encarceramento na Colômbia, para que sua corte constitucional declarasse novamente o ECI na sentença T-388, de 2013 (Higuéra; Gómez, 2019, p. 647). Nesse caso, ela reconheceu que o problema penitenciário não se resolvia apenas pela criação de novas vagas nos estabelecimentos prisionais, já que a política criminal era desarticulada e ineficaz (Higuéra; Gómez, 2019, p. 647). A criação de novas vagas, reconheceu a corte constitucional, de nada adianta, se não é adotado um programa de ressocialização, se não adotadas medidas para garantir a prestação de serviços de saúde e água potável, a prevenção de enfermidades e a manutenção de espaços salubres e higiênicos (Higuéra; Gómez, 2019, p. 647). Enfim, a corte constitucional colombiana determinou uma política de racionalização do uso da prisão, com ordens gerais dirigidas ao Estado, entre as quais, uma regra de equilíbrio decrescente, de modo que não fosse permitida a entrada de um número maior de pessoas na prisão do que o número de egressos (Higuéra; Gómez, 2019, p. 647).

O tribunal constitucional da Colômbia chegou a criar um comitê para o monitoramento de suas determinações na sentença T-388, mas ela também não logrou êxito para resolver o problema penitenciário, o que gerou a declaração de um novo ECI no processo T-762, em 2015. Dessa vez, o órgão judiciário dividiu a análise da crise em cinco problemáticas: “a desarticulação da política criminal, a superlotação, a reclusão conjunta de presos provisórios e condenados e a deficiente atenção à saúde e às condições de salubridade e higiene” (Higuéra;

Gómez, 2019, p. 649). Em face desses problemas, definiu linhas concretas de atuação, inclusive com a adoção de índices que pudessem indicar a superação do estado de coisas inconstitucional.

A estratégia de enfrentamento da corte, então, foi apresentar indicadores que pudessem medir e indicar a progressiva superação do estado de coisas inconstitucional (Higuéra; Gómez, 2019, p. 649). Para assegurar que as medidas fossem cumpridas, determinou a criação de um comitê da crise, de natureza interdisciplinar, sob coordenação da Presidência da República, que deveria elaborar normas técnicas e de avaliação de cumprimento da sentença. Além disso, o órgão técnico ficou obrigado a apresentar, periodicamente, relatórios à corte constitucional.

A conclusão de Higuéra e Gómez é que apesar de ainda não serem visíveis medidas substanciais na melhoria das condições de encarceramento na Colômbia, algumas conclusões podem ser extraídas da periodização da judicialização da questão penitenciária naquele país (Higuéra; Gómez, 2019, p. 651). Uma delas, é a proximidade da relação entre juízes e presídio, que podem intervir de forma mais ativa na crise. Outra, é a abertura de novas possibilidades de “câmbio social nos cárceres através do uso estratégico do direito” (Higuéra; Gómez, 2019, p. 651). Em geral, eles concluem que as medidas judiciais não são efetivas por diversas razões, entre as quais, a falta de medidas alternativas à prisão, a falta de engajamento da sociedade e o custo implicado nas medidas de seguimento, que precisam ser cumpridas por representantes de vários Poderes do Estado.

1.2.2 O novo constitucionalismo

Apesar das vicissitudes enfrentadas pelo ECI na Colômbia, o STF incorporou esse procedimento excepcional no sistema jurídico brasileiro, sem um indicativo de que pudesse gerar efeitos diferentes e mais adequados a contornar a crise brasileira. O STF não apresentou uma justificativa muito convincente para a adoção desse procedimento. Um procedimento destinado a lidar com um problema estrutural, ou seja, que envolve diversos agentes e instituições, uma multiplicidade de envolvidos, com diferentes problemas. Se o drama carcerário é reencenado há décadas, uma tragédia em vários atos que parece não ter fim, qual seria a razão para o emprego dessa nova técnica pelo Poder Judiciário? Por que essa técnica foi empregada nesse momento, se o STF já vinha discutindo a questão em vários outros recursos afetados à sistemática da repercussão geral?

A “importação” do ECI é o sintoma de uma atuação que aproxima as duas cortes constitucionais no que poderíamos chamar de um “novo constitucionalismo”. Apesar de

algumas distinções de forma, a atuação do STF guarda muito mais semelhanças do que diferenças com a corte constitucional colombiana em relação à concretização dos direitos fundamentais. Ambos os tribunais detêm um perfil de ativa participação em questões que tradicionalmente eram reservadas aos outros dois Poderes em um Estado de direito constitucional. Assim, da mesma forma que Higuéra e Gómez fizeram um histórico do que chamaram de judicialização da questão penitenciária na Colômbia, poderíamos traçar uma linha progressiva de ampliação de poderes do STF desde a Constituição de 1988. Nessa linha ampliativa, o sistema penitenciário é tratado como um espaço em que a omissão do Estado manifesta-se como ausência de políticas públicas que deixam de atender, principalmente, direitos fundamentais e sociais contemplados na Constituição Federal.

A transferência de decisões antes reservadas ao Executivo e ao Legislativo na formulação de políticas públicas para as cortes judiciais é concebida, por Vallinder (1994) como judicialização da política.²⁴ A provocação das cortes por atores sociais e políticos que, cada vez mais frequentemente, buscam os tribunais de forma estratégica, é usada como uma das justificativas para o crescimento do Poder Judiciário no cenário político. De maneira muitas vezes pejorativa, a intervenção do Judiciário no campo das políticas públicas é referida como ativismo²⁵, em oposição ao que deveria ser seu papel atávico: um poder inerte, que não se envolveria no processo de tomada de decisão política.²⁶ A intervenção do Poder Judiciário sobre o sistema penitenciário, então, e a princípio, poderia ser apontada como parte do que é concebido como judicialização da política ou ativismo judicial.

²⁴ Vallinder reuniu como características desse fenômeno tanto a transferência de decisões tradicionalmente tomadas pelo Legislativo ou pelo Executivo, na formulação de políticas públicas, para o Judiciário, quanto a assimilação do procedimentalismo próprio do Poder Judiciário por esferas não judiciais (1994, p. 91).

²⁵ Abordando historicamente os sentidos que o termo ativismo foi adotado nos Estados Unidos, Kmiec aponta pelo menos três definições de ativismo judicial: uma predisposição do Poder Judiciário de derrubar leis regularmente editadas (volume de leis invalidadas) ou de ignorar seus próprios precedentes, superando-os, a ideia de que legislar é também produto do processo de decisão de casos e controvérsias e, por isso, essa função estaria entre as próprias do Poder Judiciário, a utilização de metodologias interpretativas distintas das apropriadas (e, nesse caso, a própria definição do que seriam metodologias apropriadas não é fácil) e, por fim, a falha de julgamento decorrente da perseguição, pelo magistrado, de um objetivo não oficial, que também não é de fácil detecção (Kmiec, 2004, p. 1463 e ss.).

²⁶ Essa ideia de participação da corte constitucional na política nacional não é particularmente nova. Em relação à suprema corte americana, Dahl já concluía, em 1957, que essa instituição confere legitimidade às políticas públicas assumidas pelas lideranças políticas, garantindo também certos padrões comportamentais próprios nos procedimentos perfilhados para tomada de decisões em uma democracia (2009, p. 42). Ele pondera que ao Poder Judiciário norte-americano é reservado um papel nas decisões sobre a formulação de políticas públicas, mas isso não significa que ela se opõe à política nacional, funcionando mais para reforçar “um grupo maciço de normas explícitas ou implícitas defendidas pela liderança política” (2009, p. 42).

O uso dessas concepções faz parte do que seria uma nova epistemologia do constitucionalismo, que prega uma maior força normativa da Constituição – tanto pelo teor axiológico de suas normas, quanto pelo uso de novas formas de interpretação de seu texto –, e a expansão da jurisdição constitucional (Barroso, 2015, p. 5 e ss.). O novo constitucionalismo é ensejado por circunstâncias concorrentes que se verificaram nas primeiras décadas do século XXI: além dos textos constitucionais substantivos, as práticas judiciais e novas justificativas teóricas para essa atuação (Carbonell, 2007, p. 12). Assinala-se o protagonismo da figura do juiz que, extraindo da Constituição uma normatividade direta, sem a intermediação de leis, ou atribuindo diretamente normatividade a princípios constitucionais, funcionaria como agente de transformação social.

No panorama de recrudescimento na atuação do Poder Judiciário, a corte constitucional colombiana é considerada uma das mais criativas do Sul Global (Maldonado, 2013, p. 21). A jurisprudência criativa da corte constitucional colombiana inclui o ECI ao lado de outras técnicas como: uma interpretação mais ampla dos direitos fundamentais à vida, à dignidade e à integridade humanas (que permite, por conexão, incluir os direitos econômicos, sociais e culturais entre aqueles); e a consagração do conceito do mínimo vital, com vedação ao retrocesso (Sepúlveda, 2009, p. 146).

Da mesma forma que a constituição brasileira de 1988, a colombiana de 1991 assegura aos cidadãos inúmeros direitos fundamentais. Por outro lado, e diferentemente do que acontece no Brasil, a corte constitucional daquele país pode ser provocada por qualquer pessoa privada que se sinta lesada por ação ou omissão de autoridade pública diretamente (Sepúlveda, 2009, p. 146). Mas isso não significa necessariamente menos casos julgados pela corte brasileira e nem menor amplitude de temas, ou uma atuação menos idiossincrática. De fato, o STF não é uma exceção entre as cortes que se utilizam da gramática do novo constitucionalismo e que podem ser consideradas “ativistas”.

A atuação do STF tem se destacado a ponto de ele ser indicado como um “ator central do nosso sistema de governo” (Campos, 2012, p. 194). Se nos primeiros anos após a Constituição de 1988, sua mobilização ainda era acanhada²⁷, atualmente, não parece haver

²⁷ Um histórico sobre a postura do STF anteriormente à Constituição Federal de 1988 e após os primeiros anos de sua promulgação, é encontrado em Campos (2012, p. 194 e ss.). Segundo o autor, a jurisprudência do STF demonstra diversas dimensões de ativismo: metodológica (interpretação expansiva do texto constitucional, criação de normas), processual (autoampliação da jurisprudência constitucional), estrutural ou horizontal (interferência

dúvida de que o supremo tribunal federal tem um papel consolidado como importante *player* no cenário político, cujas decisões também podem trazer incalculáveis impactos sociais.

A tradicional classificação de José Afonso da Silva – para quem algumas normas constitucionais seriam meramente programáticas e outras dependeriam do legislador para conferir, de forma plena, a orientação de ação ao poder público – é apontada por Carneiro como o substrato doutrinário adotado pelo STF para essa postura de autocontenção no momento imediatamente posterior à promulgação da Constituição de 1988 (Carneiro, 2015, p. 230). Nessa classificação de Silva, os direitos fundamentais são considerados de aplicabilidade direta e imediata, ainda que possam ter a eficácia contida (Silva, 2000, p. 105).

A transformação do cenário político (com a redemocratização do País), a mudança da moeda com planos de governo que conferiram relativa estabilidade à economia a partir de 1994, e a gradual alteração da composição da corte suprema, contribuíram para a formação de um terreno mais receptivo para as doutrinas do neoconstitucionalismo. Além da nova doutrina, o STF também contou com a ampliação do repertório de técnicas de controle de constitucionalidade pela Constituição Federal de 1988. No Brasil, o controle de constitucionalidade é exercido por magistrados e tribunais em casos concretos, incidentalmente à questão posta a julgamento, ou, de forma abstrata, pelo STF – órgão ao qual é submetida a análise da constitucionalidade de atos normativos, diretamente, como questão principal da ação.²⁸

A Constituição de 1988 ampliou o número de legitimados à propositura das ações do sistema concentrado de constitucionalidade²⁹ e previu, além da ação direta de

sobre as decisões dos demais Poderes), na dimensão dos direitos (principalmente interpretação dos direitos fundamentais, possibilitando sua interferência sobre políticas públicas) e antidialógica (quando a Corte constitucional se comporta como última ou única intérprete da Constituição (Campos, 2012, pp. 258-259).

²⁸ O sistema de controle de constitucionalidade abrigado pela Constituição de 1988 (Brasil, 1988) mescla, então, o controle difuso, e o controle concentrado, através das seguintes ações: a ação direta de inconstitucionalidade por ação (art. 102, inciso I, alínea “a”) e por omissão (art. 102, § 2º), a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, inciso I, alínea “a”), todas elas regulamentadas pela Lei Federal n.º 9.868/99 (Brasil, 1999a) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, regulamentada pela Lei n.º 9.882/99 (Brasil, 1999b).

²⁹ Desde a Constituição de 1891, republicana, apesar de sua filiação à *civil law*, o Brasil adotou o sistema difuso de controle de constitucionalidade, inspirado pela experiência americana, mas sem a força vinculante do *stare decisis*, que não foi incluído em nosso sistema. Em razão disso, todas as constituições a partir de então fizeram incluir a possibilidade de suspensão, pelo Senado Federal, do ato normativo declarado inconstitucional. Ao lado dessa forma de controle, a Constituição do regime militar de 1964 incluiu como legitimado à propositura da ADI o Procurador Geral da República (Costa; Benvindo, 2014). Na Constituição de 1988, além dele, podem ajuizar ações do controle concentrado: o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, e de Assembleia Legislativa de algum dos Estados ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governadores de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com

inconstitucionalidade, inclusive por omissão, também a ação declaratória de constitucionalidade e a figura da ADPF³⁰, que deveria ser regulamentada por lei. A lei regulamentadora da ADPF veio em 1999, Lei n.º 9.882/99 (Brasil, 1999b), na esteira da Lei n.º 9.868/99 (Brasil, 1999a) que tratava do procedimento das demais ações do controle concentrado. A justificativa apresentada para “tirar do papel” a ADPF, aponta o ministro Gilmar Mendes em artigo, foi a necessidade de preenchimento de uma lacuna no sistema do controle concentrado de constitucionalidade, já que certos atos normativos restaram fora de seu alcance – como aqueles referentes ao direito municipal, o direito pré-constitucional, normas revogadas – e, ainda, decisões de juízes e tribunais em que se procedia à “interpretação direta de cláusulas constitucionais” (2010, p. 8). O contexto de surgimento da ADPF é mencionado, ainda, como de alteração da relação entre os controles difuso e concentrado (Mendes, 2010, p. 8). Isso significa a aproximação dos efeitos do controle difuso daqueles do concentrado, gerando maior impacto, político e social, das decisões proferidas pela corte suprema.

A introdução da exigência da demonstração da repercussão geral³¹ nos recursos extraordinários também é uma mudança que demonstra a gradual aproximação, pelo menos no que tange aos efeitos produzidos, entre os dois tipos de controle.³² Essa condição de admissibilidade recursal foi apresentada como medida para tornar mais eficiente a prestação da tutela jurisdicional, limitando o volume de processos que poderiam subir ao STF. Na Constituição Federal de 1988, a despeito do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro ter assumido algumas atribuições jurídico-políticas de corte constitucional pelo texto de 1988, manteve também o papel de revisão de causas decididas por outras cortes, desde que envolvessem matéria constitucional.³³ A resolução das questões constitucionais nos casos

representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme seu art. 103, *caput* (Brasil, 1988).

³⁰ Prevista no parágrafo único do art. 102 da Constituição Federal, que depois foi transformado em § 1º pela EC n.º 3/93 (Brasil, 1988).

³¹ A repercussão geral foi introduzida pela EC n.º 45/2004, que visava promover a reforma do Judiciário (Brasil, 2004c).

³² A introdução da sistemática da repercussão geral ocorreu ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 pela edição da Lei n.º 11.418/2006 (Brasil, 2006) e representou a vinculação dos demais membros do Judiciário às decisões proferidas pelo STF: a negativa de existência de repercussão geral por decisão do STF impõe-se a todos os recursos, que devem ser inadmitidos. Do mesmo modo, julgado o recurso, os Tribunais devem se retratar, caso sua decisão seja contrária àquela proferida pelo STF.

³³ Sobre a conformação do supremo tribunal federal na constituição de 1988, Cittadino aponta: “A saída encontrada pela Comissão Afonso Arinos foi uma solução de compromisso. Inicialmente, atenderam à reivindicação do Supremo de maior autonomia administrativa e orçamentária. De outra parte, abandonando a ideia de criação do Tribunal Constitucional, nos moldes europeus, a Comissão manteve o STF, mas modificou essencialmente suas

concretos chega ao STF por meio de inúmeros recursos extraordinários³⁴, sobre os mais diversos temas, dado o extenso texto da Constituição de 1988 (Brasil, 1988).

Nesse panorama é que a repercussão geral foi introduzida como um mecanismo de filtragem de recursos extraordinários³⁵, mas também representou um marco na aproximação das duas formas de controle de constitucionalidade, com a vinculatividade, para o Poder Judiciário, das decisões proferidas segundo essa sistemática. Assim como a admissão da ADPF comporta alta dose de subjetividade dos ministros, a começar pela própria definição do que é preceito fundamental, a exigência legal para que se configure repercussão geral – causas que ultrapassem o interesse das partes e que provoquem, de algum modo, impacto econômico, político, social ou jurídico, é formulado em termos abrangentes, cujos contornos e conteúdo também são preenchidos segundo critérios pouco claros dos julgadores.

Essas alterações nas duas formas de controle, em termos políticos, não significam, necessariamente, uma maior participação popular e democrática nos processos do STF. As mudanças, na verdade, transferem à corte um poder, se não arbitrário, muito menos vinculado a normas materiais e processuais na condução dos processos do que admitem seus componentes. Mas não se pode dizer que os magistrados do STF decidem a matéria e o momento de julgá-la apenas conforme suas preferências pessoais, até porque se trata de um processo complexo, que envolve mais de um julgador. A falta de clareza quanto aos critérios dessas escolhas, contudo, indica que outros fatores, além das normas do direito e a forma deliberativa de tomada de decisão, têm influência nos julgamentos do supremo tribunal federal.

Além disso, outra constatação pode ser feita a partir da observação da progressiva aproximação dos sistemas de controle de constitucionalidade desde a Constituição Federal de

atribuições, que passaram a ser predominantemente constitucionais, exatamente no feitio da Suprema Corte Americana.” (2004, p. 41).

³⁴ Dispõe o art. 102, inciso III, da constituição federal que entre as competências do supremo tribunal, como guardião da constituição, está a de “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição (Brasil, 1988). Posteriormente foi introduzida, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a alínea “d” a esse inciso, atribuindo também ao STF a competência de “julgar válida lei local contestada em face de lei federal (Brasil, 2004c).

³⁵ O instituto guarda semelhança com a arguição de relevância, previsto pela EC nº 1/69 à Constituição Federal de 1967. O art. 119, § 1º com a redação dada pela EC 7/97 à CF de 1967/1969 dispunha: “As causas a que se fere o item III, alíneas *a* e *d* [recurso extraordinário tirado de decisão que contrariava a Constituição Federal ou negava vigência a tratado ou lei federal e de decisão que dava à lei federal interpretação divergente da de outro Tribunal ou do próprio STF], deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal” (Brasil, 1969).

1988: elas traduzem uma ampliação, em termos de “mecânica processual”, da margem de atuação da suprema corte e dos efeitos de suas respectivas decisões. Em primeiro lugar, por meio da ADPF como instrumento destinado a ocupar um espaço que ainda sobrava, pelo qual o STF pode exercer o poder de forma mais eficaz e mais verticalizada. Em segundo lugar, via repercussão geral, um filtro de admissibilidade dos recursos extraordinários, que permite ao STF decidir quais matérias serão afetadas para julgamento. As decisões nos recursos extraordinários afetados à sistemática da repercussão geral devem ser o mais “vinculantes” possível. Tanto pela ADPF quanto pela sistemática da repercussão geral, os efeitos das decisões do STF são potencializados, impostos hierarquicamente a todos os membros dos Poder Judiciário, de modo a abranger o maior número de casos.

A ampliação de poderes se manifesta, então, não apenas como inclusão de temas, antes não enfrentados, na pauta de julgamento da corte suprema brasileira, mas também por meio de novas técnicas processuais que permitem mobilizar, de forma mais frequente, o tribunal e com efeitos que, seja por nova leis, seja pela interpretação da Constituição, são cada vez mais abrangentes. As novas técnicas processuais e procedimentais, ainda que tenham muito pouco de atividade adjudicativa em torno de interpretação da Constituição e da lei, são justificadas sob esse paradigma como necessária adoção de medida prevista em lei, mas não adotada pelo Poder competente. Assim, o princípio da legalidade seria um pilar constitucional preservado segundo as justificativas adotadas pelas decisões que adotam essas técnicas.

1.2.3 Os *prison reform* cases e o ECI: políticas públicas judiciais

De Giorgi e Vasconcelos discutem o que seria “um estado de coisas” e “estrutura”, em referência ao que os ministros do STF definiram como um litígio estrutural. Em um artigo em que analisaram o ECI, eles indicam que os ministros do STF se utilizaram de uma estratégia argumentativa para localizar o problema carcerário no interior da política, ou seja, como exterior ao sistema jurídico. O STF não enfrentou a construção de “programas punitivistas de criminalização dos mais variados modos de agir e acontecer social principalmente aqueles característicos das parcelas mais débeis da sociedade localizadas nas suas periferias” (De Giorgi; Vasconcelos, 2018, p. 489). A superpopulação, a tortura e a violência são produzidas em relações concretamente observáveis, mas não naturais. O que os juízes do supremo tribunal fizeram foi apenas usar uma expressão imprecisa, “estado de coisas”, que se aproxima do conceito de situação, um “termo também difundido no pensamento do neopositivismo” (De Giorgi; Vasconcelos, 2018, p. 491).

O positivismo, e nesse sentido, também o neopositivismo sobre o qual falam De Giorgi e Vasconcelos, confundiram o acontecimento com um estado de coisas (Foucault, 2000a, p. 238). O ECI é, de fato, autoevidente, não é preciso um exame profundo da situação para constatá-lo. Apesar de ser autoevidente, o retrato de uma barbárie que já se tornou banal, não faz parte de uma realidade dada.³⁶ Ao invés de tratar o ECI como uma configuração da realidade objetiva, uma estrutura estabilizada, que poderia ser descrita por meio de uma proposição (que pode ser declarada verdadeira ou falsa), em nossa pesquisa, preferimos tratá-lo como um acontecimento. Analisar o ECI como acontecimento enseja a possibilidade de abordar o problema sem reproduzir as relações de exclusão, violência e hierarquia das estruturas que De Giorgi e Vasconcellos identificaram em seu texto.

Como acontecimento, é que os *prison reform cases*, que inspiraram o STF em sua jurisprudência do sistema carcerário, foram analisados por Feeley e Rubin, em obra citada em algumas decisões da corte suprema brasileira.³⁷ Os autores observam que os *prison reform cases* fazem parte de um evento histórico e não de um processo em desenvolvimento, o que não significa que não continuem produzindo efeitos (1998, p. 15). Conforme os autores, é possível identificar quando os juízes formularam políticas públicas, mas não é possível articular sob que premissas são proferidas decisões desse tipo, o que impossibilita descrevê-las por meio de uma estrutura conceitual (Feeley; Rubin, 1998, p. 15). A descrição do discurso judicial que enseja políticas públicas só pode ser feita levando em conta o comportamento de outras instituições governamentais (Feeley; Rubin, 1998, p. 15).

Feeley e Rubin narram que os *prison reform cases* se iniciaram em 1930, quando vários prisioneiros começaram a levar suas demandas a cortes federais dos Estados Unidos, tentando mudar as condições de confinamento (Feeley; Rubin, 1998, p. 13). Alguns tribunais, naquele tempo, concediam *habeas corpus* e indenizações, e a suprema corte daquele país começou a expressar simpatia pela situação dos prisioneiros, mas até 1964 nenhuma delas exarou ordem para mudar as práticas ou condições dos presídios (Feeley; Rubin, 1998, p. 13). “No ano seguinte, no entanto, o Tribunal Distrital dos Estados Unidos para o Distrito Leste de Arkansas declarou que certas condições na Prisão Estadual de *Cummins Farm* constituíam punição cruel

³⁶ Fazendo referência ao estruturalismo, Foucault ressalta a dicotomia estabelecida pelos etnólogos, durante muito tempo, entre as estruturas, o que é *pensável*, e o acontecimento, como o lugar do impensável, do irracional que, por isso, não pode entrar no jogo da análise (2010d, p. 4).

³⁷ A obra foi expressamente citada no RE n.º 592.581/RS pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Brasil, 2015c) e no RE 580.252/MS (Brasil, 2017d), pelo Ministro Roberto Barroso, como veremos a seguir.

e incomum, violando a Oitava Emenda” (Feeley; Rubin, 1998, p. 13). A seguir, a *Cummins Farm* foi considerada inconstitucional em sua totalidade, com a expedição de diversas liminares visando reestruturar a instituição e, nos anos seguintes, vários estados seguiram o exemplo do Arkansas (Feeley; Rubin, 1998, p. 13).

Ao final de 1995, prisões de pelo menos 41 estados estavam sob tutela judicial, com a expedição de diversas ordens judiciais, muitas das quais intervindo em minúcias da administração penitenciária ao determinar, por exemplo, a observância da metragem das celas, qualidade das refeições, número de banhos dos prisioneiros e potência das lâmpadas das celas (Feeley; Rubin, 1998, p. 13). Atualmente, os *prison reform cases*, constatam Feeley e Rubin, têm mobilizado menos os juízes norte-americanos, não se sabe se porque a situação dos presídios alcançou seu ponto ideal ou se os juízes ficaram mais sensíveis ao descontentamento da população com os criminosos (1998, p. 15).

Conforme pontuam ainda Feeley e Rubin, as decisões que compõem o quadro dos *prison reform cases* não estão relacionadas nem à interpretação e nem a princípios do Estado de direito expressos na Constituição dos EUA, embora os textos legais “sejam invocados para estabelecer controle sobre o assunto” (1998, p. 5), em um primeiro passo. Em seguida, como segundo passo, os juízes “confiam em fontes não autorizadas e em seu próprio julgamento para gerar uma decisão que é predominantemente guiada pela percepção de conveniência de seus resultados” (Feeley; Rubin, 1998, p. 5).

Os autores tratam a formulação de políticas públicas como uma função judicial separada, com suas próprias regras, seus próprios métodos e critérios para medir seu sucesso e fracasso, tirando o foco da análise da legitimidade dessa atuação. Eles comparam essa função judicial de formulação de políticas públicas com a do próprio administrador público, que faz parte do Poder Executivo, não identificando diferença substancial. A partir das características tradicionalmente encontradas na definição das políticas públicas, Feeley e Rubin explicam que as distinções encontradas nas decisões judiciais sobre políticas públicas se devem mais ao fato de que as alternativas e soluções judiciais são enquadradas em termos doutrinários.³⁸ Isso quer dizer que elas são baseadas em uma doutrina que é também criada pelo próprio Poder Judiciário.

³⁸ “De acordo com o relato clássico, o tomador de decisão define o problema, identifica um objetivo, gera alternativas, seleciona a alternativa que fornece a melhor solução e implementa essa alternativa” (Feeley; Rubin, 1998, p. 339).

A criação doutrinária, então, é central e distintiva no que Feeley e Rubin chamam de políticas públicas judiciais. Fora isso, elas não guardam diferenças essenciais com aquelas adotadas pelos outros Poderes. O exemplo que os autores dão é o do princípio da reabilitação dos presos. Apesar de não estar previsto na constituição dos EUA, o princípio da reabilitação dos presos surgiu de interpretação da vedação ao tratamento cruel pela Oitava Emenda. A partir de 1964, os juízes, mobilizados muito mais por razões morais do que por qualquer outra coisa, passaram a considerá-lo diretriz deontológica e instrumentalista, apesar de todas as suas possíveis implicações normativas.³⁹ Além desse princípio, os juízes passaram a agir também guiados pela ideia de que a prisão devia ser burocraticamente organizada, ambas ideias funcionando de forma a coordenar suas ações (1998, pp. 252 e ss.)

A criação da doutrina pelas cortes está associada à crença no direito como estrutura doutrinária e restritiva à discricionariedade decisória. Ao tempo em que afirmam a independência do Judiciário para realizar as políticas públicas judiciais, os magistrados também consignam diversos fatores racionais que poderiam impedir o excesso decisório. Apesar de os juízes, tanto os americanos, quanto os da suprema corte brasileira, ignorarem solenemente os princípios da separação de poderes, do federalismo e o da legalidade, há uma racionalidade própria aplicada na condução desses casos. A rejeição desses princípios é uma característica do moderno Estado administrativo, que incorpora o conceito de governo como um formulador de políticas públicas consciente, e do direito como um instrumento para seus esforços proativos (Feeley; Rubin, 1998, p. 23).

Nesse sentido é que Feeley e Rubin concluem que no todo, as políticas públicas judiciais guardam mais semelhanças do que diferenças em relação às políticas públicas dos Poderes Executivo e Legislativo, todas sendo formas de ação governamental, que revelam o que os autores chamam de um Estado administrativo (1998, pp. 339-340). No Estado administrativo, as noções e instituições constitucionais tradicionais, conforme a teoria geral do Estado (direitos fundamentais, separação de poderes, princípio da legalidade, legitimidade), apesar de sua fraqueza inerente, são exacerbadas. Essas noções, como os princípios constitucionais já mencionados, são próprias de um tipo de Estado, o que significa que colocar em dúvida seu

³⁹ Uma dessas implicações normativas seria a possibilidade de que a reabilitação do preso pudesse ser efetuada a qualquer custo (como, por exemplo, a castração de condenados por crimes sexuais), em uma distorção maquiavélica, o que os juízes empenhados nos *prison reform cases* pareciam não defender (Feeley; Rubin, 1998, pp. 252 e ss.).

papel é questionar a imagem geral do direito e do governo no qual eles funcionam. “Em outras palavras, os casos de reforma prisional, como o ponto alto da formulação de políticas judiciais, têm algo a nos ensinar sobre o mundo político em que vivemos” (Feeley; Rubin, 1998, p. 336).

O questionamento sobre a imagem geral do direito e seu papel no moderno Estado administrativo inclui a função adjudicativa judicial ou, simplesmente, a função jurisdicional. Isso significa dizer que distinções entre as formas de jurisdição, a da *common law*, nos EUA, e da *civil law*, ou o Direito Romano-Germânico, adotada no Brasil, não afastam uma dificuldade que é comum aos dois: uma função judicial não consentânea com aquelas permitidas pelas concepções do Estado de direito constitucional, uma construção histórica, e adotada por todo país que se pretende democrático, ainda que esta concepção seja meramente formal.

Aliás, mesmo no sistema da *common law*, que é baseado em precedentes criados pelas cortes, e no direito consuetudinário, é clara a diferença entre as decisões que decorrem de interpretação de textos jurídicos e aquelas que fazem políticas públicas, como acentuam Feeley e Rubin. Os juízes, tal como no Brasil, não admitem, mesmo que suas decisões não possam ser consideradas, sob nenhum aspecto, interpretação de texto jurídico, que estão participando das políticas públicas. Mesmo que determinem e promovam políticas públicas, como no caso dos EUA, eles justificam a decisão e as medidas adotadas como decorrentes de uma atividade de interpretação.

No Brasil, ainda que sob rígidos códigos e uma Constituição extensa e prolixa, os magistrados da suprema corte brasileira, de forma talvez mais explícita que seus pares americanos (pelo menos retoricamente), entendem necessário atenuar o princípio da separação de poderes para salvaguardar direitos fundamentais dos presos. No caso da ADPF 347, o pretexto para a adoção do ECI, como técnica, foi a possibilidade de reestruturar o sistema penitenciário pelo ingresso do Poder Judiciário em um campo que não lhe seria próprio, o político (Brasil, 2015e). A intervenção no campo que seria próprio dos outros Poderes para determinar medidas administrativas ou a realização de políticas públicas, ou, ainda, a expedição de ordens para o Poder Executivo, são discursos que contrariam o princípio da separação de poderes.

Além disso, as medidas adotadas pelo STF no ECI vão além do que é previsto por leis que, aliás, são abundantes, o que indica que a atuação da corte constitucional brasileira também não se prende ao princípio da legalidade. Na Colômbia, o ECI também é tratado como parte de

uma jurisprudência criativa porque está fora das técnicas permitidas, por lei, ao Poder Judiciário, o que confirma a percepção de Feeley e Rubin de que “[a] maioria das doutrinas jurídicas é criada por juízes em algum momento. O direito consuetudinário certamente era, apesar da mitologia formalista, mas também eram praticamente todo o direito constitucional e, em grande medida, o direito baseado em leis” (1998, pp. 208-209). Essa criatividade significa que as decisões dos juízes podem ser embasadas em leis e precedentes, mas, além disso, são moldadas por vários fatores, entre os quais, o ambiente social, político e econômico em que lançadas.

Poderíamos dizer que as Constituições de ambos os países são muito distintas e que os modelos de federação são opostos – o do Brasil, uma federação centrípeta e o dos EUA, centrífuga –, mas essa diferença circunstancial não afasta a constatação de que as decisões obedecem a critérios distintos daqueles esboçados pela principiologia do constitucionalismo. Por outro lado, poderíamos comparar a sistemática do suposto modelo de precedentes criado pelo Código de Processo Civil de 2015 (Brasil, 2015b) com o modelo norte-americano para distingui-los. Mas essa comparação é desnecessária e desimportante para compreender que a forma do direito e sua “aplicação” pelos juízes, atualmente, são diferentes daquelas legitimadas e justificadas em um Estado de direito constitucional. Ainda que a processualística seja bastante distinta, é esperado do Poder Judiciário, em ambos os casos, a interpretação de textos judiciais e a aplicação do direito, não o engajamento em políticas públicas. É por isso que se pode constatar que, tanto quanto nos EUA, estamos diante de uma nova forma de jurisdição.

Os discursos e práticas mobilizados tanto pelas cortes norte-americanas quanto pelo STF para empreender mudanças em suas respectivas prisões, podem ser considerados, ao mesmo tempo, causa e efeito de relações de poder e saber locais. Mas também fazem parte de uma história de governo que tem início na Europa, e que continua se desdobrando tanto nesse continente quanto em suas ex-colônias, entre elas o Brasil, que deu origem ao que Feeley e Rubin chamam de Estado administrativo. As semelhanças entre os discursos e práticas mobilizados pelas cortes dos EUA e pelo STF não tem a ver com o que seria a essência do direito, mas com essa trajetória histórica de um modelo de governança. Por outro lado, as dessemelhanças revelam que a função jurisdicional, como prática social, faz parte de um regime de verdade que, para Foucault, é próprio de cada sociedade (2010d, p. 12).

Não podendo conceituar, de forma abstrata e *a priori*, as decisões sobre políticas públicas, Feeley e Rubin sugerem um novo quadro de análise. Além de considerar os *prison*

reform cases como um evento histórico, eles abordam o contexto em que eles vêm a lume, os efeitos que eles produzem e as razões pelas quais eles se tornaram possíveis. Seguindo essa insinuação, poderíamos tentar identificar o que levou a corte constitucional brasileira a declarar o ECI, se há um padrão decisório seguido e qual seria ele, em confronto com algumas decisões sobre o sistema carcerário, para tentar identificar como, internamente – no discurso judiciário e através daquilo que já mencionamos como uma racionalidade judicial – é produzido esse novo regime de jurisdição.

1.2.4 Discursos e práticas na jurisprudência do STF: o ECI e os enunciados da repercussão geral

Para ajuizamento da ADPF, o interessado deve demonstrar que não há qualquer outro meio processual eficaz para sanar a lesividade do preceito fundamental que se alega violado, atendendo ao princípio da subsidiariedade, como já mencionado. O autor da ADPF 347 justificou o cumprimento desse requisito alegando que “não se discute nessa ação a inconstitucionalidade de alguma norma jurídica superveniente à Constituição, nem tampouco alguma omissão legislativa inconstitucional” (Brasil, 2015d, p. 18).

Além disso, alegou ser cabível a ADPF porque não haveria no arsenal de instrumentos disponíveis na jurisdição constitucional concentrada, nenhum que atendesse aos pedidos apresentados, quer sejam: que fosse determinado a juízes e tribunais que motivassem de forma expressa, nos casos concretos, a necessidade de decretação da prisão provisória em vez de medidas alternativas à privação de liberdade previstas no Código de Processo Penal, a realização da audiência de custódia, a expressa motivação nas decisões judiciais sobre necessidade de aplicação de penas privativas de liberdade, quer cautelarmente ou não, o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos (tais como o livramento condicional e a suspensão condicional da pena) e mesmo a redução de tempo da pena aplicada quando restasse reconhecido pelo juiz da execução penal que esta seria cumprida em condições muito mais penosas do que as efetivamente impostas. Também requereu que o CNJ realizasse revisão de processos de execução penal através de mutirões carcerários e que fosse determinado à União o descontingenciamento de verbas do FUNPEN até que se reconhecesse a superação do estado de coisas inconstitucional.

Os “fins colimados” pelo autor da ADPF 347 (Brasil, 2015e) foram deferidos pelo STF no RE n.º 641.320/RS, tema 423 da repercussão geral (Brasil, 2016a), pouco mais de um ano

depois, apesar de este ter chegado à corte antes da arguição. No bojo dos recursos extraordinários ns. 592.581/RS (Brasil, 2015c), 841.526/RS (Brasil, 2016b) e 580.252/MS (Brasil, 2017d), respectivamente temas 220, 592 e 365, todos julgados pela sistemática da repercussão geral, além de terem sido discutidos os mesmos direitos constitucionais dos presos que se apontavam lesados na ADPF 347 (Brasil, 2015e), foram determinadas medidas voltadas a melhorar as condições do cárcere ou que o Estado ressarcisse, financeiramente, o detento.

Com efeito, na ADPF 347, e nos temas transversais da repercussão geral, a corte se debruçou sobre violação da dignidade da pessoa humana e direito fundamental à integridade física e moral dos presos, previstos, respectivamente, no art. 1º, inc. III e no art. 5º, inc. XLIX, ambos da Constituição Federal (Brasil, 1988), superlotação, contingenciamento do FUNPEN e obrigatoriedade de implantação da audiência de custódia pelos tribunais do País. Como se vê, os direitos dos presos identificados como violados na jurisprudência do STF são aqueles incluídos no rol do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, ou seja, os fundamentais civis e políticos (Brasil, 1988). Também é reforçada, por referidas decisões do STF, a centralidade do princípio da dignidade humana no ordenamento constitucional, que deveria orientar toda a atuação do Estado.

A dignidade humana, mesmo na vetusta classificação de José Afonso da Silva, é norma de aplicabilidade imediata e eficácia direta e integral e, mais do que isso, é norma ôntica, pressuposta como constitutiva do Estado de direito (Silva, 2000, p. 99). Sem embargo disso, a dignidade humana do preso só entrou no radar do STF juntamente com processos cujo objetivo maior seria a concretização de direitos sociais, se levarmos em conta o critério cronológico e os argumentos discutidos.

De fato, os recursos extraordinários afetados à repercussão geral na área da saúde que representam o que pode ser apontado como “judicialização da saúde”, RE n.º 566.471/RN (Brasil, 2020),⁴⁰ RE n.º 657.718/MG (Brasil, 2019),⁴¹ RE n.º 855.178/SE (Brasil, 2015a)⁴² são, respectivamente, de 08.10.2007, 19.11.2011 e de 26.11.2014.⁴³ Da mesma forma, o RE n.º

⁴⁰ Tema 6 da repercussão geral.

⁴¹ Tema 500 da repercussão geral.

⁴² Tema 793 da repercussão geral.

⁴³ Juntos tratam, respectivamente, da obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos pelo Estado não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), da obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos de alto custo registrados, mas não incluídos na lista de dispensação do Sistema Único de Saúde (SUS) e da obrigação solidária de entes federativos no fornecimento de medicamentos (o que é estendido também para serviços de saúde).

1.008.166, que trata da obrigatoriedade de fornecimento de creches e pré-escolas às crianças de menos de cinco anos, recebeu sua primeira autuação como AI 761.908 que foi autuado na corte em 11.07.2013. Os recursos extraordinários ns. 592.581/RS (Brasil, 2015c), 841.526/RS (Brasil, 2016b), 641.320/RS (Brasil, 2016a) e o 580.252/MS (Brasil, 2017d), por sua vez, julgados nessa ordem, fazem parte do que a então ministra Rosa Weber apontou como “agenda do sistema penitenciário” em seu voto-vista no último recurso, e aportaram à corte respectivamente em 2008⁴⁴, 2011⁴⁵, 2011⁴⁶ e 2008.⁴⁷

Pode-se dizer que as normas que preveem direitos sociais na Constituição de 1988 forneceram a chave para que o Judiciário, interpretando-as, destrancasse a porta de acesso ao campo das políticas públicas (Carneiro, 2015, p. 237). A argumentação da suprema corte, superado o princípio da separação de poderes para fins de atendimento dos direitos sociais, gira em torno da possibilidade ou não de realização de políticas públicas diante de seus custos. A ponderação é aplicada mesmo que a disputa envolva direitos civis e políticos, os chamados direitos humanos de primeira geração, como se verifica nos temas da repercussão geral do sistema penitenciário reunidos aqui. Em todos os casos, transfere-se ao Estado o ônus de demonstrar os custos e a escassez de recursos, a chamada reserva do possível (Wang, 2008, p. 542).

Mas não há clareza quanto aos critérios da suprema corte quanto às razões para admitir ou afastar o princípio da reserva do possível. Mesmo a ADPF 45 (Brasil, 2004a), que é usualmente citada pela própria corte como marco a partir do qual se firmou a possibilidade de afastamento do princípio da reserva do possível diante da importância dos direitos fundamentais envolvidos, não definiu os critérios para essa medida (Wang, 2008, p. 548; Campos, 2012, p. 289). O diferencial dessa ação, que sequer chegou a ser julgada, é a abordagem que o então Min. Celso de Mello fez dos limites da judicialização da política, dos custos dos direitos sociais

⁴⁴ O Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS foi autuado em 20.08.2008, referindo-se ao tema 220 da repercussão geral (Brasil, 2015c).

⁴⁵ O Recurso Extraordinário nº 841.526/RS resultou de transformação do ARE 638.467/RS, depois de sua afetação à sistemática da repercussão geral. Na consulta do primeiro, consta como data de autuação no STF o dia 02/10/2014 (Brasil, 2016b), mas a questão estava sendo discutida desde 2011, quando foi autuado o segundo recurso na corte constitucional em 05/04/2011 (Informação disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4057135>. Acesso em 07 abr. 2023). Trata-se do tema 592, da repercussão geral.

⁴⁶ O Recurso Extraordinário nº 641.320/RS foi autuado em 13/05/2011, referindo-se ao tema 423 da repercussão geral (Brasil, 2016a).

⁴⁷ O Recurso Extraordinário nº 580.252/MS foi autuado em 05/03/2008 (tema 365 da repercussão geral).

e da importância de que não fossem desconsideradas também as contingências financeiras do Estado (Wang, 2008, p. 548; Campos, 2012, p. 289).

A cláusula que limita a responsabilidade do Estado, diante da reserva do possível, foi objeto de discussão na tese fixada no julgamento do RE n.º 592.581/RS (Brasil, 2015c), mas restou afastada. O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul suscitava, em seu recurso, que questões orçamentárias não teriam o condão de impedir ou postergar políticas públicas necessárias à implementação de direitos fundamentais. O relator do acórdão, ministro Ricardo Lewandowski, acolheu as alegações do Ministério Público, ponderando que a eficácia plena e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais justificavam a intervenção do Judiciário para proteger os presos da inércia administrativa (Brasil, 2015a, p. 34).

Ao fazer um histórico da situação degradante das penitenciárias do Brasil, o ministro relator considerou que os abusos físicos dos prisioneiros, as miseráveis condições e a intolerável superlotação já existiam por um século e o que mudara, “de repente”, fora a percepção do Judiciário sobre elas, da mesma forma que acontecera nos EUA a partir de 1965 (Brasil, 2015a, p. 53). O ano mencionado faz referência a data da decisão *Brown v. Plata* pela suprema corte norte-americana, que foi apontada pelo ministro como um divisor de águas para o sistema carcerário daquele país (Brasil, 2015a, p. 54). O pleno seguiu o relator e fixou tese no sentido de ser inadmissível tanto o argumento da reserva do possível quanto o princípio da separação de poderes pelo Estado, quando em jogo a determinação de realização de obras em estabelecimentos prisionais para assegurar a dignidade humana e a integridade física e moral dos presos.

No julgamento do RE n.º 841.526/RS (Brasil, 2016b), a mesma estratégia de intervenção e superação do princípio da separação de poderes foi seguida. A tese firmada se limitou a confirmar a jurisprudência da corte constitucional. O caso tratava de morte de detento que se encontrava preventivamente sob a tutela do Estado há apenas 10 dias, suspeito de envolvimento na prática de roubo, e da responsabilidade extracontratual do Estado de protegê-lo enquanto sob sua custódia. Os ministros reconheceram que dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade do Estado não pode ser invocada em qualquer caso de mau funcionamento ou não funcionamento do serviço público, mas considerando as péssimas condições que o cárcere ostentava, a presunção de responsabilidade seria quase absoluta. Não obstante, entenderam pertinente firmar uma possibilidade de exclusão da responsabilidade: no

caso de inobservância do dever específico de proteção previsto no art. 5º, inc. XLIX, da Constituição (Brasil, 1988).

No RE n.º 580.252/MS (Brasil, 2017d), os ministros novamente se debruçaram sobre as disponibilidades orçamentárias do Estado para compensação do preso que tinha lesada sua integridade moral. Também dessa vez, aliadas aos debates sobre a responsabilidade objetiva do Estado em caso de prestação de serviço público deficiente ou inexistente, como no julgamento do RE n.º 841.526/RS (Brasil, 2016b). A superlotação carcerária foi considerada a origem da violação de direitos fundamentais dos encarcerados. Não faria sentido, como ponderou o então ministro Teori Zavascki, relator do recurso, que se suscitasse a reserva do possível ou a capacidade financeira do Estado porque o foco dos debates era a responsabilidade objetiva do Estado de ressarcir os danos morais causados aos presos (Brasil, 2016b, p. 12).

O ministro Roberto Barroso considerou justificada a intervenção do Poder Judiciário, com base em modelos da Corte Europeia de Direitos Humanos - CEDH, dos Estados Unidos, os já mencionados *prison reform cases*, e o próprio ECI na Colômbia, usados como mecanismos de fiscalização, pelo Poder Judiciário, da implantação de “metas e linhas de ação” por diferentes instâncias (Brasil, 2017d, p. 60). Apesar de reconhecer a responsabilidade civil do Estado, e que a reserva do possível não seria um argumento aplicável, a solução criativa adotada pelo ministro foi a reparação não pecuniária do dano moral: a remição da pena por dia de trabalho.

A ministra Rosa Weber, cujo voto veio a seguir, entendeu que, embora se tratassem de dois direitos fundamentais, o direito à dignidade humana e o direito à liberdade, a fórmula indicada pelo ministro Roberto Barroso não podia prevalecer porque os dois “bens jurídicos” em jogo eram pertencentes ao mesmo sujeito (Brasil, 2017d, p. 136). Então, restituir a liberdade ao preso cuja dignidade fora violada pelo Estado, não implicaria a merecida sanção a este (Brasil, 2017d, p. 141). A medida, ainda, tinha o poder de exonerar o Estado do dever de reinserção social do preso e de realizar políticas públicas relevantíssimas que pudessem tirar os cárceres da situação em que se encontravam (Brasil, 2017d, pp. 142-143). De qualquer modo, a Ministra Rosa Weber resguardou a si a possibilidade de mudança do sentido do voto, o que efetivamente o fez na ADI 5170 (Brasil, 2023), da qual era relatora.

Em referida ADI, a ministra Rosa Weber votou pela permissão de abatimento de um dia de pena por um de encarceramento em condições degradantes, determinando a competência do juiz da execução penal para apreciar o pedido, conforme balizamentos que deveriam ser ditados

pelo Conselho Nacional de Justiça. O ressarcimento em pecúnia foi admitido como hipótese subsidiária. A ADI ainda não foi julgada e no RE n.º 580.252/MS (Brasil, 2017d) prevaleceu a tese de que ao preso é devido o ressarcimento pelos danos, inclusive morais, desde que comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. Embora tenham fixado um valor no caso concreto que estava sendo julgado, os ministros não chegaram ao *quantum* devido ou a forma de cálculo desse *quantum* para os demais casos.

Apesar de o acórdão proferido na ADPF 347 (Brasil, 2015e) ter reconhecido a responsabilidade parcial do Judiciário pelo ECI, talvez o julgado que tenha mais se aproximado de traçar uma relação entre decisões judiciais e superlotação seja aquele produzido no RE n.º 641.320/RS (Brasil, 2016a). Da mesma forma que todos os julgados anteriores, ele reconheceu a violação dos direitos fundamentais em estabelecimentos lamentáveis e superlotados, mas, além disso, determinou aos juízes a observância de medidas alternativas à fixação da pena privativa de liberdade, caso verificassem *deficit* de vagas.

Tratava-se de recurso criminal apresentado pelo Ministério Público de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que decidira reduzir a pena condenatória para que o condenado a cumprisse em regime aberto, ou seja, o recurso foi apresentado em processo que não era de responsabilização do Estado originariamente. Preservando o acórdão do Tribunal de Justiça, o STF reafirmou sua jurisprudência que há algum tempo já vinha caminhando pela impossibilidade de manutenção do preso em regime mais gravoso que o fixado para o cumprimento da pena. Esse entendimento do STF começou a ser adotado por volta de 2010 (Brasil, 2016a, p. 9-10). Até então, a corte entendia que deficiências estruturais não podiam impedir o preso de cumprir a pena exatamente nos termos da sentença lavrada, mesmo que isso resultasse em condições mais severas de cumprimento.

Originariamente, o juiz não pode fixar regime inicial de cumprimento da pena distinto daquele previsto pela lei, conforme os estabelecimentos que enumera. O regime é inicialmente fixado pelo juiz da condenação, com base no tipo de pena (reclusão ou detenção),⁴⁸ no tempo de pena⁴⁹ e na culpabilidade do réu. Sem embargo, considerando o que apontou como “caráter normativo da individualização da pena” e em uma técnica de decisão manipulativa, o Min.

⁴⁸ Conforme o que dispõe o art. 33, *caput*, do Código Penal (Brasil, 1940).

⁴⁹ Conforme o que dispõe o art. 33, § 2º, do Código Penal (Brasil, 1940).

Gilmar Mendes, relator do recurso, permitiu que os juízes modificassem o regime de cumprimento da pena fixado pela lei, quando as condições do cárcere exigissem. O direito do preso de não ser mantido em regime mais gravoso também permitiria que fossem observadas condições mais amenas de progressão de regime e a própria substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos. Seu voto foi acompanhado pelos demais integrantes da suprema corte.

O *habeas corpus* é um instrumento processual usado para levar questões criminais ao STF e as decisões da corte aí proferidas também moldam, de forma gradual, sua jurisprudência. Não obstante, as teses firmadas em repercussão geral, além de gerarem maior impacto, também são momentos em que o STF define, de forma mais clara, os fatores importantes para determinados casos, as balizas de julgamento, e o nível de análise a ser empreendida. Tendo em vista essa premissa, algumas observações podem ser feitas a partir das teses da repercussão geral aqui reunidas.

Uma primeira observação é que tanto os temas da repercussão geral quanto o que foi discutido na ADPF 347 (Brasil, 2015e) indicam que o STF reconhece um campo para intervenção, o penitenciário, do qual alguns temas de análise já foram delimitados. Nos temas 220 (Brasil, 2015c) e 592 (Brasil, 2016b) da repercussão geral, pode-se dizer que o STF apenas “cristalizou” um entendimento que já era o que vinha sendo o adotado por sua jurisprudência. Embora o tema 365 (Brasil, 2017d) tenha inaugurado a possibilidade de reparação moral do preso, a questão continua sob discussão para fixação dos parâmetros sob os quais ela será realizada.

O atendimento do direito dos presos, ainda que a dignidade da pessoa humana seja considerada violada de forma unânime pelos ministros, submete-se a discussões que giram em torno de limites financeiros do Estado, como se observa pelo muito invocado princípio da reserva do possível. Isso significa que os julgadores, da mesma forma que o administrador público, em geral, reconhecem a necessidade de que cálculos sejam efetuados para realizar as políticas públicas preconizadas para a concretização dos direitos fundamentais. Um limite operacional que é, ao mesmo tempo, atenuado e invocado como óbice da ação política.

Além disso, outra observação que se extrai dos recursos é que há uma certa expectativa em torno do Estado, do que ele pode e deve fazer. Excetuando o último recurso, que foi apresentado em um caso criminal, ou seja, em que se discutia a possibilidade de cumprimento

da pena fora do estabelecido pela lei diante das condições do cárcere, os demais envolvem prestações diretamente dirigidas ao Estado. É esperado do Estado que ele assegure a vida do preso, em sua dimensão mais básica, já que, além de o risco de extermínio físico ser alto em quase todos os estabelecimentos prisionais do País, várias de suas necessidades fisiológicas deixam de ser atendidas, se não completamente, pelo menos de forma adequada. A sensação frequente é de que o Estado perdeu o governo dos estabelecimentos prisionais.

Nesse sentido, sob a categoria de expectativas, do que é esperado do Estado, não há diferença substancial entre o que se entende devido pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário. A responsabilidade não é entendida como exclusiva de um ou de outro, em campos definidos, por aquele que pede. Especialmente no campo penitenciário, não é possível atribuir somente aos Poderes eleitos a atribuição de implementação de políticas públicas. Mesmo sua formulação, em grande medida, parte da atuação do Poder Judiciário que tem, inclusive, funções de fiscalização e normatização e considerando, principalmente, que a execução penal é uma tarefa essencialmente judicial. Então, não há espaço, pelo menos nesse campo, para discussão sobre a legitimidade do Poder Judiciário para implementar políticas públicas, ou sobre seu impedimento de agir em razão do princípio da separação dos poderes. É por isso, aliás, que o autor da ADPF 347 requereu do STF a implementação de medidas que reduzissem o número de encarcerados e a liberação de saldos do FUNPEN (Brasil, 2015e).

Quando o PSOL consigna que seu objetivo não pode ser contemplado via de outras ações do controle concentrado, seus pedidos traduzem um anseio de gestão. O manejo dos presos, sua melhor distribuição no espaço do cárcere, e a liberação de recursos, são medidas que traduzem um apelo, inclusive aos juízes, para que melhor administrem os presídios. O princípio da subsidiariedade para a propositura da ADPF, então, não é preenchido pela falta de instrumentos processuais que amparem os pedidos do autor – a existência dos temas da repercussão geral que tratam do assunto parecem afastar esse requisito –, mas pela inexistência de um mecanismo que coaja o Estado administrador a retomar o governo do cárcere.

Outra observação, diante dessa expectativa, é sobre a definição da tese e posterior impacto pretendido pela corte constitucional. Em primeiro lugar, cada relator deve conseguir a adesão de seus pares para que a tese sugerida seja fixada. Talvez por isso, e em deferência ao que consideram um dever de coerência no tratamento do tema, os ministros referenciem, reciprocamente, as decisões dos demais precedentes e as próprias posições. Essa abordagem indica uma forma de tratamento racional das decisões, que se apoiam não apenas no que a lei

dispõe. Além de julgados do próprio STF, outros reforços argumentativos são utilizados, como as decisões da Corte IDH (que foram citadas no relatório da Min. Rosa Weber na ADI 5170), assim como a experiência de outras cortes internacionais (como fez o Min. Ricardo Lewandowski no n.º RE 592.581, e o Min. Roberto Barroso, no julgamento do RE n.º 580.252).

Embora invoquem as normas constitucionais e legais violadas, as decisões também citam vários atos normativos do Poder Executivo, como decretos e instruções de serviço, e fazem menção, ainda, a pesquisas, relatórios e dados estatísticos produzidos pelo próprio Poder Judiciário. Observa-se, então, que as normas constitucionais, legais e infralegais detêm uma função diferente no âmbito dessas decisões, tanto em termos argumentativos, como em termos semânticos no contexto do novo constitucionalismo. Em outras palavras, não estamos diante de uma lei geral que, funcionando como premissa maior, poderia abrigar casos concretos, na forma de subsunção a ser realizada pelo julgador, e nem se trata de normas que visam coibir determinados comportamentos, mas estimulá-los e condicioná-los.

Mesmo diante de um procedimento racional, nem sempre a corte alcança consenso ou mobilização dos ministros para atender os pleitos ou fixar a tese de repercussão geral. A ADPF 347 (Brasil, 2015e), embora seja sempre citada pelos demais precedentes, gerou menos acordo entre os ministros para atendimento dos pedidos do que o RE n.º 641.320 (Brasil, 2016a), sob relatoria do Min. Gilmar Mendes, embora o espaço de tempo que intermediou os dois julgamentos tenha sido curto, e os pedidos, idênticos. Neste último precedente, o Min. Gilmar Mendes convocou audiências públicas para realização de debates que podem ter contribuído para uma maior adesão da corte à tese formulada. A participação de técnicos e especialistas em áreas diferentes de conhecimento, tem sido cada vez mais importante, para que a corte tome suas decisões. As audiências públicas são oportunidades para que esses expertos se manifestem sobre o assunto.

Vencida a etapa de fixação da tese, a corte constitucional tem a pretensão de que suas decisões impactem as ações das demais instituições políticas e sociais, mas diante da complexa rede de relações institucionais e do número de atores envolvidos, é difícil precisar o impacto dessas decisões analisadas. Aliás, o impacto das decisões do STF, em geral, é analisado sob critérios fixados pela própria corte, como o número de decisões expedidas, o fluxo de informações prestadas entre corte constitucional e demais tribunais, controle do número de encarcerados diante do número de vagas disponíveis e produção de cartilhas de orientação do CNJ para os demais membros do Judiciário e, em geral, para aqueles que utilizam a justiça

penal. Sob esses critérios, não é possível saber se as medidas adotadas diferem daquelas adotadas pelos demais Poderes quanto à disposição para mudanças políticas e sociais.

Uma última observação pode ser feita em relação às decisões sobre o sistema penitenciário: os ministros reconhecem que a superlotação é causa direta das condições degradantes do cárcere. Não obstante, essa questão central, que alguns autores chamam de cultura do encarceramento de massa, não foi, de fato, enfrentada.

Ao invés de enfrentar esse problema, os ministros do STF simbolicamente colocaram a responsabilidade do estado de completa exclusão da população aprisionada na política, afastando a responsabilidade do Judiciário brasileiro. Além de afirmar o direito de intervenção, a corte constitucional brasileira pronunciou um veredito sobre sua inocência em longas décadas de inconstitucionalidade, ilegalidade e inumanidade, tirando cuidadosamente o foco da atenção da jurisprudência existente sobre o assunto e jogando-o em problemas estruturais, passando a agir como uma observadora da situação em que a política ocupa o papel central.

1.3 Legislação, constitucionalização e jurisprudência simbólica

1.3.1 Legislação simbólica

O autor da ADPF 347 reconheceu que “não faltam normas jurídicas - inclusive do mais elevado escalão hierárquico - garantindo o respeito aos direitos humanos dos presos brasileiros” (Brasil, 2015d, p. 6). Reconheceu também que o superencarceramento seria resultado de uma legislação simbólica, expressão de um populismo penal que responde a cobranças da mídia e da opinião pública com o agravamento de penas e de seu regime de cumprimento (Brasil, 2015d, p. 6).

Da mesma forma, o Ministro Marco Aurélio, relator do acórdão da ADPF 347, consignou em seu voto: “[e]sse é o cenário legislativo dos direitos dos presos – as leis, versando-os, simplesmente ‘não pegaram’, não se concretizaram em proteção efetiva daqueles que deveriam ser beneficiados, e nada se tenta para alterar isso” (Brasil, 2015e, p. 27). Referiu-se ainda às conclusões alcançadas pela CPI na Câmara dos Deputados (provavelmente a de 2015), que mesmo tendo constatado inconstitucionalidades e notificado as autoridades a respeito, não conseguiu provocar a mudança do quadro.

Também o ministro Gilmar Mendes, no relatório do RE n.º 641.320/RS (Brasil, 2016a), expressamente consignou que: “[m]uito embora nossa legislação de execuções penais seja, em

linhas gerais, satisfatória quanto à afirmação dos direitos dos condenados, a falta de providências de ordem administrativa levou o sistema ao colapso” (Brasil, 2016a, p. 32). Mesmo reconhecendo que a legislação da execução penal é satisfatória, o ministro Gilmar Mendes cujo voto foi sufragado, nessa parte, pelo pleno, fez um apelo ao legislador para que este avaliasse “a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata” indicando que “[a] legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados (...) [mas] está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável” (Brasil, 2016a, p. 2).

A legislação é, de fato, vasta, partindo da Constituição até atos normativos editados pelo Poder Executivo⁵⁰ e pelo CNJ e, ainda, vários diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário, que se destinam, de forma direta ou indireta, a resguardar os direitos dos encarcerados. A LEP, de julho de 1984 (Brasil, 1984), que como já apontamos, é o ato normativo central do sistema penitenciário, foi concebido para obedecer “aos princípios e regras internacionais sobre os direitos da pessoa presa, especialmente as que defluem das regras mínimas da ONU” (Brasil, 1983, p. 73). Apresentado pelo Poder Executivo em maio de 1983, o projeto de lei que depois se converteu na LEP visava “cobrir o vazio legislativo dominante neste setor” (Brasil, 1983, p. 73). Na época em que foi editada a LEP, já se constatava que “a hipertrofia da punição não só viola a medida da proporcionalidade como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos criminógenos que propicia” (Brasil, 1983, p. 67).

Do mesmo modo, a hipertrofia punitiva foi observada pela CPI de 2008, que relatou a existência de uma “legislação do pânico”, editada para responder a reclamos sociais diante de crimes bárbaros, que resulta em mais aprisionamentos e aumento da população prisional (Brasil, 2009a, p. 62). O relatório dessa CPI ainda constatava que essa legislação mais dura é usada, tanto pelo Judiciário quanto pelo Executivo, para “iludir a sociedade com uma suposta diminuição do medo da população” (Brasil, 2009a, p. 328). Em relação à LEP, a CPI de 2008 relatou que a lei não alterou o tratamento desumano dirigido aos presos e apresentou um “Projeto de Estatuto Penitenciário”, com normas para registro, recepção, avaliação, seleção e

⁵⁰ O relatório da CPI de 2008 além de apontar os Decretos n.ºs 1.093, de 23 de março de 1994, que regulamenta a Lei Complementar n.º 79, de 7 de janeiro de 1994, que criou o FUNPEN, e o 6.049, de 27 de fevereiro de 2007, que aprovou o Regulamento Penitenciário Federal, ambos ainda em vigência, cita inúmeras Portarias de Ministérios diferentes, como o da Justiça e da Saúde e Resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) (Brasil, 2009a, pp. 320-325).

separação dos presos por delito e pena” (Brasil, 2009a, p. 565). A CPI de 2015 atribuiu o tratamento desumano destinado aos presos e seus familiares não à ineficácia da LEP, mas à sua não aplicação de “forma efetiva” (Brasil, 2017a, p. 179).

Embora os parlamentares tenham concluído que não se trata de ineficácia, mas sim de “falta de aplicação efetiva” (ou inefetividade da lei), a contextualização do texto indica que o problema é, realmente, de falta de eficácia da LEP. De fato, a CPI constatou “a falta de execução de uma política normativa que possa suprir eventuais omissões do legislador ou dar cumprimento às normas já existentes” (Brasil, 2017a, p. 179). A eficácia, de forma ampla, conforme Neves, abrange, além do sentido dogmático-jurídico, também um sentido “sociológico” ou empírico, a “conformidade dos destinatários à norma” (2018b, p. 45). Abrange, para Neves, “situações as mais variadas – observância, execução, aplicação e uso do direito – pode ser compreendida genericamente como concretização normativa do texto legal” (2018b, p. 46).

A inefetividade, por sua vez, está relacionada ao programa finalístico que orientou a atividade legislativa (Neves, 2018b, pp. 47-48). Uma lei pode ser eficaz, mas não ser efetiva. O exemplo dado por Neves é o de uma lei editada para combater a inflação, mas que não alcança esse desiderato, apesar de ter sido regularmente observada, aplicada, executada e usada (2018b, p. 48). De forma genérica, ineficácia, inefetividade, e dificuldade de concretização são termos empregados para descrever a legislação que não produz efeitos.

A inefetividade e mesmo a ineficácia da lei não significam, necessariamente, que ela seja simbólica, embora a ineficácia possa ser considerada um indício de que estamos diante de legislação simbólica (Neves, 2018b, p. 52). A legislação simbólica produz efeitos distintos do normativo-jurídico, servindo, em geral, primariamente, a finalidades político-ideológicas que se sobrepõem à normatividade jurídica (Neves, 2018b, p. 30). Embora a produção legiferante seja um momento de confluência concentrada dos sistemas jurídico e legislativo, a legislação não pode ser considerada simbólica apenas com referência à vontade ou à intenção do legislador. O conceito de legislação simbólica de Neves tem um significado específico, qualificando tanto ato de produção, quanto texto legislativo produzido, como de reduzida normatividade jurídica (2018b, p. 30).

Para Kindermann, as dimensões simbólica e instrumental estão frequentemente associadas nos processos legislativos contemporâneos (1988, p. 222). Poderíamos completar,

com Neves, que essas dimensões não estão relacionadas apenas aos processos legislativos contemporâneos, mas também à concretização normativa do texto legal. Embora a legislação simbólica não possa ser definida em oposição à legislação instrumental, é importante, em termos metodológicos, entender qual é, pelo menos, o objetivo da lei, quais as consequências, em termos sociais, pretendidos por ela e os interesses sociais que a possibilitam (Neves, 2018b, p. 31). De forma ampla, importa observar como a legislação pretende alterar a realidade social ou moldar comportamentos sociais.

Diante da dificuldade em distinguir em termos práticos o que é instrumental e o que é simbólico na legislação, Neves, além de apresentar a classificação tricotômica de Kindermann, também sugere distinguir os efeitos manifestos de seus efeitos latentes ou colaterais. “Desde Durkheim, a sociologia distingue entre funções manifestas, que são intencionadas e percebidas, e funções latentes, que não são nem intencionadas nem percebidas” (1988, p. 225). Não sendo possível dizer, genérica e abstratamente, que uma legislação é prevalentemente simbólica ou instrumental, Kindermann classifica a legislação simbólica de acordo com seu conteúdo, que pode ser: o reforço de valores ou de um grupo social, a promoção da confiança dos cidadãos no governo em exercício ou no próprio Estado (legislação-álibi) e um compromisso dilatório.

Do primeiro caso, seria exemplo a lei do aborto na Alemanha. Os grupos sociais que conseguiram sua aprovação estavam mais preocupados em expressar moralmente sua reprovação à interrupção da gravidez do que em reduzir o número de abortos. Parte-se, nesse caso, do pressuposto de que “a lei não é apenas um ‘instrumento’ para orientar processos sociais de acordo com conhecimentos e previsões sociológicas; é também uma expressão permanente da avaliação social e ética das ações humanas” (Kindermann, 1988, p. 232). Ou seja, as partes conduzem um conflito em torno da reafirmação simbólica das normas e não propriamente de sua efetiva aplicação. Nesse caso, Kindermann menciona que a lei pode ser vista como um instrumento de poder de um grupo social.

A legislação álibi, por sua vez, pode ser exemplificada com a lei penal, também produzida na Alemanha, que pretendia reduzir a onda neonazista de ataques a cemitérios e sinagogas judeus por volta de 1959-1960. A legislação alemã já continha normas que poderiam ser usadas para alcançar esse fim, ou seja, punir os culpados, o que significa que a lei era instrumentalmente desnecessária. Mas editando uma nova lei penal, o Estado deixava de enfrentar o neonazismo cúmplice de juízes que se recusavam a aplicar o direito penal vigente. Nesse caso, pouco importa a eficácia da lei, o Estado não pretende resolver o problema do

nazismo, o que só poderia ocorrer com o envolvimento da sociedade. Esse é o caso da “legislação do pânico” a que faz referência a CPI de 2008: estão ausentes pressupostos socioeconômicos e políticos para a sua efetivação (Neves, 2018b, p. 38). É por isso que se pode dizer que ela é, de fato, uma legislação simbólica, porque funciona como álibi usado pelo Estado para atender aos anseios sociais ao invés de enfrentar o problema dos altos níveis de criminalidade. Aliás, podemos dizer que entre as leis, talvez as que veiculam matéria criminal são as mais carregadas desse sentido simbólico de que falam Kindermann e Neves.

As partes da LEP que enunciam direitos dos presos, inclusive o de assistência, podem ser tomadas como exemplos de compromisso dilatório. Sobre esse tipo de legislação, o exemplo dado por Kindermann é o da lei das empregadas domésticas na Noruega, em 1948 (1988, p. 239). A lei previa disposições claras e específicas para melhorar a qualidade de vida do trabalhador doméstico e, ao mesmo tempo, impunha dispositivos punitivos de difícil aplicação. Simultaneamente ao compromisso firmado com um grupo, o dos empregados, a legislação também garantia sua ineficácia para os empregadores, postergando para o futuro a solução do conflito social subjacente (Neves, 2018b, pp. 41-42). A legislação é clara, mas o legislador evita garantir sua aplicação ou a transfere para órgãos de execução (Kindermann, 1988, p. 239). Quando o Poder Executivo brasileiro enviou a exposição de motivos acompanhada do projeto de lei que depois foi convertido na LEP, ele mencionou o compromisso que o Estado brasileiro tinha assumido perante a ONU (Brasil, 1983). A solução para o conflito social que resulta no superencarceramento foi postergada para um futuro distante.

Mencionamos que a falta de eficácia de uma lei não necessariamente a define como simbólica, ou, dito de outro modo, a legislação simbólica não se caracteriza apenas por não produzir ou deixar de produzir efeitos. Para Neves, a legislação simbólica é sempre normativamente ineficaz, mas ela produz efeitos. Partindo de uma concepção de normatividade que inclui tanto a regulação de condutas (eficácia) quanto a orientação de expectativas (vigência social), Neves dirá que este é o requisito que falta à legislação simbólica. “Falta-lhe normatividade” (2018b, p. 53). A legislação simbólica “[n]ão se distingue da legislação instrumental por não exercer influência sobre a conduta humana, mas sim pela forma como a exerce e pelo modelo de comportamento que influencia” (Neves, 2018b, p. 53).

A distinção quanto aos efeitos latentes ou indiretos da legislação, que prevalecem sobre seus pretendidos efeitos imediatos, é que possibilita caracterizá-la como simbólica. Com a legislação destinada à confirmação de valores sociais, poderíamos dar três efeitos sociais

importantes: “convencer as pessoas e os grupos da consistência do comportamento e norma valorados positivamente”, conduzir as principais instituições da sociedade a servir-lhes de sustentação e distinguir quais as culturas têm legitimação e dominação pública, das que são consideradas desviantes (Neves, 2018b, p. 54). Por sua vez, a legislação-álibi, como pontua Neves, tem amplos efeitos político-ideológicos e a legislação fórmula de compromisso dilatório, por fim, adia a solução de conflitos sociais subjacentes, como é o caso, já exemplificado, de partes da lei de execução penal.

1.3.2 Constitucionalização simbólica

A classificação de Kindermann pode ser utilizada também para as Constituições (1988). Não é possível, não obstante, simplesmente aplicá-la às normas constitucionais, considerando que a Constituição é necessariamente um documento carregado de simbolismo político. Além disso, não se pode limitar a Constituição ao cumprimento de uma função perante o sistema social. A ideia de Constituição, como pondera Neves, surge através da positivação do direito, mas a partir daí não é possível considerá-la como estrutura normativa ideal, como fez Kelsen. A Constituição é norma, mas também se relaciona com a realidade, isto é, o próprio ‘dever-ser’ constitucional deve ser considerado parte da realidade constitucional. Nesse sentido, “os procedimentos decisórios, tanto constituintes, como de concretização constitucional, filtram as expectativas jurídico-normativas de comportamento, transformando-as em normas constitucionais vigentes” (Neves, 2018b, p. 64). A Constituição é um subsistema normativo jurídico, que se relaciona tanto com outros sistemas sociais, quanto com outros sistemas ou formas de comunicação normativas e, ainda, com outras dimensões do sistema jurídico (Neves, 2018b, p. 64).

Neves introduz a análise da Constituição simbólica no contexto da teoria dos sistemas de Luhmann, mas diferentemente deste, que define a Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, a Constituição, para Neves, é analisada como um subsistema do sistema jurídico. Na teoria sistêmica, pode-se dizer que a constitucionalização decorre de um processo de diferenciação dos subsistemas jurídico e político próprio da modernidade. “A constitucionalização apresenta-se como o processo através do qual se realiza essa diferenciação” (Neves, 2018b, p. 65). A Constituição, então, não é declaração de valores político-ideológicos preexistentes, ou produto da evolução da consciência moral, em termos habermasianos, mas é resultado desse processo de diferenciação e, ao mesmo tempo, garantia da autonomia operacional do sistema jurídico e do político (Neves, 2018b, pp. 65-66). Disso

decorre que não há hierarquia vertical entre os sistemas jurídico e político, mas dentro do sistema, a hierarquização interna entre Constituição e lei funciona como condição de fechamento normativo e operacional do direito (Neves, 2018b, pp. 70-71).

A Constituição impede a injunção de qualquer sobredeterminação do sistema jurídico por outros sistemas, garantindo também sua positivação. A positividade do direito é uma aquisição do direito moderno pelo qual, como sistema, ele torna-se autônomo, autorreferencial e capaz de operar conforme suas próprias normas e distinções, independentemente de fundamentos externos (2018a, p. 30). A positividade permite que o sistema jurídico seja fechado operativamente e aberto cognitivamente, garantindo as características de alterabilidade e decidibilidade ao sistema jurídico e conferindo-lhe segurança. Ou seja, ele será alterado conforme seus próprios códigos e operações. Jurídico-sociologicamente, a Constituição funciona como “limite intrassistêmico para o direito positivo”, determinando “como e até que ponto o sistema jurídico pode aprender sem perder sua autonomia” (Neves, 2018a, pp. 68-69).

Como subsistema do sistema jurídico, a Constituição abriga normas constitucionais, que são tipos de normas jurídicas e, como tais, devem ser entendidas, em termos luhmannianos, como “expectativas de comportamento congruentemente generalizadas e estabilizadas em termos contrafáticos” (Neves, 2018a, p. 67). A vigência social do direito está relacionada à assegurar de expectativas, que Neves indica como “vivenciar”, enquanto que a eficácia corresponde ao “agir” e ambas as dimensões se condicionam, encontrando-se em relação recíproca (2018b, p. 52).

Neves amplia a metodologia estruturante de Müller para incluir no processo de concretização não apenas a produção da norma jurídica (geral) e da norma de decisão (individual) na resolução de um caso determinado, mas qualquer contexto em que o texto legal abstratamente positivado seja, grosso modo, “usado”, como apontamos no tópico anterior. Para Neves, o processo de concretização da norma se instaura previamente ao momento de aplicação porque texto e realidade encontram-se em permanente relação. A própria norma é composta de dois âmbitos: o programa normativo (dados linguísticos) e o âmbito normativo (dados reais) (Neves, 2018b, p. 84). “‘Normatividade’ significa a propriedade dinâmica da [...] norma jurídica de influenciar a realidade a ela relacionada (*normatividade concreta*) e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por esse aspecto da realidade (*normatividade determinada*)” (Müller *apud* Neves, 2018b, p. 84).

Em uma perspectiva semiótica, Neves relaciona a abertura semântica das normas constitucionais de que fala Müller, que exige a concretização constitucional, à pragmática da linguagem constitucional de Häberle, que inclui distintos participantes em sua concretização (2018a, p. 78). Apoiando-se em Peter Häberle, na semiótica de que fala Neves, todos os órgãos estatais, todos os poderes públicos, todos os cidadãos e grupos são participantes do processo de concretização, segundo Neves (2018b, p. 85). É pressuposto da normatividade da Constituição, então, uma esfera pública pluralista, que seja capaz de se articular em torno dos procedimentos democráticos. Nesse sentido semiótico, não há que se falar em “supremacia normativa hierárquica da Constituição” porque para Neves o sentido e o uso da Constituição condicionam-se reciprocamente. Eles se encontram entrelaçados nas práticas jurídicas de forma que “embora o texto constitucional atue como metalinguagem em relação à ‘concretização constitucional’, as decisões interpretativas da Constituição representam metalinguagem com respeito ao texto constitucional (linguagem objeto)” (Neves, 2018b, p. 89).

Não existe hierarquização absoluta entre Constituição e leis ordinárias, também do ponto de jurídico-sociológico. A hierarquização interromperia a circularidade entre os elementos do sistema e sua capacidade de reciclagem, de modo que “a validade e o sentido do direito constitucional dependem da atividade legislativa e da atividade de aplicação concreta do direito” (Neves, 2018a, p. 68). Tanto procedimentos de reforma constitucional, quanto atividade legislativa ordinária e decisões dos tribunais competentes para questões constitucionais funcionam como concretização constitucional (Neves, 2018a, p. 72). A inadequada (ou a falta de) concretização constitucional é um processo de maior abrangência social, temporal e espacial em relação a qualquer lei, de modo que o que Neves chama de constitucionalização simbólica tem a potencialidade de comprometer todo o sistema jurídico (Neves, 2018b, p. 99).

Com efeito, a Constituição tem função descarregante para o sistema jurídico, impedindo que este seja bloqueado pelas diversas e incompatíveis expectativas de comportamento que se desenvolvem na supercomplexa sociedade moderna (Neves, 2018b, pp. 72-73). Essa função descarregante atende ao princípio da não identificação, pelo qual a Constituição não pode se identificar com concepções abrangentes de natureza religiosa, moral e filosófica, sob pena de funcionar em consonância com seu ambiente (Neves, 2018a, p. 70). Quando a Constituição se identifica, ela não é Constituição em sentido moderno e o sistema jurídico não consegue fazer

face à complexidade do ambiente supercomplexo, na medida em que a própria positividade do direito, como qualidade de autodeterminação, fica comprometida.

Para Luhmann, a inclusão política da população é uma exigência funcional para que o Estado de bem-estar seja alcançado. O princípio de inclusão garante a inserção de toda a população nas prestações de todos os sistemas sociais (Neves, 2018b, p. 76). Dessa inclusão como acesso aos sistemas sociais, surge também, por outro lado, a dependência das condutas individuais de suas prestações (Neves, 2018b, p. 76). Se definirmos, portanto, o Estado de bem-estar, de um ponto de vista especificamente funcional, como “inclusão política realizada” e, por outro lado, como Estado de direito aquele que realiza a inclusão no sistema jurídico – por meio da institucionalização real dos direitos fundamentais referentes à liberdade civil e à participação política – não é possível falar destes últimos sem que os direitos fundamentais sociais estejam incluídos na Constituição (Neves, 2018b, p. 77). Há uma relação recíproca entre princípio da inclusão e diferenciação funcional (garantida pelos direitos sociais fundamentais prescritos na Constituição) e a possibilidade de que o sistema jurídico realize, de forma adequada, sua principal função (realização congruente e generalizada de expectativas e interesses diversos e contraditórios (Neves, 2018b, p. 78).

Outra prestação geral do sistema jurídico aos outros sistemas é a pacificação de conflitos. Em relação ao sistema político o sistema jurídico, por meio da Constituição, institucionaliza os direitos fundamentais, as normas referentes ao procedimento eleitoral, assegurando a independência do eleitor e impedindo que o sistema político fique sujeito a injunções particularistas (Neves, 2018b, pp. 80-83). Além disso, também como prestação do sistema jurídico ao político, a Constituição institucionaliza a divisão entre os três poderes, o que aumenta a capacidade de ambos sistemas e limita o poder político, estabelecendo diferença entre política e administração (Neves, 2018b, pp. 80-83).

A constitucionalização simbólica é um fenômeno típico da modernidade periférica. A distinção centro/periferia, nesse contexto, deve ser feita segundo o paradigma sistêmico. Isso implica dizer que as sociedades periféricas, diferentemente da classificação de Luhmann, não são tradicionais, mas fazem parte do cenário de diferenciação funcional da hipercomplexa sociedade mundial. Não obstante, o problema da constitucionalização simbólica não decorre apenas da superposição do sistema político e do econômico aos demais sistemas na supercomplexa sociedade mundial, o que se torna um óbice à independência nacional jurídico-política dos Estados periféricos (Neves, 2018a, p. 106). Características específicas das

sociedades regionais periféricas também terminam por impedir que os respectivos sistemas sociais estruturam adequadamente a complexidade e se autodeterminem e, em consequência, códigos, programas e critérios encontram-se difusos, sobrepondo-se uns aos outros (Neves, 2018a, pp. 107-109).

Nesse cenário, falta normatividade à Constituição, que se traduz como ausência de expectativas normativas congruentemente generalizadas e incapacidade de orientar condutas, em uma situação de permanente insegurança jurídica. Como consequência, “[o]s procedimentos e argumentos especificamente jurídicos não teriam relevância funcional em relação aos fatores do ambiente” (Neves, 2018b, p. 93). Outros sistemas funcionais, com seus respectivos códigos, sobrepõem-se aos do direito, bloqueando permanente e estruturalmente a concretização de critérios e programas constitucionais (Neves, 2018b, p. 93). Nesse caso, o problema não seria de constitucionalidade do direito, mas de (falta de) juridicidade da Constituição (Neves, 2018b, p. 93). A constitucionalização simbólica negativa padece não apenas da falta de uma esfera pública pluralista na concretização constitucional, mas também de falta de engajamento dos órgãos estatais vinculados à interpretação e aplicação, com a realidade constitucional (Neves, 2018b, p. 94). Ao texto incluído da Constituição, corresponde uma prática excludente do público, da população em geral.

Como a origem das Constituições dos países periféricos está em um processo de descolonização formal, elas são simplesmente modelos importados dos países centrais que, para eles, têm um significado histórico específico. “*Universalismo* como conquista do Estado constitucional ou Estado de direito torna-se, então, figura de retórica” (2018a, p. 135). Mas significa também que, ao invés da normatividade, prevalece o sentido político-ideológico da Constituição. Embora as Constituições dos países centrais também cumpram funções simbólicas, nelas, a força normativa é maior do que a simbólica. Já nos países periféricos, há uma hipertrofia da dimensão simbólica em relação à realização jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais (Neves, 2018b, p. 96). Nesse caso, a Constituição transmite um modelo que só seria verificável em outras condições sociais, o que tem dois efeitos: o de obscurecer a necessidade de transformação social para alcançar o Estado Constitucional e reduzir a tensão social (Neves, 2018b, pp. 98-99). Além disso, o processo de constitucionalização simbólica pode gerar a desconfiança pública no sistema político e nos agentes estatais (Neves, 2018b, p. 101). Esse seria o sentido positivo da constitucionalização simbólica. Positivo porque se refere à produção de um efeito: a desconfiança.

Das três formas de legislação simbólica de Kindermann, a única hipótese de constitucionalização simbólica como um problema que compromete todo o sistema constitucional é aquele em que sua concretização funciona como álibi para legisladores e governantes (em sentido amplo), como também para detentores do poder fora da estrutura estatal (Neves, 2018b, pp. 103-104). Ressignificando o modelo classificatório de Loewenstein, Neves aponta uma distinção entre Constituições instrumentalistas (que seriam as semânticas) e nominalistas. As normativas, como paradigma, seriam aquelas que teriam a capacidade de direcionar o processo de poder. As nominalistas, por sua vez, teriam os mesmos dispositivos das Constituições normativas, mas elas não conseguem realizar a filtragem da influência do poder político sobre o jurídico e nem se constituem como mecanismo reflexivo do sistema jurídico. “[O]corre o bloqueio generalizado do seu processo concretizador, de tal maneira que o texto constitucional perde relevância normativo-jurídica diante das relações de poder” (Neves, 2018b, p. 107). Já as Constituições instrumentalistas são usadas pelos detentores do poder, elas correspondem à realidade do poder. São comuns em regimes autoritários e totalitários.

1.3.3 Jurisprudência simbólica

Neves descreve o acidentado processo de constitucionalização em sociedades periféricas como a do Brasil, como simbólica, porque sistema jurídico e político não se tornam independentes. No Brasil, particularmente, ele analisa uma sucessão de Constituições que seriam alternadamente instrumentalistas (nos regimes autoritários de governo) e nominalistas (naqueles que se postulam democráticos).

O sistema político sobrepõe-se ao jurídico e também fica sujeito a injunções particularistas. O processo de constitucionalização simbólica gera efeitos ao longo de sua concretização que não são normativo-jurídicos, mas outros efeitos sociais e políticos. A jurisprudência, como conjunto de decisões do STF, gera efeitos porque é parte do processo de concretização normativa do texto constitucional. Mas que tipo de simbolismo caracterizaria a jurisprudência? Que tipo de efeitos produziria a jurisprudência simbólica? Seriam sempre efeitos político-ideológicos ao invés de normativo-jurídicos?

Na literatura sobre a atividade judicial e seu produto, a jurisprudência, como simbólicas, Carneiro aborda o que ele chama de judicialização simbólica como a transferência de medidas, em geral negadas pelo Poder Executivo, ao Poder Judiciário, e justificadas no programa

constitucional, em uma “tutela jurisdicional da cidadania” (Carneiro, 2013, p. 142). Ele menciona um deslocamento da constitucionalização simbólica para a judicialização simbólica porque a interpretação constitucional dos juízes, embora tenha a pretensão de tornar eficazes direitos sociais, em um novo modelo teórico, mantém as mesmas premissas limitadoras de ação dos demais Poderes. Sem embargo de alcançar alguns resultados em alguns âmbitos, as prestações materiais determinadas pelo Poder Judiciário não significam a inclusão dos cidadãos em todos os procedimentos políticos e nas diversas prestações decorrentes de suas dimensões (Carneiro, 2013, p. 142). Desse modo, as decisões judiciais não ultrapassam o modelo de cidadania tutelada, apenas exercendo uma forma de controle qualitativo de algumas políticas públicas.

Ariza e Arboleda, por sua vez, diante da crescente intervenção do Judiciário sobre o sistema penitenciário, apontam que os discursos jurídico-penal e constitucional operam como mecanismos de violência simbólica que neutralizam a destruição do corpo como parte da experiência do cárcere na América Latina (2020, p. 85). O cumprimento das penas implica restrição de direitos, mas o que se verifica nos presídios vai além de simples dor inevitável e inerente ao que é próprio do cumprimento da pena. Além da privação de bens e serviços básicos como alimentação, saúde e água potável, o corpo do condenado é marcado por sinais permanentes como perda de dentes, de membros do corpo e cicatrizes, fruto da extrema violência verificada intramuros da prisão.

A provocação dos tribunais gera o reconhecimento das condições subumanas de encarceramento, mas a taxa de encarceramento continua incontrolável. Em uma análise ampla, incluindo diversos dados e variáveis, Kahn indica que embora tenha havido uma queda no número de presos provisórios a partir de 2015, “a população prisional brasileira cresce linearmente há muito anos, em taxas próximas a 11% a.a.” ([2024?], p. 65). Ele também indica que há uma clara relação linear entre rebeliões, fugas e violações do Estado à LEP ([2024?], p. 7). Da mesma forma que na Colômbia, no Brasil, prende-se muito e quanto maior o volume de presos, piores as condições de encarceramento e, consequentemente, maior a possibilidade de mortes e rebeliões. A esses dados, soma-se uma maior consciência dos presos em relação à violação de seus direitos (Kahn, [2024?], p. 264). Consequentemente, maior é a probabilidade de que o Judiciário seja buscado a fim de remediar as condições dos estabelecimentos prisionais sob a argumentação de violação dos direitos humanos dos presos.

Ariza e Arboleda, em seu artigo, sugerem que enquanto buscam o Poder Judiciário para fazer valer seus direitos fundamentais, os presos se desarmam, sucumbindo às lutas travadas dentro dos presídios, e são mantidos nessa condição subumana até o cumprimento da pena ou até morrerem. “A retribuição, expressada através das condições subumanas de reclusão, suplanta o fim reabilitador da pena e a converte em violência velada, mas brutal, que simbolicamente aniquila o prisioneiro como sujeito de direitos” (Ariza; Arboleda, 2020, p. 91). Além da ordem da prisão e do governo da prisão, o preso é aniquilado pelo discurso político e jurídico. De forma ambivalente, ao tempo em que é protegido pelos discursos jurídicos, o corpo é castigado veementemente pelo sistema penitenciário. Assim é que o efeito jurídico real desse discurso é a manutenção da violência irrestrita contra o corpo como um componente essencial da experiência do cárcere na região (Ariza; Arboleda, 2020, p. 92).

Uma outra abordagem da jurisprudência simbólica é encontrada em Santoro, para quem, tanto quanto a legislação e a Constituição, a jurisprudência também pode encarnar, inclusive de forma sobreposta, a dimensão normativo-instrumental e a simbólica (Santoro, 2017, p. 117). Ela discorda da análise de Neves de que, no Brasil, ou em qualquer outra realidade, existe uma Constituição simbólica, distinta da normativa, já que em qualquer caso normatividade jurídico-instrumental e simbólico-política são sobrepostas. Atribuindo às cortes constitucionais o papel não apenas de interpretar textos constitucionais simbólicos ou normativos, elas poderiam extrapolar a função tradicional de mediadora de conflitos e produzir jurisprudência cuja eficácia também pode ser simbólica em um sentido negativo ou positivo. O que ela chama de eficácia simbólica da jurisprudência é produto da atuação complementar à tradicional normativo-instrumental da jurisdição, correspondendo a um desempenho político, dimensão que, de qualquer forma, está presente na interpretação de qualquer norma constitucional (Santoro, 2017, p. 185). No caso positivo, a jurisdição consolidaria normativamente valores sociais, comunicando à sociedade como devem ser tratados e interpretados no condicionamento das expectativas dos cidadãos (Santoro, 2017, p. 186).

Os efeitos simbólicos, como deixa claro Neves, não são opostos aos normativos, mas no caso da Constituição simbólica, predomina, de fato, um caráter hipertroficamente político-ideológico. “[A] ideologia não é compreendida como deformação de uma verdade essencial, de modo nenhum como uma representação falsa do que “não não é” (Neves, 2018b, pp. 97-98). O problema ideológico que Neves aponta no caso da constitucionalização simbólica é que ela “transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente

diversas” (2018b, p. 98). A Constituição transmite um modelo ilusório em relação à realidade constitucional, imunizando o sistema político e obstruindo “o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional” (Neves, 2018b, p. 98). Na teoria sistêmica de Luhmann, a relação entre direito e política é intermediada pela Constituição, o que indica que se esta não funcionar ou não existir, os respectivos sistemas não se tornam independentes, de modo a comprometer o funcionamento, a operatividade, de ambos. Enfim, toda a arquitetura sistêmica que redunde em um Estado de direito ou, pelo menos, na institucionalização de concepções e processos que lhe seriam próprios, é colocada em risco.

Klink considera “legislação simbólica” um conceito essencialmente político e, do mesmo modo, “as abordagens comunicativas e interativas que foram desenvolvidas a partir de alguma noção de legislação simbólica e/ou efeitos simbólicos da legislação” (2016, p. 29). Isso porque as teorias desenvolvidas em torno da legislação simbólica e seus efeitos pressupõem: um poder regulador e sua localização, distribuição e execução, ou seja, como a legislação deve ser instituída e implementada, por quem (ou quem deve estar envolvido nos respectivos processos) e quais normas ou valores merecem reconhecimento legal (Klink, 2016, p. 29). Ele usa a noção de política em três diferentes sentidos:

(i) uma visão normativa abrangente sobre a natureza, o objetivo e o alcance do poder regulador, a divisão do poder dentro do Estado (ou de alguma outra organização social), a relação entre Estado e sociedade, os valores a serem protegidos por meio da regulamentação e assim por diante (isto é, uma filosofia política ou, em termos marxistas, uma ideologia); (ii) um programa político (não necessariamente político-partidário) que traduza os pressupostos e aspirações gerais e fundamentais num conjunto de prescrições específicas para a execução e divisão do poder regulador no seio da organização social em causa e que identifique os objetivos centrais a atingir; e (iii) um cenário que, a um nível ainda mais concreto, atribui a cada ator ou organização um papel específico no processo de regulação e seleciona os instrumentos regulamentares (legislação ou outros meios) para atingir os objetivos políticos estabelecidos no programa político (Klink, 2016, p. 29).

Em sua concepção, tanto o que seria a legislação simbólica em um sentido positivo –, que é abordada, de uma perspectiva interna, como a produzida e implementada em processos mais democráticos e responsivos – quanto a legislação simbólica em um sentido negativo – em geral, a que decorre de uma abordagem externa e sociológica, que vê o processo de legislação como manipulador de símbolos e que não deseja ver mudanças, sendo inábil para promovê-las – detém semelhanças marcantes (Klink, 2016, p. 31). Ambas são produzidas em momentos de crise, sob circunstâncias sociais e políticas muito difíceis; em geral, usam cláusulas ou termos abertos ou vagos e revelam algum nível de dificuldade entre as disposições substantivas da lei e as condições para aplicá-las (Klink, 2016, p. 31).

O que Klink chama de um conceito político de legislação simbólica é uma abordagem ampla, como a de Neves, que envolve a função de comunicação e a construção de sentido na sociedade por meio de normas. Não se trata apenas de criar (ou elaborar) normas e aplicá-las, mas construir sinais, responder simbolicamente a expectativas sociais por meio das normas, que podem também ter o papel de gerenciar conflitos e funcionar como instrumento do poder. Mas significa, também, que a legislação simbólica e sua operacionalização encerram uma posição normativa em relação ao papel do Estado, sua relação com a sociedade, os valores a serem apoiados e a maneira de apoiá-los (2016, p. 33). Isso quer dizer que, quando se fala em jurisprudência simbólica, do mesmo modo, estão presentes certos pressupostos normativos, inclusive por quem é incumbido de julgar. O Estado de direito, por exemplo, é um desses pressupostos normativos e epistemológicos que, com a teoria de Neves, fica fragilizado. Desse modo, ele torna-se pouco útil como forma de inteligibilidade dos discursos e práticas do Poder Judiciário e seus efeitos.

Em nosso trabalho, tanto a cidadania tutelada de que fala Carneiro, quanto a violência aos corpos são efeito e causa do ECI que certamente fazem parte de seu simbolismo, fazem parte, especialmente, de uma racionalidade jurídica que anda de braços dados com um regime de poder. Conquanto reduzidas em número, as medidas adotadas pelo STF na declaração do ECI demonstram um uso do direito que certamente não é apenas o de aplicação da lei ou de resolução de conflito: as medidas não são deduzidas da Constituição ou da legislação. Também não podem ser entendidas como próprias do “vivenciar” as leis e a Constituição. Elas revelam um exercício diferente de poder em que, ao invés de leis, são usadas táticas diversas ou a própria lei é usada como tática (Foucault, 2009, p. 132). Nesse sentido, se a própria lei é usada como tática, sua eficácia não será necessariamente jurídico-normativa, ainda que esta seja entendida em um sentido amplo. Para entender, no detalhe, os efeitos da jurisprudência, incluiremos a análise do ECI em um regime de poder que Foucault chama de governamentalidade.

1.4 Governamentalidade

1.4.1 Racionalidade jurídica e poder governamental

Como apontado anteriormente, De Giorgi e Vasconcelos sugerem que não se trata de um ECI, que apenas é declarado pela corte suprema para justificar a transferência da solução do problema da política para o direito. Esses autores observam “uma suposta necessidade de intervenção do direito no campo que foi apresentado como privativo da política” (De Giorgi;

Vasconcelos, 2018, p. 484) e “a frustração institucional, uma impotência de agir em relação àquilo que se qualificou como um estado de coisas” (De Giorgi; Vasconcelos, 2018, p. 485). Para os autores, o ECI não resolve o problema que seria antes de tudo do próprio direito (De Giorgi; Vasconcelos, 2018, p. 490).

Nesse sentido, o primeiro nível do ECI seria a aplicação do direito que se torna difusa, impossibilitando identificar os atores. A ilegalidade (ou a inconstitucionalidade) difusa torna-se uma prática “normal” (De Giorgi; Vasconcelos, 2018, p. 499). Mas isso não significa que o caráter de inconstitucionalidade seja externo em relação ao direito. Quando as instituições operam na violação do direito, “parece que a única eficácia de uma assim feita declaração seja produzida nos confrontos do sistema político, o qual não havia efetuado a transferência dos fundos previstos para o sistema penitenciário” (De Giorgi; Vasconcelos, 2018, p. 499).

As discussões geradas em torno da intervenção do Poder Judiciário sobre o sistema carcerário podem ser situadas no limite impreciso entre os mundos do direito e da política, sempre apontando para dois sentidos. Um deles, defende ampliar os poderes do Judiciário, de modo a lhe conceder uma postura cada vez mais intervencionista no campo das políticas públicas. Essa seria a defesa, por exemplo, do neoconstitucionalismo. Em sentido oposto, teorias como a da soberania ou a da separação de poderes servem de fundamento para uma acirrada crítica ao excesso de prisões decretadas pelos magistrados, como medidas cautelares, ou em sentenças condenatórias, percebidas como abuso de poder. Esses dois impulsos, não necessariamente excludentes, tornaram-se visíveis nos debates da sessão plenária que examinou o pedido cautelar de declaração do ECI em relação ao sistema penitenciário brasileiro (Brasil, 2015e).

A justificativa apresentada para a declaração do ECI corresponde ao primeiro, ou seja, a necessidade de ampliação dos poderes do Judiciário através do emprego dessa nova técnica de jurisdição (Brasil, 2015e). E os pedidos apresentados pelo autor da ADPF 347, a maioria deles apelos dirigidos aos magistrados para que observassem as condições do cárcere ao fixarem as penas, tornam explícitos os excessos praticados pelo Poder Judiciário (Brasil, 2015d). Essas constatações podem ser verdadeiras e o respectivo embasamento teórico usualmente usado para enfrentá-las ser válido, mas não se revelam muito proveitosas para enfrentar o complexo mecanismo de poder em funcionamento no sistema penitenciário. Com efeito, em uma realidade tão complexa, é difícil dizer – apenas situando de forma abstrata e teórica o papel do STF como instituição, e o comportamento dos ministros ao decidir – qual o

papel da corte constitucional na construção do ECI, e qual a sua relação com o que se denominou o campo da política.

Essa perspectiva reducionista não explica porque, mesmo diante da inclinação crescente do Poder Judiciário para intervir no campo das políticas públicas, a cultura do encarceramento, que tem relação direta com as violações dos direitos fundamentais dos presos, nunca foi enfrentado. O Brasil é o detentor do terceiro maior contingente populacional de presos do mundo, conforme o *site* do *World Prison Brief* (WPF, [s.d.]), base de dados *on line* vinculada ao *Institute for Crime & Justice Policy Research*, em Birbeck, Universidade de Londres.⁵¹ Kahn também aponta que, apesar da imprecisão de dados compilados pelo próprio País, chama a atenção o número absoluto de presos no Brasil, que pelas suas pesquisas guarda relação com seu número absoluto de habitantes: “a população prisional brasileira é uma das maiores da lista e equivale a soma da população prisional de 13 países listados” (Kahn, [2024?], p. 326). Esse dado, que se mantém firme há algumas décadas, indica uma inefetividade da atuação do Poder Judiciário, pelo menos na forma pretendida pela corte constitucional, quer seja, como catalisador de mudanças estruturais que tanto reduzissem o número de encarcerados quanto tornassem adequadas as condições de cumprimento da pena.

Quando são comparados, de um lado, o ECI e as teses firmadas pelo STF em repercussão geral sobre o sistema penitenciário e, de outro, as conclusões alcançadas pelas CPIs do sistema penitenciário e as medidas adotadas pelo Poder Executivo para tentar retomar o governo das penitenciárias, algumas premissas podem ser fixadas:

i) uma primeira premissa é que o ECI e a jurisprudência do STF sobre o sistema penitenciário demonstram mais alinhamento do que divergência com os discursos e práticas dos demais Poderes.

ii) uma segunda premissa é que o ECI não representa uma cesura no tratamento dos presos dentro do sistema penitenciário. Pelo contrário, é parte de uma estrutura histórica de exclusão e desrespeito aos direitos humanos dos encarcerados.

⁵¹ O *World Prison Brief* (WPB, [s.d.]) se define como “...a unique database that provides free access to information about prison systems throughout the world”. Conforme consta na mesma página, seus dados são obtidos mensalmente, de governos e outras fontes oficiais (Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/about-us>. Acesso em: 01 set. 2022).

iii) uma terceira premissa é que a jurisprudência do ECI é produto do exercício de um poder que opera usando uma racionalidade própria, assim como o que se aponta como “poder político” é outra forma de apresentação do poder. O poder pode assumir várias formas ou “máscaras” (Ewald, 1993b, p. 27). Sob essa perspectiva, a declaração do ECI não é um ato de uso do poder soberano, mas uma estratégia de governança na modernidade, bastante sofisticada, que Foucault chama de governamentalidade.

iv) uma quarta premissa que podemos estabelecer é que o ECI é, ao mesmo tempo, causa e efeito de uma forma de exercício do poder. A agenda do STF é própria e complexa, mas isso não significa que a corte não reaja a certos acontecimentos políticos e sociais. Assim como não é possível identificar, de forma precisa, o que provocou a intervenção da corte constitucional brasileira nos casos em que se pronunciou sobre o sistema penitenciário, também não é possível prever o impacto da intervenção. As decisões do STF geram efeitos, mas eles nem sempre são os previstos. É sob essa perspectiva que podemos descrever a jurisprudência simbólica do ECI: como efeito imprevisto de uma forma de exercício de poder. Mais especificamente, podemos encontrar a jurisprudência simbólica no cruzamento entre a racionalidade jurídica e a governamentalidade.

Em sua teoria estruturante do direito, Müller pretendia transmutar “a pergunta por ‘norma e fato’ na pergunta pela normatividade e pela estrutura da norma” (Müller, 2008, p. 8), objetivando a racionalidade jurídica. Construções formalistas como a do positivismo acabam por eliminar a própria realidade. Nem os fatos são deriváveis de formações linguísticas e nem as decisões jurídicas e, por isso, elas devem considerar a realidade (Müller, 2008, p. 19). Diferentemente de uma proposta estruturante, perscrutar a jurisprudência do ECI como simbólica é entendê-la, antes, como parte da realidade constitucional no sentido mais amplo atribuído por Neves, como vivenciar e agir, como uma experiência.

Quando Richards e Kritzer analisam a construção de um regime jurisprudencial pela suprema corte norte-americana, eles reúnem alguns indicadores daquilo que estamos chamando de racionalidade jurídica. Os autores pontuam que as decisões não são fruto unicamente da racionalização de preferências políticas dos julgadores, e o papel do direito, por outro lado, não é encontrado nos precedentes como forma de prever resultados de julgamentos futuros. “Em vez disso, a lei no nível da Suprema Corte deve ser encontrada nas estruturas que os juízes criam para orientar a tomada de decisões futuras: a sua própria, a dos tribunais inferiores e a dos atores políticos não judiciais” (Richards; Kritzer, 2002, p. 306). Disso eles extraem que o

próprio direito muda, como é comum a todas as construções humanas e a corte suprema é mais livre para fazer essas mudanças do que as demais instituições, o que não significa que seus membros possam fazê-lo indiscriminadamente, sem observar “as estruturas institucionais que definem o papel da corte e sua gama de ações e tomadas de decisão potenciais” (Richards; Kritzer, 2002, p. 307).

Como governamentalidade, por sua vez, Foucault entende três coisas:

- 1 - o conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer esta forma bastante específica e complexa de poder, que tem por alvo a população, por forma principal de saber a economia política e por instrumentos técnicos essenciais os dispositivos de segurança.
- 2 - a tendência que em todo o Ocidente conduziu incessantemente, durante muito tempo, à preeminência deste tipo de poder, que se pode chamar de governo, sobre todos os outros - soberania disciplina, etc. - e levou ao desenvolvimento de uma série de aparelhos específicos de governo e de um conjunto de saberes.
- 3 - o resultado do processo através do qual o Estado de justiça da Idade Média, que se tornou nos séculos XV e XVI Estado administrativo, foi pouco a pouco governamentalizado (Foucault, 2009, pp. 143-144; Foucault, 2010h, p. 292).

Foucault desenvolveu a noção de governamentalidade nas aulas que ministrou no *Collège de France* em 1978 e 1979. A governamentalidade é a preeminência de um tipo de poder, o governo, sobre as outras formas de poder, soberania e disciplina (Foucault, 2009, p. 144). A população é o elemento que colabora definitivamente para essa transformação, desbloqueando a arte de governar.

Na segunda parte dessa pesquisa, pretendemos descrever o que é esse processo de governamentalização do Estado na forma pesquisada por Foucault para entender como, para ele, o governo surge a partir da soberania, mas se separa desta. A partir dessa separação entre governo e soberania, ele poderá contar outra história do Estado, em que este não poderá ser visto de forma estática, como centro e unidade do qual emana o poder. Essa leitura, além de afastar os valores do presente para contar a história do Estado, também dá nova forma aos poderes em operação, inclusive aqueles que se apresentam sob a forma jurídica, sem apelar para máscaras teóricas.

Um dos focos de pesquisa de Foucault é o poder, que ele analisou empregando metodologias que pudessem, segundo sua justificativa, apreender seus mecanismos, seu funcionamento. Em consequência de distintas abordagens, Foucault identifica pelo menos três formas de exercício de poder nas sociedades modernas: a soberania, o poder disciplinar e o governo. “O governo era entendido como a ‘conduta da conduta’ e, apesar das prevaricações, tornou-se o termo fundamental pelo qual Foucault abordaria as relações de poder” (Dean, 2010,

p. 2). No entanto, as formas de exercício de poder não são analisadas por Foucault de uma forma sequencial, como se uma tivesse dado lugar a outra: ele relata transformações e adota diferentes perspectivas, incluindo discursos e práticas insuspeitos para descrever sua operacionalidade. Em cada uma dessas análises empreendidas por Foucault, diga-se de passagem, podemos identificar também mudanças nas formas do direito.

O estudo da governamentalidade corresponde à “entrada da questão do Estado no campo de análise dos micropoderes” (Senellart, 2009, p. 519), o que, nas palavras de Foucault, significa empreender uma análise não institucionalista e não funcionalista do poder, ou seja, sem apelar para uma instituição totalizadora na forma do Estado (2009, pp. 160-161). Na análise da governamentalidade, embora haja prevalência de um tipo de poder, o governo, sobre os outros, isso não significa que os demais deixem de existir. Foucault fala de um triângulo em que soberania, disciplina e governo são postados em cada um dos vértices, que se utilizam do que ele chama de dispositivos de segurança, que são mecanismos essenciais de gestão da população. Os mecanismos de segurança não suprimem o direito, mas utilizam de técnicas jurídico-legais e técnicas disciplinares, como pretendemos esclarecer no próximo capítulo.

A hipótese aqui implícita é que a história de uma progressiva governamentalização do Estado possibilitará uma análise da jurisprudência do ECI e de seus efeitos particulares e periféricos distinta da que é ensejada pela dogmática jurídica.

1.4.2 Governamentalidade como forma de análise de um regime de poder

Além de uma breve descrição de algumas concepções da análise da governamentalidade, é importante também deixar claras, por ora, algumas balizas que a norteiam e que serão utilizadas nessa pesquisa para, posteriormente, tentar conectá-la com a jurisprudência simbólica do ECI.

Primeiro, Foucault tira o foco da soberania – que é atribuída ao Estado, para justificar e legitimar o exercício do poder político –, analisando a governamentalidade em um nível e com uma metodologia diferentes da teoria política ou da teoria geral do Estado. Consequentemente, a fonte do poder também não será o Estado. Aliás, sequer se pode falar em uma fonte imóvel do poder, ou de uma autoridade legitimada a exercê-lo. O poder não deve ser estudado como algo fixo, que é apropriado por alguém, mas como uma rede móvel, algo que circula, que só funciona em cadeia (Foucault, 2005, p. 35). Não existe algo como o “Poder”, com “p” maiúsculo.

Uma segunda baliza é a identificação da população como alvo dessa forma complexa de exercício do poder. O meio aparece como um campo de intervenção, em que nem sujeitos de direito são os atingidos (ou visados), como na soberania, e nem os corpos capazes de desempenhos requeridos como na disciplina, mas uma população (Foucault, 2009, p. 28). O “objeto do governo”, então, nunca é o Estado ou seu território, mas são sempre pessoas, indivíduos ou coletividades. “Os homens é que são governados” (Foucault, 2009, p. 164). Se a população é objeto de governo, este terá um sentido muito mais amplo, que Foucault definirá como “a conduta das condutas” (Foucault, 2009, p. 255).

A definição de governo de Foucault como a “conduta da conduta” inclui não apenas as condutas dos outros, mas também a conduta própria. Considerando essa definição ampla de governo, “[o] governo pelo Estado e suas várias agências seria, portanto, colocado em relação ao governo realizado por uma série de atores e agências heterogêneas, incluindo empresas, corporações, associações, organizações não governamentais e intergovernamentais e, em última análise, por indivíduos sobre si mesmos” (Dean, 2024, p. 2). Em nossa pesquisa, as “condutas do eu” serão analisadas em sua relação com o governo do Estado, ou seja, nossa análise das “práticas do eu” será limitada a contextos de programas e racionalidades do governo, mais especificamente, do governo do Estado. Isso significa que as “práticas do eu” podem ser analisadas como instrumentos para alcançar determinados fins políticos, sociais e econômicos.

Não obstante, ainda que a pesquisa se restrinja a análise de condutas no âmbito das racionalidades do Estado, não é possível desvencilhar as condutas do “eu” de suas relações com outros governos. Como decorre da definição de governo, outras formas de condução das condutas convivem com o governo do Estado ou o com o que chamamos de governo político. Então, ainda que tentemos limitar nossa análise ao governo político, outras formas de condução das condutas serão abordadas na medida em que podem concorrer para a produção de efeitos distintos daqueles pretendidos pelas racionalidades governamentais. Essa é uma observação importante no caso da análise do ECI, dado que vários tipos de “conduta das condutas” disputam espaço no campo penitenciário: das polícias às facções criminosas, cada vez mais ativas.

Faz parte da definição do governo, como indica também Dean, o emprego de “uma variedade de técnicas e formas de conhecimento, que busca moldar a conduta trabalhando com os desejos, aspirações, interesses e crenças de vários atores, para fins definidos, mas mutáveis,

e com um conjunto diversificado de consequências, efeitos e resultados relativamente imprevisíveis” (2010, p. 33). Essa é uma terceira baliza da noção de governamentalidade.

Foucault pergunta, em uma de suas aulas do curso de 1978: “Como se governar, como ser governado, como governar os outros, por quem devemos aceitar ser governados, como fazer para ser o melhor governador possível?” (2009, p. 118). Trata-se de questões que se referem à arte de governar, ou seja, algo que requer imaginação e inspiração, mas também habilidades técnicas. Habilidades técnicas que envolvem cálculo, medida, enfim, uma forma de racionalidade. Racionalidade deve ser entendida, então, como “qualquer forma de raciocínio, ou modo de pensar, calcular e responder a um problema, que é mais ou menos sistemático, e que pode depender de corpos formais de conhecimento ou especialização” (Dean, 2010, p. 24).

As mentalidades, por sua vez, como pontua Dean, nem carregam o peso racionalista e nem podem ser consideradas fruto de representação da consciência, “mas de corpos de conhecimento, crenças e opiniões nas quais nós estamos imersos” (2010, p. 24). As mentalidades se relacionam com racionalidades de governo e por vezes as justificam, sem que sejam necessariamente questionadas pelos envolvidos, ou seja, são dadas como certas.

Uma quarta baliza importante para introduzir a pesquisa da governamentalidade, é que as práticas de governo, que se direcionam para moldar racionalmente as condutas, estabelecem uma relação com a verdade. Ao abordar questões de método em sua obra, Foucault menciona regimes de verificação e regimes de jurisdição. “Analisar ‘regimes de práticas’ significa analisar programas de conduta que têm efeitos prescritivos sobre o que deve ser feito (efeitos de ‘jurisdição’) e efeitos codificadores sobre o que deve ser conhecido (‘efeitos de verificação’)” (1991, p. 75). Foucault analisa as práticas sociais, culturais e políticas como produtoras da verdade. Ao mesmo tempo em que nos governamos e somos governados pelo que adotamos como verdade garantida, “verdades sobre nossa existência e natureza como seres humanos”, por outro lado, a forma como governamos e nos conduzimos, dão origem a diferentes maneiras de produzir a verdade (Dean, 2010, p. 46).

Por fim, uma quinta baliza que orienta as pesquisas de Foucault sobre a governamentalidade, como, aliás, suas análises sobre o poder em geral, é a inclusão do sujeito. A ação do poder governamental depende da cumplicidade de sujeitos em seus próprios processos de autogoverno. Foucault parte do pressuposto de que o governo ou arte de governar implica reconhecimento da liberdade do sujeito. O governo pode moldar a liberdade, mas não

a constitui (Dean, 2010, p. 21). Ele pressupõe sujeitos livres em um sentido primário, ou seja, como “seres vivos dotados de capacidade corporal e mental” (Patton, *apud* Dean, 2010, p. 21). Assim, o governo age intervindo em campos de liberdade dos sujeitos e por meio dessas liberdades. Essa é, certamente, uma forma diferente da concepção da liberdade de filosofias políticas liberais. Uma das consequências dessa maneira de conceber a liberdade é a concepção de liberalismo para Foucault. O liberalismo é analisado por Foucault como uma moderna arte de governar que reconfigura soberania e disciplina, em sua preocupação com a população e seus imperativos de segurança e eficiência (Dean, 2010, p. 52).

A governamentalidade, enfim, pode ser usada como uma forma de analisar um regime de governo, o que Dean menciona ser uma “analítica de governo”. Ele reuniu alguns movimentos característicos para que essa analítica seja empregada: primeiro, a identificação de uma situação ou situações em que a atividade de governo se torna um problema (Dean, 2010, p. 64). Segundo a literatura, a governamentalidade dá prioridade às questões do “como” (Dean, 2010, p. 64). Terceiro, o governo não é a expressão de uma totalidade, mas de múltiplas práticas, regimes, que se condicionam uns aos outros. Esse terceiro elemento, ele desdobra em três: (a) quais campos de visibilidade vem à luz pelas racionalidades governamentais particulares, o que essas racionalidades iluminam e o que eles preferem obscurecer? (Dean, 2010, p. 69), (b) por quais meios técnicos de governo, tecnologias e mecanismos são constituídas as autoridades e a regra é cumprida? e (c) quais as formas de pensamento, conhecimento, estratégias ou racionalidades empregadas em práticas de governo? Como quarto elemento, temos a formação de identidades através das quais os regimes de práticas governamentais operam e tentam formar.

Os dois primeiros movimentos já foram feitos nessa primeira parte: a concretização das normas constitucionais na forma da jurisprudência do ECI não parece ser adequada a resolver o problema do superencarceramento. Aliás, a pergunta que podemos mais uma vez fazer é sobre o “como”: como o STF pretende, por meio da declaração do ECI enfrentar esse problema? O terceiro e o quarto instrumentos serão melhor empregados depois de abordar as concepções de poder de Foucault, o que faremos no capítulo seguinte. Quanto a identificar que existem múltiplas práticas de governo, múltiplas relações de poder que operam dentro do campo penitenciário, podemos aqui tomar de empréstimo a conclusão a que chega Campos em relação ao ativismo judicial. A intervenção judicial sobre o sistema carcerário, e particularmente o ECI, não podem ser analisados isoladamente e nem desvinculados “das estruturas constitucionais que, em lugares e épocas distintas, disciplinam a dinâmica de funcionamento dos outros poderes

e as relações entre indivíduos e Estado, tampouco das práticas culturais, políticas e sociais contemporâneas” (Campos, 2012, p. 149).

Dean também menciona como instrumentos da análise sobre a governamentalidade, que aqui podemos incluir, a tendência de que toda prática de governo institua o que ele chama de um elemento utópico que é ter como ponto de partida a ideia de que governar é algo mais do que exercer a autoridade, ou seja, que ela pode ser eficaz ou garantir os fins desejados (2010, pp. 73-75). Essa ideia é precisamente encontrada no acórdão do ECI: os ministros do STF acreditam que pode haver correspondência entre políticas públicas e o resultado pretendido, que é solucionar o problema “estrutural” do sistema carcerário, suprir os presos com os direitos fundamentais.

A análise da governamentalidade não leva em conta esse elemento utópico e nem valores que supostamente seriam subjacentes a práticas governamentais, muitos deles usados retoricamente, o que significa que eles não são utilizados para julgar e qualificar essas práticas. Ao descrever práticas e mentalidades de governo, a análise torna evidente “a disjunção entre a autorrepresentação de programas específicos e seus efeitos estratégicos” (Dean, 2010, p. 78). E é precisamente por meio desses efeitos e pela disjunção com programas constitucionais específicos que descreveremos a jurisprudência simbólica.

Antes, no entanto, no próximo capítulo, serão abordados noções e métodos de Foucault que contribuirão para direcionar nossa análise do ECI como uma forma de racionalidade jurídica no quadro da governamentalidade.

CAPÍTULO II

2 PARA UMA OUTRA HISTÓRIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

2.1 “Deixai toda esperança, ó vós que entraís”⁵²: os corpos supliciados

A frase que estampa o portal do inferno de Dante (Aliguieri, 2019) é apropriada para dar a dimensão do problema que o Poder Judiciário tenta enfrentar naquela ação. Os seres que habitam esse inferno nada fictício não são divididos em círculos, segundo sua categoria de pecados ou crimes, mas se encontram indiscriminadamente juntos, uma massa disforme e estranhamente homogênea. Não pode haver esperança em um lugar que é ele mesmo o último destino dos pecadores. Ainda que se pudesse esperar alguma coisa do futuro, é muito difícil que seja a reabilitação dos reclusos.

A situação dos presídios brasileiros é bastante precária quando comparada com a de outros presídios do mundo (Kahn, [2024?], p. 325). Ainda estamos em um patamar elementar, em que falar em aprimoramento de bases de dados e pesquisas para melhorar o sistema prisional é surreal diante das práticas de tortura e da violação sistemática de direitos fundamentais daqueles sob custódia do Estado (Kahn, [2024?], p. 9). As rebeliões e mortes violentas eclodem esporadicamente e, embora para Kahn elas sejam menos frequentes do que o noticiado pelos meios de comunicação, a virulência desses episódios é chocante.

Exceto pelo Carandiru, nos demais casos, o motivo recorrentemente apontado como estopim das eclosões de fúria é a guerra entre facções, grupos criminosos cuja atuação também já reconhecidamente não se circunscreve mais aos muros das prisões. A frequência com que esse motivo é citado como causa provável dos motins levou a Pastoral Carcerária Nacional a apontá-lo como parte de um discurso que serve para isentar o Estado.⁵³

Contudo, de dentro do numeroso contingente de atores, singulares e institucionais, sociais e políticos, que agem dentro do sistema penitenciário no Brasil, é difícil discernir em

⁵² Frase citada tanto pela petição da ADPF 347 (Brasil, 2015d, p. 2) quanto pelo relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito de 1993 (Brasil, 1994, p. 75).

⁵³ Nota produzida logo após o que ficou conhecido como o Massacre de Altamira. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2019/07/Nota-Pcr-Nacional-sobre-o-massacre-em-Altamira.pdf>. Acesso em: 22 jan. de 2023.

que ponto inicia e em que ponto termina a responsabilidade do Estado e de que natureza ela é. Não é possível estabelecer a responsabilidade do Estado em um sentido causal e imediato porque ninguém consegue, ao certo, dizer que esse ou aquele agente público esteve envolvido na chacina, salvo em casos como o do massacre do Carandiru. Mas ninguém deixaria de reconhecer que há responsabilidade do Estado em pelo menos um sentido: faltou ação, o Estado deve ser responsabilizado por omissão. A violência sobre o corpo dos presos é a evidência dessa omissão, prova irrefutável.

O corpo supliciado é levado ao Poder Judiciário como detentor de direitos previstos na Constituição, sujeito de direitos não preservados, ou mesmo violados, pela autoridade do Estado soberano. As violações de direitos humanos são dadas como prováveis durante a persecução penal e potencializadas durante o cumprimento da pena, antes que o sujeito, até então no polo passivo, como acusado ou réu, torne-se autor, componha o polo ativo de uma ação judicial, devidamente representado. No caso da ADPF 347 (Brasil, 2015d), representado por um partido político. Quando finalmente o Poder Judiciário profere sua sentença, além de declarar a violação massiva de direitos humanos do sujeito jurídico em nome do qual se postula, ele também reconhece que uma instituição de governo está em colapso. As penitenciárias brasileiras, reconhecem os ministros, funcionam como masmorras medievais e, ao invés de ressocializar os presos, fabricam criminosos.

A violência sobre o corpo dos presos é a prova eloquente de um poder que mantém em funcionamento as masmorras medievais a que se referiram os ministros do supremo. Quando Foucault descreve vividamente os suplícios de Damiens, no início de *Vigiar e punir*, condenado em meados do século XVIII pelo crime de regicídio, ele aponta que o poder lesado é o do soberano. Até o século XVIII, prossegue Foucault, a tortura judiciária sobre o corpo do condenado era empregada para extorquir a verdade, como ato de instrução, e para punir, como agente do poder (Foucault, 2010c, p. 54). A atrocidade, preferencialmente o suplício, pairava entre o inquérito e a cerimônia punitiva, a unir verdade e poder (Foucault, 2010c, p. 55).

O suplício não era, então, fruto da barbárie, de uma raiva sem lei: ao contrário disso, tinha uma função político-jurídica no regime de poder da soberania. Mas a punição ritual da soberania, que se materializava através da tortura e suplício dos corpos, ou mesmo por meio da morte pública, como parte do direito monárquico, foi substituída por um novo sistema de punição ao final do século XVIII (Foucault, 2010c, p. 126). A prisão será o principal

instrumento, elemento central, dessa nova organização da forma de punir, que é uma função social complexa (Foucault, 2010c, p. 27).

O min. Luiz Fux, em seu relatório no julgamento do RE n.º 841.526/RS (Brasil, 2016b)⁵⁴ defendeu que a função (social) punitiva deve ser exercitada plenamente. Ao mesmo tempo, consignou que essa função punitiva deveria respeitar os presos como seres humanos, pois Foucault já alertava que “no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua ‘humanidade’” (Brasil, 2016b, p. 25). No RE n.º 592.581/RS (Brasil, 2015c)⁵⁵, o min. Ricardo Lewandowski, em seu relatório, descreveu as prisões como fábricas de criminosos. Do mesmo modo, ele também citou Foucault, juntamente com Beccaria, para reforçar que, em momentos históricos tão distintos, as preocupações de ambos eram coincidentes: “ao invés de devolver os egressos à sociedade plenamente recuperados, na verdade [as prisões] contribuem para exacerbar ainda mais o seu sentimento de revolta pela existência indigna que o Estado lhes impõe para o cumprimento das respectivas penas” (Brasil, 2015b, p. 17).

O trecho destacado no voto do ministro Lewandowski foi tirado por Foucault do *Rapport ao conseil général de la société des prisons*, de 1819, para demonstrar que, desde que implantada como forma preferencial de punição, a prisão nunca cumpriu seus propósitos (2010c, p. 254). Ainda no início do século XIX, esse documento tornava público que a prisão nunca reduziu a taxa de criminalidade, provocava a reincidência desde que foi implantada como lugar de cumprimento de pena e sempre fabricou delinquentes porque em seu funcionamento o poder arbitrário da administração é uma constante (Foucault, 2010c, p. 251). Então, perguntava Foucault em seguida, para que serve o fracasso da prisão? (Foucault, 2010c, p. 258).

Se a prisão nunca teve uma existência exitosa dentro do sistema penal (nunca se voltou para a ressocialização dos presos), por que ela é mantida? E por que os remédios usados para tentar remediar os problemas causados pelo encarceramento são sempre os mesmos? Por que as reformas, baseadas em princípios e proposições fundamentais recorrentes – correção voltada para a recuperação do preso; separação dos condenados, conforme pena e características do criminoso; modulação das penas; trabalho como obrigação e direito do preso; educação; controle técnico da detenção e assistência ao preso até sua readaptação definitiva – são sempre

⁵⁴ Tema 592 da repercussão geral.

⁵⁵ Tema 220 da repercussão geral.

propostas como o meio adequado para lidar, seja com a defesa social ou com a revolta dos presos? (Foucault, 2010c, pp. 255 e ss.). De uma forma ou de outra, esses princípios e proposições se fazem presentes na legislação que rege o sistema penitenciário brasileiro atualmente. Talvez pudéssemos acrescentar a esses princípios um equivalente à necessidade de manutenção de bem-estar, relacionado a direitos sociais, como forma de manter a segurança dentro e fora dos estabelecimentos prisionais.

A adoção da prisão como mecanismo preferencial de punição, e sua permanência no quadro geral do sistema penal, mesmo diante de seu aparente fracasso, para Foucault, está relacionada a mecanismos de poder e saber que se encontram em articulação em nossas sociedades. Como função social complexa, a punição não pode ser abordada apenas como consequência das regras do direito ou de indicadores sociais, e, sim, juntamente com outros processos de poder (Foucault, 2010c, p. 27). As reformas do sistema penal que ocorreram no século XVIII não são produto da obra dos grandes teóricos clássicos, inspirados pelas ideias Iluministas, como Beccaria. Tanto o discurso de humanização, quanto um maior conhecimento do apenado, fazem parte da formação de uma nova epistemologia jurídica que se alia a uma economia de poder (Foucault, 2010c, p. 26).

Ao fim do século XVIII, além do direito monárquico, o projeto dos reformadores, que era o dos códigos universais e da qualificação dos indivíduos como sujeitos de direito, disputava espaço, ainda, com o projeto da instituição carcerária, que era o da coerção dos indivíduos pela vigilância e adestramento dos corpos (Foucault, 2010c, p. 126). Três projetos distintos, e aqui poderíamos dizer, com três possibilidades de “réus” ou “sujeitos passivos”: “[o] inimigo vencido, o sujeito de direito em vias de requalificação, o indivíduo submetido a uma coerção imediata” (Foucault, 2010c, p. 126). Dos três, o que prevaleceu foi o terceiro porque representava uma tecnologia de poder mais adequada, que punia de forma mais eficaz e econômica, reduzindo o domínio das ilegalidades difusas.

O sistema penal, *de per si*, conforme Foucault, deve ser concebido como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não as suprimindo na totalidade (2010c, p. 86). E dentro do sistema penal, a detenção, um “ilegalismo denunciado no poder do príncipe” (Foucault, 2010c, p. 116) será, a partir do século XVIII, o principal instrumento de gestão das ilegalidades. Na nova economia de poder, além de principal engrenagem, uma maquinaria de gestão das ilegalidades, a prisão também fabrica a delinquência. A prisão, aliás, será a concretização de uma maquinaria de poder que gere ilegalidades, organizando a transgressão

das leis em uma tática geral das sujeições (Foucault, 2010c, p. 257-259). A justiça, nesse contexto, também é instrumento para o controle diferencial das ilegalidades, ao lado da polícia, da prisão e da delinquência (Foucault, 2010c, p. 267). A produção da delinquência e seu investimento pelo aparelho penal, contudo, não são o resultado definitivo de um regime de poder estabelecido, mas se refere a táticas, sempre móveis, que encontram apoio e resistências (Foucault, 2010c, p. 270).

O suplício, no século XVIII, como agente de poder e revelador de verdade, se inseria fortemente na prática judicial (Foucault, 2010c, p. 54). A partir do século XIX, a nova prática punitiva se impunha, com uma forma mais “serena” de pesquisa da verdade, sem eliminar totalmente a violência da punição (Foucault, 2010c, p. 55). Prova disso é que, mais de dois séculos depois, os presídios brasileiros continuam ostentando a violência como uma parte do cumprimento da pena em muitos casos, continuando a história das relações enlaçadas entre ritual dos suplícios e procedimentos de verdade em nossa sociedade (Foucault, 2012a, p. 94). Os procedimentos de verdade de que fala Foucault, estão relacionados a regimes de poder: a relação verdade-poder é essencial a todas as práticas da penalidade, ainda que com formas diversas e efeitos diferentes (Foucault, 2010c, p. 55).

A realidade bruta dos suplícios não pode ser negada, ela existe, mas mais importante que ela, para nosso caso, não é a verdade que tenta captar o “estado de coisas” no mundo, verdade como correspondência ou como espelhamento do mundo. Até porque, “não há meios de transferir a brutalidade não linguística para os *fatos*, para a verdade da sentença” (Rorty, *apud* Prado, 2000, p. 149). Mais importante aqui é como o discurso e as práticas jurídicas e constitucionais sobre o ECI estabelecem a verdade que, ao mesmo tempo, funcionam em um regime de poder. Melhor dizendo, como a verdade se inscreve no discurso judicial, apoiado por instituições, e é reforçada e reconduzida por práticas relacionadas ao exercício do poder e, ao mesmo tempo, produz poder. Essa é a investigação que pretendemos fazer para entender como a jurisprudência do ECI, de forma simbólica, se relaciona com os suplícios nas penitenciárias brasileiras.

2.2 Legitimidade do poder do Estado pelo direito

2.2.1 A forma da jurisprudência e o problema do poder

A jurisprudência é definida, por uma vetusta dogmática jurídica, como um conjunto de decisões de um determinado tribunal em um mesmo sentido sobre casos concretos que lhes são

submetidos com a mesma questão “de direito”. Em princípio, ou em termos conceituais, deveria representar uniformidade de tratamento de um tema pelo órgão julgador, uma certa constância, a fim de manter segurança jurídica. Quando recorremos a um dicionário de filosofia, a jurisprudência é “a ciência ou conhecimento do direito; consequentemente, no sentido mais amplo, o estudo de doutrinas, normas e princípios de qualquer sistema jurídico” (Audi, 2006, p. 529).⁵⁶ Seguindo, ainda, o dicionário, trata-se de um vocábulo que também pode ser usado como sinônimo de filosofia do direito ao debruçar-se não sobre as leis reais de sistemas específicos de direito, mas de conceitos e princípios gerais que são comuns a todos os sistemas de leis (Audi, 2006, p. 529).

Seja como prática uniformizadora de decisões de tribunais e instrumento de uso dos operadores do direito em geral, seja como objeto da ciência ou da filosofia do direito, ou como aquilo que é essencial ao jurídico, podemos dizer que as duas concepções da jurisprudência têm em comum representarem a ideia⁵⁷ do direito atual. Uma ideia paradoxal, que reúne a pretensão de conservar uma ordem normativa e, ao mesmo tempo, de promover alteração social, gerar impacto em uma realidade que seria externa à do direito: a da sociedade. O paradoxo encerrado pela ideia do direito, tal como identificado, manifesta-se de forma exemplar no momento de sua aplicação. As decisões judiciais, ao tempo em que devem ser corretas e consistentes, conforme normas materiais e procedimentais (fazendo referência à ordem normativa), também pretendem alterar o mundo, impactar a realidade ou, pelo menos, mudar um estado de coisas.

Os julgadores, juízes e ministros, têm como principal instrumento de atividade as normas jurídicas, e como forma de operacionalização e desenvolvimento dessa atividade, a interpretação de um texto. De fato, a conformação da jurisprudência dos tribunais gira em torno do eixo da interpretação de normas produzidas (ou reconhecidas) pelo Estado, mesmo que tenha que levar em conta os fatos em análise. Os tribunais poderiam sair de rígidos limites cognitivo-dedutivos diante de problemas sociais mais sensíveis, que se referissem a valores irrenunciáveis reconhecidos pela Constituição, principalmente no desempenho da jurisdição constitucional.

⁵⁶ Esse segundo sentido da jurisprudência, como também pondera Costa vem, em geral, de traduções do inglês, *jurisprudence*. “Na língua inglesa, ocorre justamente o contrário do que ocorre na língua alemã: o termo *jurisprudence* opõe-se à noção dogmática jurídica, sendo usado para designar os estudos doutrinários não dogmáticos. Por isso, as traduções normalmente mais adequadas dessa palavra são filosofia do direito ou teoria geral do direito, a depender do contexto” (2001, p. 172).

⁵⁷ Aqui, o significante ideia é utilizado em um sentido mais próximo do senso comum, como a representação, não apenas mental, mas também como concepção compartilhada, de algo concreto ou real, algo que é experimentado.

Como conjunto de decisões dos tribunais, a jurisprudência, então, está relacionada a uma arte da magistratura: arte como técnica, mas que tem, como pressuposto e efeito, uma norma do Estado. Poderíamos dizer, em última análise, que a atividade dos tribunais, inclusive de sistematização de sua jurisprudência, está assentada em uma forma de poder cujo exercício cabe ao Estado por meio do direito. Dito de outro modo, que o direito é a instância de controle do poder do Estado ou, de forma mais geral, do poder político.

Castro usa a grafia *jurisprudencia* para especificar uma distinta relação entre “forma” e “matéria” – fazendo referência ao conceito filosófico de “forma” –, própria da dimensão jurídica, para tentar resolver o “problema do poder”. O “problema do poder”, um fato social fundamental, para Vaz, citado por Castro, pode ser sintetizado como o desafio de estabelecer uma convivência harmônica entre indivíduos, sem o recurso à violência, desde que estes passaram a viver em grupo (2012, p. 63). Pode ser traduzido, ainda, como a busca pela legitimação consensual do exercício do poder em uma sociedade política, o que pode ser encontrado nas instâncias da lei e do direito (Castro, 2012, p. 64).

A forma do direito e do Estado compõem o quadro de uma concepção do próprio poder, cujo exercício precisa ser legítimo, de acordo com a teoria geral do Estado ou com a filosofia do direito. O uso do poder pelo Estado, segundo essas duas abordagens, não pode se dar simplesmente pela força, deve ser limitado e exercitado por meio do direito. “Na raiz dessas divergências [sobre se a noção de legitimidade é obsoleta ou necessária], no que concerne à teoria geral do Estado e à filosofia do direito, está a estreita dependência da legitimidade em relação ao próprio conceito que se tem do direito” (Adeodato, 1989, p. 24). Que conceito do direito torna legítima a atuação do Estado? Qual é a forma do direito que embasa a produção da jurisprudência do ECI e a torna legítima? E quais são os efeitos que ela produz ou deixa de produzir se não for legítima?

Em uma breve recapitulação histórica, pode-se dizer que a partir do fim do século XVIII, início do século XIX, quando o Estado estabelece sua forma moderna, passando a monopolizar a produção do direito escrito e, paralelamente, verifica-se um declínio das concepções jusnaturalistas –, à luz das quais várias teorias sobre o exercício da autoridade são concebidas –, a legitimidade de seu poder torna-se um problema mais desafiador. Como pontua Castro, os jusnaturalistas dedicaram-se à reconstrução da filosofia política sobre uma nova base metafísica (diferente da dos gregos e diferente também da escolástica), substituindo concepções como “bom governo”, “virtude do governante”, do final da Idade Média, por especulações em torno

de noções como “contrato (social)” e “direito (natural)”. Em face das concepções dos contratualistas, o problema do poder, para o jusnaturalismo, é conferir supremacia a uma autoridade que deseja o bem, mas que pode, paradoxalmente, praticar a violência (Castro, 2012, p. 301).

No limiar do século XX, depois que essas especulações metafísicas do jusnaturalismo dão lugar a abordagens formalistas do direito, e depois do surgimento da sociologia positivista, Kelsen desenvolveu uma teoria jusfilosófica em que não há diferença entre direito e Estado. Os argumentos da sociologia positivista giravam em torno da observação de fatos sociais que compõem uma ordem social, e que se impõem como prática (Castro, 2012, pp. 419-420). Diante dessa constatação, tanto juristas positivistas quanto sociologistas positivistas fazem suas análises tendo por pressuposto a coerção e na dependência dela, reeditando o problema do poder, que passa a ser a “validade prática das normas intelectualmente chanceladas pela *jurisprudencia*” (Castro, 2012, p. 421).

A coerção é essencial para Max Weber,⁵⁸ que se debruçou especificamente sobre o problema da legitimidade diante de um direito legislado e positivado, tomando por ponto de partida a distinção entre poder e dominação (Adeodato, 1989, p. 56). Ao passo que o poder é genericamente a probabilidade de imposição da própria vontade, a dominação⁵⁹ é o poder jurídico-político do Estado, que tem pretensão de legitimidade (Adeodato, 1989, p. 56). Pretensão de legitimidade porque ela está sustentada na crença na justificabilidade ou legalidade desse monopólio (Held, 1987, p. 137). Desse modo, a crença na legalidade é suficiente para motivar a ação conforme o direito formalmente estatuído, seja ele um ordenamento pactuado ou imposto (Weber, 2010, pp. 70-71).

Kelsen reputa que sua ciência do direito se aproxima da definição do direito da sociologia de Weber porque esta pressupõe o conceito normativo de direito: “[p]ara ser o objeto de uma sociologia do Direito, a conduta humana deve ser determinada pela ideia de uma ordem válida” (1998, p. 254). Se a sociologia do direito tem por objeto uma ordem válida e coercitiva, significa que ela não se debruça sobre qualquer comportamento humano, mas apenas sobre os

⁵⁸ “Weber desenvolveu uma das mais significativas definições do Estado moderno, enfatizando dois elementos distintivos de sua história: a territorialidade e a violência. (...) Contudo, há um terceiro termo-chave na definição de Weber do Estado: legitimidade (Held, 1987, p. 137).

⁵⁹ “Este carácter monopolista da dominação violenta do Estado é uma característica tão essencial da sua situação atual como o seu carácter de ‘instituição’ racional e de ‘empresa’ contínua” (Weber, 2010, p. 108).

que se orientam pela crença em uma ordem normativa válida. Nesse sentido, a coercitividade da ordem normativa é pressuposta. “O poder político é a eficácia da ordem coercitiva conhecida como Direito” (Kelsen, 1998, p. 275). A validade do direito, por sua vez, não dependerá de sua eficácia –, ou seja, da conformidade de uma conduta com a norma: “[u]ma norma não é válida *porque* é eficaz; ela é válida se a ordem à qual pertence é, como um todo, eficaz (Kelsen, 1998, p. 58). O problema da legitimidade do direito será, então, o de uma norma em face da ordem jurídica.

De fato, o princípio de legitimidade de que fala Kelsen, está relacionado à presunção de validade de uma norma até que ela seja invalidada, conforme o que determina a ordem jurídica, ou até que a própria ordem jurídica seja anulada ou substituída (Kelsen, 1998, p. 171). Na teoria de Kelsen, os atos dos agentes públicos são imputados ao Estado porque previstos em lei, daí que as decisões judiciais têm a mesma natureza dos atos legislativos, sendo ambos atos de criação e aplicação do direito. A distinção é apenas de grau: enquanto o ato judicial, que cria e aplica uma norma individual, é geralmente determinado por normas gerais preexistentes quanto ao procedimento e conteúdo, o ato legislativo é determinado apenas quanto ao procedimento (Kelsen, 1998, pp. 209 e ss.).

Tanto a formulação de Weber quanto a de Kelsen encontram resistência em Schmitt. Schmitt acusa Weber de ter apenas transferido para a sociologia e a jurisprudência a confusão da filosofia em torno do conceito de forma (2006, p. 26). A partir dessa confusão, a forma pode significar tanto uma “condição” transcendental do conhecimento jurídico, nos moldes de Kant, quanto uma regularidade uniforme que surge do exercício repetido e do raciocínio técnico (Schmitt, 2006, p. 27). Em razão da uniformidade e previsibilidade desta última forma, passaríamos para uma terceira, a racionalista, “uma plenitude surgida de necessidades de trânsito ou dos interesses de uma burocracia formada juridicamente e voltada, tecnicamente, para a previsibilidade” (Schmitt, 2006, p. 27).

A forma jurídica, para Schmitt, é especial: como não pode realizar a si mesma, necessitando de uma forma institucional concreta para ser aplicada, ela não pode ser apenas técnica, voltada para a eficiência e adequação, como o comando e o aparato militares (2006, p. 26). Neokantianos teriam tentado extrair o subjetivismo do comando, contrapondo-o “à validade objetiva de uma norma abstrata” (Schmitt, 2006, p. 28). Para Kelsen, que se inspirou em Kant para construir uma “ciência jurídica” neutra, depurada de todo e qualquer elemento

moral, todo aspecto pessoal, que é traço comum na doutrina da soberania do Estado, deve desaparecer do conceito de Estado (Schmitt, 2006, p. 28).

A forma jurídica, defende Schmitt, é um meio para concretizar a “ideia jurídica” que tem a ver com a *autoritatis interpositio* (Schmitt, 2006, p. 29). Em outras palavras, a formalidade, a indicação de quem pode decidir, na lei, não é suficiente para legitimar o poder jurídico da decisão (Schmitt, 2006, p. 30). Quando ocorre a justificação do Estado com base em um princípio geral da legalidade apenas formal, ou seja, quem exerce poder e domínio o faz com base ou em nome da lei, estamos diante de um Estado legiferante parlamentar que é o que a teoria política chama de Estado de direito (Schmitt, 2007, p. 21 e ss.). Nessa forma de Estado, “[l]egalidade e legitimidade passam a ser então instrumentos táticos dos quais lançará mão todo indivíduo que deles puder tirar vantagens em momento dado, instrumentos que, voltando-se contra esse mesmo indivíduo, serão deixados de lado” (Schmitt, 2007, p. 100). A legalidade formal não é suficiente para garantir a estabilidade de um regime e, em momentos de crise, a decisão política, que cabe ao soberano, deve prevalecer sobre a norma jurídica.

2.2.2 Legitimidade entre facticidade e validade: o poder comunicativo

Habermas, por sua vez, parte da insuficiência do direito positivo como corporificação da racionalidade cognitivo-instrumental, como sustentava Weber, para que o direito seja considerado legítimo (2012, p. 462). O domínio da legalidade necessita de uma justificação prática, distinta daquela que estabiliza relações de força, em um sistema de autoridade, ou de procedimentos institucionalizados (Habermas, 1994, p. 128; Habermas, 2016, p. 375). Weber não teria alcançado a justificação moral-prática porque seu conceito de racionalidade seria estreito, e o tratamento do direito seria reduzido aos limites da sociologia da dominação, sem considerar sua função sócio-integrativa (Habermas, 2003a, pp. 101-102, Habermas, 1999, p. 937). Ampliando o modelo de racionalização social de Weber, Habermas incluirá a racionalidade comunicativa, que se faz presente nos processos intersubjetivos de comunicação, por meio dos quais os participantes orientam-se para alcançar entendimento mútuo (1993, p. 103).

A racionalidade comunicativa será posta à prova em uma teoria social da ação, em que Habermas reconstrói as estruturas normativas da comunicação social e com ela pressupostos que tornam possível a legitimação democrática do direito, conforme exigências pragmáticas e contextualizadas. Na teoria do Estado de direito de Habermas, o direito guarda relação com a

moral porque ambos são formas de manifestação da razão prática: “[a] normatividade, que se fundamenta em princípios no estágio da moral pós-convencional, diz respeito ao ‘dever-ser’ (*Sollen*) universalista, incondicionado” (Neves, 2013, p. 111). A moral de que fala Habermas (1991, p. 19) nesse estágio pós-convencional, que é próprio da modernidade, é procedimental, mas do ponto de vista do conteúdo, o direito legítimo deve respeitar o princípio moral da justiça e da solidariedade universal, independentemente de contexto. Por meio da relação entre moral e direito, Habermas também reconstruirá a relação entre autonomia privada e pública, direitos fundamentais e soberania, tendo em vista sujeitos morais e autônomos que podem, livremente, dar seu assentimento a normas justificáveis racionalmente.

A legitimidade do direito define sua validade em um Estado de direito, em tensão com sua facticidade, relacionada à sua positividade e seu caráter coercitivo. Essa é uma das formas em que a facticidade e a validade do direito revelam-se em tensão⁶⁰, que reaparece também entre poder político e Estado de direito ou, mais especificamente, entre dominação política, que se exerce por meios coercitivos, e poder político constituído conforme o Estado de direito (Habermas, 2003a, p.174). O poder, empiricamente, funciona como simples forma da qual o poder político pode se valer (Habermas, 2003a, p.174). O uso instrumental do direito pelo poder revela a facticidade de um poder ilegítimo (Habermas, 2003a, p.174).

No Estado de direito, por outro lado, o poder político envolve a transformação do poder comunicativo, que surge nas esferas públicas – que “constitui principalmente uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento” (Habermas, 2003b, p. 92) –, em poder administrativo, que seria a dominação legal-racional de que fala Weber (Neves, 2013, p. 119), exercido por instituições estatais (a burocracia estatal, de modo geral, inclusive tribunais) e corpos de especialistas. A transformação do poder comunicativo em poder administrativo se opera, então, pelo *medium* do direito (Habermas, 2003a, p. 190). Habermas se inspira em Arendt para definir o poder comunicativo. Para o filósofo alemão, violência estrutural não está centrada nas instituições políticas, manifestando-se como bloqueio de processos comunicativos em que se formam as convicções dotadas de eficácia legitimadora (Habermas, 1993, p. 115).

O ponto de partida de Habermas é o diagnóstico de crise de legitimação do Estado, que vêm à tona pelo aumento de suas atribuições quando ele assume prestações sociais na forma do

⁶⁰ Internamente, a tensão entre facticidade e validade manifesta-se também entre autonomia privada e pública e direitos humanos e soberania popular, mediada pela relação entre direito e moral.

Estado social. A crise de legitimação, para Habermas, é reflexo de alterações estruturais experimentadas pelos membros de uma sociedade, que põem em risco a identidade social e, por conseguinte, a própria integração e instituições sociais (1994, p. 14). As crises de identidade, por sua vez, estão relacionadas a problemas de condução que, para Habermas, têm estreita conexão com as estruturas normativas (1994, p. 18). Esse ponto de partida é que o leva a elaborar uma forma de legitimação, refutando a do Estado liberal. Nesse sentido, a “[r]acionalização significa mais do que simples legitimação, porém menos do que a constituição do poder” (Habermas, 2003b, p. 23). O Estado democrático de direito, apoiado no conceito do discurso, teria mais conotações normativas do que o do modelo liberal e menos do que o do republicano (Habermas, 2003b, p. 23).

Habermas reconhece que a forma Estado de direito continua a enfrentar crises, que são identificadas, sobretudo, pela perda do efeito impositivo da lei parlamentar e a ameaça ao princípio da separação de poderes (2003b, p. 173). Em um Estado social, manifestações dessa última ameaça seriam o excesso de regulamentações por parte do poder administrativo – que se relaciona ao que ele chama de crise de racionalidade administrativa –, e o desenvolvimento de uma atividade legislativa implícita por parte de juízes. Essas tendências de crise, para Habermas, demonstram a insuficiente institucionalização de princípios do Estado de direito (2003b, p. 180). Para que o Estado de direito não se degenere, é necessária a democratização progressiva, que está relacionada ao fortalecimento das esferas públicas e da sociedade civil.

O tipo de legitimação do Estado de Habermas tinha a pretensão não apenas de descrever um problema, mas também de prescrever uma forma de evitar a reificação social diante de um governo cada vez mais burocratizado. Quanto a esse objetivo, uma das críticas a seu projeto filosófico-político questiona a necessidade de um ideal regulativo para engajamento social tanto em uma atividade crítica quanto para a submissão dos sujeitos às normas do Estado. Held, por exemplo, classifica a teoria de Habermas como teoria da crise de legitimação porque o poder de um Estado democrático de direito dependeria, em última instância, de sua legitimação (1987, p. 215). Uma das objeções a essa teoria da crise de legitimação introduzidas por ele é que não é óbvio que o poder do Estado está sendo erodido pela falta de legitimação (Held, 1987, p. 216). Muito menos pela falta de legitimação alicerçada na racionalidade comunicativa, que tem por base a vinculatividade do consenso racional em torno da adequação de uma norma (Habermas, 1993, p. 103). A esfera pública é o lugar do dissenso: “a legitimação forjada a partir da esfera

pública pluralista não resulta do consenso em torno do resultado do procedimento, seja esse consenso suposto, fático ou hipotético-racional” (Neves, 2013, p. 148).

A apatia popular em relação ao exercício do poder por administrações públicas burocráticas e corpos de especialistas de que fala Habermas pode indicar a falta de instrumentos para lidar com esse poder. Melhor dizendo, a erosão do poder do Estado, percebida como falta de eficácia das decisões políticas (no sentido de decisões adotadas pelas instituições da burocracia estatal, ou pelo exercício do poder jurídico-legal) pode indicar a necessidade de uma abordagem diferente do poder. A necessidade de tematizar de forma diferente o exercício do poder, por sua vez, significa também analisar de forma distinta seus efeitos e reconstruir uma análise sobre o direito a partir delas. Nessa pesquisa, significa reinserir a pergunta sobre os efeitos do poder não no quadro das teorias de legitimação, ou como problema de ineficácia das decisões políticas (em tensão com a legitimidade) mas, a partir daqueles efeitos, identificar um regime de poder. Aqui, podemos empregar Neves sobre um tipo de análise que busca entender os efeitos empíricos do poder: “os problemas de fundamentação só se tornam objeto de reflexão desde que, de fato, tenham efeitos sociais” (2018a, p. 13).

2.3 O problema do poder e a necessidade de uma nova metodologia de análise

2.3.1 Insuficiência de teorias para analisar discursos e práticas

Na primeira parte da pesquisa, apresentamos a jurisprudência como uma forma de racionalidade jurídica que se relaciona com um regime de poder. Já nessa segunda parte, tornamos evidente o resultado do regime de poder em ação no sistema penitenciário: os corpos supliciados. Além disso, indicamos como a verdade se relaciona com um regime de poder, mais especificamente, poderíamos dizer, como a verdade jurídica se relaciona com uma construção do poder. Em seguida, indicamos algumas das formas pelas quais o “problema do poder” é analisado por algumas teorias do Estado e do direito e pela filosofia político-jurídica de Habermas, terminando por constatar a insuficiência dessas teorias para analisar um regime de poder e seus efeitos. Esse é o intuito de Foucault, quando desenvolve o que Dreyfus e Rabinow chamam de analítica interpretativa (2013, p. 157).

A pretensão de Foucault não era elaborar uma teoria do poder, mas seguir a análise de seus mecanismos (2009, p. 3). Aliás, Foucault não tinha a pretensão de elaborar concepções teóricas centralizadas e sistemáticas em relação a nenhum tema. Como Deleuze, Foucault também faz da teoria uma caixa de ferramentas, que deve ser usada para funcionar (2010b, p.

71). Ele explicita que sua pesquisa deveria ser vista como “um instrumento para analisar a lógica das relações de poder e das lutas em torno delas” (Foucault, 2006c, p. 251). E segue dizendo, ainda, que essa pesquisa deve se dar a partir de reflexões históricas e sobre situações dadas (Foucault, 2006c, p. 251).

Apesar de ter claro que o poder era um de seus problemas centrais, Foucault pondera que sua mecânica só passou a ser analisada por ele a partir de 1968⁶¹ (2010d, p. 6). Data dessa época, o início do que a doxografia aponta como a fase genealógica de Foucault, em que ele amplia seu campo de pesquisas e altera a metodologia empregada para isso. Os elementos não discursivos ganham proeminência em suas análises, o que Dreyfus e Rabinow afirmam ser a inversão da fundamentalidade da prática, em todos os níveis, sobre a teoria (2013, p. 137).

O próprio Foucault sugere essa mudança metodológica quando, referindo-se a análise do discurso, escreve que ele deve ser considerado não mais simplesmente sob seu aspecto linguístico, mas como jogo estratégico e polêmico (2013a, p. 19). Essa afirmação indica que o discurso deve ser investigado em sua materialidade, que é essencialmente estratégica, diferentemente de Habermas, que analisa a dimensão pragmática e normativa do discurso.⁶² Para Habermas, a racionalização social pode ser guiada pela racionalidade comunicativa, através da qual ele procura reintroduzir estruturas normativas nos contextos das sociedades modernas fragmentadas, como explorado brevemente no tópico anterior. Já para Foucault, a racionalidade não é resultado de um processo de racionalização da sociedade e da cultura, mas deve ser analisada em campos específicos, com relação a uma experiência fundamental, como o crime, a morte, a sexualidade (2013b, p. 276). Quando Foucault é perguntado sobre a constatação de Habermas de que ele teria adequadamente observado a bifurcação da razão (a razão técnica e a razão do entendimento), ele responde que o problema dessa menção elogiosa é que ela pressupõe uma divisão: “ou você aceita a razão, ou cai no irracionalismo” (2000b, p. 314). Essa constatação encerra uma crítica tanto a uma suposta neutralidade da racionalidade,

⁶¹ Sobre o ano de 1968, e as agitações estudantis e greves, Manoel Barros da Motta esclarece que Foucault impressionou-se com aqueles que se expunham ao perigo, distribuindo panfletos e conclamando à greve geral. “Foi para ele uma formidável experiência política”, momento em que ele pôde perceber um marxismo vivo, um ato existencial, diferente do marxismo dos acadêmicos na França (2000, pp. XIII-XIV).

⁶² Foucault analisa o problema da materialidade da linguagem retornando ao tema da sofística: “[s]e considerarmos a linguagem como uma série de fatos tendo um determinado estatuto de materialidade, essa linguagem é um abuso de poder pelo fato de podermos usá-la de uma determinada maneira, tão obscura, que vem impor-se à pessoa a quem é dirigida, do exterior, criando problemas sem solução, seja de compreensão, de reutilização, de retorsão, de respostas, de críticas etc.” (2013a, p. 151). Já para Habermas, “[a] linguagem pode assegurar uma função comunicativa ou a transmissão do saber (...) no contexto de uma comunidade linguística” (2004, pp. 199-200).

quanto à impossibilidade de desenvolvimento de capacidade crítica fora de uma estrutura normativa.

Diferentemente da França, pondera Foucault, na Alemanha, a filosofia e a reflexão política desenvolveram uma desconfiança em relação à racionalização da técnica e da ciência, o que se deve ao impacto da *Aufklärung*, que não teve uma significação tão ampla quanto na França. Segundo ele, esse problema da *Aufklärung* agora podia ser retomado de forma significativamente próxima da abordagem da Escola de Frankfurt. Mas, diferentemente dos filósofos alemães, o que ele busca é desvendar como, a partir da falta de sentido, as estruturas mesmas constituem seu sentido por meio da coerção. “Eis a recíproca e o inverso do problema da *Aufklärung*: o que faz com que a racionalização conduza ao furor do poder?” (Foucault, 1990, p. 11). Ao mencionar a *Aufklärung*, Foucault faz referência ao texto de Kant “*Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*”, ao qual ele retorna algumas vezes. Além do artigo *O que é a crítica?* que é de 1778 (1990), em que ele se refere àquela distinção filosófica da França com Alemanha, Foucault também abordará o texto de Kant em outro artigo intitulado *O que são as luzes?* cujos fragmentos foram examinados no curso ministrado no *Collège de France* entre 1982-1983, depois publicado como *O governo de si e dos outros*. Nesses últimos dois textos, ele esclarece que a *Aufklärung* tem a ver com um *ethos* crítico, tanto em um sentido negativo, de não se sujeitar a relações de poder, quanto em um sentido positivo, que ele define como uma atitude experimental de um trabalho sobre nós mesmos em direção à liberdade (Foucault, 2000c, p. 348). O paradoxo que se apresenta para esse *ethos* crítico e experimental é o das relações de capacidades e do poder (Foucault, 2000c, p. 349).

Em termos de governo, o problema pode ser apresentado como os limites que podemos colocar ao governo dos outros por meio de nosso próprio governo. Em ambos os textos, ele reafirma seu projeto histórico de se debruçar sobre discursos e práticas singulares, sem se filiar a um projeto teórico universal ou transcendental (Foucault, 2000c, p. 348). A questão das Luzes retorna para o Ocidente, atualizando a questão das liberdades às quais ele pode ter acesso e também sobre os limites e poderes que ele usou (Foucault, 2000d, p. 357). Em suma, é a questão do uso da razão como esclarecimento e como despotismo (Foucault, 2000d). E esse é um desafio para a experiência, não para a teoria ou a ciência.

O caminho de Foucault, então, não é o da oposição à razão dominante da técnica na modernidade, ele não está interessado no “momento em que a razão se tornou técnica”. Ele aborda a autocriação da razão e “diferentes instaurações, diferentes criações, diferentes

modificações pelas quais as racionalidades se engendram umas às outras, se opõem e se perseguem umas às outras” (Foucault, 2000b, pp. 317-318). Mas Foucault não se limitará a descrever a construção da racionalidade por meio de discursos e práticas sociais. Ao invés disso, ele irá reunir um domínio de fatos e práticas particulares e específicos, problematizando noções dadas como certas, de forma abstrata, e colocando, desse modo, questões para a política (Foucault, 2006k, p. 228). A problematização é parte do método de Foucault para fazer o que ele chama de uma história da verdade (Lemke, 2017, p. 88).

Daniel Defert menciona, em relação a Foucault, uma certa emancipação da filosofia (Defert, 2018, p. 241) – e o próprio Foucault dirá que “não se prende a métodos de uma exegese tradicional ou do formalismo linguístico” (2014, p. 67) o que dá ensejo à criação daquelas metodologias já mencionadas, a arqueologia e a genealogia. Para Foucault, arqueologia e genealogia funcionam juntas e de forma complementar (2014, p. 65): a arqueologia focando na análise das condições de possibilidade do saber em uma determinada época, e a genealogia explorando as formas de poder e as práticas históricas que deram origem a essas condições de saber e de poder. “[A] arqueologia seria o método próprio à análise das discursividades locais, e a genealogia, a tática que faz intervir, a partir dessas discursividades locais assim descritas, os saberes dessujeitados que daí se desprendem” (Foucault, 2005, p. 16). Podemos dizer, de outro modo, que enquanto na arqueologia o discurso molda a prática, na genealogia, discurso e prática moldam-se um ao outro (Prado, 2000, p. 24).

A filosofia, porque ficou atrelada a um discurso da verdade que é a base para uma teoria do conhecimento, é de bem pouca valia para fazer a história política da verdade, dirá Foucault. “Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreendê-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar, não dos filósofos, mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder” (Foucault, 2013a, p. 31).

2.3.2 A história política da verdade e o direito como experiência

A elaboração da história política da verdade revela a influência de Nietzsche sobre Foucault, que será relido pelo pensador francês em seu projeto genealógico. Nietzsche, para Foucault, é aquele que inicia a demolição do grande mito ocidental criado por Platão, de que há antinomia entre saber e poder (2013a, p. 56). Depois de Platão, Aristóteles⁶³, por uma série de

⁶³ A filosofia, como empreendimento antiplatonista, se inicia com Aristóteles, diz Foucault (2000a, p. 230).

deslocamentos, elidiu o corpo e o desejo, e com isso, outras formas de experiência e saberes diferentes da filosofia, como o poético e o mítico (Foucault, 2018a, pp. 3 e ss.). Com Nietzsche, Foucault revela que não há essência e nem universalidade do conhecimento, e que o conhecimento não é produzido por um “sujeito de conhecimento” (Foucault, 2013a, p. 33). Tanto os sujeitos de conhecimento, quanto as relações de verdade e certos domínios de saber⁶⁴ são formados por relações sociais e formas políticas (Foucault, 2013a, p. 34).

A vontade de verdade é analisada por Foucault como um sistema de exclusão que funciona como qualquer outro – o da razão, em relação à loucura e do sistema de proibições do sexo em relação ao discurso (2014, p. 18; 2018a, p. 4). Quando ele inicia as *Aulas sobre a vontade de saber*, curso ministrado no *Collège de France* em 1970-1971, ele indica que tem intenção de fazer uma análise sobre fragmentos de uma vontade de saber, passando a descrever como o discurso filosófico da verdade excluiu os discursos dos sofistas. As relações de força, nas discussões sofisticas, foram substituídas por um discurso apofântico, ou seja, que tanto busca fundamentação na realidade ou naquilo que existe, quanto reivindica ser verdadeiro conforme determinados critérios (Foucault, 2018a, p. 62).

A seguir, ele desenvolve uma analítica estratégica do discurso de verdade no interior de processos históricos que ele considera reais e importantes, as práticas jurídicas na Grécia arcaica (Foucault, 2013a, p. 135). Nas palavras de Foucault: “[n]ão há um discurso judicial em que a verdade não ronde” (2018a, p. 76). Do mesmo modo, constata Veyne, que em uma história das concepções da verdade, certamente as práticas jurídicas devem ser analisadas porque “dessa história se ocupa muito o domínio jurídico” (2011, p. 56).

O direito, assim, é um espaço privilegiado de observação da articulação entre saber e poder para a produção de um tipo de verdade. “Foucault dedica-se a estudar, no discurso e nas práticas judiciárias da Grécia Arcaica (séculos X a VII a.C.), a presença de um modo de formulação da verdade no qual esta deveria aparecer no interior de um ‘sistema de provas’” (Fonseca, 2012, p. 152). Encontramos, nesse estudo de Foucault, a emergência de uma verdade apofântica: a do juiz, que se baseia em provas, principalmente a das testemunhas, para afirmar ou negar, de maneira objetiva, um estado de coisas. Tão importante é esse regime de verdade que Foucault irá dizer que dos esboços das práticas judiciárias nasceram modelos de verdade

⁶⁴ “Foucault teria identificado uma vontade de saber que não é assimilável nem ao conhecimento nem à vontade de verdade que Heidegger, seguindo nisso Nietzsche, assimila à vontade de poder” (Defert, 2018, p. 347).

que circulam até hoje em nossa sociedade, não somente no domínio da política, mas também das ciências e no comportamento cotidiano (2013a, p. 35).

A partir da analítica estratégica desenvolvida por Foucault em *Aulas sobre a vontade de saber* e *A verdade e as formas jurídicas*⁶⁵, podemos fazer duas pontuações. Primeiro, assim como a racionalidade, a verdade é uma construção histórica, política e cultural, que está profundamente entrelaçada com as relações de poder e com as práticas sociais. A verdade não existe fora do poder ou sem poder, ou seja, é “um componente central do poder” (Dreyfus; Rabinow, 2013, p. 160). Além de estar relacionada aos procedimentos, às leis que regulam a produção de enunciados, “a ‘verdade’ é circularmente ligada a sistemas de poder que a produzem e apoiam, e a efeitos de poder que ela induz e que a reproduzem” (Foucault, 2010d, p. 14). Foucault fala em regimes de verdade que são próprios de cada sociedade. Cada sociedade definirá os discursos que funcionam como verdadeiros, as instâncias que permitem distinguir enunciados verdadeiros e falsos, a maneira como são sancionados, as técnicas necessárias para obter a verdade e o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que é verdadeiro e o que é falso (Foucault, 2010d, p. 12).

Isso não implica dizer que a construção da verdade é uma distorção ideológica, mas que é causa e efeito de um regime de poder. Foucault não pretendia afastar “falsas interpretações do real (2006d, p. 277). Como deixou claro em uma de suas entrevistas, seu interesse era “operar uma interpretação, uma leitura de um certo real, de tal modo que, de um lado, essa interpretação possa produzir efeitos de verdade e que, de outro, esses efeitos de verdade possam tornar-se instrumentos no seio de lutas possíveis” (2006d, p. 278).

Embora tenha vários sentidos, a ideologia pressupõe uma distinção entre o verdadeiro e o falso ou uma “verdade pura”, em oposição ao que seria ilusório. Para Habermas, “ideologias são exatamente as ilusões dotadas do poder das convicções comuns” (1993, p. 116). A ideologia, para Habermas está relacionada à impossibilidade de tematização do poder diante da racionalização da técnica e das ciências que ameaçam a justificação discursiva das normas. Esse sentido é adotado por Neves para descrever a função ideológica desempenhada pela

⁶⁵ Livro que reúne conferências que ele ministrou no Brasil em 1973 e que mimetiza várias das ideias das “Aulas sobre a vontade de saber”, dialogando com este último, inclusive na releitura feita sobre o mito de Édipo, apresentada nas duas obras, em duas versões.

constitucionalização simbólica, como foi apontado no primeiro capítulo, como algo que pode impedir a concretização de mudanças sociais (2018b, p. 97).

A verdade, em Habermas, por outro lado, desempenha o papel de um ideal regulativo que se opõe a essa ameaça da racionalização da técnica e das ciências. Já Foucault está interessado em como a verdade funciona sem necessariamente se referir a como as coisas são, o que não significa que ele negue as “verdades” das ciências, ou o próprio mundo (Prado, 2000, p. 157). “O mundo não é um jogo que apenas mascara uma realidade mais verdadeira que existe por trás nas cenas. Ele é tal que aparece. Essa é a profundidade da visão genealógica” (Dreyfus; Rabinow, 2013, p. 146). Então, o simbólico, em Foucault, não está relacionado ao que se oculta, à ideologia dominante por trás, mas ao que, de fato, atua como poder, a verdade criada e sustentada por regimes de poder.⁶⁶ A verdade, enfim, é uma função no interior do jogo entre saber e poder (Fonseca, 2012, p. 152).

A outra pontuação importante, em termos metodológicos, é a relação da genealogia com a história. A história é uma noção central em Foucault: para Veyne, o único *a priori* em suas análises (Veyne, 2011, p. 41) e para Prado, um dos fatores unificadores de suas diversas reflexões genealógicas (2000, p. 166), como apontado na introdução desse trabalho. O próprio Foucault fala de uma “ontologia histórica” que divide a genealogia em três fases de análise: “a ontologia histórica de nós mesmos em relação à verdade”; a “ontologia histórica de nós mesmos em relação a um campo de poder através do qual nos constituímos como sujeitos de ação sobre os outros” e a “ontologia histórica em relação à ética através da qual nos constituímos como agentes morais” (2013c, 307).

A palavra ontologia, aqui, significa uma história do pensamento que problematiza o que o ser humano é, o que faz e o mundo em que vive e, por isso, não se volta a análise das ideias nem das “ideologias” das sociedades (Foucault, 2006j, p. 198). A história do presente, termo utilizado por Dreyfus e Rabinow para se referirem também à analítica interpretativa de Foucault, afasta qualquer anacronismo ou presentismo porque “não estuda os interesses, as instituições e a política atuais em função da história de épocas anteriores, nem afirma descobrir que essas instituições, em tempos antigos, tinham algo semelhante a uma significação atual” (2013, p. 157).

⁶⁶ Um exaustivo e elucidante apanhado sobre as várias noções da verdade assumidas em Foucault e seu papel na genealogia encontramos em Prado (2000, pp. 117 e ss.).

Essa forma peculiar de fazer história é em tudo oposta ao que Foucault chama de história em sentido platônico, baseada em um discurso linear, identitário, o discurso de quem fala, do sujeito de conhecimento. Fazer a história efetiva é decifrar o acontecimento: “são as coisas mesmas e os acontecimentos que se tornam insensivelmente discurso”, que manifestam ‘o segredo de sua própria existência’” (Foucault, 2014, p. 46). A noção de acaso se opõe à tentativa de estabelecer casualidades mecânicas, relações de sucessões estabelecidas por “uma ou várias consciências” (Foucault, 2014, p. 58). Foucault se permite estabelecer uma “teoria das sistematicidades descontínuas”, reconhecendo regularidades discursivas, mas dentro de certos limites (2014, p. 59), ou seja, nunca de forma universal.

Depois que Nietzsche problematizou o termo *Ursprung* (origem), a reflexão filosófica liberta-se não apenas de buscar o fundamento originário da moral, que é buscado desde Platão, mas de qualquer pensamento que se consagre à origem ou à essência (Foucault, 2010a, pp. 16-17). “O que se encontra no começo histórico das coisas não é a identidade ainda preservada da origem” (Foucault, 2010a, pp. 16-17). Afastada a *pudenda origo*, o genealogista poderá analisar o que há de “mais vil e mesquinho”, o que significa, para nosso caso, afastar valores elevados como origem da Constituição e das leis, ou subscrever princípios morais e éticos como seus sustentáculos.

Segundo Foucault, “[a]s forças que se encontram em jogo na história não obedecem nem a uma destinação, nem a uma mecânica, mas ao acaso da luta” (2010a, p. 28). Isso significa que Foucault, como Nietzsche, se opõe ao desdobramento da história como uma sequência de acontecimentos racional, regida por leis mecânicas, e teleológica (que tem um fim determinado, como a evolução social ou da consciência moral, por exemplo). Significa também que a genealogia volta-se para a emergência, o ponto de surgimento, o princípio e a lei singular de um aparecimento, a irrupção de jogos causais de dominação (Foucault, 2010a, p. 23). Antes de analisar a governamentalidade nos cursos do final dos anos 70, Foucault propõe analisar o exercício do poder por meio do modelo estratégico (ou da guerra), ao invés do modelo do direito (2010e, p. 113)⁶⁷. Invertendo a fórmula de Clausewitz, ele dirá que a política é a guerra

⁶⁷ Para Senellart, Foucault rompe com o discurso da batalha quando anuncia o modelo do governo com o qual passa a trabalhar para analisar a inteligibilidade das relações de saber-poder (2009, p. 496-497). Da mesma forma, Dean (2010).

prolongada por outros meios, para indicar que tanto política como guerra servem para integrar correlações de força desequilibradas, heterogêneas, instáveis e tensas (Foucault, 2005, p. 55).

A genealogia pode ser oposta, então, à história tradicional do direito, voltada para conteúdos normativos que se alteram ao longo do tempo e também para as mudanças da forma, da estrutura, da lógica, da epistemologia jurídica (Ewald, 1993e, p. 158). A história tradicional implica dar forma ao que é uma experiência precária, com a consequência de diferenciar sistemas jurídicos, comparando-os, reduzindo alguns em relação a outros. O direito não pode ser determinado *a priori* por meio de uma ciência ou por práticas qualificadas como jurídicas porque elas refletem o que é classificado como direito no quadro de determinadas experiências jurídicas que não são generalizáveis (Ewald, 1993e, p. 161). O direito pode assumir a forma da coerção, da lei, de uma ciência jurídica, ser designado como “sistema jurídico positivo”, mas não se reduz a isso. Ewald prefere falar em experiência jurídica:

Práticas jurídicas, critérios de juridicidade, maneiras de identificar o direito, tudo isso reenvia a ‘experiências jurídicas’. Se entendermos por ‘sistema jurídico’ uma ordem normativa com as respectivas fontes, técnicas, organização, a ‘experiência’ jurídica reenvia, quanto a ela, à maneira como, em certas conjunturas políticas, o sistema jurídico o ‘direito’ – seria, ao mesmo tempo, programado, problematizado e contestado (1993e, p. 161).

Isso implica uma consequência importante para nossa pesquisa: a relação do direito com a história na forma analisada por Foucault enseja a possibilidade de problematizar a “constitucionalização” como “aquisição” das sociedades modernas como um modelo que, aliás, não é adequado para a realidade particular e periférica, como aponta Neves. Significa também a possibilidade de decifrar os regimes de verdade que são criados pelo STF sobre o sistema carcerário fora de uma estrutura, um litígio estrutural, e que se tornam evidentes quando este declara o ECI, trazendo à luz a existência dos presos, os homens infames de que fala Foucault (2006a).

Aliás, trazer à luz esses homens infames pelo encontro com o poder é outra porta aberta pela genealogia de Foucault, que tem como um de seus focos de análise o corpo⁶⁸. “A genealogia, como análise da proveniência, está no ponto de articulação do corpo com a história” (Foucault, 2010a, p. 22). Isso significa que mais do que um simples organismo, o corpo é objeto de investimentos políticos e sociais. A superfície do corpo será analisada pela genealogia para

⁶⁸ Dreyfus e Rabinow acentuam a análise do corpo vivo como uma das maiores contribuições do pensamento francês e situam a apropriação de Merleau-Ponty por Foucault, mas de uma forma criativa, afastando as variantes estruturais que seriam excessivamente gerais. Ele descreve o corpo como Nietzsche, mas está ciente da fenomenologia do corpo desenvolvida por Merleau-Ponty (2013, pp. 148-149).

decifrar as práticas de poder e de regulamentação –, por meio de discursos, políticas ou instituições –, como constitutivas (ou destrutivas) de subjetividades. Dado que Foucault não parte de nenhum sujeito pré-constituído, a genealogia analisará a “forma como o corpo sustenta um eu, um sujeito que não se reconhece como emergente, mas se assume como anterior aos efeitos do discurso” (Prado, 2000, p. 36). Ao fazê-lo, a genealogia expõe que a subjetividade é fabricada por formas de conhecimento sobre o mundo e sobre o próprio sujeito (Prado, 2000, p. 36).

2.4 Poder e direito

Ao longo dos itens anteriores, foram indicadas noções importantes para a analítica interpretativa de Foucault, como a de acontecimento e a problematização de algumas concepções dadas como certas. Também foram abordados meios de refletir sobre o direito como uma experiência. Essas noções, apesar de já serem indicações da metodologia de Foucault que podemos aplicar a certos domínios de práticas sociais, ainda exigem precisões quanto ao modo como ele próprio abordou o direito em suas reflexões, que se desdobram em algumas outras cautelas de abordagem da “experiência jurídica”.

Foucault indica que entre as práticas sociais, as jurídicas estão entre as formas mais importantes pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade e relações entre o homem e a verdade (2013a, p. 21). Essas práticas são tão importantes que ele analisou, como mencionamos, as relações entre um regime de verdade e as práticas jurídicas na Grécia arcaica, considerando que a verdade é produzida no interior dos discursos e práticas jurídicas.

Em outro momento, – quando ele ministra o curso no *Collège de France*, em 1976, depois publicado como *Em defesa da sociedade*, que é do mesmo ano da publicação da *História da Sexualidade*, mas lhe precede – Foucault dirá que a relação entre direito, verdade e poder se organiza de forma muito peculiar em nossas sociedades: uma relação intensa e constante, mas não imutável (2005, p. 28). Também afirmou que nem o direito e nem o campo judiciário devem ser analisados sob o ponto de vista da legitimidade, mas das técnicas de sujeição polimorfas que põem em prática (Foucault, 2005, p. 32). Para analisar essas relações, ele nos convoca a curto-circuitar as noções de soberania e obediência (Foucault, 2005, p. 38). A teoria da soberania, segundo Foucault, pressupõe a existência de um sujeito e a unidade do poder e da lei (2005, p. 50).

O pensamento jurídico, que estuda o poder por meio do contratualismo, foi organizado em torno do poder régio, mascarando os direitos de soberania e a obrigação legal da obediência (Foucault, 2005, p. 32). A jurisprudência, associada à tradição, é a pesquisa ininterrupta de um poder fundado de há muito (2005, p. 82). Apesar de não ser a maneira adequada para descrever o “como” o poder se exerce e tem sido exercido, o direito continua sendo o código segundo o qual se apresenta, e a forma pela qual se prescreve que oensem (Foucault, 2010e, p. 98). Ainda se dá importância, na teoria do poder, ao problema do direito e da violência, da lei e da ilegalidade, da vontade e da liberdade e, sobretudo, do Estado e da soberania (Foucault, 2010e, p. 98). Isso acontece porque somente mascarando o efeito de obediência é que o poder é tolerável. “O poder, como puro limite traçado à liberdade, pelo menos em nossa sociedade, é a forma geral de sua aceitabilidade” (Foucault, 2010e, p. 97). É nesse contexto que Foucault lança seu conhecido aforismo: “[n]o pensamento e na análise política ainda não cortaram a cabeça do rei” (Foucault, 2010e, p. 99).

Sobre essas observações, que poderiam soar como algo ambíguas e reducionistas da forma do direito, preferimos aceitá-las como resultantes daquela distinta forma de empreender reflexões que não tem interesse em reconstruir noções dadas como certas, categorias do pensamento jurídico, por assim dizer. O direito não foi tratado por Foucault como sistema, nem como uma ordem jurídica coesa e estável, mas como um “objeto” fragmentado. Segundo Ewald, assistente e aluno de Foucault, o direito o interessava profundamente, mas não como um campo que obedece a uma lógica da norma (1993e, p. 155). Então, podemos dizer que Foucault busca analisar condições políticas, econômicas e sociais que deram ensejo a determinados discursos e práticas do direito, determinadas mentalidades e racionalidades jurídicas. Mas isso não significa nem que o centro de suas análises seja o direito e nem que a reflexão sobre o direito seja marginal.

Foucault propôs-se a analisar as relações de poder, como um de seus principais temas de interesse, considerando a inexistência de ferramentas de estudo diferentes das teorias legais ou do modelo institucional do Estado (2013b, p. 274). Desse modo, outra inferência que podemos fazer aqui é que o direito será analisado em sua relação com o poder. Mas outra pontuação, mais importante, é que devemos começar a investigação sobre o domínio de fatos e práticas particularizados, reunidos como objeto de análise, pelos mecanismos de poder, e não analisar o poder por meio do direito.

Ao invés de começar a análise pelo que quer que possa ser considerado o direito ou o jurídico, precisamos tentar encontrar um lugar para seus saberes e práticas, ou as “técnicas de sujeição polimorfos” na analítica do poder. Precisamos identificar, como explicita Ewald, “formas que dão sentido e função aos modos formais de expressão do direito” (1993d, p. 78). Ou, ainda, como indica Tadros “[p]ara capturar a natureza heterogênea do ‘jurídico’ na obra de Foucault, então, devemos entender o termo como se referindo tanto a um código que é usado para descrever o poder (um discurso jurídico) quanto a uma rede real de relações de poder que já existiu” (Tadros, 1998, p. 82). Mais importante ainda, como pontua também Tadros, precisamos entender como as formas do direito operam e se articulam com o exercício do poder.

Uma grade de análise que pode substituir as teorias da soberania e de legitimidade, conforme sugere Rouse, é a da relação saber-poder (2005). Trata-se de uma alternativa que além de problematizar as condições de surgimento e existência da soberania política e da noção de Estado, também propõe uma discussão crítica acerca dessas concepções (Rouse, 2005, p. 102 e ss.). O cuidado metodológico a ser adotado aqui é não considerar a relação saber-poder como uma “estrutura” estável e nem como um enigma a ser resolvido. Devemos tomá-la como um paradoxo: “[é] uma marca de um dilema linguístico, discursivo, retórico, um paradoxo político em desenvolvimento” (Keenan, 2010, pp. 772-774).

A complexidade e fluidez das relações entre saber e poder demanda de Foucault a adoção de ferramentas para abordá-la em seus diversos elementos e dimensões. Uma dessas ferramentas é o dispositivo, que Dreyfus e Rabinow identificam como a grade específica de análise do genealogista, por justamente reunir relações de saber e poder (2013, p. 161). O dispositivo, do mesmo modo que o diagrama, para Ewald, é um conceito que Foucault aperfeiçoou para descrever o poder, “dissolvendo sua grande unidade” – ao lado dos de estratégia, dispositivo, tecnologia, economia (1993a, p. 13). O próprio Foucault define o dispositivo como um conjunto de elementos heterogêneos que reúne discursos, leis, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, que estabelecem entre si relações fluidas. Pode ser também uma formação histórica com uma função estratégica dominante ou um programa de uma instituição (Foucault, 2010f, p. 244). Para Deleuze, enquanto o dispositivo é um agenciamento concreto, o diagrama é uma grade de análise instável e fluida, que age de forma imanente, produzindo uma nova realidade, uma nova verdade (Deleuze, 2019, p. 41).

O diagrama será usado por Foucault para descrever a emergência do poder disciplinar. Segundo Foucault, o panóptico de Bentham não é apenas a forma, mas é o “diagrama de um mecanismo de poder levado à sua forma ideal” (2010c, p. 194), que ele qualifica como “ovo de Colombo” na ordem política (Foucault, 2010c, p. 195). A formação da sociedade disciplinar resulta de processos que colocam em operação as disciplinas – que, na base, garantem a submissão das forças e dos corpos, assegurando a ordenação das multiplicidades humanas –, e o panoptismo, que alterou profundamente as estruturas jurídicas da sociedade, mas que não é independente delas (Foucault, 2010c, pp. 205 e ss.)

Com o poder disciplinar, Foucault descrevia um investimento político e detalhado do corpo, para torná-lo dócil e útil, que surge em várias instituições: escolas, hospitais, quartéis, e logo se generaliza pelo corpo social ao longo dos séculos XVII e XVIII. Os recursos comuns usados para a “correta disciplina” ou o bom adestramento revelam muito da relação entre poder disciplinar e forma jurídica, principalmente o exame e a sanção normalizadora. Ao lado desses recursos, Foucault também indica a vigilância hierárquica, que caracteriza o poder que está em todo lugar, mas funciona discretamente, permanentemente, ao contrário da soberania, que “atuava de forma súbita, violenta e descontínua” (2010c, p. 197).

A sanção normalizadora se identifica como uma “infrapenalidade”: normas disciplinares agem quadriculando o espaço deixado vazio pelas leis, qualificando e reprimindo um conjunto de comportamentos que escapava aos grandes sistemas de castigo (Foucault, 2010c, pp. 171 e ss.). As disciplinas colocam em funcionamento o que Foucault chama de microeconomia de uma penalidade perpétua, que se opera diferenciando não atos, mas os próprios indivíduos em torno da norma (Foucault, 2010c, pp. 173 e ss.). Nesse sentido, as disciplinas se opõem, em sua operacionalidade, à penalidade judiciária, que se dirige a determinadas condutas especificadas (atos) em um corpo de leis, usando um modelo de proibições. “Aparece, através das disciplinas, o poder da Norma”, que se une a outros poderes: o da lei, o do texto, o da tradição (Foucault, 2010c, p. 176).

O exame, por sua vez, é um instrumento de homogeneização da individualidade: ao tempo em que documenta as características dos indivíduos, ele também os agrupa, conforme traços individuais (Foucault, 2010c, p. 181). O exame faz o mesmo papel que o inquérito na Idade Média: funciona como gestão de poder. Mas enquanto pelo inquérito o aparelho judiciário reconstituía um fato, agora, pelo exame, o aparelho judiciário produz conhecimento sobre o indivíduo e, ao mesmo tempo, corrige suas virtualidades, com a ajuda de vários saberes

(psicologia, medicina, estatística). O inquérito ainda será usado pelo aparelho judiciário, mas com essa última função.

Enfim, o surgimento do poder disciplinar está relacionado a um conjunto de alterações históricas, geográficas, institucionais e à introdução das ciências humanas, que se voltam para um maior conhecimento dos indivíduos. Por outro lado, também tomam o indivíduo como pertencente a um conjunto: os quarteis, as fábricas, as próprias prisões, visando melhor aproveitar o tempo e o espaço de uma maneira mais produtiva. As disciplinas, por meio das normas, classificam e hierarquizam os sujeitos uns em relação aos outros e, no limite, desqualificam e invalidam, ou seja, são diferentes das normas dos sistemas jurídicos que são universais, valendo para todos (Foucault, 2010c, p. 210). As disciplinas funcionam como um contradireito, mas não substituem ou anulam o direito: como técnicas físico-políticas, formam uma trama cerrada, ora se compondo, ora se opondo às normas jurídicas. Foucault menciona um juridicismo como a aparência de que a sociedade universal fixa limites à difusão do panoptismo, o que indica que o poder disciplinar se torna tanto conteúdo quanto se institucionaliza em formas jurídicas (Foucault, 2010c, pp. 210-211).

Apesar de incidir no detalhe, na mecânica dos corpos em um nível infinitesimal, Deleuze indica que a fórmula abstrata do panoptismo, é também o poder de impor uma “*conduta qualquer a uma multiplicidade humana qualquer*” (Deleuze, 2019, p. 40). A forma de condução da multiplicidade humana, como alvo de uma forma sutil de poder, ganha uma nova escala quando Foucault se debruça sobre o dispositivo da sexualidade. Ao analisá-lo, ele redimensiona o meio em que serão analisadas as relações de saber-poder para além das instituições: a própria sociedade será o ambiente de ação desse poder. O biopoder, que ele introduz ao final da *História da sexualidade*, é uma forma de poder que se exerce não apenas para adestrar o corpo, mas para regular fenômenos de população.

Foucault inicia sua investigação sobre o dispositivo da sexualidade constatando o paradoxo existente entre uma injunção de constrição geral sobre o sexo e uma explosão de discursos sobre o sexo. A hipótese da repressão ou da censura domina os discursos como se estivéssemos diante de um único dispositivo de poder – “do Estado à família, do príncipe ao pai, do tribunal às quinquilharias das punições cotidianas, das instâncias de dominação social às estruturas constitutivas do próprio sujeito” (Foucault, 2010e, p. 94) – como se o papel do poder fosse interditar ou expressar uma lei geral de proibição. Os vários discursos sobre o sexo indicam não que se fale menos sobre ele, mas que se fala sobre o sexo, principalmente a partir

do fim do século XVII, início do século XVIII, de outra maneira, de outros pontos de vista e para obter outros efeitos (Foucault, 2010e, p. 33). A transformação da confissão, que era um discurso unitário e tratava o sexo como algo reservado e vinculado à teologia moral passando a um ritual cada vez mais meticuloso e incentivado pela Igreja, até ser apropriada por racionalidades científicas, revela que o sexo passa a ser objeto de vários saberes.

Foucault narra que o ajustamento da confissão às regras científicas faz parte de um regime de produção de discursos sobre a verdade do sexo constitutivo de uma *scientia sexualis*. “A ‘sexualidade’ é o correlato dessa prática discursiva desenvolvida lentamente que é a *scientia sexualis*” (Foucault, 2010e, p. 78) e que será apropriada pela medicina, pela psicologia e pelas ciências humanas em geral, que se utilizarão da confissão como um de seus principais instrumentos. Trata-se de um saber sobre o sexo que é próprio do Ocidente, que constitui o sexo como objeto de verdade e que se torna o conteúdo do discurso sobre o sujeito, ou seja, em pouco tempo, o discurso sobre o sujeito começa a gravitar em torno do sexo. Se em *Vigiar e punir* a vigilância era o principal instrumento de controle da alma, agora, a confissão será o principal instrumento para controlar o desejo. “O panoptismo possibilitou a autorregulação. A confissão possibilitou a busca pela normalidade” (Prado, 2000, p. 95).

A partir do século XIX, a tecnologia do sexo, como uma questão leiga, se torna um negócio de Estado, por meio da qual todo o campo social e cada indivíduo eram convocados a se colocarem sob controle (Foucault, 2010e, p. 127). “[A] tecnologia do sexo, basicamente, vai-se ordenar a partir desse momento, em torno da instituição médica, da exigência da normalidade, ao invés da questão da morte e do castigo eterno, do problema da vida e da doença” (Foucault, 2010e, p. 128). O corpo social inteiro, ainda que por modos e instrumentos diferentes, foi dotado de um corpo sexual quando o dispositivo da sexualidade se generalizou (Foucault, 2010e, p. 139). A partir de então, surge um poder de controle e normalização dos indivíduos, dos comportamentos e da população que é o biopoder.

O biopoder se encontra na articulação entre os dois eixos ao longo dos quais se desenvolveu a tecnologia política da vida, as disciplinas – que se centraram no corpo máquina, seu adestramento, aptidões, extorsão de suas forças –; e o da biopolítica da população –, que tem por alvo o corpo-espécie, transpassado pela mecânica do ser vivo, como suporte de processos biológicos (Foucault, 2010e, pp. 151-152). Como alvo e suporte, o biopoder mira nos processos biológicos como o nascimento, a mortalidade, a longevidade, assumidos por uma série de intervenções e controles reguladores (Foucault, 2010e, p. 152). O biopoder é a

tecnologia política da vida exercida desde a entrada da vida na história, “isto é, a entrada dos fenômenos próprios à vida da espécie humana na ordem do saber e do poder” (Foucault, 2010e, p. 154).

Não obstante o biopoder esteja em operação, ele se apresenta, cada vez mais, pelos códigos do direito porque a norma assume crescente atuação às custas do sistema jurídico da lei. “A lei não pode deixar de ser armada e sua arma por excelência é a morte” (Foucault, 2010e, p. 157). Mas a morte, agora, será o último recurso: se a soberania era o velho direito de causar a morte ou deixar viver, agora, esse direito foi substituído por um poder de causar a vida ou devolver à morte (Foucault, 2010e, p. 150). As Constituições, códigos e leis escritas, em geral, são formas que tornam aceitável o exercício daquele poder normalizador que incide sobre a vida das populações, o que explica sua constante e ruidosa produção (Foucault, 2010e, pp. 156-157). Mas entramos, agora, em uma fase de regressão jurídica (Foucault, 2010e, p. 157). As forças de resistência, do mesmo modo, apesar de postularem direitos, reivindicam e tem por objetivo a vida, entendida como as necessidades fundamentais, a essência concreta do homem, a realização de suas virtualidades, a plenitude do possível (Foucault, 2010e, p. 159).

2.5 Poder e subjetividade

Quando suspendemos as noções jurídicas de soberania e Estado para empreender análises sobre as formas de articulação do poder, surge uma primeira questão: como o Estado, não sendo origem de poder coercitivo e o direito, não sendo ordem normativa, nos termos formulados por Kelsen, cunham normas e formas de racionalidade que vinculam, ou seja, que moldam condutas? Apesar de Foucault não empregar a soberania para explicar como se apresenta o poder e acusar suas teorias de mascararem seu funcionamento, ele indica que o direito coloca em funcionamento técnicas polimorfas e relações de sujeição e obediência. A ação de um poder produtivo e a sujeição pela subjetivação preparam a resposta para essa pergunta.

Ao pesquisar as práticas jurídicas na Grécia arcaica como produtoras de uma forma de verdade, em “Aulas sobre a vontade de saber”, ele terminava dizendo que, aliadas às práticas religiosas, elas qualificavam um indivíduo como impuro, o que podia gerar sua exclusão do espaço geográfico da cidade e do convívio social. Primeiro, Foucault descreve a exclusão dos sofistas pela filosofia como conhecimento da verdade e, depois, o discurso da verdade, já institucionalizado, exclui o impuro (2018a, pp. 154 e ss.).

Mas ao descrever o poder disciplinar e o biopoder, ele está falando de um poder que produz e que, por isso, não pode ser representado pela forma “jurídico-repressiva”, que é a instância da repressão, da censura, da regra, ou seja, o poder como aquilo que dita a lei. “[O] domínio do poder (...) seria efetuado através da linguagem, ou melhor, por um ato de discurso que criaria, pelo próprio fato de se enunciar, um estado de direito”, ou seja, a imposição da regra pela linguagem (Foucault, 2010e, p. 94). Essa forma de inteligibilidade do poder, a partir de sua relação com a lei, é a hipótese binária do lícito e ilícito, da exclusão. Essa não é a forma de operação nem do poder disciplinar e nem do biopoder. A noção de exclusão pode se referir à representação do excluído, é seu estatuto, mas não descreve os mecanismos históricos e políticos de ação do poder, suas táticas e estratégias, que funcionam por exclusão e assimilação (Foucault, 2015, pp. 4 e ss.). “O poder não limita, mas produz, e o faz por mecanismos de inclusão” (Fonseca, 2012, p. 156).

Quando se debruça sobre “o nascimento da prisão” e sobre a “história da sexualidade”, Foucault está promovendo a análise de tecnologias de saber que aumentaram a produtividade do poder a partir da modernidade. Mais precisamente, e grosso modo, de uma tecnologia política que mesmo não sendo sempre intencionalmente normativa (no sentido de criar normas de ‘dever-ser’), é tão potente que consegue manejar condutas de multiplicidades humanas, por meio da construção de indivíduos. Na abordagem de Foucault, o poder está apoiado em um saber sobre o corpo que ultrapassa sua investigação como organismo, para formar concepções, definições, descrições sobre o ser humano que são internalizadas e sustentadas como normas de conduta.

Subjazem à ideia de norma, a divisão e o jogo binário de oposições entre o normal e o anormal (Prado, 2000, p. 60; Ewald, 1993d, p. 79). “Uma vez iniciadas a divisão e a imposição de rótulos, o 'reinado universal do normativo' é implementado de diversas maneiras” (Prado, 2000, p. 60). Foucault descreve a instituição de ordens normativas em vários domínios diferentes, como o das ciências humanas e o da penalidade, na modernidade (Ewald, 1993d, p. 81). Mas não apenas campos de constituição de normas, Foucault está falando, principalmente, de uma nova forma de sujeição: a sujeição pelas normas – e essa é a ideia central tanto em *Vigiar e punir* quanto em *A história da sexualidade* (Prado, 2000, p. 61). *Vigiar e punir* embasa e prenuncia a *História da Sexualidade* como análise da produção de indivíduos sociais contemporâneos governados por normas (Prado, 2000, p. 61).

A entrada da alma na história dos sistemas punitivos significa que uma nova dimensão da personalidade foi inventada, tornando possíveis novas formas de controle. Dito de outro modo, novas formas de controle se tornam possíveis reconfigurando os seres humanos como sujeitos (Prado, 2000, pp. 54 e ss.). Se em “Disciplina e punição” Foucault analisa um microcosmo (as instituições disciplinares) e o Panóptico é uma forma de governo individualizante, mas também homogeneizante, por outro lado, a sexualidade, em *História da sexualidade* será uma forma muito mais potente de controle porque está baseada na formação de valores internos sobre o eu.

A concepção do sujeito descentrado separa-se em dois aspectos: o primeiro torna evidente um indivíduo que é sujeito a regulações de outros indivíduos, instituições e do Estado. O segundo revela um indivíduo que é sujeito experimentando a própria subjetividade, sendo consciente (Prado, 2000, p. 56). É o que Dreyfus e Rabinow mencionam, respectivamente, como a genealogia do indivíduo moderno como objeto e como sujeito (2013, pp. 188 e ss.). O próprio Foucault, em retrospectiva, relaciona sua análise do poder com a produção da subjetividade. Ele dirá que sua obra, mais do que sobre o poder, centralizou sua análise sobre o sujeito e sua constituição (Foucault, 2013b, pp. 273 e ss.).

Analizamos, nos itens anteriores, algumas questões de método que Foucault desenvolveu para abordar o poder. Agora, podemos reunir algumas proposições seminais sobre suas características, que ele explicita na *História da sexualidade*, e que são melhor compreendidas quando se relaciona poder e produção de subjetividades. Essas proposições podem ser sucintamente descritas da seguinte forma: a) o poder é relacional; b) as relações de poder não se encontram em relação de exterioridade com relação a outros tipos de relações (o poder é imanente); c) o poder vem de baixo; d) as relações de poder são intencionais e não subjetivas e, e) onde há poder, há resistência.

O poder é analisado por Foucault como relações de forças e, desse modo, a proposição que o sintetiza como relacional não oferece maior dificuldade. O poder designa uma relação entre parceiros como um conjunto de ações que se induzem e respondem umas às outras, mas não como um sistema de jogo (Foucault, 2013b, p. 284), sujeito a regras, e nem como imposição de um sujeito a outro. As relações de poder encontram-se dispersas por todo o tecido social e em constante transformação, ou seja, não são estáveis.

Também não oferece maior dificuldade a característica seguinte, a imanência do poder. “[A]s relações de poder são intrincadas com outros tipos de relação (de produção, de aliança, de família, de sexualidade), em que desempenham um papel, ao mesmo tempo, condicionante e condicionada” (Foucault, 2006c, p. 248). O poder não é um fenômeno isolado, mas algo que permeia e configura todas as formas de interação humana em um tecido social.

Que o poder venha debaixo é uma constatação quase natural, considerando que ele não tem origem no Estado soberano ou em uma estrutura de dominação. O entrecruzamento das relações de poder, organizadas de forma estratégica, mais ou menos coerente e unitária, pode delinear fatos gerais de dominação, mas não há uma fonte ou fato primeiro e maciço de dominação (Foucault, 2006c, p. 248). O poder é relacional, mas cego: Foucault fala de “estratégias sem estrategistas” porque não se deve pensar no poder como “uma estrutura binária com, de um lado ‘dominantes’ e, de outro ‘dominados’, mas, antes, como uma produção multiforme de relações de dominação que são parcialmente integráveis a estratégias de conjunto” (Foucault, 2006c, p. 249). Pode-se dizer que a direção do poder é definida somente no sentido em que seus componentes são cumulativos (Prado, 2000, p. 68). Em outras palavras, o que pode gerar um efeito global e estratégico de poder é um alinhamento entre várias táticas, vários mecanismos multiformes e discursos.

A característica do poder mais difícil de compreender é ser intencional e não subjetivo. Como as relações de poder podem ser relacionais e intencionais, definindo subjetividades, mas, ao mesmo tempo, não são subjetivas? Devemos entender, primeiro, que o poder, segundo Foucault, é menos da ordem do vínculo entre dois sujeitos do que da ordem do governo (consiste em conduzir condutas). Um poder que se exerce sobre comportamentos, ações sobre ações possíveis e, no limite, coage ou impede absolutamente, “mas é sempre um modo de agir sobre um ou vários sujeitos ativos e o quanto eles agem ou são suscetíveis de agir” (Foucault, 2013b, p. 288). Sendo exercido sobre outras ações, o poder produz efeitos inesperados. A “dessubjetivação” do poder significa que de seu exercício intencional podem advir consequências não intencionais.

A racionalidade do poder, que advém de estratégias e táticas concretas, revela uma lógica subjacente ao uso do poder em medidas, procedimentos e ações localizadas. Isso significa que as grandes estratégias de poder são anônimas, embora suas táticas tenham finalidades claras e ajustadas aos contextos em que empregadas. Diga-se de passagem que “anônimas” não significa que as grandes estratégias sejam ocultas ou mascaradas e nem que

haja grandes conspirações de poder. As táticas e estratégias, que se condicionam reciprocamente, podem ser identificadas, concretamente, pelas racionalidades que empregam, mas nem sempre são conhecidas, de forma global, por aqueles que as empregam (Heller, 1996, pp. 87-88).

A distinção entre táticas intencionais de determinados indivíduos ou grupos e estratégias não intencionais, mas institucional e socialmente regularizadas, pode funcionar, segundo Heller (1996), para uma taxonomia das instituições. Existiriam instituições que funcionariam primariamente por meio de táticas, pelas quais seu real funcionamento é conscientemente reconhecido por aqueles envolvidos, e instituições que funcionariam por estratégias, não totalmente conhecidas e eventualmente sequer conhecidas pelos indivíduos envolvidos em suas operações (Heller, 1996, p. 87). Um dos exemplos do segundo tipo seriam as prisões, que foram criadas segundo um programa de ressocialização do indivíduo, cuja função precípua é, na verdade, punir infrações em uma sociedade (Heller, 1996, p. 88). Atualmente, podemos dizer que a função da prisão, no Brasil, é essencialmente punitiva e tem também um efeito de invisibilizar massas, seja através da própria privação da liberdade em lugares inabitáveis ou mesmo pelo silenciamento através da morte.

Diante dessa característica do poder (intencionalidade e não subjetividade), a análise de Foucault oferece “uma nova forma de descrever como a totalidade vastamente complexa das ações humanas regula o comportamento *sem que essa totalidade tenha a regulação como seu objetivo*” (Prado, 2000, p. 70). Deve-se mencionar aqui que, apesar de o poder não ser uma essência ou algo sujeito a apropriação, posse, ou detenção, de um sujeito ou instituição, ele forma uma rede que compreende a totalidade das ações humanas. A rede de relações de poder forma um tecido denso que atravessa instituições e aparelhos, sem se localizar exatamente neles (2010e, p. 107).

Não é possível escapar das relações estabelecidas dentro dessa rede de poder. Para Foucault, os sujeitos não podem escapar das relações de poder: isso só seria possível se não estivéssemos imersos em relações sociais, mas é possível opor resistência. Aliás, a resistência é a última, e importante característica do poder que se aponta aqui. A resistência não é externa ao poder, não tem que vir de fora para ser real (Foucault, 2006c, p. 249). No tecido denso formado pelas relações de poder de que fala Foucault, elas são os nós, que também podem se encadear em estratégias de saber-poder. Os sujeitos, individual e coletivamente, estão diante de um campo de possibilidades em que diversas condutas, reações e modos de comportamento

podem acontecer. Isso implica dizer que Foucault pressupõe sujeitos livres, como já adiantado no primeiro capítulo. O sujeito não pode escapar das relações de poder, mas pode opor-se a formas de submissão pela subjetivação. O poder é imanente, inclusive, às relações de coerção, que também pressupõem a liberdade, o que só não acontece nos casos da coação pura e simples da violência, como é o caso da escravidão (Foucault, 2013b, p. 289).

As formas de subjetividade do indivíduo moderno deram ensejo a uma forma política em que o poder exercido através do Estado se utiliza tanto de técnicas de individualização quanto de procedimentos de totalização (Foucault, 2013b, p. 279). O Estado é visto por Foucault como a matriz moderna da individualização ou uma nova forma do poder pastoral e tentar se libertar dessa individualização (a forma de resistência) é o principal problema político, ético, social e filosófico colocado por Foucault (2013b, p. 283). A chave para entender esse poder do Estado, como matriz do poder pastoral, é a forma de exercício do poder, que envolve subjetivação. Podemos ver a subjetividade como um elemento unificador que torna possível identificar uma relação de continuidade nas obras da fase genealógica de Foucault, como apontamos na introdução dessa pesquisa. A subjetividade na forma de “história dos diferentes modos pelos quais, em nossa cultura, os seres humanos tornaram-se sujeitos” (2013b, p. 273) será reconfigurada, nas obras de Foucault sobre a governamentalidade, como parte da análise da racionalidade governamental.

Tendo isso em vista, as partes a seguir se destinarão a descrever como Foucault aborda o poder pastoral e a emergência e consolidação de uma razão de Estado, e as artes governamentais do liberalismo e do neoliberalismo, evidenciando o sujeito como objetivo e alvo do poder, como parte da população. Aqui, lembramos, como já tentamos deixar claro no capítulo anterior, que não era objetivo de Foucault analisar o surgimento de formas de Estado, como uma sucessão linear de modos de organização política e dos quais podemos reunir características gerais e identificáveis independentemente do contexto. Sua metodologia problematiza essa noção e desafia a representação dela para a organização jurídico-política construída em torno dela, mas tentamos organizar os temas de uma forma cronológica, de acordo com o tratamento que receberam em *Segurança, território e população* e *Nascimento da biopolítica*. Os parágrafos seguintes serão dedicados a descrever essas análises foucaultianas, focando os pontos de interesse à pesquisa: *i*) o que seria a instância política, que o STF definiu como de acesso negado ao jurídico, como se fosse uma realidade dada, material e impenetrável; *ii*) como as racionalidades jurídicas resistem (ou se compõem) com a

governamentalidade e *iii*) a eventual relação entre as liberdades individuais, a autonomia individual, que seria a dimensão ética do liberalismo, com os direitos humanos.

2.6 Poder pastoral como arte de governar

O poder pastoral, como uma forma de conduta das almas, foi abordado por Foucault, pela primeira vez, em “Os anormais”, oportunidade em que ele introduz a problemática da arte de governar (Senellart, 2009, p. 528). Em *Vigiar e punir* (2010c, pp. 186 e ss.) e em *Os anormais* (2001, pp. 54 e ss.), Foucault compara o modelo de administração da peste, em uma cidade, ao modelo de “banimento” no tratamento dos leprosos. Em um, temos uma tecnologia de poder que se exerce pela inclusão, pela observação de comportamentos e multiplicação de efeitos, e no outro, um modelo de exclusão e binário. Em *Os anormais*, ele menciona que a Idade Clássica é a época em que se observa, além da implantação de um aparelho de Estado, com seus prolongamentos e diversas instituições (Foucault, 2001, p. 61), também o desenvolvimento de mecanismos disciplinares, em uma tecnologia de poder que corresponde ao reverso das estruturas políticas e jurídicas (Foucault, 2001, p. 61).

O século XVI, para Foucault, é aquele em que ressurge o problema do governo, das almas e das condutas, em que a pergunta filosófica, que era colocada pelos gregos, sobre o como se conduzir, reaparece em uma forma não especificamente religiosa e eclesiástica (2009, p. 308 e ss.). É o momento em que, simultaneamente, tem início a governamentalização das sociedades do Ocidente Europeu (Foucault, 1990, p. 7) e em que o pastorado, essa arte de governar que foi concebida e que se desenvolveu dentro da Igreja, tem sua fase mais intervencionista (Foucault, 2009, p. 308). Esse é, certamente, um dos motivos pelos quais nesse período, o do final da Idade Média, eclodem os movimentos de insurreições, resistências, revoltas, que Foucault vê como de contraconduta, dos quais são exemplos a Reforma e a Contrarreforma. A própria Revolução Francesa e a Revolução Russa de 1917 revelam uma dimensão de insurreição de conduta (Foucault, 2009, p. 306).

Foucault dedica grande parte do curso ministrado entre os anos de 1977 e 1978, que depois foi publicado sob o título *Segurança, território e população* a descrever o poder pastoral como arte de governar que precedeu a governamentalização do Estado. O ano de 1978 é também o ano em que ele analisa o texto de Kant sobre a *Auflarung*, que citamos anteriormente, já adiantando as reflexões que serão desenvolvidas em *Segurança, território e população* e em *O nascimento da biopolítica*. Uma das formas de oposição, de não querer ser governado, era a do

direito natural, como crítica essencialmente jurídica, mas não como uma forma de limitar o Estado. Tratava-se, então, de opor limites ao direito de governar. No texto, ele menciona também o poder pastoral, como aquele que desenvolveu a ideia singular e estranha de que cada indivíduo, independentemente de seu estatuto, devia ser governado e devia se deixar governar (Foucault, 1990, p. 2).

Essa ideia de poder pastoral é em tudo oposta à concepção de governo entre os gregos e romanos, cujo objeto é a cidade em sua realidade substancial (Foucault, 2009, p. 165). A ideia de que os homens são governáveis deve ser buscada no Oriente pré-cristão, principalmente entre os hebreus, e no Oriente cristão depois. Na Grécia, o homem político, com suas atividades particulares e específicas, não é um pastor. Essas atividades de pastor são próprias do médico, do ginasta e do pedagogo, mas o rei não é um pastor. Posteriormente, difundiu-se no mundo helênico, mas a forma do pastorado não deve ser buscada no pensamento político grego, segundo Foucault (2009, p. 195).

Não há nenhum exemplo de poder no mundo antigo igual ao da Igreja, que como instituição aspira ao governo dos homens em sua vida cotidiana e que tem em mira não uma cidade ou um Estado, mas toda a humanidade (Foucault, 2009, p. 196). O poder pastoral não se exerce sobre um território, mas sobre o rebanho como dever de cuidado e subsistência (Foucault, 2009, p. 174). Assim, foi com a implantação de uma religião como Igreja que se formou um dispositivo de poder que se aperfeiçoou desde o século XII até o século XVIII, o que não significa que ele tenha deixado de existir a partir de então (Foucault, 2009, p. 174). Significa, sim, que o poder pastoral vai permanecer absolutamente específico e diferente do poder político até o século XVIII, ainda que sejam os mesmos personagens a exercer as duas formas de poder (Foucault, 2009, p. 205). A partir do século XVIII, o poder pastoral se transforma, é deslocado e integrado a formas diversas de governo, inclusive no Estado, como sua matriz.

O paradigma do poder pastoral é o do pastor que, além de ter o dever de salvação de todo o rebanho e de cada um de seus componentes, também responde pelos méritos e deméritos de cada um e de todo o rebanho. Isso significa que é um poder que se exerce sobre o indivíduo, mas também sobre o todo, individualizante e totalizante. “Por um lado, o pastor tem de estar de olho em todos e em cada um, *omnes e singulatim*, o que vai ser precisamente o grande problema tanto das técnicas de poder no pastorado cristão, como das técnicas de poder, digamos, modernas...” (Foucault, 2009, p. 171). Da mesma forma que as ovelhas devem sacrificar-se

pelo pastor, também o pastor deve sacrificar-se por elas. Acima de tudo, é um poder que instaura um dever de obediência pura, que é o que Foucault chama de “o problema da lei” (2009, p. 171).

Diferentemente do cidadão grego, que só age por obediência à lei e pela persuasão, isto é, pelas injunções da cidade ou pela retórica dos homens, no pastorado, a obediência é à vontade de Deus. Trata-se de uma forma de obediência como forma de submissão de um indivíduo a outro, não na forma da lei ou de um elemento racional, mas em razão de um princípio (Foucault, 2009, p. 232). O cristão se põe nas mãos de seu pastor não apenas para as coisas espirituais, mas também para todas as coisas materiais e da vida cotidiana (Foucault, 2009, p. 234). Enquanto o grego se confia aos cuidados de um médico, um mestre ou filósofo para alcançar determinado resultado, na obediência cristã não há finalidade, a submissão aos pastores é um estado permanente. A obediência cristã leva simplesmente à obediência, não tem outro fim que não seja a própria obediência (Foucault, 2009, p. 234). A *apathéia* grega leva ao controle de si, controle sobre as paixões graças ao exercício da razão, já a obediência cristã renuncia à vontade de si sobre si (Foucault, 2006d, p. 368). Trata-se de uma forma de destruição do eu.

A essas características do poder pastoral –, o controle de indivíduo a indivíduo sob o signo da lei, mas fora de seu campo, uma dependência que não garante nenhuma liberdade e que não leva a nenhum resultado, e um modo de individualização do eu que passa por sua destruição –, Foucault adiciona a forma de produção da verdade (2009, p. 237). O pastor tem com sua comunidade uma relação de ensino: além de dar o exemplo, o ensino também ensina a vigilância, uma direção exercida a cada instante, sobre a conduta total de todas as ovelhas (Foucault, 2009, p. 239). Exemplo de produção desse saber é a direção de consciência que, na Antiguidade, era circunstancial, mas, apropriada pela prática cristã, torna-se perpétua e não voluntária. Além disso, ela deixa de ser da ordem do conselho, para significar uma abertura, uma revelação do que é mais íntimo, ao diretor (Foucault, 2006e, p. 369). Assim, o indivíduo vai formar, de si, pelo exame da consciência, certo discurso da verdade, ligado àquele que dirige sua consciência.

Enfim, a obediência absoluta e a produção de verdades que vem de um olhar exterior, pela qual o sujeito aprende a se reconhecer, além daquelas relações de méritos e deméritos, constituem a originalidade do poder pastoral que promovem uma forma de individualização totalmente nova. Individualização baseada na identificação analítica – e não no estatuto ou na designação de um lugar hierárquico ao indivíduo –, e na sujeição do indivíduo pela obediência

pura. “Identidade, sujeição, interioridade: a individualização do homem ocidental durante o longo milênio do pastorado cristão foi realizada à custa da subjetividade. Por subjetivação. É preciso tornar-se sujeito para se tornar indivíduo” (Foucault, 2009, p. 310).

Aqui poderíamos também acrescentar à originalidade dessa forma de poder, conforme Dean, o comprometimento da Igreja e seus líderes com a comunidade através da caridade, diferente do evergetismo no mundo antigo (2010, p. 146 e ss.). No primeiro caso, verifica-se a preocupação de manter a solidariedade entre líderes da Igreja e um grupo socialmente vulnerável, pobres e doentes, com o propósito de ampliar o espaço público da Igreja (2010, p. 146 e ss.). Já o evergetismo é a prática instaurada entre cidadãos abastados de doar bens ou serviços à comunidade, de forma a obter reconhecimento público (2010, p. 146 e ss.). Nesse último caso, o compromisso dos privilegiados era com seus concidadãos, igualmente livres, enquanto aqueles que não eram cidadãos permaneciam além dos limites da cidade, sem ser beneficiados (2010, p. 146 e ss.). Dean desenvolve o tema da oposição entre essas duas formas de vínculo que marcam as relações entre pastor e rebanho e entre cidade e cidadãos com base em sugestão do próprio Foucault⁶⁹ (2009, p. 321).

A união do “jogo da cidade e do cidadão” e do “jogo do pastor e do rebanho” no que chamamos de Estado moderno, segundo Foucault, revela sociedades verdadeiramente demoníacas (2006e, p. 370). O legado dessas duas mentalidades de governo se reúne no Estado moderno em uma tentativa de governar duas espécies de sujeito: o cidadão cívico da pólis, modelo ao qual as concepções políticas humanistas fazem referência, e o sujeito obediente do pastorado cristão. Apesar de ser uma comunidade de cidadãos livres e iguais, a cidade antiga é também um modelo de exclusão dos direitos e prerrogativas da cidadania, que fica limitada a apenas alguns membros da pólis (Dean, 2010, p. 157). O pastorado cristão, por outro lado, está baseado em uma forma de governo da solidariedade e ubiquidade, mas também da obediência pura, da sujeição.

2.7 Razão de Estado e poder de polícia

O que podemos chamar de governo político é incluído por Foucault em uma dimensão mais ampla de governo, que se refere à condução das almas e das condutas. Foucault, o

⁶⁹ Foucault se refere ao trabalho de Veyne, *O pão e o circo*, que também é a fonte de Dean, para fazer uma breve referência ao evergetismo no mundo antigo como fonte de inspiração para tratar dos problemas entre o pastorado e a governamentalidade (2009, p. 320). Esse problema é retomado por ele no artigo “*Omnis e singulatim*: uma crítica à razão política”, publicado em 1981 (2006d, pp. 355 e ss.).

genealogista, não analisa o Estado como instituição, nem suas funções, afastando, ainda, a problemática da origem. Substituindo a problemática institucional, que Foucault chama de institucional-centrismo pelo ponto de vista global da tecnologia de poder, ele analisará o Estado como um conjunto de realidades compósitas (2009, p. 157). Afastando a figura do Estado como o monstro hobbesiano, Foucault investigará tanto a formação de mentalidades, quanto de racionalidades governamentais que ensejaram a passagem de um Estado de justiça na Idade Média para um Estado administrativo no século XVIII e depois para um Estado de governo, na trajetória que ele chama de governamentalização do Estado moderno.

A partir da crise do pastorado, das lutas sociais que animaram as insurreições pastorais e revoltas de conduta, o soberano, dirá Foucault, se encontrará diante de dois problemas: primeiro, descobrir com que racionalidade, com que cálculo, com que tipo de pensamento será possível governar os homens no âmbito da soberania. O segundo, é descobrir qual é o objeto desse governo dos homens, diferente do pastorado religioso e da ordem privada, mas que é da incumbência e da alçada do soberano e do soberano político (Foucault, 2009, p. 311). A partir do século XVI, no cruzamento entre o movimento de concentração estatal, de um lado, e de dissidência religiosa de outro, surge uma literatura sobre o governo que depois é ofuscada, ao fim do século XVIII, com a retomada das ideias contidas em “O príncipe”, de Maquiavel (Foucault, 2009, pp. 119 e ss.).

Maquiavel, segundo Foucault, teria concebido uma forma de poder que, em primeiro lugar, vincula o príncipe com seu principado por uma relação de exterioridade e transcendência, e que, em segundo lugar, se volta para a proteção de seus súditos e de seu território, pela violência (2009, p. 122). Foucault retoma a tradição dos espelhos dos príncipes para deixar clara tanto a temática do governo nessa espécie de literatura, quanto a existência de uma multiplicidade de governos, em relação aos quais o do príncipe, que governa seu Estado, é apenas uma modalidade (2009, p. 124). O anti-Maquiavel eleito por Foucault, La Perrière, descreve a imanência das práticas de governo em relação ao Estado, diferentemente da singularidade transcendente do príncipe de Maquiavel (2009, p. 124).

Como La Perrière, Le Vayer indica vários governos, expondo, em textos pedagógicos ao Delfim, a tipologia de suas diferentes formas: “o governo de si mesmo, que pertence à moral; a arte de governar uma família como convêm, que pertence à economia; e enfim, a ‘ciência de bem governar’ o Estado, que pertence à política” (Foucault, 2009, p. 125). Todas essas formas de governo remetem-se umas às outras, diferentemente da doutrina do príncipe ou da teoria

jurídica do soberano, que identificam a descontinuidade entre o poder do príncipe e qualquer outra forma de poder (Foucault, 2009, p. 125). Le Vayer explica ao Delfim que existe uma continuidade descendente entre o governo do Estado, que repercute na gestão das famílias –, o que se começa a chamar, nessa época, de polícia –, e uma continuidade ascendente das formas de governo revelada pela pedagogia do príncipe (Foucault, 2009, p. 126).

Além disso, em La Perrière, vê-se uma definição do governo que não se refere ao território: governam-se coisas, o governo será a correta disposição das coisas (Foucault, 2009, p. 128). Com “governar coisas”, entende-se que o governo se relaciona com uma espécie de complexo constituído pelos homens e coisas, mais do que sobre o território (Foucault, 2009, p. 128). O governo, na forma definida por La Perrière, não se destina ao bem comum, mas a dar a cada coisa governada seu fim adequado (Foucault, 2009, p. 131). O fim atribuído pelos teólogos e juristas ao exercício do poder soberano é o bem público, que é a conformidade à ordem e às leis que Deus impõe à natureza e aos homens (Foucault, 2009, p. 131). Existe, na definição de soberania, uma certa circularidade tautológica porque o bem comum é a própria soberania, é a lei do soberano absoluto, Deus. Na forma definida por La Perrière, por outro lado, o governo não é a imposição de uma lei aos homens, tratando-se de “dispor das coisas, isto é, de utilizar táticas, muito mais do que leis, ou utilizar ao máximo as leis como táticas” para que as finalidades das coisas e dos homens sejam alcançadas (Foucault, 2009, p. 132). A finalidade do governo, então, está nas coisas que ele dirige, na maximização ou nos processos que ele dirige, e seus instrumentos não serão leis, mas táticas. O governante, mais do que usar de violência (ou ao invés de) deverá usar de sabedoria e diligência (Foucault, 2009, p. 133).

Até meados do século XVI, o soberano deveria reproduzir simplesmente o governo de Deus na terra, como se vê em São Tomás. A arte de governar seria excelente na medida em que imitasse a natureza, criada por Deus. A analogia com a natureza faz com que o rei dirija as tendências de cada um a seu próprio bem, ou seja, de modo a extrair a força vital de um organismo. A função do rei, então, não será muito diferente da do pastor e nem da do pai de família: embora tenha a função de gerir multidões, o rei deverá proporcionar o bem comum de modo a não comprometer a salvação eterna do indivíduo (Foucault, 2009, pp. 312-313). No século XVI, o grande *continuum* que vai do soberano ao rei será rompido. Deus não governará mais no modo pastoral, mas reinará soberanamente no mundo através de princípios (Foucault, 2009, p. 314). Entre 1580-1650, momento da fundação de uma “episteme clássica”, a natureza

passará a ser inteligível a partir de formas matemáticas e classificatórias (Foucault, 2009, p. 316).

O soberano se vê, a partir de então, encarregado de novas tarefas: “[p]ede-se ao soberano que faça mais do que exercer a soberania” (Foucault, 2009, p. 317), mas sua ação não poderá mais ser pautada conforme o modelo de Deus ou da natureza. Emerge, então, a definição de um nível e forma de governo específicos, que se traduz na problematização da *res publica*, o que Foucault chama de governamentalização da coisa pública (Foucault, 2009, p. 317). A soberania que se exerce sobre os homens e que é convocada a se definir com uma coisa que não está contida diretamente nela, é o governo, o governo que deve buscar sua própria razão (Foucault, 2009, p. 318). De um lado, então, temos a natureza, que aceitará apenas o reinado de uma razão, regida pelos *principia naturae* (Foucault, 2009, pp. 317-318). De outro, teremos a *ratio status*, uma arte de governar que se conforma a regras que não dizem respeito à natureza, mas a um conhecimento racional voltado a manter e conservar a república (Foucault, 2009, pp. 319-320). A razão de Estado não tem, quando surge no pensamento político (entre Bottero, Palazzo e Chemintz), a conotação arbitrária e violenta dos dias de hoje (Foucault, 2006d, p. 374).

O grande escândalo da razão de Estado, diz Foucault, é, então, que ela rompe, ao mesmo tempo, com uma tradição cristã e jurídica, uma tradição que pretendia que o governo fosse profundamente justo, respeitando todo um conjunto de leis humanas, a lei natural e a lei divina (Foucault, 2006e, p. 374). A razão de Estado é uma arte de governar cuja racionalidade advém da reflexão sobre a natureza do que é governado (Foucault, 2006e, p. 374). Em outras palavras, a razão de Estado tem por fim o próprio Estado, sua conservação e manutenção a partir do momento em que é criado (Foucault, 2009, p. 318).

Para Foucault, a razão de Estado sempre existiu, se a entendermos como mecanismo pelo qual os Estados podem funcionar, mas foi preciso um instrumento intelectual novo, diferente das leis da natureza ou de Deus, para detectá-la e analisá-la (2009, p. 322). “Um saber é necessário: um saber concreto, preciso e medido reportando-se à potência do Estado” (Foucault, 2006e, p. 376). Aqui, Foucault está se referindo especificamente à ligação entre razão de Estado e estatística ou aritmética política. O soberano, sob a perspectiva da razão de Estado, deverá conhecer a realidade do Estado para mantê-lo, diferentemente do soberano maquiavélico, que tinha como principal preocupação a perda do principado. A estatística, como conhecimento das forças e dos recursos que caracterizam o Estado em um momento dado, será um saber necessário ao soberano, mais importante do que o corpo de leis vigentes em seu

território. Mas podemos nos referir também, com amparo nos escritos de Foucault, ao surgimento da política como um campo mais amplo de saberes e práticas.

Através da racionalidade política e governamental, o Estado entra, efetivamente, na prática refletida dos homens, ou seja, no campo da prática e do pensamento. Além de ser uma arte de governar que tem sua própria racionalidade e que se inclui no quadro amplo da história da governamentalidade, o Estado também funciona em um esquema de inteligibilidade de todo um conjunto de instituições estabelecidas, um conjunto de realidades dadas. Como esquema de inteligibilidade e ideia reguladora de uma forma de pensar e refletir, de uma forma de cálculo, o Estado faz emergir a política como maneira de intervenção na realidade que é criada pelo próprio Estado.

A política surge, então, como forma de pensar a racionalidade do governo em si mesma, pelos políticos, em oposição ao problema jurídico-teológico da soberania (Foucault, 2009, p. 328). De uma maneira própria de pensar a certos indivíduos, a política se torna um domínio valorizado de forma positiva, integrando-se a instituições, práticas e maneiras de fazer que Foucault identifica dentro do sistema de soberania da monarquia francesa (2009, p. 329). Pode-se dizer que a política, como domínio e forma de organização do poder, distingue governo e soberania, mas identifica suas possíveis relações e também os conecta.

Assim como a razão de Estado, o Estado não nasce nesse momento, mas se torna uma condição, a qualidade de uma república de manter seu próprio território, seu conjunto de leis, regras e costumes e seu conjunto de instituições. Sem embargo de não ter sua origem nesse momento, o Estado instaura uma nova temporalidade histórica, um novo marco referencial para a história, que não terá fim. O Estado “[é] o indefinido de uma governamentalidade para a qual não se prevê termo ou fim” (Foucault, 2009, p. 347).

Sob a perspectiva de uma razão de Estado que busca a manutenção do próprio Estado, criando a política, Foucault explica o golpe de Estado não como rompimento com um regime de governo ou confisco da posse legítima do poder, mas como manifestação das características, conservadora e perpétua, da razão de Estado. De fato, dado que a razão de Estado não busca sua legitimidade em articulação com um conjunto de leis vigentes em determinado território, ou seja, a constituição do Estado não está relacionada com leis ou com um regime jurídico, o golpe de Estado é apenas um acontecimento voltado à sua conservação. Não se trata de algo que excede as leis ou que subverte as leis, sejam elas públicas, particulares ou fundamentais.

Em geral, a razão de Estado faz uso dessas leis, mas diante de algum acontecimento premente ou urgente, ele se liberta delas para salvar o próprio Estado (Foucault, 2009, pp. 347-348).

Nesse sentido, a necessidade do Estado e da política é superior à própria lei positiva ou natural: “a política não é uma coisa que tem de se inscrever no interior de uma legalidade ou de um sistema de leis. (...) A política é algo que tem relação com a necessidade” (Foucault, 2009, p. 350). Isso implica dizer que a razão de Estado admite até mesmo a violência: não há violência diante da necessidade. No que concerne ao Estado, portanto, não há incompatibilidade entre razão e violência (Foucault, 2009, p. 353). “Pode-se até dizer que a violência do Estado nada mais é que, de certa forma, a manifestação irruptiva da sua própria razão” (Foucault, 2009, p. 353). Assim é que o golpe é uma prática teatral, mas também uma das manifestações mais importantes do Estado e do soberano como depositário do poder de Estado (Foucault, 2009, p. 354).

Diante da violência da razão de Estado e do recuo do poder pastoral, o soberano terá que lidar com os perigos de sublevação do povo, que era, para Foucault, essencialmente passivo em Maquiavel, preocupado com a política dos grão-senhores. Essa possibilidade virtual de insurreição do povo contribui para a emergência do mercantilismo como prática política. É que a qualidade do príncipe não será medida por sua prudência, sabedoria ou justiça, mas pela habilidade de equilibrar os recursos de que dispõe o Estado e a respectiva população, por meio da economia (Foucault, 2009, pp. 361 e ss.). Aliada à economia, a opinião é outro elemento importante da realidade que o governo terá que manipular (Foucault, 2009, 363).

A *ratio status*, assim, é diferente do pastorado, tem sua própria verdade e intervêm sobre a consciência das pessoas determinando a maneira de elas agirem, seu comportamento como sujeitos econômicos ou políticos, por meio da opinião. A possibilidade de sublevação do povo, e a pressuposição de uma opinião pública, tornam presente, ainda que de forma implícita, a população, como alvo e instrumento do governo. Mas trata-se, ainda, diz Foucault, de um sujeito sem rosto: o problema ainda não é da riqueza da população, mas do Estado soberano (Foucault, 2009, p. 370). A noção de população como um novo sujeito vai ser elaborada por intermédio da polícia, um campo de práticas dentro da teoria geral, por assim dizer, absolutista, da razão de Estado (Foucault, 2009, p. 371).

Até o século XVI, dirá Foucault, a noção de polícia era diferente da que conhecemos hoje. A polícia podia ser entendida em três sentidos: uma espécie de sociedade humana, na

medida em que algo como uma autoridade pública se exerce sobre ela; o conjunto dos atos que vão precisamente reger essas comunidades sob autoridade pública (como, por exemplo, um regimento) e o resultado positivo e valorizado de um bom governo. Essa noção de polícia, embora seja estranha ao mundo anglófono, é de fácil identificação na análise do poder de polícia pelo direito administrativo brasileiro⁷⁰, herdeiro das concepções europeias, especialmente a alemã e a francesa.

Foucault identifica a polícia como mecanismo que funciona internamente para assegurar o crescimento do Estado no panorama histórico europeu descortinado pela razão de Estado. Ao contrário do ideal universalista de construção de um Império, surge o de paz universal entre uma multiplicidade de Estados separados geograficamente, que tem como fim seu próprio fortalecimento. Alguns instrumentos para a manutenção desse equilíbrio, ainda que frágil, entre os Estados são renovados: a guerra motivada não pelo direito, mas pela razão de Estado, e um novo sistema diplomático codificado pelo *jus gentium*, além de um exército próprio (Foucault, 2009, p. 394 e ss.). A partir dos séculos XVI e XVII, procura-se estabelecer uma relação entre os Estados que seja de equilíbrio, mas em um ambiente de concorrência. Nesse sentido, a boa polícia, fazendo as forças de um Estado crescerem, impedirá que a balança penda em seu desfavor.

De fato, para Foucault, a partir do século XVII, “a polícia vai ser o cálculo e a técnica que possibilitarão estabelecer uma relação móvel, mas apesar de tudo estável e controlável, entre a ordem interna do Estado e o crescimento de suas forças” (2009, p. 421). A polícia funcionará, então, como um conjunto de práticas de poder com dois objetivos: fazer crescer as forças do Estado e manter a boa ordem. Para atingi-los, cada Estado terá que conhecer sua população, território, exército, recursos naturais, produção e circulação monetária, mas também tomar conhecimento desses aspectos dos outros Estados, lançando mão da estatística. A estatística funcionará, então, entre dois conjuntos tecnológicos: o da polícia e do equilíbrio europeu. Mas enquanto este último e a razão de Estado são noções ou dispositivos

⁷⁰ Essa dificuldade é mencionada tanto por Dean (2010), quanto por Hunt e Wickham (1994). No Brasil, a doutrina de Maria Sylvia Zanella de Pietro leciona que, no século XV, o *jus politiae* designa toda a atividade do Estado, como já ocorria antes da Idade Média e opõe o Estado de polícia, aquele em que o príncipe podia editar atos normativos postos fora do alcance dos Tribunais e o Estado de direito (2021, pp. 135 e ss.). Também Celso Antônio Bandeira de Mello, detalha, em sua doutrina, a filiação brasileira ao direito administrativo francês e informa que, na França, as atividades da polícia se dirigiam a manter a tranquilidade, a segurança e a salubridade públicas (2019, p. 888).

compartilhados entre os Estados, as formas de reflexão e institucionalização da polícia são diferentes em cada um dos países europeus (Foucault, 2009, pp. 424-425).

Nas universidades alemãs, desenvolve-se uma ciência da polícia, *Polizeiwissenschaft*, que se difundirá por toda a Europa, enquanto na França, a polícia é uma prática administrativa (Foucault, 2009, p. 427-428). A polícia, na França, em um primeiro momento se identifica com o governo inteiro, uma administração total do Estado diante das três outras: a justiça, o exército e as finanças (Foucault, 2009, p. 431). O que podemos chamar de poder de polícia (ou polícia, simplesmente) se exerce sobre os próprios homens –, independente de seu papel ou hierarquia na ordem social –, mas de uma forma específica – tendo em vista o que os homens fazem, suas atividades e ocupações –, na medida em que têm relação com o desenvolvimento das forças do Estado (Foucault, 2009, pp. 433).

Os problemas da polícia são urbanos e, por esse motivo, ela retoma em suas práticas e instituições, a regulamentação que tinha se desenvolvido nesses espaços desde a Idade Média. Do mesmo modo, se serve das forças armadas que o poder real pusera em serviço desde o século XV para evitar as desordens que se seguiam às guerras (Foucault, 2009, pp. 451-452). O comércio, que se desenvolve nas cidades, será fator essencial para fazer crescer as forças do Estado e objeto privilegiado da polícia. Entendida como prática que viabiliza a existência da cidade, a polícia logo será transferida para a escala geral do reino (Foucault, 2009, p. 453).

Alguns objetos de atuação principal da polícia serão o desenvolvimento quantitativo da população, as necessidades de alimentação e consumo, os problemas de saúde, zelar pelas atividades humanas, de modo a assegurar que trabalhem, e a circulação de mercadorias e de produtos da atividade dos homens. Daí a insinuação de Foucault no sentido de que a polícia é que primeiro tematiza a população. O alvo da polícia vai além de regular a coexistência e a comunicação dos homens uns em relação aos outros, que é seu objetivo fundamental (Foucault, 2009, p. 438). No final do século XVI e no início do século XVII, os sistemas econômico e social do Estado de polícia têm por objetivo proporcionar comodidade, felicidade, aos indivíduos (Foucault, 2009, p. 439). A felicidade, como mais do que simplesmente viver, é o que vai ser constituída em utilidade estatal para fazer suas forças crescerem (Foucault, 2009, p. 439). Por meio de um cálculo quase utilitarista, a polícia buscará providenciar o bem-estar dos indivíduos para alcançar o fortalecimento do Estado.

O poder de polícia distingue-se de outro poder régio, o da justiça: trata-se do soberano agindo diretamente sobre seus súditos, conforme sua própria racionalidade, por meio de regulamentações, e não através de um aparelho judiciário, com base em leis gerais (Foucault, 2009, p. 457 e ss.). Embora funcione com base no regulamento e não na lei, os modos de ação da polícia e da justiça não são totalmente distintos. Na medida em que o regulamento é morfologicamente uma forma jurídica, há uma aproximação entre polícia e justiça. O mundo do regulamento é o mundo da disciplina que se prolifera, desde o fim do século XVI até o século XVIII nas fábricas, na escola e no exército como pano de fundo de uma regulamentação geral dos indivíduos e do território do reino (Foucault, 2009, p. 458). A polícia, dirá Foucault, é o golpe de Estado permanente (Foucault, 2009, p. 458).

Foucault sintetiza, então, como características principais do poder de polícia, os seguintes: o comércio, a cidade, a regulamentação e a disciplina, tal como era entendida nos séculos XVII e XVIII (Foucault, 2009, p. 459). A partir do século XVIII, o poder de polícia entra em declínio, ou melhor, passa a ser criticado em razão de mudanças históricas, econômicas, sociais e geográficas. Foucault menciona “uma desurbanização em benefício de um agrocentrismo” que seria a emergência do problema da produção em relação à comercialização dos grãos, que é o problema dos fisiocratas (2009, p. 461). A regulamentação da polícia representava um obstáculo ao modelo de produção pretendido pelos fisiocratas, que defendiam outra forma de regulação da atividade econômica, respeitando as leis naturais da própria sociedade. “[É] preciso substituir a regulamentação mediante a autoridade de polícia por uma regulação que se faz a partir e em função do curso das próprias coisas” (Foucault, 2009, p. 465).

A população, então, deixa de ser objeto de preocupação dos economistas apenas do ponto de vista quantitativo. Ao invés da preocupação do poder de polícia em multiplicar a quantidade de trabalhadores dóceis e eficazes, para os economistas, o número não é em si um valor: a quantidade de pessoas será ajustada conforme os recursos que são colocados à sua disposição. E, por fim, as relações entre os Estados mudam: ao invés de concorrência e competição entre Estados, que eram os mecanismos do equilíbrio e da polícia, os economistas evocam, através de novas técnicas de governamentalidade, mecanismos de regulação que vão atuar no interior de cada país. Ao invés de bem-estar de cada um, o Estado deixa agir a concorrência entre os indivíduos para que cada um, procurando o lucro máximo, também propicie ganho ao Estado ou a coletividade (Foucault, 2009, p. 465).

Todas essas transformações culminam em uma nova governamentalidade a partir do século XVIII. A governamentalidade dos economistas, mais do que o pensamento dos juristas, irá introduzir as linhas fundamentais da governamentalidade moderna contemporânea, da mesma forma que a governamentalidade dos políticos ensejara o Estado de polícia. A polícia se desdobra, então, em quatro áreas: prática econômica, gestão da população, um direito público articulado no respeito à liberdade e às liberdades, uma polícia com função repressiva (Foucault, 2009, p. 476). A razão econômica, por sua vez, não substitui a razão de Estado, mas dá a ela um novo conteúdo, novas formas de racionalidade.

2.8 Biopolítica, governo e soberania

Foucault, anteriormente, constataria que a mecânica do poder da soberania não acomodava nem o nível do detalhe e nem o da massa. Por isso, ele desenvolvera uma abordagem do poder como vigilância e treinamento sobre o corpo individual, a disciplina e, depois, o dispositivo da sexualidade, por sua vez, permitira a ele articular poder sobre o indivíduo e sobre a população. E é nesse contexto que ele vai mencionar o surgimento de uma nova forma de política, a biopolítica. Na *História da sexualidade*, o biopoder⁷¹ denunciava a entrada da vida na história.

A política da vida, ou biopolítica, tornava evidentes três acontecimentos importantes: primeiro, a emergência da população como problema científico e político, como problema biológico e de poder. Segundo, a forma de lidar com essa nova realidade da população: a biopolítica lidará com acontecimentos aleatórios, intervindo globalmente sobre o que determina esses acontecimentos através da implantação de mecanismos como previsões, estimativas, estatísticas, medições globais, os mecanismos de segurança. A biopolítica tentará obter estados globais de equilíbrio, de regularidade, por meio da regulamentação social (Foucault, 2005, p. 296). Nesse sentido, Foucault introduz os mecanismos de segurança, que estão relacionados a saberes, práticas e instituições destinados à proteção pública contra determinados fatos, previsíveis ou não (como velhice, acidente, doenças e desemprego).⁷²

⁷¹ Foucault se refere, indistintamente, a biopoder e biopolítica. Nesse sentido, Lemke: “Não apenas esses deslocamentos conceituais e diferentes ênfases que são desconcertantes; a isso soma-se que Foucault não fala somente de biopolítica, mas também, em alguns momentos, de ‘biopoder’, sem diferenciar nitidamente ambos os conceitos” (2018, p. 54).

⁷² Para Hunt e Wickham “A palavra inglesa ‘security’ não transmite totalmente o sentido da discussão de Foucault; o termo ‘bem-estar’ é provavelmente mais próximo (1994, p. 54).” Do mesmo modo, nota dos tradutores de “Foucault, governamentalidade e crítica”, de Thomas Lemke, para quem em uma das traduções brasileiras de *Em*

O biopoder, então, é a noção usada por Foucault para redimensionar seu foco de análise de uma tecnologia de poder sobre o indivíduo para outra voltada para fenômenos de população, para processos biológicos ou biossociológicos das massas humanas, que implicam órgãos complexos de coordenação e centralização (2005, p. 298). Ele menciona uma série de análise que é o da população - processos biossociológicos - mecanismos regulamentadores - Estado (Foucault, 2005, p. 298). Assim como a disciplina, que deixa de ficar restrita às instituições, as grandes regulações globais que proliferam no século XIX se encontram no nível estatal, mas também abaixo dele (Foucault, 2005, p. 299).

No curso que Foucault ministra em 1978, *Segurança, território e população*, em que discorre sobre o poder pastoral, a razão de Estado e o poder de polícia, embora o biopoder seja mencionado apenas no início, trata-se de uma forma de poder que é o pano de fundo em que se desdobra a governamentalização do Estado. Foucault inicia o curso dizendo que irá tratar de “uma multiplicidade de indivíduos que só existem biologicamente ligados à materialidade dentro da qual existem”, a “irrupção da naturalidade da espécie dentro da artificialidade política de uma relação de poder” (2009, pp. 28-29). A artificialidade política da relação de poder não é aquela constituída pela soberania e sua relação com os súditos em um território, e também é diferente daquela desenvolvida no espaço disciplinar, se apresentando como uma forma sutil e quase natural de intervenção sobre o meio. Essa forma de exercício do poder terá como objeto e objetivo a população.

A análise do homem, como figura da população, como sujeito e objeto de diversas relações de poder, enseja a investigação de Foucault sobre diversos “governos”, diversas formas de condução das condutas, em uma variedade de contextos. O que podemos chamar de Estado governamentalizado (um conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas, exercendo uma forma bastante específica de poder que se sobrepõe a outras), é uma das formas de exercício de poder (ou de organização das relações de saber-poder) que tem por alvo a população (Foucault, 2010h, p. 291). Assim, pode-se dizer que a governamentalidade, como dinâmica de poder, administra, cultiva e gere processos de população, da mesma forma que a biopolítica. Mas a biopolítica não é coextensiva a todo o

defesa da sociedade, a que usamos nesse trabalho, optou-se por outra tradução: tecnologias de previdência (2018, p. 60, nota 25).

campo do governo, que comporta outras duas dimensões: o econômico, como campo interno, e a teoria e as práticas da soberania (Dean, 2010, p. 186).

Foucault indica que, a partir do século XVII, a biopolítica deve ser compreendida a partir da gestão das forças estatais (2009, p. 494). Disso podemos extrair duas consequências: primeiro, que a “biopolítica é uma dimensão fundamental, ou mesmo uma trajetória do governo do século XVIII que se preocupa com o governo de e através dos processos e evolução da vida” (Dean, 2010, p. 186). Também Lemke, no mesmo sentido, entende que a biopolítica, apesar de ter outros empregos na obra de Foucault, pode ser considerada “uma arte particular do governar, que emerge, principalmente, com as técnicas liberais de condução” (2018, p. 54).⁷³ A biopolítica é uma das formas pelas quais o Estado governamentalizado lida com as populações e os indivíduos por meio da regulação, ou através de processos que “subjativam” ou, ainda, poderíamos dizer, que os tentam tornar sujeitos governáveis.

A outra consequência é que, ao tratar da população como uma entidade viva, essencial à biopolítica, e como “um conjunto de processos que é preciso administrar no que tem de natural e a partir do que têm de natural” (2009, p. 92), Foucault está indicando que os dispositivos de poder é que provocam cesuras entre a população “externa” e “interna” ao que chamamos de governo político. “[É] no próprio interior do saber-poder, no próprio interior da tecnologia e da gestão econômica que vamos ter esse corte entre o nível pertinente da população e o nível não pertinente, ou ainda, o nível simplesmente instrumental” (Foucault, 2009, p. 92, p. 56).

A população, embora tramada por relações sociais e políticas, também funciona como espécie (Foucault, 2009, p. 29). Como sujeito coletivo é objeto, aquilo sobre o que (e para o que) são dirigidos os mecanismos de poder para se obter certo efeito. E é sujeito de determinadas condutas, dela é esperado (ou pedido) este ou aquele comportamento (Foucault, 2009, p. 56). A população, dirá Foucault, coincide com a antiga noção de povo (2009, p. 56). “O povo é aquele que se comporta em relação a essa gestão da população, no próprio nível da população, como se não fizesse parte desse sujeito-objeto que é a população, como se se pusesse fora dela” (Foucault, 2009, p. 57). O povo resiste à regulação da população, que só existe, se

⁷³ Lemke apreende outros dois empregos do termo biopolítica em Foucault, além deste: um para simbolizar uma “cesura histórica no pensamento e na ação políticos, que se distingue pela relativização e reformulação do poder soberano” e, outro da biopolítica como um “papel central na gênese do racismo moderno” (2018, p. 54). Também no mesmo sentido, Dean menciona a combinação entre soberania e biopolítica como fundamento de Estados racistas na modernidade (2010, pp. 251 e ss.). O Estado racista é analisado por Foucault na obra *Em defesa da sociedade*.

mantém e subsiste “em nível ótimo” em um dispositivo de poder (Foucault, 2009, p. 58). A população, poderíamos dizer, funciona como a multiplicidade humana em que se encontram em atuação o biopoder e o governo.

Uma das cesuras mais importantes, que é entre as esferas política e a não política, é resultante do processo que conduz à governamentalização do Estado (Dean, 2010, pp. 203 e ss.). A trajetória que conduz à governamentalização do Estado começou quando o homem pôde ser tematizado pelas “ciências humanas”, como ser vivo, indivíduo trabalhador e sujeito falante, quando deixou de ser pensado apenas em termos de soberania, ou como sujeito de direitos (Foucault, 2009, p. 103). Quando a população emerge como correlato de poder e objeto de saber, inclusive por um conjunto de atividades e práticas que utilizam cálculos e formas de racionalidade para moldar condutas, podemos falar do início da governamentalização (Dean, 2010, p. 197). A partir de então, se inicia a tendência que, em todo o Ocidente, além de levar ao desenvolvimento de uma série de aparelhos específicos de governo e de um conjunto de saberes, também levou à preeminência de um tipo de poder, o governo, sobre os outros (soberania e disciplina).

Essa tendência ou trajetória que leva à governamentalização do Estado deve ser analisada a partir da soberania, que é a tecnologia de poder da monarquia feudal (Dean, 2010, p. 188). O próprio Foucault se refere ao estudo da arte de governar e sua transformação pela governamentalização do Estado como “o estudo da racionalização da prática governamental no exercício da soberania política” (2008, p. 4). Na *História da sexualidade*, Foucault expõe que, apesar de ter sido usado o princípio do direito para a organização do aparelho administrativo da monarquia, havia muito mais em jogo do que um simples edifício jurídico e que relações de poder heterogêneas subjazem à organização da teoria jurídico-política da soberania (2010e, p. 97). Disso podemos depreender que, mesmo que a soberania seja definida, no século XVI, nas sociedades europeias, como o direito de vida e morte do soberano – ou por meio de uma autoridade soberana que se exerce sobre o território e seus sujeitos, conforme a lei –, que é diferente do governo – como a arte de dispor das coisas –, soberania e governo podem ser vistos de forma articulada.

Foucault dirá que “a conduta de um conjunto de indivíduos viu-se implicada, de forma cada vez mais acentuada, no exercício do poder soberano” (2009, p. 491). O rei Luis XIV, para Foucault, foi a figura histórica que conseguiu, em sua prática e rituais da monarquia, “manifestar a ligação, a articulação, mas, ao mesmo tempo, a diferença de nível, a diferença de

forma, a especificidade [da] soberania e [do] governo” (2009, p. 329). O cameralismo e o mercantilismo, a partir do século XVII, apesar de representarem racionalidades de governo em que a população passa a ser vista de forma positiva, como princípio de riqueza e força produtiva, têm como objetivo o próprio soberano e sua riqueza, e seus instrumentos são armas tradicionais da soberania: as leis, os decretos e os regulamentos (Foucault, 2009, p. 136). Tanto mercantilismo como cameralismo ainda se referem à população como coleção de súditos de um soberano, aos quais se podia, precisamente, impor de cima e de maneira voluntarista, leis e regulamentos que regulavam seus comportamentos (Foucault, 2009, p. 91).

Por outro lado, por meio da estatística, um instrumento da monarquia administrativa, constata-se especificidades, acontecimentos regulares da população e seus efeitos econômicos (Foucault, 2009, p. 139). As variáveis a que está submetida a população tornam-na cada vez mais intransparente em relação à ação do soberano, ou seja, ela não será mais da ordem da obediência ou da recusa a uma lei, mas não será impenetrável em relação a cálculos, reflexões e formas de racionalidade (Foucault, 2009, p. 93). Mesmo a polícia é uma racionalidade de governo que se articula com a soberania, e é o paradigma de exercício de poder usado pelo soberano para fazer de seu território uma espécie de grande cidade. A polícia, de certo modo, propicia “comunicação” entre as famílias do reino e usa os mesmos instrumentos da justiça, que é o outro poder régio. Não obstante, diferentemente da soberania, que é um poder de censura e repressão, um poder negativo, a polícia é um poder produtivo, está relacionada ao aumento das forças de um Estado, além da manutenção da ordem e, nessa medida, ela começa a tematizar a biopolítica (Dean, 2010, p. 193).

Mas para que a arte de governo ganhe autonomia efetiva em relação à soberania, ela deve “descobrir seus próprios instrumentos e formas de raciocínio que sejam distintos dos modelos patriarcais de lar e família, e não impliquem simplesmente a imposição de leis e o uso de mecanismos subtrativos” (Dean, 2010, p. 196). A expansão demográfica do século XVIII, ligada à abundância monetária e ao aumento da produção agrícola, permitiram o recentramento da economia além da família (Foucault, 2009, p. 138). A família deixa de ser modelo do governo e vai ser elemento no interior da população, apoio fundamental para governá-la, instrumento de governo (Foucault, 2009, p. 139). Ocorre, então, a destituição da família como modelo de economia e sua transformação em instrumento privilegiado de poder.

Nas múltiplas formas de governos que encontrávamos na literatura anti-Maquível verificadas em continuidades ascendentes entre a pedagogia do príncipe e o poder de polícia, o

elemento central era o governo da família, chamado de economia (Foucault, 2009, p. 126). O governo terá, então, como meta essencial a introdução da economia no exercício político (Foucault, 2009, p. 126). Aliás, para Foucault, governo econômico indica uma tautologia, já que “a arte de governar é, precisamente, a arte de exercer o poder na forma, e segundo o modelo da economia” (Foucault, 2009, p. 127). Quando Quesnay se refere ao governo econômico, é porque a economia já está ganhando seu sentido moderno: ela se transforma de uma forma de governo, no século XVI, para um campo de intervenção do governo no século XVIII (Foucault, 2009, p. 127).

Como se observa, o descongelamento da arte de governo, antes presa ao “quadro rígido demais da soberania”, ocorre em razão da emergência da população, em torno da qual se articula também a economia política (Foucault, 2010h, p. 290). Mas nunca o problema da soberania foi colocado com tanta acuidade como nesse momento: tratava-se agora, a partir do momento em existia uma arte de governo independente, de encontrar uma forma jurídica e institucional à soberania que caracteriza o Estado (Foucault, 2010h, p. 290). Entre os séculos XVI e XVII, a teoria da soberania política foi um instrumento da luta política e teórica em torno dos sistemas de poder daquele período. A partir do século XVIII, a teoria da soberania é reativada por Rousseau e seus contemporâneos, desempenhando outro papel: construir contra as monarquias absolutistas, um modelo alternativo, o das democracias parlamentares (Foucault, 2005, pp. 41-42). A soberania, como se vê, é uma noção histórica, que encontra formas próprias.

A teoria da soberania, para Foucault, não só continuou a existir, a partir do século XIX, como “ideologia do direito”, organizando códigos jurídicos (2005, p. 44), mas ela também será transformada. Para Foucault, o manejo dos seres vivos por técnicas de governo no exercício do poder soberano “[é] o direito de *causar* a morte ou de *deixar* morrer” (2010e, p. 148). Mas esse direito é aos poucos penetrado, perpassado e modificado, mas sem ser apagado, pelo biopoder, que, ao contrário do anterior, é “um poder exatamente inverso: poder de ‘fazer’ viver e de ‘deixar’ morrer” (Foucault, 2005, p. 287).

Dean menciona que a teoria da soberania será transformada pelo desenvolvimento das artes e racionalidades de governo e que, atualmente, a soberania não é mais simplesmente o mecanismo de poder que existia sob o feudalismo. Para ele, “a formação da população e de seus membros como portadores de uma liberdade regulada e responsável por práticas disciplinares e biopolíticas é, em si mesma, uma condição de possibilidade de uma democratização da soberania” (2010, p. 202). O próprio direito também será transformado de um sistema voltado

para codificar e expressar a monarquia para um instrumento de uma ordem normativa, parte de um complexo de aparatos e práticas normalizadoras (Dean, 2010, p. 203).

A última consequência da governamentalização do Estado, e sua relação com a soberania transformada, para Dean, como já mencionamos, é “o surgimento de uma distinção entre esferas políticas e não políticas, e a visão de que o político, em certo sentido, surge e serve à esfera não política” (2010, p. 204). Dentro dos países, a população, assim como a sociedade civil, surge como o que Foucault chama de naturalidades. A sociedade civil corresponde a uma naturalidade social, esfera de convivência dos homens, que mantém relações entre si e, ao mesmo tempo, a um domínio de saber e intervenção (Dean, 2010, pp. 470-471).

A distinção entre sociedade civil e população concerne, aqui, mais à disposição de racionalidades de governo por parte de uma autoridade política que se posta como externa ou exterior a essas naturalidades, do que propriamente a uma cesura real e existente. O surgimento da população, da economia, como domínio prático e racionalidade de governo, e a sociedade civil como totalidade natural, são formas usadas pelo governo para a organização de políticas baseadas em distintas formas de subjetividades. Não significa que essas naturalidades estejam dentro ou fora de uma racionalidade governamental.

Com a ideia de distintas subjetividades podemos entender melhor como a noção de governo não substitui a de disciplina que, por sua vez, não substitui a de soberania (Foucault, 2009, pp. 142-143). Trata-se de três conjuntos de regras diferentes, definidos por três linhagens genealógicas, que se relacionam com diferentes sujeitos: o sujeito legal e político da soberania, na forma jurídica, o sujeito dócil e útil dos mecanismos reguladores e o sujeito que se revela em sua forma social, biológica e econômica, encontrado no nível das populações pela racionalidade governamental (Dean, 2010, p. 191).

A biopolítica, por sua vez, será uma forma de governo e condição para o desenvolvimento da arte liberal de governar, que Foucault descreve como a governamentalidade que se estabelece a partir do século XVIII. A partir da análise da governamentalização do Estado, Dean aponta a biopolítica como a forma de governo que ensinou o liberalismo como outra forma de governo, mas com a qual esta está também em constante tensão. O liberalismo para ele, pode ser entendido também como um *ethos* de revisão, que desconfia do excesso de governo e que critica quaisquer formas de governos que conduzam

à biopolítica. Não obstante, essa crítica não será tanto para rejeitar a regulação biopolítica, mas para administrá-la (Dean, 2010, p. 120).

2.9 Arte liberal de governo

2.9.1 Liberdades e mecanismos de segurança

O liberalismo, para Foucault, não é um movimento ou reflexão filosófico e político, a partir do qual se ergueram liberdades individuais, baseadas na autonomia do sujeito e gravadas como direitos inatos ao homem, em constituições, em oposição ao poder absoluto do Estado soberano. Como define Dean, ele está relacionado tanto a uma crítica ao que seria um governo excessivo, em geral baseada na filosofia de governo limitado, que deve respeitar direitos e liberdades dos cidadãos no Estado de direito, quanto a formas de governo que recomendam a revisão e a racionalização regulares, usando as capacidades de sujeitos livres para atingir seus fins e metas (2010, p. 267). E também pode ser uma forma de articular soberania e biopolítica (Dean, 2010, p. 267).

O surgimento da governamentalidade liberal depende da emergência do problema da população e da economia como um campo de saber-poder, como descrevemos anteriormente. Com a emergência da economia política, por sua vez, ocorre não uma substituição, mas uma duplicação importante: “os sujeitos de direito sobre os quais se exerce a soberania política aparecem como uma *população* que um governo deve administrar” (Foucault, 2008, p. 30). Essa é uma das razões pelas quais o liberalismo deve ser estudado como um quadro geral da biopolítica.⁷⁴

O liberalismo está assentado nos mecanismos de segurança, que reconfiguram o papel do direito (Dean, 2010, pp. 208-209). De fato, em *Segurança, território e população*, apesar de distinguir os mecanismos de segurança da lei, que proíbe, e da disciplina, que prescreve, Foucault também ponderava que esses mecanismos não significavam o apagamento das técnicas jurídico-legais e das técnicas disciplinares, mas sua reativação e transformação (2005, p. 13). A permanência das técnicas disciplinares deve ser compreendida como parte daquele triângulo que Foucault diz permanecer em ação nas sociedades de governo: “[t]rata-se de um

⁷⁴ Essa observação de Foucault consta de nota de rodapé que faz referência a seus manuscritos. A tese de Dean, no mesmo sentido, é de que o liberalismo, como crítica e racionalidade de governo, só pode ser entendido a partir da biopolítica que é sua condição (2010, pp. 208-209). “O governo liberal é, então, uma maneira de fazer as coisas que pode ser analisada como um princípio e um método para a racionalização e revisão do exercício do governo” (Dean, 2010, pp. 110-111).

triângulo: soberania-disciplina-gestão governamental, que tem na população seu alvo principal e nos dispositivos de segurança seus mecanismos essenciais” (2010h, p. 291).

Para Foucault, o direito, entre os séculos XVI e XVII, se desenvolve como um limite externo, fora da razão de Estado. A teoria jurídica centrou-se em buscar direitos originários que pudessem fundar a governamentalidade (Foucault, 2008, pp. 21-22). Se a prática judiciária era o elemento multiplicador do poder real durante a Idade Média, a partir dos séculos XVI e XVII, ela tentará limitar a ação da razão de Estado, que é quase indefinida no poder de polícia (Foucault, 2008, p. 11). A partir de então, as leis fundamentais do reino, formuladas pelos juristas, são invocadas para se opor à razão de Estado, sendo consideradas intocáveis. O direito público, o ressurgimento de temas do direito natural e de direitos originários do contrato social serão defendidos, pelos juristas, como formas de limite à razão do Estado (Foucault, 2008, p. 13). Mas mesmo então, a razão de Estado já estabelecia seus próprios limites em função dos objetivos “programados” pela arte de governar: o crescimento da população e a subsistência (Foucault, 2008, p. 19). A economia política, que está relacionada a esses limites, se desenvolveu no interior da própria razão de Estado.

A economia política, então, se estabelece como autolimitação da prática de governo em face da natureza do que faz e daquilo sobre o que ela age, fazendo emergir um novo regime de verdade (Foucault, 2008, pp. 23-24). Nesse novo regime de verdade, o sucesso ou o fracasso, como efeitos da ação governamental, serão os critérios de sua avaliação e não sua legitimidade ou ilegitimidade (Foucault, 2008, p. 22). A economia política desloca a questão do governo de um problema jurídico para um problema de eficiência, em que a intervenção estatal é guiada por cálculos de mercado. A partir do século XVIII, pode-se estabelecer uma coerência entre mecanismos inteligíveis que ligam diferentes práticas e seus efeitos uns aos outros, permitindo julgar todas essas práticas como boas e ruins de acordo com suas próprias proposições (Foucault, 2008, p. 25) e tendo em vista a economia política. Além de critério de eficácia, a economia pautará, então, também as decisões do governo (nesse caso, o governo político), indicando o que ele pode ou não fazer para garantir sua prosperidade e crescimento, o que não tem nada a ver com leis morais ou jurídicas.

O mercado passa a ser um lugar de verificação. Ao promover um novo regime de verificação como sua função primária, o mercado estabelecerá os limites da ação governamental. Como função secundária, o mercado irá ditar e prever a existência ou ausência de mecanismos jurisdicionais sobre os quais deverá se articular (Foucault, 2008, p. 45). Se o regime de

verificação do mercado é o conjunto das regras que permitem estabelecer, a propósito de um discurso dado, os enunciados verdadeiros ou falsos e se, de outro lado, tratava-se de encontrar um princípio de autolimitação do governo, o papel do direito será prever limites ao exercício do poder público. Em outras palavras, o direito vai articular o exercício do poder público de acordo com a absoluta necessidade de não intervenção em algumas esferas (conforme razões de fato ou de verdade), estabelecendo limites jurídicos à ação governamental.

O direito se duplica em duas vias de elaboração: uma, que Foucault chama de via revolucionária, parte dos direitos do homem para chegar à delimitação da governamentalidade passando pela constituição do soberano (2008, p. 54). Esse é o sistema da lei como vontade do poder soberano que chega até a Revolução Francesa e, portanto, é o modelo francês. A outra via, é a do utilitarismo inglês, em que se colocava ao governo a questão da sua utilidade ou sua não-utilidade (Foucault, 2008, p. 56). Nessa via, “a lei será concebida como efeito de uma transação que vai colocar, de um lado, a esfera de intervenção do poder público e, de outro, a esfera de independência dos indivíduos” (Foucault, 2008, p. 57). As duas vias têm concepções distintas de liberdade, o sistema dos direitos do homem e o da independência dos governados, e é essa a ambiguidade que caracteriza o liberalismo europeu no século XIX e também no século XX, para Foucault (2008, p. 58).

As duas vias de elaboração do direito não são excludentes, estabelecendo conexões que manterão unidos, conjugando-se, a axiomática fundamental dos direitos do homem e o cálculo utilitário da independência dos governados (Foucault, 2008, p. 58). A utilidade individual e coletiva, de todos e de cada um, será o critério de elaboração dos limites do poder público e da formação de um direito público e de um direito administrativo, e seguirá abrangendo, cada vez mais, os problemas tradicionais do direito (Foucault, 2008, p. 60). A medida das intervenções da nova razão governamental, indexadas ao princípio de utilidade e da troca por parte do mercado, como verificação, serão traduzidas como interesses (Foucault, 2008, p. 61). A nova razão governamental, então, não se relacionará com os indivíduos e nem com as coisas em si, que são as riquezas e terras, lidará com esses fenômenos que são os interesses, ou aquilo por intermédio do que determinado indivíduo, coisa ou riqueza, interessa aos outros indivíduos ou à coletividade (Foucault, 2008, p. 62).

O problema de segurança é o de proteger o interesse coletivo contra os interesses individuais e, inversamente, proteger os interesses individuais contra o que seja abuso dos interesses coletivos (Foucault, 2008, p. 89). Essa dupla exigência, proteger o coletivo e o

indivíduo, gera uma dinâmica regulatória constante, que é a própria condição do liberalismo. É por isso que, no liberalismo, se diz que à mecânica dos interesses, correspondem estratégias de segurança que ajustam a relação entre liberdade e controle (Foucault, 2008, p. 89). As estratégias de segurança correspondem ao cálculo, às probabilidades que irão proteger os interesses individuais e coletivos, sem que nem uns, nem outros, representem perigo recíproco. A própria liberdade de comportamento será produzida e organizada de acordo com os cálculos de segurança.

Desde as teses dos fisiocratas e de Adam Smith que a liberdade se relaciona muito mais à mecânica intrínseca dos processos econômicos do que àquilo que é reconhecido aos indivíduos por leis fundamentais (Foucault, 2008, pp. 83-84). O governo limita seu poder não em torno das liberdades individuais, mas pela evidência da análise econômica (Foucault, 2008, p. 84). Isso quer dizer que as intervenções do governo liberal serão muito mais sutis, por exemplo, do que as da monarquia administrativa, mas não significa que elas não sejam igualmente numerosas. Não se trata de impor leis, mas manipular interesses, produzir liberdades de acordo com cálculos econômicos. O liberalismo só funciona se existe, efetivamente, certo número de liberdades: liberdade de mercado, liberdade do vendedor e comprador, livre exercício do direito de propriedade, liberdade de discussão, eventualmente, liberdade de expressão, que são produzidas para tornar o sujeito livre. Mas, ao mesmo tempo que produzem liberdades, as práticas liberais podem limitá-las e destruí-las a bem da segurança: esse é o paradoxo do liberalismo como arte de governar a partir do século XVIII (Foucault, 2008, pp. 86-87).

De fato, para Foucault, o liberalismo se insere em um mecanismo em que terá de arbitrar a liberdade dos indivíduos em torno da noção de perigo. Por um lado, o liberalismo manipula os interesses, mas ele não pode manipular os interesses sem, por outro lado, gerir os perigos e mecanismos de segurança/liberdade: o jogo segurança/liberdade é que deve garantir que os indivíduos ou a coletividade fiquem o menos possível expostos aos perigos (Foucault, 2008, p. 90). Em face desse paradoxo, Foucault extrai algumas consequências da arte liberal de governar. A primeira, é a invasão de perigos cotidianos, postos em circulação por uma política do perigo, o que se vê, no século XIX, por exemplo, nas campanhas relativas à doença e à higiene, na literatura policial e no interesse jornalístico pelo crime (Foucault, 2008, p. 90).

A segunda consequência dessa arte liberal de governar, é a multiplicação dos procedimentos de controle, pressão e coerção, as técnicas disciplinares (Foucault, 2008, p. 91).

As grandes técnicas disciplinares, que se ocupam dos comportamentos dos indivíduos, nos mais ínfimos detalhes, são o contrapeso das liberdades econômicas (Foucault, 2008, p. 90). Retomando a fórmula do panóptico de Bentham, Foucault a indica como a tradução perfeita do liberalismo: trata-se de um governo que dá espaço à mecânica natural dos comportamentos e da produção, sem intervir, a não ser pela vigilância. Apenas quando não se verificar a mecânica geral dos comportamentos, das trocas e da vida econômica, é que ele vai intervir (Foucault, 2008, p. 90).

A terceira consequência vai além do panoptismo: o controle não é apenas o contrapeso da liberdade. Surgem, nessa arte de governar, mecanismos que têm por função produzir, insuflar, ampliar liberdades por meio de um “a mais” de controle e intervenção, ou seja, o controle não é apenas o contrapeso da liberdade, é seu motor. Isso significa que, além de a liberdade ser artificial, o liberalismo não conhece outra forma de funcionamento que não seja produzindo intervenções e mais liberdade (Foucault, 2008, p. 92). As crises do liberalismo propiciam novos ajustes, com maior ou menor intervenção do Estado, para preservar sua forma. Foi assim no *Welfare* de Roosevelt, nos anos 1932 e na política intervencionista elaborada na Europa entre os anos 1930 e 1960, antes e depois da guerra, que permitiram reavaliações, reestimações e novos projetos da arte liberal de governar (Foucault, 2008, pp. 92-94).

2.9.2 Neoliberalismo

Muito antes que acadêmicos dos estudos das relações entre direito e desenvolvimento se definissem quanto à periodização das mudanças da forma do direito frente à economia a partir do fim do século XX – caracterizando uma primeira tendência de pensamento social depois da Segunda Guerra Mundial e a emergência do neoliberalismo a partir da década de 80 – Foucault já adiantava várias das reflexões que ocuparam o centro das preocupações daqueles acadêmicos.⁷⁵ Diferentemente deles, no entanto, as análises de Foucault não se voltam para pautar o desenvolvimento de países periféricos e nem desenvolvem reflexões críticas específicas dos efeitos que as ideias e racionalidades das práticas desenvolvimentistas geram para esses países.

Além disso, Foucault não se preocupa, formalmente, com a cristalização de certas tendências de pensamento e sua cronologia. O neoliberalismo, como o liberalismo, para

⁷⁵ Quanto à periodização e reflexões sobre as relações entre direito e desenvolvimento econômico, podemos citar Trubek e Santos (2006) e Kennedy (2006).

Foucault, não tem o mesmo sentido adotado por teorias econômicas ou jurídicas e é analisado em países que poderíamos caracterizar, usando a classificação de Neves, como Estados na modernidade central: Alemanha, França e Estados Unidos. No ciclo de palestras proferido em 1978, que depois foram reunidas no livro *Nascimento da Biopolítica*, Foucault enfrenta três variantes de racionalidade neoliberal que reúnem, segundo Dean, formas de problematizar o Estado de bem-estar social e suas características de burocracia, rigidez e formação de dependência; as reformas preconizadas para que indivíduos e instituições se tornem mais eficientes e o alastramento da racionalidade de mercado a várias esferas (2010, pp. 407-408).

Foucault começa sua análise pelo ordoliberalismo, na Alemanha, desafiando, novamente, teorias de legitimação do Estado. No caso germânico, Foucault menciona o que seria uma genealogia permanente do Estado a partir da instituição econômica (2008, p. 114). Depois da Segunda Guerra Mundial, a questão dos alemães não era, como no caso dos fisiocratas, abrir espaço para a liberdade econômica dentro do Estado, mas fazê-lo existir a partir de um espaço não estatal que é o da liberdade econômica (Foucault, 2008, p. 117). A legitimidade do Estado será produzida pela economia e não pelo direito. Para Foucault, a liberdade econômica que a instituição econômica tenta assegurar desde o início, é que produz consenso permanente de todos os que podem aparecer como agentes no interior dos processos econômicos (Foucault, 2008, p. 114). Mais do que a legitimação do direito, então, a instituição econômica produz parceiros econômicos, agentes investidores e empresários, que aceitam o jogo econômico da liberdade e entram em um consenso político (Foucault, 2008, p. 115).

A legitimação do Estado futuro a partir da liberdade econômica – problema inverso também do liberalismo clássico do século XVIII, que buscava inserir a liberdade de mercado dentro da razão de Estado e no funcionamento do Estado de polícia (Foucault, 2008, p. 140) –, gerou duas respostas paralelas na Alemanha. Tanto a Escola de Frankfurt, quanto a Escola de Freiburg, tributárias das ideias de Weber, partiram do problema da “irracionalidade irracional da sociedade capitalista” (Foucault, 2008, p. 144). No caso da Escola de Frankfurt, o problema era buscar a racionalidade social que poderia anular a irracionalidade econômica. Já para a Escola de Freiburg, tratava-se, de forma esquemática, de reformular o liberalismo, reconhecendo a necessidade de regulação estatal, mas dentro de um quadro que fortalecesse o mercado. Ambas academias tinham como inimigo comum nazismo, o que faz nascer, para Foucault, uma crítica inadequada ao que seria o excesso de Estado, a fobia do Estado.

Na leitura de Foucault, o que se verificou durante esse período na Alemanha, foi um “estiolamento” do Estado, na medida em que ele perdera sua personalidade jurídica para o povo (*Volk*), que era o verdadeiro princípio de toda organização e instituição jurídica, funcionando com base na fidelidade e obediência e não no princípio da hierarquia administrativa (Foucault, 2008, p. 152). O exercício da autoridade recaía, em última instância, sobre o partido em detrimento do Estado (Foucault, 2008, p. 153).

Os neoliberais alemães, capitalizando as ideias contrárias ao excesso de Estado ou, no mínimo, o que seria um defeito intrínseco do Estado, defenderam a economia de mercado como princípio interno de regulação do Estado, de sua própria existência e ação (Foucault, 2008, p. 158). Ao invés de aceitar uma liberdade de mercado definida pelo Estado e mantida sob vigilância estatal, que era a fórmula inicial do liberalismo, os ordoliberais adotaram a liberdade de mercado como princípio de regulação de todas as suas intervenções. A fórmula, diz Foucault, é precisamente a inversa: o mercado é que exerce vigilância sobre o Estado (Foucault, 2008, p. 158). Ao invés do mecanismo de trocas do liberalismo primitivo, agora a economia de mercado servirá de princípio, forma e modelo para o Estado (Foucault, 2008, p. 159).

O objetivo do neoliberalismo, segundo Foucault, é a formalização geral dos poderes do Estado e a organização da sociedade a partir de uma economia de mercado, o que vai além de deixar a economia livre: “trata-se de saber até onde vão poder se estender os poderes de informação, políticos e sociais da economia de mercado” (Foucault, 2008, p. 160). Isso significa duas coisas: que o Estado deve se abster de modificar a situação de concorrência, que é de desigualdade, evitando fenômenos de monopólio, controle, etc., que modificariam esse estado de concorrência (Foucault, 2008, p. 162). A concorrência é um princípio de formalização e seus efeitos só se produzem se sua lógica é respeitada, ou seja, não se trata mais de um dado natural (Foucault, 2008, p. 163).

A segunda é que toda uma moldura institucional que Foucault chama de antimonopolística será erguida para evitar que processos externos aos da livre concorrência intervenham. O problema do capitalismo dos neoliberais não é a demarcação da *agenda/non agenda*, que era o dos liberais clássicos, mas da forma como se vai agir, saber como fazer (Foucault, 2008, p. 184). Por certo, isso não significa falta de intervenção do Estado liberal. Foucault fala de um Estado positivo ou interventivo, cujas ações são reguladoras, identificando as tendências de mercado e deixando que ele aja, e ordenadoras, que agem sobre as bases

materiais, culturais, técnicas e jurídicas, que constituem aquela moldura institucional (Foucault, 2008, p. 190 e ss.).

Na batalha em torno do capitalismo, os ordoliberais tinham que demonstrar que a lógica do mercado concorrencial era possível e não contraditória. E tinham que demonstrar, em formas concretas e históricas do capitalismo, diz Foucault, um conjunto de relações jurídico-econômicas que superassem contradições, impasses e irracionalidades que, assim, não podiam ser tributados à lógica do capitalismo (2008, p. 228). Em torno da reorganização da moldura institucional, em função do princípio do Estado de direito, poderia ser imaginada outra forma de capitalismo, que não aquela forma irracional pensada por Weber. Em outras palavras, o processo econômico não pode estar dissociado de um conjunto institucional, de um conjunto jurídico que não seja simplesmente um efeito seu e que não faça corpo com ele (Foucault, 2008, p. 229). Diante de um mínimo de intervencionismo econômico, é necessário um máximo de intervencionismo jurídico, como consequência do princípio da regulação social (Foucault, 2008, p. 230).

O direito econômico, pela análise da história, é que mostrará em que e como a instituição e as regras de direito têm relações de condicionamento recíproco com a economia (Foucault, 2008, p. 231). A inovação institucional que é preciso levar em consideração é o Estado de direito (Foucault, 2008, p. 231). No fim do século XVIII, início do século XIX, aparece na teoria política e na teoria do direito alemão essa noção do Estado de direito que se define como a forma positiva em oposição ao despotismo, como o sistema que faz valer a vontade do soberano e em oposição também ao Estado de polícia. O Estado de direito é definido como um Estado em que todos os atos do poder público não poderão adquirir valor se não forem enquadrados em leis que os limitam antecipadamente. Apenas onde há lei é que o poder público pode legitimamente tornar-se coercitivo. No Estado de direito, há uma diferença de efeito e origem entre as leis, que são medidas gerais universalmente válidas como atos de soberania, e as decisões particulares do poder público, que são as medidas administrativas (Foucault, 2008, p. 233). E em torno dessa distinção se ergue a teoria do Estado de direito contra as formas de poder e de direito público que funcionam no século XVIII (Foucault, 2008, p. 233).

Na segunda metade do século XIX, encontra-se uma definição mais fina de direito: o Estado de direito não é mais simplesmente um Estado que age de acordo com a lei e no âmbito da lei, mas é um Estado em que há um sistema de direito. Isso significa que há leis, mas também instâncias judiciais que vão arbitrar as relações entre os indivíduos, de um lado, e o poder

público, de outro (Foucault, 2008, p. 234). Trata-se de uma renovação dos princípios gerais do direito, que serão introduzidos na legislação econômica: uma maneira concreta de rejeitar o Estado hitlerista, em que o Estado de direito não tinha personalidade jurídica e a origem do direito era o povo (Foucault, 2008, p. 235).

Aplicar o princípio do Estado de direito na ordem econômica implica, para Foucault, algumas consequências. Primeiramente, que não há legislação econômica que não seja formal (Foucault, 2008, p. 236). O Estado de direito poderá formular certo número de medidas apenas de caráter geral, nunca propor um fim particular (Foucault, 2008, p. 237). Em segundo lugar, uma lei, para respeitar na ordem econômica os princípios do Estado de direito, deverá ser concebida *a priori* na forma de regras fixas e nunca será corrigível em função dos efeitos produzidos. Em terceiro lugar, deve definir uma moldura dentro da qual cada um dos agentes econômicos deverá decidir com toda liberdade, na medida em que cada agente saberá que o quadro legal que está fixado para a sua ação não se alterará (Foucault, 2008, p. 237). Não pode haver um sujeito universal de saber econômico que poderia pairar acima do conjunto dos processos, definir para eles e substituir essa ou aquela categoria de agentes para tomar esta ou aquela decisão (Foucault, 2008, pp. 237-238). Desse modo, não existe um soberano econômico.

Por outro lado, o direito e o Estado de direito têm um papel definido. “A economia é um jogo e a instituição jurídica que emoldura a economia deve ser pensada como regra de jogo” (Foucault, 2008, p. 238). Essa seria a função do Estado de direito no neoliberalismo: formalizar a ação do governo como prestador de regras de um jogo econômico em que os indivíduos são os agentes reais e parceiros do governo (Foucault, 2008, p. 238). Dentro dessa moldura racional propiciada pelo Estado de direito, os indivíduos são livres para se dedicar a seus planos e projetos pessoais, fortalecendo o mecanismo competitivo da produção e da distribuição (Foucault, 2008, p. 238).

O crescimento da demanda judiciária está ligado a ideia de um direito cuja forma geral é a de regra do jogo que o poder público impõe aos jogadores de forma que sejam senhores de seu jogo (Foucault, 2008, p. 239). A ideia do primado da lei, que havia sido tão forte no início do século XVIII, implicava redução considerável do Judiciário ou do jurisprudencial, na medida em que a instituição judiciária não podia fazer nada mais do que pura e simplesmente aplicar a lei. Agora, ao contrário, muda a lei, que não deve ser nada mais que regra de jogo, e muda o Judiciário, que vai adquirir nova autonomia e nova importância (Foucault, 2008, p. 240).

Enquanto a regulação econômica se dá espontaneamente, pelas propriedades formais da concorrência entre indivíduos que se comportam na forma da livre empresa, a regulação social por sua vez – dos conflitos das irregularidades, dos danos provocados por uns aos outros, etc. – vai exigir um intervencionismo, um intervencionismo Judiciário, que deverá ser praticado como arbitragem no âmbito das regras do jogo (Foucault, 2008, p. 241). Convém agora fazer dos tribunais, muito mais que no passado, órgãos da economia e confiar à sua decisão missões que até agora eram confiadas às autoridades administrativas. Em suma, quanto mais a lei se torna formal, mais a intervenção judiciária se torna numerosa. E à medida que as intervenções governamentais do poder público se formalizam mais, à medida que a intervenção administrativa recua, nessa mesma medida a justiça tende a se tornar, e deve se tornar um serviço público onipresente (Foucault, 2008, p. 243).

O princípio regulador de uma sociedade concorrencial reconstitui o *homo oeconomicus* não como homem da troca, mas como homem da empresa e da produção (Foucault, 2008, p. 201). Cada unidade da sociedade terá a forma da empresa, e a multiplicação da forma da empresa no corpo social tem como contrapartida a multiplicidade de instituições judiciárias. A sociedade empresarial e a sociedade judiciária são as duas faces de um mesmo fenômeno (Foucault, 2008, p. 201). Isso porque, quanto mais se multiplicam as empresas, quanto mais a ação governamental permite a essas empresas agirem, maior será a possibilidade de atritos e, conseqüentemente, de contenciosos. Por conseguinte, teremos mais necessidade de instituições judiciárias (Foucault, 2008, p. 204).

Foucault analisa o aumento da intervenção judiciária na França em um artigo intitulado *La redéfinition du judiciaire*, em que ele observa tanto a presença de magistrados em novos órgãos, como a criação de novas funções judiciárias (2004, p. 55). Uma nova definição judicial e social do que é “judiciável” estabelece novas funções judiciárias, que podem ser sintetizadas na “determinação de um ótimo funcional para o corpo social”, como uma das tarefas fundamentais da justiça, “muito mais do que a determinação do que é lícito ou ilícito nos termos da lei” (Foucault, 2004, pp. 56-57). Então, pode-se dizer que, da mesma forma que na Alemanha, a intervenção judicial máxima no âmbito social corresponde a uma tendência de redução de intervenção sobre o mercado.

A diferença da Alemanha é que o modelo neoliberal é introduzido, na França, segundo a análise de Foucault, em um contexto de crise em uma economia fortemente dirigista e administrativa, que tentava se abrir para o mercado mundial. O modelo de Barre-Giscard

buscava, ao mesmo tempo, conceber uma economia de mercado eficaz, aberta ao mundo, e um projeto social avançado (Foucault, 2008, p. 268). Giscard acreditava que seria possível um sistema de assistência social e um sistema econômico impermeáveis um ao outro, combatendo não a causa da pobreza, mas seus efeitos (Foucault, 2008, p. 280). Seu plano era estabelecer um patamar abaixo do qual o indivíduo necessitaria da ajuda do Estado, sem incentivá-lo a manter-se nessa situação (Foucault, 2008, p. 283). Um campo fértil também para conflitos que se tornam sindicáveis pelo Poder Judiciário.

No modelo neoliberal da Escola de Chicago, que é o norte-americano, por sua vez, a reflexão de Foucault revela um anarcocapitalismo, em que a análise econômica é aplicada a todas as relações sociais, inclusive jurídicas. Nos Estados Unidos, o liberalismo, fundador do Estado, é também o modelo recorrente de toda discussão e de todas as opções políticas (Foucault, 2008, pp. 299-300). Mais do que uma técnica entre governantes e governados, o liberalismo, nos Estados Unidos, é uma maneira de ser e de pensar que tem influência sobre o contencioso naquele país. Enquanto na França as disputas levadas ao Poder Judiciário giram em torno do problema do serviço e do serviço público, nos Estados Unidos, o problema é o das liberdades.

Foucault chama a atenção para três desdobramentos particularmente interessantes do anarcoliberalismo americano. O primeiro é a reintrodução do problema do trabalho no domínio econômico a partir da análise do capital-competência do trabalhador. O trabalhador não será, na análise econômica, objeto de oferta e procura na forma de força de trabalho, mas um sujeito econômico ativo (Foucault, 2008, p. 308). Decomposto do ponto de vista do trabalhador, em termos econômicos, o trabalho comporta um capital, isto é, uma aptidão, uma competência. E, por outro lado, é uma renda, isto é, um salário ou, melhor ainda, um conjunto de salários, um fluxo de salários (Foucault, 2008, p. 308). Trata-se de uma máquina que vai produzir, mas não a máquina como na crítica econômica, sociológica ou psicológica, que apontava a alienação do trabalhador. Ao invés de força de trabalho, trata-se de capital-competência, que recebe, em função de variáveis diversas, certa renda que é um salário, uma renda salário, de sorte que é o próprio trabalhador que aparece como uma espécie de empresa para si mesmo (Foucault, 2008, p. 309). A racionalização tanto da sociedade, quanto da economia, é a do indivíduo empresa, como *homo oeconomicus* (Foucault, 2008, p. 310). O homem é ao mesmo tempo, produtor de seu capital, sua fonte de renda e produz para sua própria satisfação (Foucault, 2008, p. 311).

Nesse modelo, os neoliberais são levados a estudar a maneira como se constitui e se acumula o capital humano, aplicando as análises econômicas a campos tão diversos quanto o do aprendizado escolar, o tempo despendido pelos pais aos filhos, proteção da saúde e higiene públicas (Foucault, 2008, p. 312 e ss.). As políticas econômicas, sociais, educacionais, sociais e culturais serão feitas e planejadas em torno de investimentos feitos no nível do próprio homem, uma das coisas que podem ser modificadas com maior facilidade (Foucault, 2008, p. 319).

Como segundo desdobramento, a generalização da forma econômica do mercado no neoliberalismo americano funciona tanto como forma de inteligibilidade das relações sociais e comportamentos individuais, como crítica permanente da ação política e governamental (Foucault, 2008, pp. 336-338). Não se trata de uma crítica simplesmente política, nem uma crítica jurídica, mas uma crítica mercantil oposta à ação do poder público (Foucault, 2008, p. 338). O princípio do mercado deixa de ser um princípio de autolimitação do governo para ser um princípio virado contra ele (Foucault, 2008, p. 339). Toda a ação do governo será analisada em termos de contradição, falta de consistência e eficácia, em um tribunal econômico permanente.

O terceiro desdobramento e um dos mais interessantes do neoliberalismo americano, pensa Foucault, é o da teoria do *homo oeconomicus* na esfera criminal. Sua inspiração é a análise de Gary Becker: a definição de crime continua sendo a mesma, não é substancial, o que muda é o ponto de vista. Na medida em que o indivíduo só se torna governamentalizável como *homo oeconomicus*, a punição incidirá para limitar “externalidades negativas de certos atos” (Foucault, 2008, p. 346). Isso quer dizer que a política penal incidirá no mercado do crime depois de avaliar as curvas de ofertas de crime e de demanda negativa (Foucault, 2008, p. 350). Em outras palavras, a gestão das ilegalidades, será feita em termos econômicos: supressão antropolítica do criminoso, considerando que seu comportamento pode ser controlado em termos econômicos, e intervenção ambiental, não mais de sujeição dos indivíduos.

Apesar de suas particularidades, o neoliberalismo nas três formas analisadas, tem como referência central uma nova versão do sujeito, seja como *homo oeconomicus*, seja como sujeito de direitos sociais, que a governamentalidade neoliberal vai tentar tornar governável. Um dos instrumentos para isso é o direito, aí entendidas suas racionalidades e mentalidades. Diante disso, podemos concluir que, além das problematizações que anunciamos no início desse capítulo, formuladas por Dean em relação ao Estado de bem-estar social, a governamentalidade

neoliberal também problematiza, de forma particular, para o direito, *i*) a própria ideia de Estado de direito como um paradigma de proteção de direitos civis e sociais, revelando que o papel reservado às leis é mais de instrumento para manter as regras do jogo definidas pelo mercado e o equilíbrio concorrencial entre sujeitos definidos como *homo oeconomicus* – daí a ampliação da atuação do Poder Judiciário como fiador desse equilíbrio da sociedade civil como realidade criada pela governamentalidade liberal e; *ii*) a transformação do Estado de direito em um Estado administrativo, que se preocupa mais em garantir políticas públicas de bem-estar para atender a um determinado tipo de sujeito que é o sujeito governável.

Então, apesar de Foucault não ter se debruçado sobre as sociedades periféricas, ele providenciou ferramentas para, a partir de um acontecimento, decifrar discursos, práticas de verdade em jogo, articulando formas de saber e poder particulares. Tirando o foco das clássicas oposições entre direitos humanos e soberania, Estado liberal e Estado social, Estado e sociedade, sua análise evidencia como tema central algo mais próximo de um regime de responsabilidades (que podem ou não ser assumidas pelo Estado governamentalizado) e dependências particulares (Dean, 1992, p. 218). No próximo capítulo, procuraremos esclarecer esse regime de responsabilidades e dependências particulares no jogo entre Estado e sociedade civil criado pela governamentalidade liberal, analisando a jurisprudência do ECI.

CAPÍTULO III

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO BIOPOLÍTICA

3.1 Estado de Direito simbólico

3.1.1 Entre uma história tradicional, o Estado de Direito simbólico e uma analítica de governo: fobia do Estado e pacto de segurança

Pode-se dizer que o Estado de direito constitucional é aquele em que, dentro de certos limites territoriais de um país, regras de direito são adotadas por uma população, que escolhe viver de acordo com essas regras. Trata-se de um dos pilares da democracia, assentado em princípios como o da legalidade, divisão de poderes, controle judicial de leis e proteção de direitos fundamentais. A essa ideia subjaz uma história do Estado cuja origem remonta à constituição de monarquias territoriais europeias, em que emerge a figura do soberano, e o exercício de um poder absoluto. O Estado constitucional, em que são consagradas as liberdades individuais burguesas como direitos fundamentais, surge em oposição ao exercício do poder absoluto, introduzindo, formalmente, a ideia de controle do poder político pelo direito.

Prosseguindo em uma linha historiográfica tradicional, testemunhamos que a ideia de controle do poder político não se esgota com a previsão dos direitos fundamentais, desdobrando-se em instituições que poderiam abrandar o exercício do poder político, como as já mencionadas divisão de poderes e a possibilidade de que o povo participe da formação da vontade estatal, que seria expressa na legislação, com o posterior controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. O Estado constitucional, em seus primórdios, é um Estado liberal, que formaliza direitos naturais inatos ao homem em oposição ao poder exercido pelo Estado, como um limite a ser respeitado. Trata-se de um Estado baseado na liberdade de contratar e na propriedade privada de alguns, asseguradas pela lei: o que chamamos de liberdade perante a lei, ou liberdade formal. Essa forma de Estado, que não consegue lidar com desigualdades concretas, entra em crise, sucedendo-se, então, uma nova forma de organização política, o Estado social-democrático, que culmina com a inclusão de direitos sociais nas Constituições.

Essa é uma forma muito resumida e algo desarticulada, dos valores que emergem ao longo da história e que teriam sido cristalizados em torno da concepção de Estado de direito

constitucional: legitimidade, liberdade e igualdade, tornando-se intrínsecos a ele.⁷⁶ Essa forma de Estado de direito constitucional, que não se erige nas sociedades em que se verifica a constitucionalização simbólica, tal como analisada na teoria de Neves, para uma analítica de governo como a levada a efeito por Foucault, é uma construção que faz parte de uma mentalidade de governo, como definimos no primeiro capítulo. Faz parte de um corpo de conhecimentos racionalizado, mas não questionado pelos que estão situados nessa sociedade particular e nesse momento histórico. Na analítica de governo, os valores não têm um caráter transcendental ou absoluto; eles são compreendidos como construções históricas e contingentes, formas pelas quais a sociedade se refere a si mesma, se avalia e se orienta.

Quando Neves elabora sua teoria sobre a constitucionalização simbólica, ele diferencia as sociedades periféricas das sociedades centrais, segundo a teoria sistêmica, mas todas pertencem à modernidade. As sociedades periféricas, aliás, são hipermodernas, já que enfrentam problemas supercomplexos e de forma mais contingente do que os centros dominantes da sociedade mundial (2018a, p. 381). Sua concepção desfaz a ideia universal de um Estado de direito constitucional como um alvo a ser atingido por sociedades em diferentes níveis de desenvolvimento, em um quadro em que alguns ainda não teriam alcançado a modernidade.

O Estado de direito não é uma experiência vivida pelas sociedades periféricas, conforme pondera Neves, considerando, de um lado, que é característica do Estado de Direito a diferenciação sistêmica entre política e direito e, de outro, que esta fica prejudicada nessas sociedades. Os países da modernidade periférica caracterizam-se por uma cultura política da ilegalidade que é contrária ao Estado de Direito (Neves, 2022d, p. 264). Se existe um Estado de Direito constitucional, trata-se de uma experiência bem distinta daquela dos países da

⁷⁶ Com sua metodologia reconstrutiva, Habermas menciona tendências de juridificação do Estado que vão do Estado burguês da Europa Ocidental, formado na época do absolutismo, ao Estado de direito democrático no século XIX, com forma exemplar na Alemanha do século XIX, até o Estado de direito que se difundiu na Europa e na América do Norte, como consequência da Revolução Francesa. Por fim, o último impulso é o do Estado de direito democrático e social (2012, pp. 642 e ss.). Na arquitetura da teoria de Habermas, essas diferentes formas de Estado são analisadas como resultado de uma progressiva complexificação funcional, em que sistemas de ação tornam-se autônomos, ameaçando colonizar o mundo da vida. Paralelamente à complexificação dos sistemas, ele também analisa a evolução moral-comunicativa, de modo que se pode dizer que o Estado democrático de direito seria o ponto mais alto dessa evolução. Nele, o direito regula a complexidade, mas sua legitimidade decorre do discurso democrático participativo.

modernidade central. A Constituição, do mesmo modo, se existe, ou é instrumental, ou nominalista.

Diante das constatações de Neves, podemos dizer que o que concebemos como Estado de direito tem uma história particular, é o produto simbólico de uma construção social que está profundamente entrelaçado a práticas político-jurídicas nas sociedades periféricas. A expressão simbólica é usada aqui como mecanismo de intermediação entre homem e objeto, para se referir ao Estado de direito como construção social que representa o controle do poder pelo direito (Neves, 2018b, p. 6). Trata-se de um símbolo⁷⁷ que orienta a ação. É uma construção social que tenta legitimar uma ordem normativa e coercitiva, com base em certos valores que são, na verdade, projeções simbólicas⁷⁸. A falta desses valores, atribuídas ao Estado de direito, ou a falta de concretização desses valores, é a omissão identificada pelo STF para justificar sua intervenção no campo penitenciário.

Como se discorreu no capítulo anterior, o Estado, para Foucault, não tem essência, nem é um monstro hobbesiano, nem é uma enorme maquinaria. A analítica de governo, então, propõe uma abordagem do Estado que não é jurídica. Foucault não faz “uma história da continuidade” ou da “jurisprudência ininterrupta do poder” (2005, p. 90). Ele fugiu de uma teoria geral do Estado como quem foge de um “almoço indigesto” para, em vez disso, analisar uma estatização progressiva de práticas e maneiras de pensar sobre o Estado (Foucault, 2008, p. 105). Com sua analítica de governo, Foucault descreve a constituição de suas técnicas e instituições, que se organizam para conduzir condutas, de forma cada vez mais racionalizada. No Estado governamentalizado sobre o qual ele fala, estão incluídos não apenas dispositivos materiais, mas também os simbólicos (Lemke, 2017, p. 42). “[D]iscursos, narrativas e regimes de representação não são reduzidos a puras proposições semióticas; ao contrário, eles são vistos como práticas performativas” (Lemke, 2017, pp. 42-43).

⁷⁷ O símbolo não tem relação com a linguagem conotativa de que fala Neves, mas com outro tipo de definição, que é aquela dada no contexto da semiótica, sobre a qual ele também fala. Neves acentua, na semiótica, a falta de univocidade da palavra signo, mas esclarece que, tanto em Morris, como em Pierce, “‘signo’ é utilizado como termo genérico, distinguindo-se, porém, dicotomicamente, os símbolos e os sinais. Os sinais são apresentados como signos que criam a expectativa ou a exigência de determinada ação. O símbolo seria produzido pelo próprio intérprete, atuando como substituto para alguns outros signos, em relação aos quais funcionaria como sinônimo” (2018b, p. 15).

⁷⁸ Aqui, em um sentido usado por Lacan na psicanálise que denota falta, que também foi explicado por Neves em *A constitucionalização simbólica* (2018, pp. 9 e ss.).

O que Foucault caracteriza como fobia do Estado estaria tanto em ver um parentesco, uma implicação evolutiva entre formas de Estado, como em detectar uma força de expansão que lhe seria própria em relação a seu objeto-alvo, a sociedade civil (2008, p. 258) – que se traduz como aquele *ethos* de revisão da governamentalidade liberal, tratado no capítulo anterior. Contar a história do Estado como esse desdobramento evolutivo seria atribuir a ele uma essência, perder de vista as particularidades dos mecanismos do poder e impedir uma crítica atual sobre as formas de governamentalidade múltiplas em ação. Para Foucault, o Estado é o efeito, o recorte ou o perfil de perpétuas estatizações, de “transações incessantes que modificam, que deslocam, que subvertem, que fazem deslizar insidiosamente as modalidades de investimento, os centros de decisão, as formas e os tipos de controle, as relações entre as autoridades locais, a autoridade central, etc.” (2008, p. 106).

Então, como efeito móvel de um regime de governamentalidades múltiplas, na análise de Foucault, não existe um Estado liberal burguês que evolui até ser substituído pelo Estado de direito democrático e social. O liberalismo também não está compreendido em determinado momento histórico, como um paradigma filosófico, com uma dimensão ética, a ser preservada e ampliada, mas também conciliada com os valores de uma democracia social. A governamentalidade liberal se justifica a partir de si mesma, dos próprios mecanismos e técnicas e dos efeitos que pode gerar, tendo em vista o problema da população. O direito, por sua vez, na forma da “lei” do Estado, não tem mais afinidade com o liberalismo (assim como este não é derivado do direito) do que tem com as disciplinas ou com a biopolítica. “O liberalismo como produto e crítica da biopolítica, tem mais em comum com a norma do que com a lei e transforma a lei em um componente de um conjunto de mecanismos regulatórios voltados para o governo de processos” (Dean, 2010, p. 218).

A liberdade, na governamentalidade liberal de que fala Foucault, é condição da segurança. O que existe atualmente entre a população e o Estado é um “pacto de segurança”: o pacto territorial e o asseguramento de fronteiras, agora é convertido em garantia contra tudo o que pode gerar incerteza, como acidentes, prejuízos e riscos (Foucault, 2013d, p. 172). “O Estado que garante a segurança é um Estado que está obrigado a intervir em todos os casos em que a trama da vida cotidiana é rompida por um acontecimento singular e excepcional” (Foucault, 2013d, p. 172). Nesse sentido, a lei não está mais adaptada porque o que é extralegal, o que extravasa a lei, é justificado como um dever de cuidado, de solicitude (Foucault, 2013d, p. 172).

O liberalismo como uma governamentalidade reúne alguns elementos ainda reconhecidos em suas modificações contemporâneas: sociedade, economia, população, segurança e liberdade (Foucault, 2009, p. 476). A reconfiguração dessas formas permitiu a Foucault problematizar várias temáticas envolvidas na concepção de um Estado de bem-estar social – planificação, intervencionismo estatal, keynesianismo – agrupadas sob o que ele chama de neoliberalismo, como vimos no segundo capítulo. Essa forma de análise significa que além de não existir uma sucessão de governamentalidades (liberal e neoliberal), que estas não suplantam as racionalidades e tecnologias disciplinares, biopolíticas e práticas da soberania.

O contraste entre biopolítica e soberania indica diversas formas pelas quais se pode cuidar da vida e outras pelas quais se pode matá-la, ainda que a morte esteja condicionada pela defesa da soberania e voltada para a própria população (Dean, 2001, p. 53). Aliás, o próprio Foucault, analisando a emergência do problema da população, que se torna o objeto da polícia a partir do século XVIII, dirá que o Estado exercerá o poder sobre os seres vivos e sua política se torna biopolítica (2006m, p. 316). Como o Estado pode cuidar da população a seu bel prazer, prossegue, ele pode, inclusive, massacrar sua população: “[a] tanatopolítica é, portanto, o avesso da biopolítica” (Foucault, 2006m, p. 316). Mesmo naqueles Estados que se definem como herdeiros da dimensão ético-filosófica do liberalismo (uma defesa intransigente da liberdade individual do ser humano como sujeito racional e moral), sobretudo naquelas ex-colônias europeias, como é o caso do Brasil, podem ser observadas práticas da soberania aliadas com aquelas da biopolítica.⁷⁹

As guerras e os massacres, para Foucault, são exemplos do exercício de um poder biopolítico, levadas a cabo em nome da necessidade de viver, embora possam implicar a destruição mútua de populações inteiras (2010e, p. 149). A articulação entre biopolítica com a soberania, sem a crítica-limite jurídica do sujeito de direito (Dean, 2001, p. 56), foi o que inspirou o objetivo de destruição de uma raça inteira para a purificação de outra, no caso do

⁷⁹ Analisando o “liberalismo pátrio”, Wolkmer resgata alguns traços essenciais que podem ser reunidos sob essa concepção. Das dimensões que o conteúdo do liberalismo contempla, diz ele, quer sejam, a ético-filosófica, voltada para a valorização do ser humano como sujeito racional e moral; o econômico, voltado para proteção da propriedade privada, da economia de mercado, da liberdade em relação à interferência do Estado nos negócios privados; e a jurídica, referente aos princípios da representação política, divisão dos poderes, soberania popular e Estado de direito, nem todas seriam aplicáveis ao caso brasileiro (Wolkmer, 2002, p. 75). Ele analisa a República Velha, no Brasil, que conviveu com a escravidão, apesar de adotar uma Constituição que era inspirada por aquelas dimensões do liberalismo. Mas essas dimensões do liberalismo estão presentes em todas as Constituições simbólicas brasileiras.

nazismo. Foucault diz que o Estado nazista apenas levou às últimas consequências o velho poder soberano de matar e os mecanismos do biopoder, desenvolvendo o racismo de Estado. Esse poder era coextensivo a toda a sociedade, qualquer um tinha o direito de matar (2005, p. 312). “O Estado nazista tornou absolutamente coextensivos o campo de uma vida que ele organiza, protege, garante, cultiva biologicamente, e, ao mesmo tempo, o direito soberano de matar qualquer que seja – não só os outros, mas os seus próprios” (Foucault, 2005, p. 311). Na simbologia do nazismo, a proteção concedida pelo Estado à população que se encontrava sob risco de destruição, risco de perecimento da raça ariana, era a outra face do projeto.

Em sua análise provocativa, Foucault diz que o Estado nazista não articula elementos diferentes dos outros Estados modernos (2005, p. 312). É claro que a emergência de diversos fatores (históricos, políticos e sociais) colaboraram para que o Estado racista que representa o projeto do nazismo, emergisse. Mas o perigo da emergência de um Estado como esse continua a existir e, se não é derivado do efeito de uma racionalidade política e do emprego de determinados conhecimentos científicos, também não surge de uma esfera oposta a essa racionalidade e a esse conhecimento (Dean, 2001, p. 57).

A analítica de governo de Foucault, como se vê, pode ser aplicada mesmo para artes de governo que não se declaram liberais. Ele aplica essa análise também ao Estado socialista: “[o] Estado socialista, o socialismo [do tipo União da Soviética], é tão marcado de racismo quanto o funcionamento do Estado moderno, do Estado capitalista” (Foucault, 2005, p. 312). Toda vez em que abdicou do processo econômico, lançando-se a um projeto de luta, de enfrentamento físico na sociedade capitalista, o racismo ressurgiu no pensamento socialista, que era muito ligado ao biopoder como estratégia para matar o adversário (Foucault, 2005, p. 314). Aliás, para Foucault, o socialismo não desenvolveu uma governamentalidade própria, no máximo, as formas de racionalidade do socialismo desempenham uma forma de contrapeso, de corretivo ou paliativo, a perigos internos da governamentalidade liberal (2008, p. 124).

3.1.2 Estado moderno como a moderna forma do poder pastoral: entre individualização e totalização

Juntamente com a governamentalização do Estado, Foucault também descreve a constituição do sujeito governado ou “governamentável”. “Ela [a analítica de governo] concebe tanto os processos de individualização quanto as práticas de institucionalização como tecnologias de governo” (Lemke, 2017, p. 52). Em *Vigiar e punir*, Foucault reflete sobre uma

microfísica de poder que é colocada em jogo entre aparelhos e instituições, cujo campo de validade se coloca entre esses “grandes funcionamentos e os corpos” e que se aprofunda na sociedade, mas não se localiza nas relações entre cidadãos e Estados (2010c, p. 29). O que ele chama de corpo político é o conjunto dos elementos materiais e das técnicas que servem de armas, de reforço, de vias de comunicação (Foucault, 2010c, pp. 30-31) que, em última instância, vão tornar os corpos dóceis e úteis. O homem que nos convocam a libertar, dirá Foucault, é aquele que, já é, em si mesmo, efeito de uma sujeição: a alma é efeito de investimentos políticos que aprisionam o corpo. O que surge não é o sujeito de direito, preso ao pacto social, mas o sujeito obediente, que se dobra a uma forma geral e meticulosa, a um poder qualquer (Foucault, 2010c, pp. 124-125).

A época em que Foucault apresenta como de surgimento do poder disciplinar e sua difusão pelo corpo social, que ocorrem, respectivamente, a partir do fim do século XVII, início do século XVIII, é aquela em que também eclodem as Revoluções Liberais. Na França, os ideais iluministas culminaram na Revolução Francesa e na Declaração dos Direitos Humanos em 1789, que depois foram introduzidos nas Constituições. É o momento da formação daquele sujeito disciplinar, de cujo surgimento depende a emergência do sujeito jurídico: “Foucault faz do indivíduo disciplinado a condição histórica de emergência do indivíduo jurídico” (Chevalier, 2013, p. 173).

O poder disciplinar não deixa de existir, ele compõe-se, muitas vezes, com o direito e é transformado pelos mecanismos de segurança. O mecanismo de segurança é o instrumento de atuação da governamentalidade liberal, que pressupõe a liberdade. A governamentalidade liberal parte do pressuposto de um sujeito econômico, o *homo oeconomicus*, cuja liberdade deve ser respeitada, mas ao invés de “criar” ou conceder liberdades, ele as maneja (ou concede mais liberdades) e governa em função delas. “Não respeitar a liberdade é não apenas exercer abusos de direito em relação à lei, mas é principalmente não saber governar como se deve” (Foucault, 2009, p. 475). O exercício das liberdades, então, será promovido e limitado no interior do campo da prática governamental para assegurar o bom governo (Foucault, 2009, p. 475). Trata-se de um paradoxo da governamentalidade liberal em que se governa por meio das liberdades, mas que deve compatibilizá-las com a prática econômica, a gestão da população e a polícia repressiva (Foucault, 2009, p. 476). Esse governo por meio das liberdades/segurança fará emergir a necessidade de uma forma de subjetividade que é diferente daquela do corpo do sujeito disciplinado.

Como foi visto no segundo capítulo, Foucault menciona duas vias de elaboração do sistema dos direitos: a dos direitos humanos, herdados da Revolução Francesa, e os direitos elaborados pela via do utilitarismo inglês, que coloca ao governo a questão de sua utilidade ou não-utilidade. No primeiro caso, trata-se de uma limitação externa ao governo, fundada na normatividade do direito e representada pelo sujeito jurídico. No segundo, a limitação é interna, operando a partir da racionalidade econômica do próprio governado — o *homo oeconomicus*. Essas duas formas de limitação não se excluem mutuamente, mas apontam para formas distintas de governar, cada qual referida a um tipo específico de sujeito. Por outro lado, isso não implica dizer que elas coexistam necessariamente em um mesmo arranjo governamental. Significa que a governamentalidade liberal tentará constituir um sujeito governável, incluindo os sujeitos em relações de saber e poder e respeitando a naturalidade dos processos econômicos.

A governamentalidade implica, assim, tanto a governamentalização do Estado, quanto processos de subjetivação, ou a criação de uma subjetividade que deve preencher não apenas certos requisitos normativos, mas também demonstrar capacidade de poder (ou de agir no caso da governamentalidade liberal), para se tornar sujeito de direito. Um sujeito consciente, livre e autônomo, que é convocado a se autogovernar. E é também o prenúncio do sujeito democrático, que deve pensar, fazer, dizer, ser e se sentir um cidadão (Cruikshank, 1999, p. 20). Em outras palavras, um sujeito que se autogoverna, mas que também está sujeito ao poder. “O sujeito é aquele que está sob a autoridade de outro e é autor de suas próprias ações” (Cruikshank, 1999, p. 21). O sujeito será, ao mesmo tempo, individualizado (pela subjetivação) e torna-se figura de uma coletividade (homogeneizado).

Essa é a ideia do poder pastoral moderno, representado pelo Estado, em que, a um conhecimento globalizador e quantitativo, concernente à população, soma-se outro, analítico, que se amplia a todo o corpo social, encontrando apoio em uma multiplicidade de instituições (Foucault, 2013b, p. 282). Aliada a essa, outra característica do Estado como matriz moderna do poder pastoral, é que a ideia de salvação é substituída pelo objetivo de saúde, bem-estar, riqueza suficiente, padrão de vida, segurança, proteção contra acidentes. Por fim, como característica do poder pastoral moderno, tem-se o reforço da ideia de administração, tanto pelo aparelho do Estado quando por empreendimentos privados (Foucault, 2013b, p. 281-282).

A analítica de governo de Foucault permite analisar o Estado como “um processo político contingente e um evento histórico singular” (Lemke, 2017, p. 36). Nessa forma de análise, o que é importante para o que se pretende analisar nesse capítulo é que “[c]erto tipo de

Estado é mais adequado para a busca de certas estratégias políticas e econômicas do que outros, por causa dos modos de intervenção e dos recursos que caracterizam a estrutura do Estado” (Lemke, 2017, p. 47). O resultado diferencial (fracasso ou sucesso de determinadas intervenções), contudo, não está na estrutura ou no aparelho do Estado, mas em contingências históricas, sociais, políticas e na forma pelas quais certos grupos e formas de ação se mobilizam em torno de estruturas estatais, convergindo com suas diversas estratégias e dinâmicas de ação.

Em geral, a crítica a Foucault envolve o reduzido papel que ele concedeu ao Estado centralizado. O trabalho do filósofo, dizem Hunt e Wickham, resseente-se de um poder centralizador das relações de poder que se encontram pulverizadas pela sociedade (1994, p. 18). Em relação a essa crítica contra-foucaultiana, preferimos nos voltar para aquelas considerações de método expostos no segundo capítulo, aplicando a analítica de governo ao caso do ECI para fazer vir à tona seu simbolismo. Fazer a genealogia é encontrar como proveniência “os erros, as falhas na apreciação, os maus cálculos que deram nascimento ao que existe e tem valor para nós” (Foucault, 2010a, p. 21). A análise da proveniência, cujo objetivo é flagrar as miscelâneas da origem, deve ser complementada com a da invenção, que se volta para a análise do “como” itens distintos se unem para produzir um resultado particular (Prado, 2000, p. 36).

No caso em análise, se o Estado de direito não é a realidade vivida em razão de uma cultura política da ilegalidade, como devemos nos aproximar, de forma analítica e interpretativa, da experiência jurídica do ECI? No contexto do superencarceramento, a pergunta seria: como a atuação de diferentes instituições, diferentes atores, mesmo que essa não seja exatamente a intenção da maioria deles, sob o pálio do Estado de direito, dá ensejo ao ECI no sistema carcerário? Como as racionalidades, técnicas, mentalidades, enfim, a governamentalidade própria do Estado de direito, se opera nessa sociedade periférica, em práticas jurídicas que não espelham o que está na Constituição?

3.2 Efeitos não simbólicos do poder

3.2.1 *Deficits* de normatividade

3.2.1.1 Uma primeira aproximação entre biopolítica e direito alopoiético contra o Estado de direito democrático de Habermas

3.2.1.1.1 Foucault contra Habermas

Para Foucault, as disciplinas produzem “normatização”, enquanto o biopoder, que opera por meio de mecanismos de segurança - práticas, dispositivos e estratégias que visam gerenciar e regular as populações, buscando prever, prevenir e minimizar os riscos – produz “normalização”. Enquanto na sociedade disciplinar a norma prescreve um modelo de conduta, definindo, a partir dele, o que é normal e anormal, na sociedade de segurança, primeiro o normal é deduzido de cálculos, operações estatísticas, para depois ser integrado à norma.⁸⁰ “O normal é que é primeiro, a norma se deduz dele, ou é a partir desse estudo das normalidades que a norma se fixa e desempenha seu papel operatório” (Foucault, 2009, p. 83). A norma ganha um significado diferente daquele que permitiu a Kelsen estabelecer uma relação fundamental entre ela e a lei, atribuindo a esta última sua normatividade intrínseca e fundadora. A normatividade do direito, em Kelsen, como vimos, não se ocupa do que é “externo” ao direito, que fica reduzido a um sistema de normas.

Ao analisar o neoliberalismo, Foucault também fez pontuações importantes sobre a forma da lei, diferenciando-a de sua função⁸¹. A forma da lei é a da interdição e sua função é ser regra do jogo. O conjunto constituído por uma economia capitalista, de tipo normativo disciplinar, com as instituições capitalistas indexadas à lei, tinha uma tecnologia de governamentalidade voltada para o comportamento humano. A governamentalidade liberal era, ao mesmo tempo, legalista e normalizante, o que despertava discussões a respeito da autonomia nos espaços regulamentares e sobre a incompatibilidade entre as formas da legalidade e da normalização.

⁸⁰ “Os dispositivos de segurança representam o oposto do sistema disciplinar. Enquanto este assume uma norma prescritiva, os aparatos de segurança tornam o normal empírico como ponto de partida que funciona como norma reguladora, que permite diferenciações e variações” (Lemke, 2017, p. 68).

⁸¹ Essas observações são feitas em nota de rodapé na obra *O nascimento da biopolítica*, que faz referência aos manuscritos de Foucault (2008, pp. 355-356).

Mas esse conjunto não aparece mais como indispensável porque ultrapassar os limites da lei fará parte do sistema legal. Assim, além de desdobrar a lei entre sua forma e suas funções, Foucault sugere também que, ao invés de ser suplementada pela regulação, pelas disciplinas, ela deve ser lastreada simplesmente com o que deve lhe dar força, os mecanismos de *enforcement of law*. Se o “enforço” deverá calcular custos para intervir ou não no ambiente e a utilidade da lei será medida por sua função como regra do jogo, significa que ela não será mais um princípio de racionalização. A pergunta que Foucault faz a seguir é: será que estamos lidando com sujeitos naturais? E poderíamos também perguntar: será que estamos lidando com uma normatividade do direito naturalista, que depende de processos e sistemas autônomos?

Quando Foucault fala do poder disciplinar e do biopoder, de acordo com a crítica de Hunt e Wickham, ele não estaria considerando a dimensão normativa das regras legais (Hunt; Wickham, 1994, p. 50). O desprezo de Foucault pelo Estado e pelo direito revelaria uma ausência importante na transição do Estado absolutista para as novas formas de poder, especialmente na história da governamentalização do Estado: nem há espaço para a democratização das instituições representativas e nem para a ideia de cidadania expandida. Cidadania expandida é aquela, segundo os autores, que evolui dos direitos civis formais do século XVIII, daí para o sufrágio universal e, em seguida, para a ideia de cidadania social do Estado de bem-estar social a partir do século XX (Hunt; Wickham, 1994, p. 53).

No argumento de Wickham e Hunt, o direito foi suplantado pelas disciplinas e pelo governo no mundo real (Hunt; Wickham, 1994, pp. 55 e ss.). Foucault desprezaria elaborações teóricas mais sofisticadas que buscam explorar “a conexão entre regulamentação legal, direitos legais e constitucionalismo nas sociedades democráticas burguesas” (Hunt; Wickham, 1994, pp. 55 e ss.). “A norma em si não tem história” (Hunt; Wickham, 1994, p. 68). Citando Habermas, eles dirão que Foucault não leva em conta os aspectos internos e substantivos do desenvolvimento do pensamento jurídico e, por isso, também não teria observado o desenvolvimento das próprias formas do direito (Hunt; Wickham, 1994, pp. 68 e ss.).

Habermas, como foi visto no capítulo anterior, constrói sua teoria do Estado de direito preservando o que seria a normatividade de estruturas comunicativas presentes no mundo da vida. A modernidade, para ele, tem uma vocação normativa que não é apenas aquela da racionalidade técnica e das ciências. A racionalidade comunicativa, que é baseada no acordo racional alcançado entre sujeitos que argumentam em condições ideais de fala, ou seja, em um contexto em que os sujeitos podem participar livremente, sem coerção, enseja a produção de

normas pelas quais todos os concernidos podem orientar sua ação. As normas só serão válidas se puderem contar com o assentimento (consenso) de todos os afetados. O direito seria o *medium* responsável por transformar poder comunicativo em poder legítimo.

As características formais do direito, sua coercitividade e positividade – pela qual os indivíduos livres e autônomos concordam em adequar seus comportamentos às normas produzidas, que podem ser resgatadas discursivamente –, possibilitam que ele assuma função de integração em uma sociedade fragmentada e, ao mesmo tempo, que os indivíduos se voltem para seus próprios interesses. A normatividade do direito está fundada em sua legitimidade, ou seja, a legislação deve ser produzida conforme procedimentos previstos e deve ser aceita por todos os envolvidos com base em boas razões. Uma legitimidade procedimental, baseada na racionalidade comunicativa, pela qual tanto princípios e normas jurídicas são criticáveis em vários processos de deliberação racional (discussão pública, legislação, adjudicação e administração), nos quais ingressam os discursos moral, ético-político, pragmático e jurídico. Em uma tentativa de síntese, em Habermas, há uma ligação interna entre Estado de direito e democracia que advém da forma em que, pelos processos políticos, o direito torna-se legítimo (Habermas, 2016).

Em razão de seu apego à racionalidade comunicativa, que, sinteticamente, produz normas baseadas no consenso, Habermas critica Foucault, qualificando seu discurso como *criptonormativo* (1998, p. 259). Apesar de reconhecer que Foucault desenvolveu uma crítica potente com sua “metodologia inovadora”, Habermas critica o que seria a insuficiência das reflexões de Foucault para julgar se o poder é justo ou injusto, legítimo ou não (1998, p. 259). Desse modo, não seria possível a crítica social emancipadora que estaria baseada na racionalidade comunicativa, base da construção das normas éticas e políticas. O Estado de direito de Habermas tem uma conotação normativa maior do que o Estado republicano e menor do que o Estado liberal e o direito discursivo é normativamente orientado, como vimos no capítulo anterior.

Contra Habermas, Foucault vai dizer que não existe exterioridade do poder nem mesmo nas relações de comunicação de que fala o filósofo alemão. “[A] produção e a circulação de elementos significantes podem perfeitamente ter por objetivos ou por consequências efeitos de poder” (Foucault, 2013b, p. 284). Qualquer meio pelo qual o sentido é produzido e compartilhado (tanto na linguagem cotidiana quanto em instituições), não é afetado de fora, por um fator social e político. O poder atravessa a produção do discurso e organiza sua circulação,

transumando pelos corpos, constituindo subjetividades. As relações de poder, as de comunicação e as capacidades objetivas, não devem ser confundidas, mas também não são domínios distintos. Não há oposição entre, de um lado, o mundo da transformação do real por meio do domínio das técnicas, da técnica finalizada e do trabalho (o da coação e da desigualdade) e, de outro, o dos signos (da ação dos homens sobre os homens) (Foucault, 2013b, p. 285). O mundo da vida como estrutura normativamente intacta é a esfera de circulação das relações de poder e dominação, relações estratégicas, o que implica dizer que não há produção de consenso, ideal ou presumido.

A resposta de Foucault a Habermas retoma aquela divergência entre os caminhos sobre a filosofia adotados na França e na Alemanha, a partir da *Aufklärung*, mencionada no capítulo anterior. Na França, o caminho percorrido pela filosofia não foi o da crítica da “razão presunçosa”, mas debruçou-se sobre o problema da historicidade das ciências, que faz eco às reflexões dos filósofos alemães (Foucault, 1990, p. 11). As ciências têm condições de possibilidade históricas, o que significa que elas não apenas “descobrem verdade”, mas são invenções de regimes de saber e poder. A partir do momento em que se tornam ciências, no entanto, elas passam a ser consideradas naturais, universais e têm pretensão de racionalidade. Esse questionamento de Foucault significa a possibilidade de crítica social, mesmo que não seja embasada na potencialidade normativa da modernidade. Mas a proposta de Foucault, de “uma crítica experimental não desqualifica nem recusa o recurso aos critérios dos direitos normativos” (Lemke, 2017, p. 108).

Para Foucault, “os processos de eliminação e de seleção, das teorias, dos objetos [que] se fazem a cada instante em função de uma certa norma”, não devem ser identificados com uma estrutura teórica (2000d, p. 361). “Não é se apoiando em uma ‘ciência normal’ que se pode retornar ao passado e traçar validamente sua história; é reencontrando o processo ‘normativo’, do qual o saber atual não passa de um momento, sem se que se possa, salvo profetismo, predizer o futuro” (Foucault, 2000d, p. 361). Assim, exigir de Foucault uma teoria jurídica normativa, como pretendem Hunt e Wickham, significa desconsiderar o gesto metodológico mais radical de sua filosofia: desnaturalizar as formas pelas quais o poder se infiltra nos corpos e na linguagem –, um poder capilar –, e sua consequência, que é reescrever o próprio campo de análise e os termos do debate jurídico-político.

3.2.1.1.2 Esfera pública como espaço do dissenso

Neves, sob outra perspectiva, também questiona a exigência de um ideal regulativo, que tem por base o consenso, em sociedades complexas e de grandes diferenças sociais, como as periféricas, que acaba tornando a democracia habermasiana contrafactual. Entre as críticas que ele faz ao Estado de direito habermasiano estão a prevalência do discurso moral sobre as questões ético-políticas (Neves, 2013, p. 117) e a exigência de consenso na esfera pública (Neves, 2013, p. 143). “[A] constituição do Estado Democrático de Direito não se apresenta como fundamento do consenso, mas sim como ‘um fundamento consentido do dissenso’” (Neves, 2013, p. 147).

A esfera pública não é admitida na teoria sistêmica de Luhmann que, para Neves, revela um preconceito, já que ela é uma forma de “conexão de comunicações não estruturada sistemicamente, mas relevante para a heterolegitimação da política e do direito como sistemas acoplados constitucionalmente” (2024d, p. 218). Por outro lado, a esfera pública não pode ser sobrecarregada normativamente com a ideia habermasiana da sociedade e do Estado Democrático de Direito. Na teoria de Neves, a esfera pública é a área de tensão permanente entre direito e política como sistemas, formada por valores, interesses, expectativas e discursos que emergem dos diversos sistemas funcionais e do mundo da vida (Neves, 2024d, pp. 222-223). No Estado democrático de direito, os procedimentos, tanto jurídicos quanto políticos, fechariam operativamente ambos os sistemas que, sem embargo, mantêm-se abertos para o dissenso conteudístico colhido na esfera pública (Neves, 2013, p. 169). O Estado democrático de direito pressupõe a esfera pública para se tornar legítimo (Neves, 2013, p. 156).

É a falta de esfera pública, como pressuposto do Estado de direito, que está ausente no processo de democratização nos países sul-americanos, que ocorreu a partir das décadas de oitenta e noventa (Neves, 2024d, p. 174). Nesses países, esse processo não levou à realização do Estado democrático de direito, segundo o modelo europeu e norte-americano, porque, além da falta de constituição de uma esfera pública abrangente, também se verifica a “deficiente autonomia do direito e do Estado perante estruturas sociais difusas desenvolvidas a partir tanto do interior quanto do exterior e caracterizadas por privilégios dos grupos dominantes e exclusões de amplas parcelas da população” (Neves, 2024d, p. 170). Por se verificar, de um lado, corrupção sistêmica do direito e, de outro, o problema da exclusão, a consequência é a falta de concretização normativo-jurídica dos diplomas constitucionais.

Injunções políticas e econômicas determinam o desenvolvimento do sistema jurídico, nos “Estados periféricos”, no que Neves menciona como alopoiese do direito:

A determinação predominantemente alopoiética das estruturas (normas), elementos (ações), processos (conflitos) identidade (imagem do mundo) do direito implica, na sociedade supercomplexa de hoje, a *insegurança destrutiva* com relação à prática de solução de conflitos e à orientação das expectativas normativas. Impossibilita-se, assim, como no caso brasileiro, a generalização includente do código lícito/ilícito e promove-se a interferência bloqueante de fatores sociais os mais diversos na reprodução do direito, sobretudo a injunção heteronomizante dos interesses econômicos e políticos concretos (2022d, p. 262).

Enfim, o que se constata é uma “*miscelânea* social de códigos e critérios de conduta ou mesmo de comunicação” (Neves, 2024b, p. 65). A isso, soma-se uma “função hipertroficamente simbólica dos textos constitucionais na América do Sul” (Neves, 2024d, p. 179).

A constitucionalização simbólica revela que a mera existência de sistemas jurídicos não implica seu funcionamento. “Não se observa que a existência de estruturas normativas não significa que elas exerçam as funções correspondentes” (Neves, 2024b, p. 87). Diante disso, Neves constata a necessidade de reformulação da teoria sistêmica no que diz respeito ao primado da diferenciação funcional na sociedade mundial (2022b, p. 74). Mas, além disso, Neves também questiona o que seriam indícios de uma exigência funcional com implicações normativas – “que os códigos e programas de uma esfera de comunicação não se imponham, diretamente, a outra esfera de comunicação” – por parte de Luhmann e Teubner (2022d, p. 262-263).

Na sociedade de que fala Neves, não se pode falar em normas jurídicas que cumpram a função de orientar, generalizadamente e de forma congruente, as expectativas normativas e regular as conexões interpessoais de comportamento (Neves, 2018b, p. 146). Ele faz o diagnóstico de uma experiência jurídica heteronomizante, em que prevalece a insegurança normativa e, por isso, o vivenciar e o agir das pessoas e instituições não se realiza com base na diferença lícito e ilícito, o que prejudica a funcionalidade e a racionalidade do direito (Neves, 2018b, p. 146). Nessa experiência, o direito produz e reproduz desigualdades sociais, naturaliza exclusões e reforça assimetrias de poder. A normatividade forma-sistema é insuficiente em contextos sociais heterogêneos e excludentes como o brasileiro, mas ela revela-se problemática também no próprio contexto da sociedade mundial.

O ponto de vista de Ewald, que foi aluno e assistente de Foucault, é distinto do de Neves, sua crítica se ancora em outra perspectiva, mas ele igualmente conclui que a teoria da autopoiese revela limites porque ela não vale como teoria do direito em geral, já que apenas pode ser válida

em determinada conjuntura. Além dessa impossibilidade de ser uma teoria geral sobre o direito, para Ewald, a autopoiese, apenas pelo fato de ser uma teoria, impede que o direito seja analisado ou que sobre ele se produzam reflexões porque ele é experienciado de formas distintas (1993d, p. 225).

Concordando com Neves, podemos dizer, então, que a relação entre Estado, direito e democracia é mais contingente do que pressupõe a teoria sistêmica, como se observa empiricamente nas sociedades periféricas. Com Foucault, além disso, podemos dizer que o direito, para afirmar alguma coisa sobre si próprio e sobre a sociedade, para refletir sobre suas práticas, não precisa de teorias. Os próprios discursos e práticas (tal como as decisões, normas, práticas judiciais e administrativas) já carregam uma normatividade e uma autorreflexividade suficientes para produzir sentido e crítica. Embora Habermas tenha reconstruído o Estado de direito sob uma perspectiva pragmática, para Foucault, ele adota um modo transcendental de pensamento, que ignora a contingência histórica das formas de racionalidade e normatividade (Foucault, 2012e, p. 217). Essa normatividade historicamente contingente e contextualizada é a aproximação que podemos fazer entre Neves e Foucault.

3.2.1.2 A modernidade biopolítica: operacionalização do poder pela norma

Com Foucault, pode-se perguntar, como indica Ewald, por que a modernidade é de tipo normativo? (1993d, p. 79). A seguir também se pode perguntar: que práticas de poder e de saber se organizam em torno da norma e como se articulam? (Ewald, 1993d, p. 79). A análise de Foucault será conduzida não no sentido de buscar reconstruir o conteúdo normativo das regras legais enquanto categorias jurídicas históricas, mas em focar práticas sociais particulares que produzem certa forma de normatividade. Caberia à filosofia, por outro lado, explicar as razões pelas quais, em dado momento histórico, essas práticas se configuram de determinado modo e avaliar-lhes os efeitos (Ewald, 1993c, pp. 60-61).

Esse ponto de partida foucaultiano indica que “as próprias normas são parte do campo histórico sob investigação, e não estão fora dele; elas são menos a medida ou o ponto de partida, do que um objeto de análise e o resultado de um conflito” (Lemke, 2017, p. 32). Pode-se questionar, ainda, a própria forma do direito que se organiza em torno da norma e a “instituição das técnicas constitucionais da democracia em vista da produção de uma medida comum política” (Ewald, 1993d, p. 124). No que concerne ao interesse dessa pesquisa, pode-se, ao invés de analisar a adoção de uma forma política ideal e contrafactual, apreender efeitos

empíricos do poder operacionalizado como norma constitucional (sua normatividade não jurídica).

Foucault, como Ganguilhem, em quem se inspirou, constatou a problemática de uma inflação normativa que avança sobre vários domínios de saber e práticas sociais na virada do século XVIII para o século XIX (Ewald, 1993d, p. 80). O próprio vocabulário da norma se ampliou além de sua equivalência com o normal, para incluir normalidade, normativo e normalização. Na Alemanha, a partir do século XIX, várias ciências vão se apresentar e se refletir como ciências normativas, entre as quais, as ciências jurídicas (Ewald, 1993d, p. 80). A partir do século XIX, a norma não se identifica mais com a ideia de regra e retidão, mas com um conjunto particular de regras, uma forma de produzi-las e o que é mais um importante, com um princípio de valorização.

Quando Foucault descreve a constituição de uma sociedade disciplinar, as disciplinas, como principais tecnologias de poder, introduzem a norma. A difusão das disciplinas pelo corpo social promove sua homogeneização (Ewald, 1993d, p. 83). A sociedade disciplinar se torna uma sociedade da comunicação absoluta, e o que possibilita essa comunicação, em um “jogo de redundâncias e homologias infinitas”, é a norma ou o normativo (Ewald, 1993d, p. 83). Apesar de ser homogeneizante, a norma também age de acordo com um mecanismo de individualização: o indivíduo é usado como instrumento e objeto do poder disciplinar, tornando-se referência de seu exercício (Ewald, 1993d, p. 84). A individualização normativa é feita sem nenhuma referência ao que é exterior à norma, à natureza ou à essência do sujeito, mas tendo em vista o indivíduo (Ewald, 1993d, p. 86). Uma individualização positiva, sem nenhum saber suposto, e que é puramente comparativa (Ewald, 1993d, p. 86). Assim como o anormal não é exterior à norma, estando dentro de seus limiares e limites, o preso não está fora da sociedade disciplinar: a prisão é também um espaço disciplinar na medida em que seu objetivo é fabricar indivíduos normais, conforme a norma (Ewald, 1993d, p. 87).

Já na análise da gestão de populações, que introduz o biopoder, a segurança será o mecanismo que agirá normativamente. É o momento em que, segundo Foucault, como mencionado no início do item anterior, pode-se falar em normalização pelos mecanismos de segurança, porque, a partir de cálculos e estatísticas, se deduz o que é normal, que depois é incluído na norma. A segurança, para Ewald, é um termo não unívoco que designa uma técnica do risco por meio de cálculos atuariais, práticas de reparação e de indenização por danos e instituições de segurança pública e privada (1993d, p. 88). Ele se limita a analisar a segurança

como risco. O cálculo do risco envolve probabilidades e, por isso, trata-se de uma forma de racionalidade que envolve objetivação (Ewald, 1993d, p. 89). Não se faz referência à causa do risco, noções de fato ou lei, mas observam-se constâncias e regularidades em uma determinada coletividade. Importa, na tecnologia do risco, não o sujeito, mas seus predicados: compleição, peso, força, a partir das quais se pode fazer referência ao homem médio (Ewald, 1993d, p. 93). Com a teoria do homem médio, Quetelet propõe uma forma de individualização a partir do grupo a que pertencem (Ewald, 1993d, p. 95). O homem médio, diga-se de passagem, é um critério ainda muito usado pelo direito penal para definir o grau de reprovabilidade de uma conduta.

Da mesma forma que o homem médio, o risco, para a sociedade, “é uma regra produzida pela aplicação do cálculo das probabilidades à estatística” que permite ao grupo social fazer um juízo atual e positivo sobre si mesmo, sem fazer remissão à natureza ou a moral (o que o homem deveria ser ou fazer) (Ewald, 1993d, p. 96). “[O] risco é ao mesmo tempo calculável e coletivo” (Ewald, 1993d, p. 96). A segurança, por sua vez, será calculada, como diz Foucault, em função dos riscos e com ela, a própria liberdade de comportamento. O que isso quer dizer? Isso significa que “[a] segurança propõe uma ideia totalmente diferente da justiça: a ideia de causa sucede a de repartição de uma responsabilidade coletiva cuja contribuição individual se pode fixar segundo uma regra” (Ewald, 1993d, p. 97). A ajuda ou o socorro provido pela sociedade não será concedido em função da partilha efetiva de riscos, repartindo os danos individuais, mas conforme uma regra. Isso quer dizer que ela não será concedida em função de afetos, ou vínculos comunitários, ou com base na solidariedade religiosa, mas atenderá à lógica do seguro, da previdência e da seguridade social, consignada em uma norma. É aquela ideia de uma sociedade de responsabilidades, antecipada no fim do capítulo anterior. No século XIX, a tecnologia do risco torna-se princípio de uma política, diz Ewald (1993d, p. 98). O próprio Estado será organizado em função da segurança (Ewald, 1993d, p. 98). Isso significa também dizer que na sociedade de risco o direito não terá uma função de integração social, diferentemente do que entende Habermas.

Paralelamente à descrição da sociedade de risco, Ewald também aborda três genealogias da normalização. Considerando que normalizar é produzir normas, instrumentos de medida e comparação, regras de juízo, ele identifica três genealogias da normalização a partir do fim do século XIX: a normalização técnica que advém das transformações científicas e tecnológicas que acompanharam o desenvolvimento industrial, a referente à produção dos artefatos da guerra

e a referente à coordenação na economia e na sociologia (1993d, p. 101). A normalização atinge a linguagem, o que significa que signos, representações simbólicas e escrita deverão ter forma objetiva (Ewald, 1993d, p. 103). Trata-se de uma linguagem que serve para evitar ambiguidades, mas que, por outro lado, cria um mundo, uma realidade (Ewald, 1993d, p. 103). A solidariedade social atende à lógica da normalização. Embora seja uma forma de o grupo se referir a si mesmo, normalizar não é democratizar, não é função do Estado. “Há uma democracia específica da normalização” (Ewald, 1993d, p. 105).

Nessa democracia da normalização, convivem as disciplinas, que exigem dos corpos performances, e as seguranças que se dirigem às populações abstratamente, sob o signo do controle e da padronização, que opera tornando diferentes elementos compatíveis entre si, comparáveis e previsíveis dentro de um sistema técnico, administrativo ou social (Ewald, 1993d, p. 106). A forma da norma, enfim, torna os indivíduos comparáveis (alunos, trabalhadores, presos, cidadãos), legíveis (quem é visível ou reconhecido pelo sistema) e governáveis (quem pode ser incluído, corrigido e excluído). A norma não opera sozinha, ela sempre pressupõe outra, de forma que necessariamente institui-se como ordem normativa (Ewald, 1993d, p. 108). Além disso, ela designa uma forma de produzir uma regra de juízo e estabelece uma medida comum.

Em face da ordem normativa, não é necessário um legislador: ela é de todos, sem que ninguém a tenha querido. O lugar do legislador está vago. “O parlamento já não diz, certamente, o direito: tão-só pode fixar as regras das quais se pode pensar deverem ser rigorosamente constrangedoras” (Ewald, 1993d, p. 110). Esse constrangimento não vem da violência ou da coerção, mas da forma normativa da lei. O foco desloca-se da origem da norma (quem decide) para a estrutura da norma (como ela opera), diferentemente da análise de Schmitt, que vimos no segundo capítulo. “Tal é, pois, a norma: uma maneira de produzir a medida comum, a regra de um juízo comum a partir do que se dá a possibilidade de um direito nas sociedades modernas” (Ewald, 1993d, p. 111).

As características desse direito seriam, primeiro, produzir um campo homogêneo de positivities (Ewald, 1993d, p. 111). A norma jurídica não é algo que se aplica a um mundo caótico, ela exige um campo em que pessoas e coisas podem ser pensadas de maneira classificável, regularizável e cognoscível, o que implica, para atuar, transformar os homens em sujeitos jurídicos ou cidadãos. Trata-se de um certo tipo de objetivação, condição para a própria existência da norma. O direito não normatiza o incognoscível, o informe, o que é invisível. Ele

precisa de um campo dado, uma positividade, em que pode ser aplicada uma regra, feitas equivalências, julgamento, comparação. As individualidades podem ser comparadas nesse campo homogêneo, sem que seja necessário buscar a essência do sujeito. O direito, então, não se impõe à realidade bruta, ele atua sobre condutas, objetivando e moldando, de acordo com saberes e poderes estabelecidos previamente ou simultaneamente à aplicação da regra de julgamento.

A segunda característica da norma é a relatividade (Ewald, 1993d, p. 112). A relatividade da norma significa que seu valor é estabelecido em uma ordem normativa, diante de outros valores. A norma não impõe apenas um dever, mas implica uma ordenação de valores, e essa ordenação não é natural nem fixa, mas decidida historicamente, socialmente, politicamente. O direito, como estratégia, gira em torno das batalhas entre valores. Assim, a norma não se impõe como uma verdade absoluta ou transcendente porque é constituída em um campo relacional e é relativa a determinado grupo. Em outras palavras, ela exprime o valor do grupo consigo mesmo e operacionaliza as inclusões e exclusões em uma determinada sociedade. Exclusões e inclusões que são produzidas, portanto, sem intencionalidade, pela própria operacionalidade da norma. O que é anormal, “[f]ormula-se como limiar, móvel e instável enquanto tal” (Ewald, 1993d, p. 117). Desse modo, lutar contra a exclusão será lutar contra uma técnica, contra as partilhas formuladas pela norma, transformar o “solo técnico” a partir do qual são impostas as exigências e limiares de normalidade (Ewald, 1993d, 117). Como não representa a adoção de um valor absoluto, a norma carrega, em si mesma, o risco da contestação, da superação, da reformulação – seja por novas normas, seja por mudanças nos valores que a sustentam. Apesar dessa capacidade de adaptação, as normas são estáveis, estabelecem uma certa constância.

De fato, as normas são variáveis, mas o ritmo de mudança é aquele estabelecido pelas regularidades sociológicas e, portanto, resistem àqueles que se propõem a modificá-las, o que impede a alteração de forma abrupta. “[A] estatística criminal, que se reproduz de maneira quase idêntica de ano para ano, mostra-se bem pouco sensível aos esforços preventivos e repressivos dos governos” (Ewald, 1993d, p. 118). As normas se alteram lentamente, dependendo não apenas de técnicas, mas também da recepção e renovação do meio em que são produzidas (Ewald, 1993d, p. 119).

Enfim, a norma, na sociedade moderna, “designa uma regra de juízo, uma maneira de produzir a regra de juízo” (Ewald, 1993d, p. 108). Ao mesmo tempo em que desiguala,

também faz emergir um princípio de igualdade, que é compatível com a existência do direito, principalmente em uma sociedade fragmentada, em que é quase inviável encontrar o que seja o valor dos valores (Ewald, 1993d, p. 109). A lei continua a ser o ato de uma vontade soberana, mas não há soberano e, de qualquer modo, ela não precisa ser imposta pela força para que a conduta seja regulada. Também não precisa de uma vontade, individual ou coletiva, para que seja produzida.

Isso não significa que as normas ocupem o lugar da soberania: elas são múltiplas e se comunicam entre si, se referindo umas às outras, horizontalmente, em rede, criando sentidos normativos por conexões recíprocas, contextuais e operacionais. Embora se pense que na prática da soberania e da vontade tudo é possível, pela norma, as possibilidades ficam reduzidas e predeterminadas (Ewald, 1993d, p. 120). Do mesmo modo, as sociedades modernas, quando, a partir das ciências humanas, estabelecem critérios de medida comum para guiar as ações políticas e sociais, reduzem as possibilidades de práticas democráticas, se estas podem ser entendidas como formas de o sujeito se expor e de falar francamente, a *parresía* de que fala Foucault (2018b).

Ainda voltaremos à *parresía*, mas, nesse ponto, podemos concordar com Dean no sentido de que as qualidades formais do direito permitiram erguer um Estado de direito não por apego a valores abstratos de justiça e solidariedade, mas como uma tecnologia útil ao governo liberal (1999, pp. 173-174). Um dos desafios do governo de multiplicidades, é desenvolver tecnologias que sejam, ao mesmo tempo, individualizantes e totalizantes, que contem com a cumplicidade dos governados, ou que moldem seus comportamentos. A generalidade da lei, que trata todos de forma igual, sem se dirigir a casos particulares, e que é elaborada pelos parlamentos, ou seja, por meio de representantes eleitos, permite governar à distância, sem intervenção contínua e arbitrária (Dean, 1999, pp. 173-174). Em outras palavras, o direito na governamentalidade liberal tem como forma de expressão a norma e ele continua operando por meio da norma.

3.2.1.3 Normalizações produzidas pelo ECI

Neves cita vários efeitos produzidos diante da interferência de fatores diversos na reprodução do direito, sobretudo diante da injunção heteronomizante dos interesses econômicos e políticos, que impedem a concretização normativa do texto constitucional. Quando descrevemos, por outro lado, um direito que se articula em torno da norma, podemos apreender

sua operatividade, observando sua microfísica, apreendendo efeitos particulares que não podem ser descritos apenas em termos de funções e prestações. Podemos perceber, no detalhe, como os elementos simbólicos estão imbricados com racionalidade jurídica contingente e produz efeitos na realidade, bastante concretos ou, melhor dizendo, produz uma realidade.

O direito não se reduz àquele escrito e legislado: ele se expressa por meio de processos, práticas, tecnologias, que podem ser englobadas em uma forma de racionalidade circunstancial e contingente. A racionalidade procedimental-discursiva e a sistêmica seriam formas pelas quais o direito pode se expressar. Lendo Foucault, Ewald dirá que a prática jurídica, que não goza de nenhum privilégio em relação às demais práticas sociais “é indissociável do tipo de racionalidade através da qual ela se reflete, se ordena e se finaliza” (1993c, p. 61). Desse modo, as decisões judiciais, não mais e nem menos que a legislação e a doutrina, através dos juízos que enunciam, são práticas do juízo jurídico que se articulam, se distribuem, definem competências recíprocas em torno da racionalidade que obedece ao juízo jurídico (Ewald, 1993c, p. 62-63). E a positividade do direito depende dessa racionalidade através da qual se refletem as práticas do direito (Ewald, 1993c, p. 63).

Essa interpretação de Ewald das práticas jurídicas significa que não existem normas jurídicas independentes da forma como são interpretadas e enunciadas. As decisões judiciais são formas de exteriorização da regra do juízo, mas também são formas de “enunciar” e produzir direito. O juízo jurídico nunca é simplesmente a aplicação de uma norma sociológica latente. Ele é uma prática de poder, uma construção performativa que opera por meio de saberes, técnicas, enfim, um conjunto de elementos, conforme sua própria racionalidade. Os saberes utilizados pela jurisprudência, como os econômicos, sociológicos, científicos, entre outros, o que poderíamos chamar de heterorreferência, seguindo a sugestão de Neves, são reconstruídos dentro de sua própria lógica interna, de sua racionalidade, criando regimes de verdade.

A jurisprudência é uma forma de produzir uma regra de juízo relativa a si mesma, sem precisar fazer referência à lei. Ainda que produza individualização, ela precisa de uma positividade constituída por um campo homogêneo de individualidades. Além disso, ela precisa da positividade do fato (Ewald, 1993d, p. 113). A lei, no exercício do biopoder, não desaparece, mas perde centralidade, sendo articulada a mecanismos técnicos, regulatórios, estatísticos e, no nosso caso, à jurisprudência vinculante. E quando esses mecanismos de normalização são incorporados à norma, que se expressa como jurisprudência, produzem normatividade. Daí porque se trata de uma normatividade naturalista: sua operação depende de “leis” sociais,

econômicas, biológicas e estatísticas, e não de um conteúdo que lhe seja próprio. Essas leis, aliás, é que vão determinar a intervenção jurídica no meio. É por isso que Foucault dirá que a transgressão dos limites da lei não é exceção, mas operação normal do sistema.

Voltando-nos para o caso do ECI, podemos dizer que o campo do sistema penitenciário é aquele em que se verifica um grande volume de dados, vários corpos administrativos produzindo dados, mas eles não individualizam os presos. As CPIs sobre o sistema carcerário de 1993 (Brasil, 1994), 2008 (Brasil, 2009a) e 2015 (Brasil, 2017a) constataram que os dados sobre o sistema penitenciário não são precisos. O único dado consistente é o referente ao superencarceramento: o volume de presos é bem superior ao número de vagas no sistema prisional. Podemos, então, perguntar: como dados insuficientes, que não são adequadamente manejados pelo próprio Poder Judiciário, se tornam objeto do discurso do STF que embasou o ECI? O paradigma do controle de constitucionalidade do STF realizado na ADPF 347 não são esses dados, mas sua própria jurisprudência, o regime de verdade criado por seu entendimento jurisprudencial, ainda que ele tenha por referência esses dados da realidade fática.

O ministro Gilmar Mendes, quando lançou seu voto no RE/RS 641.320 (Brasil, 2016a) mencionou, em várias passagens, o caráter normativo da jurisprudência⁸². Em relação ao sistema penitenciário, especificamente, mencionou que “[n]o marco normativo atual, o relevante é que várias unidades da Federação simplesmente abandonaram o regime aberto” (Brasil, 2016a, p. 14) e que “[o] direito à individualização da pena tem caráter normativo”, que autorizou a corte a fixar um novo regime de progressão da pena (Brasil, 2016a, p. 14). No mesmo voto, lembrou que o cumprimento da pena em regime integralmente fechado no caso dos crimes hediondos foi alterado pela jurisprudência do STF (Brasil, 2016a, p. 17). Prosseguindo, relatou que nas audiências públicas das quais participaram os especialistas, juízes e administradores dos sistemas carcerários dos estados, constatou-se que essa medida gerou *deficit* imediato de vagas no regime semiaberto (Brasil, 2016a, p. 19). “Ou seja, o reconhecimento de um direito gerou um impacto até então impensado” (Brasil, 2016a, p. 19). São as consequências não intencionais do exercício intencional de um poder. Do ponto de vista fático, segundo o ministro, “os indicativos são de que a manutenção dos presos no regime mais

⁸² Citou, por exemplo, as ADIs 1105 e 1127, em que STF, interpretando o Estatuto da Advocacia, acabou adicionando-lhe um novo conteúdo normativo (Brasil, 2016a, p. 14).

gravoso contribui apenas para a perda do controle das prisões pelo Estado, enfraquecendo a própria segurança pública” (Brasil, 2016a, p. 19).

Podemos, então, observar diversas normalizações: inexistência de vagas; supressão da individualização da pena diante da inobservância do regime de progressão, manutenção do preso em regime mais gravoso (que é a homogeneização de um grupo), resistência dos Tribunais à implantação das audiências de custódia – que foram incluídas no ordenamento jurídico desde o Pacto de San José da Costa Rica, em 1992 – e a normalização mais importante: a conduta normalizada dos juízes de enclausurar. De fato, quando o STF determina aos próprios magistrados que verifiquem, no momento da aplicação da pena, as condições do cárcere, sua atuação é de controle e gestão. Mas ele também identifica uma conduta normalizada dos juízes. Se o que é normal é o enclausuramento, ele se torna a norma, a forma de punição pela qual a jurisprudência, como prática jurídica, se fixa e opera. A jurisprudência é, então, a prática jurídica que torna normativa a prisão como principal resposta do sistema prisional.

O direito, na forma da norma, permite que a sociedade se refira sempre a si própria, funcionando como um princípio de valorização. “O regime normativo de valorização impõe-se por meio de duas características singulares: a norma, em primeiro lugar, é testemunho de que um fato pode ser também um valor” (Ewald, 1993d, p. 116). Qual é o valor que o fato empírico da superlotação carcerária traduz? A superlotação carcerária indica que o valor prioritário não é o da dignidade humana. Indica que o valor normativo prevalecente é o da penalização pelo encarceramento, ainda que os cárceres sejam lugares de práticas cruéis de agentes do Estado ou de parceiros de cela, de desaparecimentos e de mortes violentas. O regime jurisprudencial evidencia dois fatos estatísticos contrapostos: o volume de práticas de encarceramento e as condições inadequadas de funcionamento dos cárceres brasileiros.

Essas normalidades (o superencarceramento e a normalidade das condições inadequadas de cumprimento da pena) devem ser contrapostas e operacionalizadas uma em relação a outra pela declaração do ECI no STF. “Os dados parecem corroborar (...) a alegação dos presos de que existe uma vinculação entre as rebeliões, fugas e as violações do Estado à Lei de Execuções Penais” (Kahn, [2024?], p. 7). Tendo isso em vista, a jurisprudência do STF, por meio dos enunciados da repercussão geral, faz uma gestão do risco de que a desordem dos cárceres fomenta as rebeliões, fugas e a desobediência à lei, desafiando, também, sua própria jurisprudência.

No voto do então ministro Marco Aurélio na ADPF 347, além de constatar a violação de diversos direitos sociais no patamar do nível existencial, ele também indica que o principal preceito constitucional violado é o da dignidade humana, em relação aos presos (Brasil, 2015e, p. 35), o que é uma constatação que goza de unanimidade entre os ministros. No voto, o relator segue constatando que isso [a violação dos preceitos fundamentais] estimula a criminalidade e que não apenas do ponto de vista “liberal da dignidade humana”, mas também “sob o ângulo utilitarista da maximização do bem-estar dos membros da sociedade, a atitude certa é a de buscar soluções para a tragédia diária dos cárceres brasileiros” (Brasil, 2015e, p. 35).

São as duas linhas genealógicas dos direitos humanos atuando conjuntamente: a axiomática fundamental dos direitos do homem e o cálculo utilitário da independência dos governados, que definem um bom governo (Foucault, 2008, p. 58). Ao mesmo tempo, trata-se daquele princípio de individualização e homogeneização. A axiomática fundamental dos direitos do homem coloca um limite externo a ação do governo na forma das liberdades do homem. Nesse caso, a liberdade dos presos é restrita, – a privação de liberdade é imposta como pena porque é o que determina a lei –, mas os direitos sociais devem continuar a ser assegurados aos presos em razão do princípio da dignidade humana. As reflexões feitas pelos julgadores em torno da aplicação da reserva do possível em relação aos direitos sociais correspondem aos cálculos utilitaristas para calcular qual o valor da vida dos presidiários no Brasil. Nesse caso, o princípio da reserva do possível não pode ser usado como justificativa para a inação dos demais Poderes, mas, ao mesmo tempo, ele é transposto até um determinado limite, o limite interno da governamentalidade de que fala Foucault. É o argumento da liberação dos valores contingenciados do FUNPEN.

O que significa determinar a liberação dos valores contingenciados do FUNPEN? A jurisprudência do STF já decidiu ser lícito o contingenciamento implantado por norma constitucional desde 1994, no RE 566.007⁸³ (Brasil, 2014) e na ADPF 523 (Brasil, 2021a). Isso significa que parte dos valores que seriam devidos ao FUNPEN, que foi criado “com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional”, conforme determina o art. 1º, da Lei Complementar nº 79/90, é retida nos cofres públicos. A justificativa para essa

⁸³ Tema 277 da repercussão geral.

retenção era o enfrentamento de crise fiscal e econômica, mas dispositivos legais que a permitem são reincluídos na Constituição Federal desde 1994 por sucessivas emendas constitucionais, o que significa que o que era emergencial já se tornou a situação normal. Os limites flexíveis da norma vão avançando ou retrocedendo, o que indica que “a diferença entre o normal e o anormal” nunca é de natureza (Ewald, 1993d, p. 117). Se não existe um modelo *a priori* do que é normal ou constitucional, anormal ou inconstitucional, é porque “nem todos possíveis são equivalentes para aquele que tem de os viver” (Ewald, 1993d, p. 117).

Isso significa duas coisas: que o STF tem o poder de criar uma normatividade que não se relaciona com a abstração do princípio da igualdade, e que ela terá que ser vivida pelos encarcerados como sofrimento, padecimento. A norma vem depois da variação: depois que a realidade demonstrou que a situação dos presídios é violenta e precária, o STF define, por meio de sua jurisprudência, quais intervenções são necessárias, quem deve ser mantido naquela situação e por quanto tempo. Por outro lado, o preso só é preso por sua relação com uma capacidade normativa, que é uma (in)capacidade de se definir como sujeito de direitos ou cidadão.

Além disso, pela jurisprudência, se opera um poder pastoral no modo pedagógico, pelo exemplo, que tanto se verifica na relação entre Poder Judiciário e Poder Executivo, quanto através do mecanismo vinculante e fiscalizatório, a sistemática da repercussão geral, que orienta todos os juízes que, no momento de fixação da pena, observem as condições do cárcere. O Min. Edson Fachin, ao analisar a cautelar na ADPF 347, consignou que caberia ao Poder Judiciário desempenhar um papel de “caráter simbólico, pedagógico e de reconhecimento da inadequada proteção dos direitos fundamentais” (Brasil, 2015e, p. 65). Não se trata do poder que opera pelo gládio, mas de uma manifestação do poder pastoral. Depois que a cautelar transitou em julgado, um dos efeitos do acórdão foi a produção de cartilhas pelo CNJ, certamente outra forma de poder pedagógico que, pelo ensinamento, destina-se a moldar as condutas dos demais juízes.

Em seu voto no RE 580.252 (tema 365 da repercussão geral) o ministro Roberto Barroso, abrindo divergência, sugeriu que, diante da manutenção, pelo Estado, de condições degradantes de superencarceramento e de superlotação, o Estado deveria ser condenado, a título de danos morais, preferencialmente, pelo abatimento (remição) de parte da pena (Brasil, 2017d, p. 38 e ss.). Seus colegas, os demais ministros, entendiam que a condenação deveria ser feita em pecúnia. Ao lançar seu voto, ele também mencionou que sua proposta de condenação surtia um efeito “pedagógico”, criando estímulos para que os Estados promovessem melhorias em

seus sistemas prisionais e ficassem mais atentos ao risco de gastos elevados em uma conjuntura de ajuste fiscal (Brasil, 2017d, p. 89). Novamente, exercício de um poder pastoral e pedagógico, aliado ao governo do risco, da prevenção do inseguro, a falta de orçamento.

A declaração do ECI foi classificada como litígio estrutural. O STF pretende mudar, por uma decisão judicial, as estruturas sociais. A norma, como diz Ewald, pode ser alterada, é de sua característica a alterabilidade. A mudança, não obstante, ocorre no ritmo das regularidades sociológicas, e ele cita a estatística criminal que é quase constante, independentemente dos esforços preventivos e repressivos do governo. No Brasil, as estatísticas de encarceramento são quase tão impressionantes quanto as criminais (ou talvez mais impressionantes) e seguem uma tendência de crescimento estável, retratando os efeitos da operacionalização do biopoder que se expressa como jurisprudência. Segundo Kahn, “[e]le [o crescimento prisional] cresce a taxas muito mais aceleradas do que o crescimento populacional e este aumento foi em parte provocado pelo crescimento das condenações por tráfico e pelos presos provisórios” (Kahn, [2024?], p. 140). Kahn reconhece que, a partir de 2015, houve a redução das prisões provisórias que pode ser creditada a implantação das audiências de custódia, mas que são necessárias avaliações mais rigorosas para estabelecer essa conexão.⁸⁴

De qualquer forma, a redução no número de presos provisórios é gradual e dependente da realidade de cada estado da Federação. A mudança estrutural faz parte do discurso que condena o superencarceramento como prática ineficaz para a redução da criminalidade, mas a necessidade de encarceramento também é uma verdade que vem sendo construída pelas práticas jurisprudenciais há muito tempo. As duas tendências são comparadas, vários expertos foram convocados, audiências públicas foram realizadas, parlamentares e órgãos internacionais foram ouvidos, como no caso do tema 423 da repercussão geral (Brasil, 2016a), mas a cultura do encarceramento não foi enfrentada. Por que se prende tanto e tão mal no Brasil?

Ao mesmo tempo, a convocação de uma reforma estrutural indica que as mudanças não são excepcionais porque “a reforma e a revisão” são formas de expressão da governamentalidade. Nem o golpe (e nem um massacre) representam violação de uma ordem jurídica ou um de estado de coisas constitucional: é a manifestação da razão de Estado na forma

⁸⁴ Notícia da Agência Brasil desse ano indica que um em cada quatro presos no Brasil não foi julgado. Disponível em: <https://agenciabrasil.abc.com.br/radioagencia-nacional/direitos-humanos/audio/2025-04/um-em-cada-quatro-presos-no-brasil-nao-foi-julgado>. Acesso aos 05 de maio de 2025.

tratada por Foucault. A razão de Estado não tem relação com as leis e nem com a irracionalidade que, aliás, no caso dos cárceres já se tornou banal.

3.2.2 Cidadania simbólica e relações sujeito/cidadão

3.2.2.1 Relações de subintegração e sobreintegração: a subcidadania

Um dos principais problemas da constitucionalização simbólica é a falta de construção da cidadania como estrutura de sentido que possa influenciar as práticas sociais. Além da necessidade de constituição de uma esfera pública e da autonomia do sistema jurídico, a declaração constitucional de direitos fundamentais, inclusive os sociais, no paradigma sistêmico, é condição de exercício da cidadania. Nesse paradigma, cidadania se define como “mecanismo jurídico-político” de inclusão social. Quando se realizam relações de subintegração e sobreintegração no sistema constitucional, não existe cidadania. “Apesar da normatização constitucional oficial, continua, como dantes, não havendo institucionalização (consenso suposto) nem identificação generalizada de sentido dos direitos fundamentais” (Neves, 2018a, p. 220). Trata-se de uma realidade constitucional em que, por um lado, verifica-se a negativa de exercício dos direitos fundamentais pela situação de miserabilidade de grande parte da população e, por outro, eles são sistematicamente violados por agentes de dentro do Estado (v.g. polícias militares) ou externos a ele (Neves, 2018a, p. 221).

Quando nos voltamos para o paradigma luhmanniano do Estado de bem-estar social, como expusemos no item 3.2, do primeiro capítulo – que é adotado por Neves como base para que ele teorize sobre a constitucionalização simbólica – vimos que do acesso às prestações dos sistemas sociais depende a conduta individual. Esse conceito de inclusão/exclusão, que torna as condutas individuais dependentes das prestações respectivas dos sistemas, significa, em poucas palavras, que os indivíduos precisam ser incluídos nos sistemas para que possam agir, estruturar suas vidas. “Ele [o conceito de inclusão] diz respeito, de um lado, ao *acesso*, de outro, à *dependência* da conduta individual a tais prestações” (Neves, 2018b, p. 76). À medida que aumenta a inclusão nas prestações dos sistemas, reduz-se a marginalização.

A maioria da população é dependente dessas prestações, mas não tem acesso a elas, permanecendo em uma situação de exclusão (Neves, 2018a, p. 227). Neves radicaliza, no entanto, a concepção de Luhmann: para ele, não basta falar em um “setor de inclusão”, no qual os homens contam como pessoas e, por outro lado, em um “setor de exclusão”, no qual os homens contam apenas como corpos (2018b, p. 197). Para ele, “o problema reside na

generalização das relações de subintegração nos diversos sistemas da sociedade”, sendo que, enquanto o polo sobreintegrado tem acesso às prestações positivas, o subintegrado tem apenas as negativas (coações e regras, no caso do sistema jurídico) (Neves, 2018b, pp. 197-198).

Em Luhmann, os subincluídos não tem acesso aos sistemas, mas são dependentes deles. Neves, por sua vez, usa o termo dependência para indicar o grau de liberdade de subintegrados e sobreintegrados em relação ao sistema. “É verdade que os setores subintegrados são excessivamente dependentes dos sistemas funcionais, tendo um baixíssimo grau de liberdade em relação a eles; nesse sentido, são altamente integrados em termos sistêmicos” (Neves, 2018a, p. 393). Essa dependência, por outro lado, não se revela entre os sobreintegrados, razão pela qual eles gozam de excessiva liberdade em relação aos sistemas, diferentemente dos subintegrados (Neves, 2018a, p. 393). Ambos os lados, portanto, revelam insuficiente inclusão por falta de acesso (integração positiva) ou de dependência (integração negativa). Com isso, Neves pode questionar novamente o modelo de Luhmann, mas mais do que isso, ele faz uma afirmação sobre os papéis destinados às pessoas pelos sistemas. “Em ambas as direções [integração ‘por baixo’ ou ‘por cima’], trata-se de limitação e unilateralidade da capacidade de imputação dos sistemas sociais em suas referências a pessoas” (Neves, 2018a, p. 394).

O problema da subintegração e da sobreintegração produz “consequências destrutivas generalizadas para a validade de um código jurídico diferenciado e de uma Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito, característica do Estado de direito” (Neves, 2018b, p. 197). A formulação de uma distinção entre sistema jurídico e político, de novo constata Neves, é mais contingente, mais dependente do material empírico observado, do que sua formulação teórica pressupunha (2018a, p. 398). Na modernidade periférica, podemos falar de formas mistas de diferenciação, em que a estratificação econômica promove relações de sobreintegração e subintegração nos sistemas funcionais, inclusive no direito, bloqueando seus respectivos códigos sistêmicos.

No subsistema constitucional, como apontado, o problema é ainda mais grave, porque os subintegrados ficam expostos a violações constantes de seus direitos fundamentais principalmente pelas forças repressivas do Estado. “O problema é de intrincamento bloqueante e destrutivo entre a juridicidade estatal e os “direitos socialmente difusos” que impede a recepção do modelo pluralista euro-norte-americano na situação jurídica da América Latina” (Neves, 2024b, p. 65). Neves não admite a formação de diferentes esferas sociais, usando o código lícito/ilícito, como indicação de um pluralismo jurídico, mas indica “reações difusas à

falta de legalidade” (2022a, p. 21). “As relações reciprocamente destrutivas significam indistinção operacional das diversas esferas de juridicidade” (Neves, 2024b, p. 65). No contexto da modernidade periférica, a falta de Constituição impede o desenvolvimento de contextos fragmentários e instáveis, ainda que agrupados em “unidades sociais”, porque aqueles atuam destrutivamente em relação a esta (Neves, 2022a, pp. 22). Essas unidades, assim, ao invés de oferecer alternativas tópicas ao modelo jurídico pouco flexível (porque reproduzem sempre as mesmas estruturas de poder), e ao qual os subintegrados não têm acesso, podem indicar, no máximo, “estratégias de sobrevivência” (Neves, 2024b, p. 79).

Quando o sistema jurídico não tem autonomia, ele também deixa de disponibilizar suas prestações aos demais sistemas na forma pressuposta pela abordagem teórica de Neves. Na Constituição, a referência específica do sistema jurídico ao político ocupa papel especial, mas quando ela desempenha um papel simbólico, falta a institucionalização do processo eleitoral, da separação dos poderes e da separação entre política e administração. No Brasil, o processo eleitoral, que seria um dos passos essenciais para o exercício da cidadania –, a despeito de a Constituição de 1988 ter estabelecido de maneira abrangente o direito ao voto, a igualdade do valor do voto, o voto secreto e as eleições diretas –, tornam-se evidentes bloqueios em sua concretização.⁸⁵

Assim, o enorme rol de direitos fundamentais, inclusive sociais, na Constituição, apenas revela sua importância político-simbólica (Neves, 2022a, p. 28). A reduzida eficácia jurídico-normativa dos direitos fundamentais corresponde, de forma inversamente proporcional, ao fortalecimento de sua função político-simbólica (Neves, 2022a, p. 28). “[A] cidadania surge como tópos simbólico do discurso constitucionalista” (Neves, 2022a, p. 28). Aqueles que possuem mais poder, os detentores do poder, se utilizam dos direitos constitucionais que instrumentalizam a cidadania com o papel de álibi. Representantes do Estado, legisladores e governadores atribuem à sociedade o problema de realização. Por outro lado, os críticos do *status quo* clamam por mais direitos fundamentais para a conquista da cidadania (Neves, 2022a,

⁸⁵ Entre aqueles que são integrados “por baixo”, “a indiferença do papel de eleitor perante seus outros papéis e interesses sociais dificilmente pode se tornar realidade, uma vez que seus votos são transformados em bem de troca, em objetos *concretos* de prestações/contraprestações e lealdades” (Neves, 2018a, p. 255). Do lado dos sobreintegrados, por outro lado, verifica-se abuso de custos das campanhas eleitorais, manipulação de pesquisas de intenção de voto e práticas econômicas distorcidas para angariar apoio eleitoral. Não se verifica a formação de uma esfera pública que possa, de forma crítica, escolher seus candidatos e estes, por outro lado, entregam-se a práticas corruptas, com a complacência da justiça eleitoral.

p. 28). Quanto mais se fala, se utiliza do discurso da cidadania, mais se verificam obstáculos à sua realização. Enquanto isso, sem que as relações de poder sejam alteradas ou uma autocrítica efetiva de certos grupos sobreintegrados seja levada à cabo, permanece a situação de subintegração e subcidadania (Neves, 2022a, p. 29).

No quadro da constitucionalização simbólica, poderíamos, empregando a analítica de governo, contribuir para uma leitura complementar, enfrentando as aporias indicadas por Neves na leitura luhmanniana quando seu modelo é confrontado com a modernidade periférica que, em última instância, representam um desafio para a própria diferenciação da sociedade mundial (2022c, p. 77). A injunção heteronomizante de interesses políticos e econômicos, e bloqueios sociais diversos para a reprodução do direito como um fenômeno local, mas com tendências mundiais, poderia ser lida como a característica da imanência do poder. Na analítica de Foucault, como vimos “[a]s relações de poder não se encontram em posição de exterioridade com respeito a outras relações” (Foucault, 2010e, p. 104). A sobreintegração e subintegração de que fala Neves, por sua vez, encontra ressonância nas subjetividades constituídas pelas diversas formas de governo. Foucault fala do problema do ajustamento entre papéis sociais e papéis sexuais como “relação com a verdade, na qual se coloca a questão das condições espirituais que permitem ter acesso à sabedoria” (2006j, p. 210). A definição desses papéis depende tanto de um trabalho ético sobre si mesmo, como também das formas de sujeição, ou seja, “sobre a maneira pela qual o indivíduo se relaciona com essa regra e se reconhece ligado à obrigação de colocá-la em prática” (Foucault, 2006j, p. 212).

3.2.2.2 Relações de poder e o domínio do social

Neves aponta que sob as Constituições nominalistas, ocorre a concretização desconstitucionalizante que serve à permanência das estruturas reais de poder. “Em contraposição aos indícios de mudança expressos no texto constitucional, impõem-se relações reais de poder com pretensão de eternizarem-se, embora desestruturadas e desestruturantes do Estado como instituição” (Neves, 2022a, p. 48). Foucault não fala de estruturas reais de poder, mas de relações de poder, considerando que o poder só pode ser exercido em ato, “mesmo que se inscreva em um campo de possibilidades esparso que se apoia em estruturas permanentes” (2013b, p. 287). Pode ocorrer uma estrutura total de dominação e nesse caso, “suas ramificações e consequências” serão encontradas até na trama mais tênue da sociedade”, mas essa também

“é uma situação estratégica mais ou menos adquirida e solidificada em um conjunto histórico de longa data entre adversários” (Foucault, 2013b, p. 295).

A dominação é um dos níveis pelos quais o poder se manifesta. A partir da leitura de um artigo de Foucault, intitulado *Ética, sexualidade e política*, Lemke defende que a analítica de governo permitiu um aprimoramento teórico da analítica de poder, já que Foucault teria passado a identificar três níveis de poder: a) jogos estratégicos – em razão da característica ubíqua da interação humana, as relações de poder estruturam o campo social; b) governo – formas mais ou menos sistematizadas, reguladas e refletidas de poder, que vão além de seu exercício espontâneo, definindo objetivos e os meios para atingi-los e c) estados de dominação – que é um efeito mais estável e hierárquico, que reduz a margem de liberdade dos grupos subordinados (2017, pp. 26-27).

As relações de poder são estabelecidas entre parceiros, um conjunto de ações que se reduzem e se respondem umas às outras (Foucault, 2013b, p. 284). Visando agir sobre a ação dos outros, as relações de poder: *i*) sempre produzem sistemas de diferenciações, que são condição e efeito delas; *ii*) tem em vista alguns objetivos (o acúmulo de lucros, manter um sistema de privilégios); *iii*) são exercidas através de várias modalidades instrumentais e *iv*) e através de formas institucionalizadas (estruturas jurídicas, fenômenos de hábito ou moda, hierarquias familiares) e *v*) conforme graus de racionalização (Foucault, 2013b, pp. 291-292).

Quanto a *i*, como vimos anteriormente, a sociedade civil é uma primeira forma de diferenciação produzida pela governamentalidade liberal. Se o poder se revela como “ações sobre ações possíveis”, inscrevendo o comportamento dos sujeitos ativos, ele é sempre social, sempre exercido em sociedade. Assim como não existem relações de poder sem sociedade, “[u]ma sociedade ‘sem relações de poder’ só pode ser uma abstração” (Foucault, 2013b, p. 291). Mas isso não significa que a sociedade civil seja uma realidade natural e que manteve sempre as mesmas características ao longo da história, ou que seja uma sociedade dividida entre dominantes e dominados. A sociedade civil é uma criação da governamentalidade liberal indissociável do *homo oeconomicus*. Como vimos anteriormente no item 7.2, do segundo capítulo, quando Foucault faz a genealogia do Estado alemão, o problema para os neoliberais era, diante da liberdade econômica, como legitimar o Estado a partir dela.

Diante da esfera econômica, “o soberano não tem como não ser certo”, ou seja, o critério de avaliação do soberano não será mais a sua virtude ou força, e o exercício de seu poder não

pode ser justificado por teorias legais de legitimação do Estado, mas pelo mercado. O soberano é impotente diante do *homo oeconomicus* que, por isso, se torna “uma espécie de desafio político à concepção tradicional jurídica, absolutista, ou não, (...) do soberano” (Foucault, 2008, p. 398). Nesse sentido, o *homo oeconomicus* é irredutível ao sujeito de direito. Ele pode até coincidir com o sujeito de direito, mas, de qualquer modo, a arte liberal de governar irá procurar, por meio daquelas relações de saber-poder, torná-los, ambos, “governáveis” (Foucault, 2008, p. 401). A arte de governar liberal fará aparecer não simplesmente a ligação ou a combinação dos dois sujeitos, mas procurará envolvê-los em uma série de outros elementos, fazendo aparecer “o aspecto sujeito de direito ou o aspecto sujeito econômico que constituirão aspectos parciais e integráveis” apenas na medida em que fizerem parte de um conjunto complexo (Foucault, 2008, pp. 401-402).

Foucault diz, então, que a sociedade civil, como o *homo oeconomicus*, fazem parte da tecnologia da governamentalidade liberal porque a primeira surge da necessidade de tornar o segundo governável (2008, p. 403). A sociedade civil, como parte da tecnologia governamental moderna (Foucault, 2008, p. 404), não tem uma realidade própria, é sempre criada e reconfigurada, tornando desnecessário o *pactum unionis*. Mas é também uma constante histórica, fonte de poder, porque é a reunião daquelas diversas formas de exercício de poder, com diversos e distintos interesses, como indicamos em *ii* e *iii*. Apesar de não ser possível indicar um interesse uniforme do todo, a sociedade será vista como a reunião de interesses desinteressados (Foucault, 2008, p. 409). Seu objetivo, como sociedade, deve ser manter um equilíbrio entre aqueles interesses desinteressados que convivem entre si. Equilíbrio que se torna mais instável quanto mais se vai no sentido de um estado econômico (Foucault, 2008, p. 412).

A sociedade existe com fenômenos de subordinação e poder, o que implica dizer que o poder precede o direito e, mais ainda, que a sociedade civil é o campo em que subsistem “unidades coletivas e políticas, sem ser por isso vínculos jurídicos: nem puramente econômicos, nem puramente jurídicos, não superponíveis às estruturas do contrato, do jogo dos direitos concedidos, delegados, alienados, diferentes também (...) do jogo econômico” (Foucault, 2008, p. 417). Significa, ainda, que ela não é “o prolongamento de uma estrutura jurídica dada desde o início”, mas designa uma relação interna e complexa de autoridade na forma de governo (Foucault, 2008, p. 418).

Em relação a *iv* e *v*, Foucault aponta que o Estado é uma das formas de institucionalização do poder mais complexas, invólucro geral de aparelhos múltiplos, “a instância de controle total, o princípio da regulação e, até certo ponto também, de distribuição de todas as relações de poder em um conjunto social dado” (Foucault, 2013b, p. 292). As formas e os lugares de governo dos homens em uma sociedade são múltiplos, se superpondo umas às outras, entrecruzam-se e anulam-se e isso significa que o poder “não é um fato bruto” ou um “dado institucional”, mas, apesar disso, pode se organizar e se dotar de procedimentos mais ou menos ajustados (Foucault, 2013b, p. 292). Em razão de uma estatização contínua das relações de poder (“apesar de não ter tomado a mesma forma na ordem pedagógica, judiciária, econômica e familiar”), todas elas, de certa forma, se referem ao Estado (Foucault, 2013b, p. 292-293). Isso não significa que o Estado é uma das formas ou lugares das relações de poder, mas que “as relações de poder foram progressivamente elaboradas, racionalizadas e centralizadas na forma ou sob a caução das instituições do Estado” (Foucault, 2013b, p. 293).

E qual é a racionalidade do Estado? Qual é a forma de condução da conduta elaborada pela governamentalização do Estado? Quanto ao problema da racionalidade, Foucault indica que, desde a Idade Média, toda uma série de problemas referentes ao exercício do poder, “essa prática (...) bastante singular a que todos os homens não podem escapar, ou a que só escapam em certos momentos, instantes, processos singulares e atos individuais ou coletivos” interpelam o jurista, o historiador sobre como regular, como medir seus impactos em quem governa (Foucault, 2008, p. 422). Se a resposta já residiu nas leis divinas ou na sabedoria do governante, a partir dos séculos XVI-XVII, a racionalidade será a dos próprios governados como sujeitos de interesse, no sentido mais geral do termo, interesse apurado por meio de cálculos de forças, relações, riquezas, fatores de poder, o que é diferente da racionalidade unitária do soberano (Foucault, 2008, p. 422). Isso não quer dizer que a arte de governar do indivíduo soberano seja abandonada. No mundo moderno, várias artes de governar se apoiam e se contestam: a pautada pela verdade, a racionalidade do Estado soberano, a racionalidade dos agentes econômicos e a racionalidade dos governados em geral (Foucault, 2008, p. 423).

Em relação à segunda pergunta, pode-se dizer que a sociedade civil, que logo se chamará de sociedade, é a forma de resposta produzida pela governamentalidade ao problema de condução das condutas. Em um Estado governamentalizado, a sociedade é a esfera que o Estado toma para seu cuidado: “[o] Estado tem a seu encargo uma sociedade, uma sociedade civil, e é a gestão dessa sociedade que o Estado deve assegurar” (Foucault, 2009, p. 470). Mas isso não

significa que o “Estado” exerça seu governo apenas sobre a sociedade civil e nem que há uma relação de oposição entre Estado e sociedade civil. A sociedade civil é menos descoberta dos teóricos sociais do que um artefato da formação do social, que é descoberto e redescoberto por diversos governos (Dean, 2010, p. 108-109). Nesse sentido, a própria oposição entre Estado e sociedade pode funcionar de acordo com aquele *ethos* de revisão do liberalismo para impedir os imperativos da biopolítica voltados à melhoria das condições de vida de uma população.

Apesar de ser um todo formado por interesses heterogêneos e variáveis, a sociedade teria seu próprio interesse uniforme e é essa ideia que balizará a governamentalidade liberal. Isso implica dizer que a arte liberal de governar reconhece alguns sujeitos, e torna-os governáveis, incluindo-os nas tecnologias de governo, desde que se tornem ativos em seu próprio governo, ou seja, desde que adequem os seus interesses ao do todo que é a sociedade.⁸⁶ E a cidadania será uma das tecnologias que permitirá à governamentalidade liberal operacionalizar o poder por meio da liberdade dos sujeitos governáveis (Cruikshank, 1999, p. 20).⁸⁷

3.2.2.3 Cidadania como efeito de uma tecnologia de governo

Paralelamente ao processo de governamentalização do Estado, Foucault descreve também formas de subjetivação que serão empregadas pelos governos, inclusive pelo Estado governamentalizado, por meio das quais se individualiza e se toma como um conjunto homogêneo os sujeitos que são parte de uma coletividade. “O indivíduo se tornou uma aposta essencial para o poder. O poder é tanto mais individualizante quanto mais, paradoxalmente, ele for burocrático e estatal (Foucault, 2006f, p. 55). O desafio, a principal característica da racionalidade política moderna é que “essa integração dos indivíduos em uma comunidade ou

⁸⁶ Dean reúne duas práticas específicas que ele aponta como autoritárias dentro de democracias liberais em seus domínios coloniais ou atividades pós-coloniais e que teriam sido alvo de uma primeira onda de estudos sobre a governamentalidade: um deles é essa forma de governo voltada para sujeitos que podem agir, sujeitos autônomos e outra, seria o governo com base em um saber detalhado sobre a sociedade, que ele indica como “polícia liberal” (2025, p. 2). No último caso, poderíamos ver a adoção de instituições, valores e normas da sociedade civil (aparentemente externas ao governo) incorporadas ao processo de governo da população, sem que seja necessário usar de coerção.

⁸⁷ Nesse sentido, a crítica de Neves de que a relação entre subintegração e sobreintegração não pode ser orientada no sentido de contrapor-se um Estado forte, orientado pelo legalismo, diante da fragilidade da sociedade civil e da “cidadania” (2022a, p. 29).

uma totalidade resulta de uma correlação permanente entre uma individualização sempre levada mais adiante e a consolidação dessa totalidade” (Foucault, 2006m, p. 317).

A cidadania será um instrumento e efeito dessa forma de individualização e totalização que é a grande dificuldade da racionalidade política. O cidadão, na leitura de Cruikshank, é produto e efeito de uma tecnologia de poder produtivo, mas que não tira necessariamente os indivíduos da apatia ou os transforma em participantes ativos nos processos políticos. “A governança democrática liberal não tem como premissa tanto a autonomia ou os direitos dos indivíduos quanto sua fabricação como cidadãos, um fato obscurecido quando a cidadania é considerada uma solução” (Cruikshank, 1999, p. 4). As duas premissas normativas distintas do pensamento liberal (o sujeito inerentemente racional e auto interessado, o *homo oeconomicus*, ou o sujeito moral, capaz de se voltar para uma vida ética) esbarram na liberdade do cidadão que deve ser ultrapassada quando os indivíduos não agem em seu próprio interesse ou parecem indiferentes ao seu próprio desenvolvimento como cidadãos de pleno direito. É o que Cruikshank chama de tecnologia da cidadania (1999, p. 4).

O que é um problema para a teoria da democracia liberal, que seria a inclusão de todos os cidadãos nos processos políticos, se torna especialmente pungente diante do governo do “social”. O governo do social pode ser entendido como o que tomou forma a partir do século XIX, tendo por objeto “o social” como um campo ao qual devem ser aplicados conhecimentos científicos, estatísticas, pesquisas e economia, e de intervenção direta na vida e como objeto de movimentos de reforma (Cruikshank, 1999, p. 6). A(s) teoria(s) democrática(s) perde(m) de vista, indica Cruikshank, o efeito produtivo do poder, pelo qual os sujeitos são transformados em cidadãos através da política e do poder, tendo por referência o interesse da sociedade, que representaria o do todo (1999, pp. 4-7). A própria democracia, então, deve ser investigada como uma forma de governança, que pode se submeter a uma analítica de governo e que tenta implementar esse tipo de racionalidade política individualizante e totalizante.

Na governança democrática, o sujeito não é oposto ao cidadão, razão pela qual Cruikshank prefere usar a expressão sujeito-cidadão para indicar que “embora os cidadãos democráticos sejam formalmente livres, sua liberdade é uma condição da operacionalização do poder” (1999, pp. 4-7). Além disso, ela usa o termo sujeito-cidadão para indicar as diversas possibilidades de subjetivação, afastando a rigidez do binômio sujeito-cidadão como próprio do discurso democrático (Cruikshank, 1999, p. 23). “Se a posse e o uso do poder são o que

determinam a diferença entre cidadãos e sujeitos, então o poder não é externo, mas constitutivo da diferença [entre sujeito e cidadão]” (Cruikshank, 1999, p. 23).

Isso significa, discorre Cruikshank, que na “governança democrática” são postas em ação normas que trabalham com as capacidades de agir dos sujeitos, para que se orientem conforme um determinado objetivo (que seria almejado socialmente). Esse argumento não implica dizer que a cidadania seja cancelada e produza dependência, mas que os cidadãos devem ser ativos em seu processo de governo e, ao mesmo tempo, devem se sujeitar a um poder (1999, pp. 38-39). Essa seria uma forma de exercício do biopoder que torna a vida governável não apenas pela ação sobre o corpo, pela força, mas sobre a subjetividade (alma) (Cruikshank, 1999, p. 39). Nesse sentido, o exercício do biopoder não tem muita relação com um poder soberano, que se impõe pela coerção. Apesar disso, o biopoder pode neutralizar resistências, considerando que a submissão ao poder pela subjetivação molda o desejo, o interesse dos sujeitos-cidadãos. Aqui poderíamos complementar com a análise de Garland, no sentido de que a governamentalidade, principalmente a neoliberal, não elimina a coerção, mas reconfigura as restrições da liberdade do agente, em vez de removê-las (1997, p. 197).

Constatando que a maior parte dos programas sociais se volta para o autogoverno, Cruikshank usa esse instrumental crítico para analisar diversos programas de auxílio social. Um deles, um programa de governo de uma Organização Civil do período vitoriano, cujo objetivo era pôr fim à caridade cristã, distinguia uma classe, os pobres, do resto da sociedade. O programa também envolvia a adesão a uma norma de autogoverno que preceituava um “padrão de vida”, não objetivamente definido, no interesse do progresso social. Com isso, ela identifica a articulação do biopoder com uma norma ilusória porque, qualquer que seja o “padrão de vida” indicado pela norma, esta unia os diversos interesses dos indivíduos em torno do interesse social (1999, pp. 43 e ss.). Aqueles que não agem conforme o programa constituem o “resíduo” (Cruikshank, 1999, p. 54), os não governáveis. Essa prática de governo é autoritária, pondera Dean, quando se torna obrigatória por qualquer motivo, impondo ao sujeito determinadas condições que dificultam (ou impossibilitam) a capacidade de ação (ele exemplifica com a imposição de custos econômicos muito altos para sujeitos com meios de subsistência limitados como condição de obtenção de benefício social) (2025, p. 9).

Ampliando a análise para a forma do direito e do Estado modernos, Barron (1990) tece reflexões particularmente interessantes para nosso caso. Ela se debruça sobre como a teoria da soberania popular não só obscurece o processo de governamentalização, mas é também um

discurso que, baseado na cidadania, se compõe com a biopolítica para promover aquelas relações de individualização e totalização. Para ela, o discurso democrático liberal, baseado na soberania popular, pode ser problematizado exatamente na figura do sujeito-cidadão, abrigado em uma lei formal e abstrata. O direito, na teoria democrática liberal, tem uma pretensão de racionalidade formal e universal. Mas no *welfare state*, o direito é também orientado a alcançar determinados propósitos substantivos, mediante intervenção no corpo social, moldando comportamentos.

Ewald descreve essa conjuntura jurídica identificada por Barron, que é a atual, como de direito social, mas não porque se volta para determinados objetos com proeminência sobre os outros (relações de trabalho e segurança social). O direito social é definido como tal tendo em vista as circunstâncias que permitiram que tais objetos se tornassem “judiciáveis”. “Direito social designa uma certa técnica, uma certa maneira de dizer o direito, articulada com um certo tipo de racionalidade jurídica, um tipo de juris-dição” (Ewald, 1993f, p. 218). O direito não se refere mais à natureza, seja apelando para o universal ou qualquer transcendental que possa fundamentá-lo. Os valores que veicula, ou que são manejados pelas estratégias jurídicas, são particulares.

Tendo isso em vista, o “direito social” é firmemente estabelecido no mundo dos fatos, diferentemente do mundo formal do direito do Estado liberal (Barron, 1990, pp. 111-112). A norma jurídica, então, oscila entre uma racionalidade formal e universal e outra de propósitos, que prevê discriminações positivas porque pressupõe uma ordem social (Barron, 1990, pp. 112-114). Embora emoldurada por uma racionalidade universal e formal, que tem em vista um sujeito abstrato, o cidadão, a norma, por estar enraizada no mundo dos fatos, mantém as diferenças e hierarquias ali observadas (Barron, 1990, 113). Isso acontece porque a norma, por definição, não fornece nenhum critério de julgamento universal *a priori* (Barron, 1990, p. 114). É a característica das normas apontada por Ewald: ela não se refere a outra realidade que não seja ao grupo consigo próprio. No caso do direito, sua referência é a sociedade como um dado objetivado pela sociologia, como campo dos interesses opostos, mas solidários (Ewald, 1993f, p. 219). Em nosso caso, não apenas opostos, mas profundamente desiguais.

A partir do momento em que a racionalidade formal da norma prescreve um direito à igualdade cidadã, que tem por escopo o gozo de várias prestações sociais, iniciam-se as relações de poder subjetivantes, mas também objetivantes (e também subjugantes), porque distinguem grupos, e os hierarquizam, em uma operação que é bem distinta da racionalidade do direito

universal. Propaga-se, assim, uma massa de relações de desigualdade pelo corpo social (estimuladas e protegidas pelo próprio direito), travadas inclusive pelas instituições e administradores públicos incumbidos de prover aqueles direitos sociais (Barron, 1990, p. 117).

Esses poderes devem exceder a própria lei, em vários campos de intervenção material (visando a segurança, a proteção da sociedade), em redes que se “encontram em uma teia complexa, mas ainda assim coerente, de ‘conexões, referências cruzadas, complementaridades e demarcações’, cuja manutenção é tarefa do direito e do Estado” (Barron, 1990, p. 117). A cidadania é o instrumento pelo qual, cada cidadão, como dotado de livre escolha, conforme a teoria da soberania popular, sujeita-se à ação do poder que normaliza, molda suas ações para atendimento a um fim (segurança, progresso, saúde) e, ao mesmo tempo, é o instrumento pelo qual o Estado individualiza aqueles a quem se dirige (ainda que grupos) em categorias de interesses: consumidores, servidores públicos, militares, intervindo concretamente e de forma individualizante para atendê-los (Barron, 1990, p. 117). No primeiro caso, a própria sociedade seria um sujeito, a cujo interesse, que é um só, o sujeito que se autogoverna deve aderir. *Omnes e singulatim*.

Essas observações são inteiramente aplicáveis à Constituição brasileira de 1988. Embora o processo de democratização que se desdobrou no Brasil, como em outros países sul-americanas seja diferente daqueles Estados democráticos do modelo norte-americano e europeu, a Constituição de 1988 adotou inúmeros direitos fundamentais sociais, indicando programas, objetivos a alcançar em diversas áreas de intervenção do Estado. Aliás, a Constituição de 1988 foi particularmente pretensiosa no que diz respeito ao direito social ao dedicar um título inteiro à “Ordem Social”, prevendo um sistema de seguridade social amplo, assistência social, educação, saúde, esporte, etc. (Brasil, 1988). Ao mesmo tempo, preconizou a cidadania como um dos fundamentos da República (aliás, a Constituição de 1988 foi intitulada pelo parlamento que a promulgou como Constituição-cidadã). Desse modo, apesar de as normas constitucionais, como normas jurídicas, caracterizarem-se por uma textura mais aberta e formal, por outro lado, elas preveem uma ordem social voltada para o atendimento de indivíduos e grupos, visando tanto garantir “bem-estar”, quanto corrigir distorções sociais.

A normas constitucionais, como normas jurídicas, portanto, não podem ter outra forma porque elas foram “colonizadas” pelos imperativos da vida, pelo biopoder. A Constituição não estrutura a ação racional do poder, suas normas são elementos táticos, partem de um conjunto mais amplo e fluido de uma estratégia de governamentalidade. Como tecnologias de governo,

estão voltadas não para a formação de cidadãos livres, mas para a produção de um corpo social integrado, e elas o farão por meio de intervenções disciplinares, ao nível do indivíduo, ou biopolíticas, no nível da população. Em outras palavras, elas tentarão moldar os comportamentos dos indivíduos para que se adequem aos vários objetivos de programas governamentais. Mas o que é mais importante: as normas constitucionais não serão “aplicadas” (ou concretizadas) a todos o tempo todo, apenas onde se revelam mais eficazes, segundo critérios de eficiência, gestão e prevenção de risco.

Neves reconhece a existência das normas que concedem direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988, mas o contexto social em que promulgada já apontavam “para limites intransponíveis à sua concretização generalizada” (2018b, p. 183). Os direitos sociais autorizam até a imposição de medidas de discriminação positiva. O problema é que “no estado brasileiro, não se trata tão só da pluralidade e interseção de processos sociais específicos de discriminação, mas sim da generalização de mecanismos sociais discriminatórios, que impede a própria construção da cidadania” (Neves, 2024c, p. 128). O desmonte do *Welfare State* será uma tendência mundial se novos mecanismos de inclusão não forem esboçados de forma clara, mesmo nas regiões do tradicional Estado de bem-estar (Neves, 2018b, p. 196).

As noções de subintegração e sobreintegração podem ser conectadas com a falta de constituição de subjetividades cidadãs, já que a capacidade de agir dos sujeitos vulneráveis é mais restrita em sociedades em que prevalecem relações assimétricas de poder. Aliás, mais perversos se tornam os efeitos da adoção de uma cidadania ampla e plural que se torna objeto de uma multiplicidade de discursos políticos de inclusão social, que Neves qualifica como o caráter hipertroficamente político-simbólico da norma constitucional.

Se “[t]ravar uma guerra contra as necessidades humanas é estender o alcance do biopoder, mobilizar conhecimento e poder no terreno da pobreza, fome, violência ou drogas” (Cruikshank, 1999, p. 40), maior será a abrangência do biopoder quanto maior se revelarem as necessidades humanas. Desse modo, podemos dizer que quanto maior a vulnerabilidade (econômica e social, no caso do Brasil) maior será a possibilidade de que o sujeito seja “capturado” nas capilaridades da rede de saber-poder. Os efeitos restritivos de liberdade se relacionam com uma redução da capacidade de escolha dos subintegrados naquele constante jogo entre subjetivação e sujeição levados a efeito nessa rede densa formada pelas relações de poder. Quanto menor a capacidade de agir, menor a possibilidade de que se constituam subjetividades cidadãs, os subintegrados de que fala Neves.

O próprio Foucault, ao discorrer sobre a seguridade social, na França, ponderou que um de seus efeitos perversos era “promover dependência *por integração*” e “dependência por *marginalização* ou *exclusão*” (2006h, p. 128). O sistema de seguridade social, para ele, “institui um determinado modo de vida ao qual ele submete os indivíduos e qualquer pessoa ou grupo” que, “por uma razão ou por outra, não querem ou não podem chegar a esse modo de vida” e “se encontram marginalizados pelo próprio jogo das instituições”, uma marginalização imposta (Foucault, 2006h, p. 131). Mas Foucault não tem por alvo apenas um sistema de seguridade social pontual e estabelecido de forma satisfatória em um país como a França. Foucault está falando de complexas relações de poder e de sujeição/subjetivação que formam aquela rede densa pela qual ele define o poder, que se constituíram de forma particularmente problemática nas multiplicidades que chamamos de governo do Estado atualmente. Algumas vezes, como no exercício do poder pastoral, da obediência cristã, é uma forma de destruição do eu. Mesmo que o eu não seja destruído, antes de se tornar indivíduo, diz Foucault, ele precisa se tornar sujeito, por subjetivação.

3.2.2.4 Cidadania dos presos e racionalização do campo de controle do crime

Além dessa conexão entre uma subcidadania como produto de relações de poder subjetivantes, também é altamente sugestiva, para nosso caso, observar a cidadania, sob a Constituição simbólica, como uma técnica da governamentalidade que pode ser empregada por vários tipos de governos, institucionalizados ou não. Como a cidadania, sob o ponto de vista de uma analítica de governo, não se liga ao Estado e nem ao direito, sua instrumentalização, ou seu uso como técnica de governo, pode ser vista como efeito daqueles vários tipos de governo. Se a sociedade é o campo das relações de poder, que se tornam cada vez mais racionalizadas, aquelas “unidades sociais” que se formam como reação à ausência de legalidade de que fala Neves —, podem instrumentalizar a cidadania. Essas unidades podem não manejar necessariamente o código lícito/ilícito e uma racionalidade jurídica tópica, mas também articulam aquele jogo sujeito-cidadão mencionado por Cruikshank (1999, p. 20), como técnicas de subjetivação/sujeição. No caso do Brasil, esse jogo estaria mais em termos de subjugação, como efeito da prática da soberania, e subjetivação, como prática de governo, articulados com a biopolítica (que, por sua vez, é o outro lado do poder disciplinar, porque atua sobre um grupo de seres vivos).

Abraçando um sentido de cidadania que não é descrito a partir da ligação entre cidadão e Estado por direitos fundamentais, já que o Estado primariamente aparece como um agente na violação desses direitos, Daudelin e Ratton descrevem regimes híbridos de cidadania nas prisões brasileiras (2023, pp. 126-127). Da observação empírica da realidade de prisões de Pernambuco e considerando que os presos podem desfrutar, e reivindicar, o que eles chamam de “pacote de direitos” mais ou menos extenso, que se torna o foco de sua pesquisa, seguida da pergunta de quem os “aplica”, eles distinguiram um regime de governança híbrido em que a cidadania empírica é o produto da ação de vários agentes (Daudelin; Ratton, 2023, p. 128).

O primeiro regime seria o do Estado, que continua tendo papel central não apenas na negação dos direitos como na alocação dos presos, conforme o regime de cumprimento da pena, nos respectivos estabelecimentos prisionais (Daudelin; Ratton, 2023, p. 131). Eles consideram que a LEP estabelece os termos para uma barganha formal de cidadania que envolve garantia de direitos e deveres de obediência (Daudelin; Ratton, 2023, p. 131). A barganha formal que a lei prevê permite o estabelecimento de distinções e privilégios conforme certas qualidades dos presos (grau de instrução, profissão) para cumprimento da pena.

O segundo regime é o da governança criminosa pelas facções que varia de um extremo de selvageria e violência – nos momentos em que as facções têm confrontado seu monopólio em determinados estabelecimentos –, até níveis mais baixos de violência e satisfação de necessidades básicas dos presos nos presídios em que essas facções detêm o controle exclusivo (Daudelin; Ratton, 2023, p. 135). Para Daudelin e Ratton, o regime de cidadania das facções não parece ser discriminatório porque a única exigência para “gozar de direitos” é ser membro do “mundo do crime” (2023, p. 135). Esse regime está inexoravelmente vinculado ao Estado, pelo menos no sentido de um “‘licenciamento’ informal de fato das responsabilidades de governança para as facções que dominam as prisões” e na medida em que o próprio Estado deixa de assegurar os direitos dos presos, permitindo a “substituição” (Daudelin; Ratton, 2023, p. 136). Eles ponderam que talvez esse seja o caso em que haja maior satisfação dos presos, em termos de atendimento do “pacote” de direitos. Mas isso não significa, prosseguem, que a governança das prisões entregue aos presos seja garantia de sucesso no atendimento dos direitos dos presos e esse problema é evidenciado no regime dos chaveiros (Daudelin; Ratton, 2023, p. 136).

O regime dos chaveiros é aquele em que alguns presos detêm, literalmente, a chave da prisão (Daudelin; Ratton, 2023, p. 136). Diante da falta de pessoal, alguns presos, que já tem

alguma ascendência sobre os demais, em razão do crime pelo qual foram condenados ou em razão da capacidade de comando de gangues às quais são afiliados, são escolhidos pelos administradores dos estabelecimentos prisionais para “manter a ordem” (Daudelin; Ratton, 2023, p. 136). Isso significa que os chaveiros são incumbidos de manter disciplina e ordem em uma parte da prisão em troca de certas regalias. Trata-se de uma governança baseada no pacto entre a administração do presídio e o presidiário, o que, em razão das eventuais mudanças de administração penitenciária, gera um regime menos estável (Daudelin; Ratton, 2023, p. 137). Nesse regime, os presos e suas famílias são extorquidos a manter as prisões, conforme a capacidade do próprio chaveiro para mobilizar os demais presos e as características destes, o que gera um regime altamente desigual (Daudelin; Ratton, 2023, p. 138).

Daudelin e Ratton tornaram evidente a participação dos agentes do Estado que mantêm relações de poder com os chaveiros que, por sua vez, se entrelaçam com outras mantidas entre chaveiros e presos, e entre agentes do Estado e as facções, nesse caso último caso, principalmente por omissão. Também reconheceram que, no sistema como um todo, o agente do Estado “é o ator exclusivo na atribuição inicial de indivíduos a regimes mais específicos” que determinará o nível de acesso a direitos e os preços que os encarcerados terão que pagar por eles (Daudelin; Ratton, 2023, p. 131).

Diante da descrição de Daudelin e Ratton podemos promover uma analítica do regime de governança híbrida que produz a cidadania empírica nas prisões, de modo a entendê-la como produto de relações de poder que são elaboradas, racionalizadas e centralizadas na forma ou sob a caução das instituições do Estado, conforme concebe Foucault. Se podemos “analisar o campo de controle do crime como um campo de relações de poder e subjetivações”, impactado “por novos saberes e tecnologias sobre as relações de poder entre atores governamentais, assim como entre governantes e governados” (Garland, 1997, p. 188), o Poder Judiciário seria a principal instituição de governo fiadora (ou sob cuja caução) esse campo é racionalizado. O que Daudelin e Ratton chamam de “pacote de direitos”, por outro lado, são as necessidades concernentes à vida de um grupo, que ensejam a biopolítica.

Como tivemos oportunidade de escrever em outro momento, o superencarceramento é produto de um regime de poder que produz sistemas de racionalização conhecidos e governáveis. Definimos esse regime como um sistema de racionalização porque apesar de não ser parte de uma nenhuma realidade dada e nem institucionalizada, funciona de forma quase sistemática, operacionalizando o exercício de um poder que primeiro, normaliza a exclusão da

parte encarcerada da população como atividade dentro do processo de racionalização; em segundo lugar, porque as prisões tornam-se objetivo por si mesmas, separadas de sua eficácia normativo-jurídica (reabilitação dos presos, ressocialização), e em terceiro lugar, porque essas práticas reiteradas de exclusão e violência não podem existir e persistir sem um regime de racionalidade (Grujic; Peliz, 2022, p. 11).

O sistema de racionalização de que falamos parte da sociedade pela qual a governamentalidade torna visíveis condutas e riscos, demandas e vulnerabilidades. A sociedade civil não é a dimensão da produção de autonomia, na forma do Estado de direito democrático, mas lugar de produção de saber sobre populações, saúde, pobreza, de emergência de necessidades sociais e em que os diversos agentes de governo testam políticas e apuram seus respectivos efeitos, produzem estatísticas e dividem espaços geograficamente. Nessa sociedade, o sujeito “não-dócil”, representa o risco que se torna visível não só por estatísticas, mas pela jurisprudência, que tenta governá-lo por seus próprios enunciados (de súmulas, precedentes) e técnicas processuais. Essa parte da população está nas fronteiras externas da sociedade pela ação normativa da jurisprudência. O poder que está em atuação é o biopolítico que se compõe com o disciplinar: embora a condenação criminal esteja baseada em uma norma geral e abstrata (a lei penal), a intervenção judicial é uma atuação que distingue, que categoriza. Se é individualizante, por outro lado, os presos são tomados também de forma homogênea, a parte da população que representa risco à sociedade.

Para Foucault, “defender a sociedade se torna um princípio funcional comum à justiça, aos procuradores, aos magistrados instrutores e aos juízes” (2012c, p. 134). A defesa da sociedade tem em vista algo mais do que as infrações, tem em vista os perigos. E defender a sociedade é, em última instância, defender o próprio Estado (Foucault, 2012c, p. 135). “Assim, o papel da justiça é o de proteger o Estado contra os perigos que, ao ameaçá-lo, ameaçam a sociedade que ele próprio tem o papel de proteger” (Foucault, 2012c, p. 135). A intervenção da justiça penal tem em vista o medo da população, da sociedade. A justiça penal, diz Foucault, está se transformando em uma “justiça funcional”, de segurança e proteção (2012c, p. 135). “Uma justiça que, como tantas outras instituições, tem de gerir uma sociedade, detectar o que é perigoso para ela, alertá-la sobre seus próprios perigos. Uma justiça que se dá como tarefa velar sobre uma população, mais do que respeitar os sujeitos de direito” (Foucault, 2012c, p. 135).

No caso em análise, o que enseja a intervenção judicial no meio é uma norma constitucional simbólica, que dita a segurança pública, no interesse de todos, de toda a sociedade. O art. 144, *caput*, da Constituição Federal, imputa o dever de segurança pública ao Estado, mas atribui simbolicamente a todos (os cidadãos), além do direito, também a “responsabilidade” pela segurança pública (Brasil, 1988). A sociedade, como um todo homogêneo, teria um único interesse: manter a segurança, de forma igualitária, em todos os locais, da mesma forma. A atribuição da responsabilidade pela segurança pública a todos, por outro lado, significa aqui uma abertura da norma constitucional – que além de simbólica, também é biopolítica – para a individualização conforme o nível de comprometimento dos sujeitos com a segurança pública.

Se existem áreas, segmentos sociais ou grupos que, por qualquer motivo, se esponham a maiores níveis de violência, inclusive praticada por agentes de Estado, a imposição de responsabilidade a todos os cidadãos em manter a segurança pública, de forma igualitária, faz parte de uma estratégia da governamentalidade que, além disso, é altamente autoritária nos termos colocados por Dean. É bastante reduzida a possibilidade de se “responsabilizar” pela segurança pública em localidades (e conforme determinadas contingências sociais, políticas e históricas) em que o direito de escolha, o direito de ação do indivíduo é restrita. Além disso, é uma justificativa biopolítica que permite que os governantes (policiais, juízes, promotores) intervenham, a bem da segurança pública, de várias formas.

O princípio da segurança pública é o princípio funcional que permite a intervenção judicial em defesa da sociedade, mas como norma constitucional ele também impõe distinções. Se no momento da prisão, as decisões judiciais demonstram essa atuação biopolítica, a insegurança jurídica e as oscilações de entendimento jurisprudencial no âmbito do STF, pelo menos no que se refere à prisão, definem parte do triângulo da governamentalidade – em cujos vértices são postados soberania, disciplina e governo, que atua por medidas de segurança –, por meio do manejo das liberdades. A jurisprudência do STF “cria” as liberdades, definindo quem deve se sujeitar a prisão provisória; como as audiências de custódia devem ser implantadas e quando; definindo os limites de manejo do *habeas corpus* e a partir de quando deve se dar o cumprimento definitivo da pena.

Os regimes de cidadania de que falam Daudelin e Ratton, do ponto de vista de uma analítica de governo, seriam a conclusão do sistema de racionalização. No que se refere aos regimes das facções, e mesmo no dos chaveiros, os presos, para conseguirem sobreviver, devem

tornar-se membros do mundo do crime, agindo em seu nome, e sujeitados ao poder das facções. Naqueles estabelecimentos em que as facções detêm o monopólio, e que o Estado abandonou ao governo das facções, a incorporação da identidade criminosa, embora não seja discriminatória, é impositiva para o resguardo de funções corporais vitais ou para a própria sobrevivência. Os presos, ao tempo em que se definem como membros de facções (delinquentes), reforçando uma subjetividade criminosa, também estão sujeitos a seus rígidos códigos e hierarquias, cada vez mais racionalizados, para gozar de proteção à sua integridade física ou mesmo à vida. Quando as facções não monopolizam os presídios, a biopolítica se articula com a soberania de sangue como o poder sobre a vida. “Essa versão da soberania não é mais o foro transformado e democratizado fundado na liberdade do sujeito jurídico, como é para o liberalismo, mas uma soberania que endurece e transforma um ulterior elemento da soberania, sua ‘simbologia’ do sangue” (Dean, 2001, p. 55).

Desse modo, o regime de cidadania das facções é uma prática de governo da soberania, voltada para sua própria manutenção, esvaziada da proteção jurídica do sujeito de direito. O próprio Foucault fala desse poder absoluto abusivo da soberania que pode estar presente no elemento mais cotidiano da vida. Na época das *lettres de cache*, que tiveram vida curta e situada na França, qualquer um que a detivesse podia exercer aquele poder absoluto, cada um podia tornar-se o monarca de outro: *homo homini rex*. Apesar de breve, a experiência das *lettres de cache* demonstra que “a soberania política vem inserir-se no nível mais elementar do corpo social, de súdito a súdito” (Foucault, 2006a, p. 215). No caso das facções, é um poder soberano agindo juntamente com o biopolítico.

O governo das facções, aliás, como indicam Daudelin e Ratton não se restringe às prisões: “[o] PCC [Primeiro Comando da Capital], em particular, foi capaz de construir uma comunidade política que transcende, em sua representação de si mesmo e na prática, a estreita mutualidade das gangues de rua” e gere seus negócios de forma eficiente, o que a tornou uma das maiores, mais poderosas e ricas organizações criminais da América do Sul (2023, p. 135). Em suma, o PCC centraliza e racionaliza relações de poder no que poderíamos chamar de um processo de governamentalização próprio.

Nesse regime de poder que governa o sistema prisional, que é parte do escopo mais amplo de gestão do crime no Brasil o ECI habilita e produz apenas uma parte das capilaridades deste sistema, mas não é externo a ele (Grujic; Peliz, 2022, p. 12). O voto do ministro Marco Aurélio, na ADPF 347, que declarou o ECI, constatou a violação massiva dos direitos

fundamentais dos presos e também acusou a crença social vigente (dos cidadãos livres) de que “o criminoso perde o direito à vida digna ou mesmo a condição humana, não sendo titular de quaisquer direitos fundamentais” (Brasil, 2015e, p. 32). Seu voto pressupõe um sujeito de direito autônomo e abstrato que detém direitos fundamentais em um regime de cidadania. Mas como diz Foucault, os indivíduos que fazem parte da sociedade “devem se reconhecer como sujeitos de direito” (2012f, p. 290). Para isso, “é dever da sociedade fazer de modo que os indivíduos concretos possam efetivamente se reconhecer como sujeitos de direito” (Foucault, 2012f, p. 290).

Os presos constituem o resíduo, os infames que se tornam visíveis pelo poder quando se tornam criminosos. No julgamento da medida cautelar, ao se reportar a dados conhecidos, o STF torna novamente homogênea uma massa, desprezando as individualidades, as histórias e razões de condenação de cada um dos presos. O poder biopolítico, para atuar, precisa de trazer à luz um campo de positivities. Quando os espaços dos cárceres se transformam em lugares de massacres e chacinas, mas também de ameaça constante de evasão dos presos, e em que, principalmente, são formadas facções criminosas, que assediam ostensivamente o governo institucionalizado, a declaração do ECI se aproxima de uma manifestação da razão de Estado, em sua característica conservativa, como já apontado.

As rebeliões nos presídios confirmam que o poder é produtivo: ele pressupõe capacidade de ação por aqueles que tenta governar. “Aquiescência e rebelião não são antitéticas, mas podem ocorrer ao mesmo tempo” (Cruikshank, 1999, p. 41).

3.3 Neoconstitucionalismo e governamentalidade neoliberal

Os recursos extraordinários julgados sob a sistemática da repercussão geral que compõem a agenda do sistema carcerário, como foi visto no primeiro capítulo, foram analisados e decididos em um momento em que a corte passou a se debruçar sobre os direitos sociais. Simbolicamente, o próprio princípio da dignidade humana, apesar de ser indicado como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil⁸⁸, é resgatado nesse momento. Na declaração do ECI, da mesma forma, o princípio da dignidade humana, como também

⁸⁸ Conforme está inscrito no art. 1º, da Constituição do Brasil: “[a] República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito” e tem entre seus fundamentos, o da dignidade humana (Brasil, 1988).

mencionado naquele capítulo, é o que baliza a atuação do STF, que justificaria sua intervenção no sistema penitenciário.

Mas o que permitiu o ingresso dos juízes no campo das políticas públicas, no Brasil, foi a necessidade de concretização de direitos sociais. Diante da falta de “políticas públicas” atribuída à falha dos Poderes eleitos, caberia ao STF ingressar no campo político, como ponderaram os ministros no acórdão lançado na ADPF 347 (Brasil, 2015e). Consta do voto do então ministro Marco Aurélio, relator, que: “[v]erificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático” (Brasil, 2015e, p. 32).

Na Colômbia, a intervenção do Poder Judiciário sobre o sistema carcerário, por meio de decisões que determinavam medidas para tentar controlar o número de encarceramentos, foi tratada como exemplo de judicialização da política. A judicialização da política, no Brasil, diz Neves, não pode ser vista como prática de expansão e fortificação do direito e da Constituição (2018a, p. 407). “[N]o Brasil, esse fenômeno tem-se apresentado inseparável da politização do Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal”, o que implica “o envolvimento juridicamente inconsistente do STF como parte interessada em temas de conflitos políticos” (Neves, 2018a, p. 407).

Mesmo que tenham sido incluídos na pauta do STF temas sociais e morais cuja discussão é importante, esta fica ligada ao reconhecimento de certos grupos, sem relevante impacto na questão da exclusão, que tem origem primariamente econômica (Neves, 2018a, pp. 407-408). Na verdade, a judicialização da política, pondera Neves, gera dois *deficits* reflexivos. O primeiro deles seria o uso do neoconstitucionalismo, como panaceia para a concretização constitucional, que levou, entre outras consequências, à judicialização simbólica, ensejando a entrada de toda sorte de interesses particulares no direito (Neves, 2018a, pp. 409-410). O outro é o fortalecimento do papel de juízes e tribunais que assumem um papel de domesticar a sociedade, asfixiando o espaço da política como espaço de lutas entre diversas forças sociais (Neves, 2018a, pp. 410-411).

Debruçando sobre a realidade colombiana, Garavito inclui o projeto de reforma judicial naquele país, que originou a própria Constituição de 1991, no centro de uma disputa entre o neoconstitucionalismo e o neoliberalismo. A inclusão de tribunais e agências reguladoras como as principais instituições aplicadoras da lei, faz parte do projeto neoliberal (Garavito, 2011, p.

162). As declarações de direitos fundamentais, os novos mecanismos de revisão judicial (encartados nas Constituições brasileira de 1988 e na colombiana de 1991), o ativismo judicial e o papel fortalecido das cortes constitucionais – matérias que, por sua vez, fazem parte da pauta do neoconstitucionalismo – se espalharam pelo mundo a partir de 1970, quando o neoliberalismo também estava sendo globalizado (Garavito, 2011, p. 164). O Estado constitucional é resultado desses dois projetos, que não são necessariamente distintos, e em seu campo de ação, atores que se sobressaem dos dois lados entram em complexas relações, ora se confrontando, ora colaborando entre si (Garavito, 2011, p. 160).

Ao incluir a doutrina do neoconstitucionalismo, que está na base da judicialização da política, no contexto da governamentalidade neoliberal, Garavito segue a intuição de Foucault. Foucault já mencionava, ao analisar a governamentalidade neoliberal, como visto no segundo capítulo, que várias questões se tornam “judiciáveis”, uma multiplicação, dispersão do poder judicial e, ao mesmo tempo, uma mudança das funções judiciais. Pede-se aos magistrados não uma “obediência que desobedeça às leis, mas uma conformidade na maneira de fazer com elas” (Foucault, 2012b, p. 130). Essa é uma tendência da sociedade neoliberal, na qual somos impelidos ao consumo judicial através da crise (Foucault, 2012b, p. 131). Os juízes, por sua vez, em uma tendência tecnocrata, sustentam, mediante intervenções crescentes, essa demanda inflacionista (Foucault, 2012b, p. 132).

A existência das novas técnicas de jurisdição constitucional mencionadas no primeiro capítulo indica essa atuação cada vez mais pervasiva do STF na “ordem social, referindo-se sempre a propósitos, a objetivos: a recuperação do sistema de previdência social, garantir o direito à educação, ao meio ambiente saudável, etc. Mesmo o tema da segurança pública do qual faz parte o campo do combate do crime (e dentro dele, o sistema carcerário), que, a princípio, não envolveria prestações sociais, mas apenas a violação flagrante da dignidade humana, transforma-se em direito social. As decisões judiciais são propositivas: desde que alguma coisa extraordinária aconteça, abandonam-se os “velhos hábitos” que são “as leis e as jurisprudências”, para que a corte intervenha com todos os meios necessários (Foucault, 2013d, p. 173).

Mas o que é definido como extraordinário é o que está fora do que sua própria jurisprudência já definiu como constitucional ou inconstitucional. A intervenção será um critério positivo de constitucionalidade, que permite a criação de novos princípios, novos procedimentos, ou uma nova jurisprudência, como foi o caso do ECI, cuja declaração serviu à

imposição de medidas para “reestruturar” o sistema penitenciário. As decisões judiciais serão guiadas por um propósito social, conforme o que está na Constituição, mas suas consequências só poderão ser calculadas, naquele campo social, depois que lançadas. A qualidade da decisão e a eficiência da prestação jurisdicional, logo se vê, não serão aferidas conforme o impacto social, mas de acordo com o regime jurisprudencial.

Na teoria do Estado liberal, o método de racionalidade judicial é, conforme o princípio da separação de poderes, distinto dos outros poderes, que fazem políticas públicas. “As cortes são guardiãs da generalidade e da universalidade da lei” (Barron, 1990, p. 111). Mas no direito social, os juízes acabam assimilando o modo de atuação do Poder Executivo, “se envolvendo nos mesmos ‘equilíbrios ad hoc de interesses que preocupam os burocratas cujas ações eles estão preocupados em controlar” (Barron, 1990, p. 119).

A legitimidade do Estado moderno e do direito social é tautológica porque ele só pode se justificar com base nos efeitos que produz, que não são anteriores à legitimação que poderia regular a atuação do poder. Essa tautologia vem de uma leitura da teoria política liberal, que tenta delinear as condições sob as quais um legislador universal existe e dita as normas que valem para todos, legitimando um poder soberano. O lugar do soberano, não obstante, está vazio (Ewald, 1993d, p. 86).

A tentativa de conciliar um corpo de vontades único, a constituição de um corpo unitário, conforme a teoria da soberania popular, a partir das vontades singulares de uma multiplicidade de indivíduos, que Foucault indica como desafio da racionalidade política, é o problema do poder moderno (Barron, 1990, p. 108). As teorias da democracia liberal, ao tentar resolvê-lo, terminaram por tentar conciliar um direito formal, com a previsão de um cidadão livre e autônomo, que pode postular direitos sociais, desde que seja produtivo e que se adeque aos interesses sociais previstos na Constituição, o que dá ensejo a múltiplas intervenções de governo em suas vidas.

Cruikshank diz que essas teorias terminam por justificar essas intervenções de governo com base na falta: de poder ou de consciência, de envolvimento político, de direitos sociais (Cruikshank, 1999, p. 6). Mesmo os críticos da democracia liberal têm em vista um poder não produtivo, a omissão: “[a] tese do controle social é que o poder funciona de forma coercitiva e secreta para evitar a resistência e a rebelião. A tese pluralista é que o consentimento é o segredo por trás do fracasso da massa de cidadãos em se rebelar” (Cruikshank, 1999, p. 31). A crítica,

como se vê, também se baseia em uma democracia sem poder, da exclusão política dos desiguais que precisam, por isso, ser empoderados (Cruikshank, 1999, p. 31). Essas discussões obscurecem a visibilidade da atuação de um poder produtivo e sutil.

Além de instrumentalizar a cidadania, uma outra consequência dessa forma de conceber o Estado democrático, é distinguir as esferas política e social, como fez o STF na ADPF 347 ao justificar sua intervenção no campo que seria próprio da política. À corte constitucional só seria possível intervir em um espaço que não é o político – intervenções que se revelam em um número cada vez maior no neoliberalismo, em nome do social, como Foucault acusa. E essa intervenção tem em vista, no caso da ADPF 347, promover uma reforma estrutural do sistema penitenciário. Mas isso não significa deixar de agir politicamente. Na verdade, significa reconfigurar os limites fluídos entre o que é político e o que não é.

Os discursos de reforma, mudança estrutural, refletem “as reconfigurações das relações entre público e privado, pessoal e político, político e social” (Cruikshank, 1999, pp. 54-55). Tanto a dimensão social quanto a política, como invenções, são construídas pela ação humana, o que significa que “o político não é somente a esfera da política, mas a origem da política genuína” (Cruikshank, 1999, p. 57). Essa distinção é feita por Cruikshank em um diálogo com Arendt, a quem Cruikshank atribui uma reflexão que incompatibiliza a emergência do “social” com a espontaneidade própria da ação política.⁸⁹ Para Cruikshank, as técnicas da governamentalidade liberal, ao agir sobre as capacidades subjetivas dos cidadãos, moldam suas vontades e a liberdade de agir que devem se alinhar com o bem social (Cruikshank, 1999, p. 58). “Essas técnicas são mutáveis e estão ao alcance político, sem recorrer à ‘política’” (Cruikshank, 1999, p. 58).

Foucault, em quem se inspira Cruikshank, como vimos no capítulo anterior, quando analisa a razão de Estado, dirá que a política surge como forma de pensar a racionalidade do governo em si mesma (Foucault, 2009, p. 328). De uma maneira própria de pensar a certos indivíduos, a política se torna um domínio valorizado de forma positiva, integrando-se a instituições, práticas e maneiras de fazer. Assim, não existe o que é essencial à política, mas práticas que instituem um regime de verdade sobre o que é a política, sobre o que é o social. É

⁸⁹ Dourado Júnior vê na crítica de Arendt a possibilidade da crítica para que possamos nos prevenir contra o totalitarismo, ou seja, uma possibilidade de ação. “É como se ela quisesse dizer, por exemplo, que o Direito – que distingue o público do privado – deve estar submetido à ‘ação’, e não ao governante (2021, p. 148).

por isso que Foucault fala de uma flexibilidade, uma elasticidade das estruturas do Estado (Foucault, 2013d, p. 175) principalmente dos limites traçados entre o que governar e de que forma.

Em relação ao acórdão do STF na ADPF 347, então, o que podemos dizer é que ele é fruto de um poder estratégico: a corte usa uma técnica de intervenção não política, redefinindo, com o uso de um artefato, o ECI, o que seria um limite da ação de governo. A justificativa é a mudança estrutural do sistema carcerário, o objetivo da manobra de governo, mas a mudança é conservativa: preservar um estado de coisas, uma realidade, cuja constitucionalidade ou inconstitucionalidade é decidida conforme sua própria racionalidade.

Simbolicamente, o acórdão lançado cautelarmente na ADPF 347 reconheceu a impossibilidade de que fosse mantido o atual ECI, mas acolheu medidas “aptas a dar início a um processo de mudança da atual situação de violação massiva de direitos fundamentais dos encarcerados” (Brasil, 2015e, p. 65). O princípio da dignidade humana é, nesse caso, o que tensiona a legislação, ou seja, permite que a decisão judicial não apenas confirme o que está na lei, mas que a exceda e, muitas vezes, contrarie.

A crescente intervenção do Poder Judiciário em campos que, pelas teorias tradicionais de legitimação do Estado e do direito, não lhe são próprios, demonstra também a atuação de um poder biopolítico em uma relação de tensão com a governamentalidade neoliberal. Além do poder disciplinar, como vimos, a partir do século XVIII, entra em ação um poder sobre a vida que é polimorfo, que atravessa e se compõe com o poder soberano, atuando sobre multiplicidades. O biopoder tem em vista médias e estatísticas: de nascimento, condições de saúde, higiene, habitabilidade. Como se volta para o domínio dos vivos, ou dos viventes, ele se conecta com minúcias próprias do poder de polícia: condições de salubridade, tempo de exposição ao sol, fornecimento de água, de alimentos, forma de repouso, todos os requisitos desejáveis em um cárcere. Se o biopoder tem em vista uma média estatística, qual seria, para os cárceres no Brasil, a medida aceitável de fornecimento de água, comida e repouso para os presos?

O ECI, como produto desse regime de poder, é um exemplo de jurisprudência clínica (Foucault, 2005, p. 45) que atua a partir da experiência, descrevendo sintomas, não a partir de normas abstratas. Além de descrever sintomas, a falta de alimentos e de água, de espaço para repouso, ela também decretou a falência do sistema carcerário, cujas cadeias funcionam como

masmorras medievais. Mas intervém depois desse fato, para responsabilizar. Enquanto isso, mantém nos cárceres os presos, nas precárias e inumanas condições de superencarceramento.

A decisão do ECI não se voltou para o enfrentamento do problema do superencarceramento. A delinquência produzida pelo sistema carcerário é útil economicamente e serve a toda uma série de operações políticas (Foucault, 2012d, p. 182). Se a prisão, que fabrica um delinquente profissional, tem, além disso, produtividade e utilidade políticas, como diz Foucault (Foucault, 2012d, p. 183), poderíamos perguntar qual seria essa utilidade em nossa realidade particular e periférica.

Nos limites de nosso trabalho resta apenas responder que, dentro da rede de relações de poder que torna as cadeias maquinarias importantes para a fabricação da delinquência, o ECI revela a ação de um Estado que tenta demonstrar que pode proteger sua sociedade de riscos, reais ou simbólicos, que são criados diariamente, dentro e fora das penitenciárias. O verdadeiro perigo, no entanto, dirá Foucault, é “aquele de uma sociedade que não se inquietará com a permanência de seu código e de suas leis, de suas instituições penais e de suas práticas punitivas” (2013e, p. 360).

3.4 Constitucionalização biopolítica: direito entre reflexividade e reflexão

No Luhmann tardio, pondera Neves, a reflexão sobre o direito, uma teoria sobre o direito, se integra ao sistema jurídico como autorreflexão, mas como no Brasil não podemos falar de um sistema jurídico autopoietico, não se pode falar dessa forma autorreflexiva que seria própria do direito (Neves, 2018a, p. 300). O recurso a estrangeirismos, nessas circunstâncias, é uma prática que o Brasil adota para formular “novos” métodos de ensino e metodologias de reflexão que ensejariam uma reorientação do “saber jurídico” para a prática jurídica, mas isso não garante a “auto-observação” adequada do direito pela teoria jurídica, pela dogmática jurídica ou pela casuística (Neves, 2018a, p. 301).

Ewald propõe que se fale de *regra de juízo* para descrever o elemento de reflexividade do direito (1993f, p. 211). Este tipo de racionalidade define, em certa ordem jurídica, a economia da ‘juris-dição’ que lhe é própria” (Ewald, 1993f, p. 212). Ele também indica que as próprias práticas jurídicas formularam sua solução do problema da reflexividade de um direito social que, como já visto, refere-se apenas à própria sociedade, sem apelar para critérios transcendentais ou teorias: os princípios gerais. Com o desenvolvimento de instituições supremas encarregadas do controle de constitucionalidade das leis, analisa Ewald, a prática dos

princípios gerais é a forma como o direito reflete sobre si próprio através de um positivismo crítico. Como características dos princípios gerais do direito, Ewald aponta as seguintes: são formulados no silêncio da lei, não são reenviados a nenhuma doutrina filosófica e nem têm outro suporte que não sejam as próprias práticas positivas do direito (1993f, p. 222). “É sob a forma dos princípios gerais do direito que, na época do direito social, se acha praticada a reflexividade essencial do direito” (Ewald, 1993f, p. 222).

A reflexividade essencial do direito produziu o ECI como forma de intervenção processual no meio. Estaríamos na direção de uma constitucionalização biopolítica, que é a nova forma da constitucionalização simbólica? Deveríamos reconhecer um processo de constitucionalização biopolítica em que a concretização da Constituição só pode ser realizada por meio de processos, tecnologias que permitem a intervenção no meio conforme cálculos de governo, de forma cada vez mais racionalizada, e visando, ao mesmo tempo, individualizar e totalizar a população?

Foucault reconheceu que não há arte mais difícil que de punir e que é bom, por razões éticas e políticas, que aquele que detém o poder de punir inquiete-se sempre e “não se sinta jamais tão seguro de si próprio” (2013e, p. 361). A mesma observação é dirigida a uma sociedade como a nossa, que deve interrogar-se “sobre todos os aspectos da punição, tal como se pratica por todos os lugares” (Foucault, 2013f, p. 363). Segundo ele, é preciso trazer os magistrados de volta “à discrição e restabelecer entre eles, para além das clivagens políticas, uma ‘maneira de fazer’ comum e comedida”, que não seja apenas para manter o nível do “judiciável” (2012b, p. 132). Por outro lado, Foucault falou, em entrevista concedida pouco antes de sua morte, que a partir de “certa concepção do direito de punir”, nos movimentos das reformas de segurança do século XVIII, a prisão foi privilegiada (2012f, p. 285). “[E]m nossas sociedades contemporâneas, não sabemos mais exatamente o que se faz quando se pune o que pode, no fundo, a princípio, justificar a punição” (Foucault, 2012f, p. 286).

Essas reformas de segurança estão associadas ao aparecimento de um mundo disciplinar, o mundo da regulação, que não é mais o da lei, estamos vivendo em uma sociedade que não é mais jurídica (Foucault, 2012d, p. 185). A antinomia, nessa sociedade, entre direito/ordem possibilita a racionalidade política moderna, que é a de individualizar e totalizar (Foucault, 2006m, p. 317). O direito, como sistema, por definição, ficou atrelado à ideia de ordem do Estado, o que tanto foi a aspiração dos utopistas do século XVII, quanto é a dos administradores do século XVIII, mas esse “sonho de conciliação do direito e da ordem” deve

“permanecer no estado de sonho” porque, quando se tenta concretizá-lo, o direito é sempre integrado à ordem do Estado (Foucault, 2006m, p. 317).

Diante dessa sociedade que surge no século XVIII, que “não obedecia às formas jurídicas e que não tinha por princípio fundamental a lei, mas, antes, o princípio da norma” (Foucault, 2012d, p. 185), Hunt e Wickham dizem que, por isso, o direito foi colonizado pelas disciplinas e expulso da modernidade. Os autores defendem que, em seus últimos textos, que se voltam para a autogovernança e as “técnicas do eu”, Foucault abandona o tratamento esquemático entre o direito pré-moderno e o direito moderno (Hunt; Wickham, 1994, pp. 54-55). O que define essa mudança de abordagem, prosseguem os autores, é a inclusão da sociedade como uma entidade sobre a qual se pode atuar, uma realidade complexa e independente com suas próprias leis (Hunt; Wickham, 1994, pp. 54-55). Nessa fase, “a expulsão anterior do direito da modernidade é significativamente alterada” e “sua concepção de direito se concentra na produção legislativa das legislaturas representativas” (Hunt; Wickham, 1994, pp. 54-55). Mesmo a partir do surgimento da governamentalidade, o direito teria reduzida importância em razão de a análise do poder de Foucault levar em conta estratégias e táticas. Segundo eles, a investigação adequada sobre o que seria uma governança do direito deveria exigir “o abandono da suposição da eficácia do direito pela jurisprudência, mas também requer a rejeição da presunção de fraqueza do direito de Foucault” (Hunt; Wickham, 1994, pp. 54-55).

Essa não é a opinião de Fonseca, que faz uma minuciosa análise das imagens do direito ao longo de grande parte da obra de Foucault, de acordo com sua relação com a norma, a partir de três perspectivas e dois planos: o teórico e o prático (2012, p. 29). Em uma primeira perspectiva e no plano teórico, verifica-se, em Foucault, uma relação de oposição entre normalização e direito. O plano teórico seria a investigação de Foucault em torno de uma concepção clássica de poder, formulada como repressão pela teoria da soberania, inadequada para explicar os campos de saber, tipos de normatividade e subjetividade (Fonseca, 2012, p. 29). Nesse plano teórico, a imagem do direito é o da legalidade. Isso não significa oposição entre normalização e direito no plano das práticas: pelo contrário, a relação seria de implicação. Temos aí uma segunda perspectiva e uma nova imagem do direito: “em vez de descrevê-lo como oposto à norma, [Foucault] procura mostrá-lo como veículo da normalização, como o envelope dessa mesma normalização, e ainda, como um dos instrumentos das disciplinas e das artes de governar” (Fonseca, 2012, p. 30). Aqui, a implicação entre normalização e direito compõe um direito normalizado-normalizador.

Fonseca estabelece, primeiro, que a normatividade da lei não se confunde com a normalização (2012, p. 145). Enquanto a normatividade da lei está relacionada a limites e interdições (o ‘dever-ser’), a normalização refere-se ao estabelecimento de medidas (ser). Para ele, embora Foucault não tenha por objetivo investigar o sentido de normatividade inerente à lei, este é mantido em Foucault, ainda que ele mencione que frequentemente lei e norma se encontram imbricadas nesse segundo desenho do direito. Nesse caso, seu interesse é analisar a normatividade da lei enquanto esta possa estar implicada com mecanismos de normalização. Então, já teríamos aí uma ampliação da própria forma da lei para além de um comando.

A terceira e última imagem também surge de uma oposição entre normalização e direito, mas que é diferente da primeira porque não remete a uma distinção conceitual e, sim, à possibilidade do direito como prática não normalizadora. “Estamos aqui diante da possibilidade de pensar o direito como forma de resistência aos mecanismos da normalização” (Fonseca, 2012, p. 30). Seria a imagem de um direito novo, que nos possibilitaria, pelas práticas, resistir a mecanismos de normalização. De fato, na obra *Em defesa da sociedade*, Foucault menciona um direito novo, que não é aquele baseado na soberania à qual sempre recorremos, para conseguirmos fazer oposição aos efeitos de saber e poder vinculados às disciplinas (2005, p. 47).

3.5 Reflexões sobre (e com) o direito: *parresía* e resistência

Os escritos de Foucault parecem dar razão à Fonseca, pelo menos quanto à possibilidade de existência de uma forma do direito que não é a da norma disciplinar. Quando Foucault analisa a relação entre direito e ordem, como características da racionalidade moderna, ele também diz que as teorias tentaram conciliar direito com a ordem. E também que o aparecimento da racionalidade política e das ciências sociais não podem ser isolados da tecnologia política, pela qual o homem torna-se objeto das ciências. Isso significa duas coisas: o direito não se identifica com uma ordem, mas é sempre usado pela tecnologia política como ordem. O direito que produz uma forma de jurisprudência clínica é o direito que está associado a uma ciência, a uma forma de conhecimento, mas ele pode ser vivido de outras formas. A outra coisa é que o direito, como ordem, é uma forma de subjetivar, que se articula com uma tecnologia de governo, que produz o cidadão e o sujeito de direito.

Mas Foucault reconheceu, por exemplo, o direito dos governados, que é um direito absoluto de levantar-se e dirigir-se àqueles que detêm o poder (2013g, p. 370). Mesmo os

direitos naturais, segundo Foucault, já tiveram esse papel de oposição ao governo, de não aceitar determinadas leis porque elas são injustas ou porque escondem uma ilegitimidade essencial sob o manto da imprescritibilidade e da universalidade (1990, p. 5).

Foucault reconheceu, ainda, vantagens concretas de se estender aos *gays* os mesmos direitos resultantes de um casamento entre heterossexuais (2006g, p. 121). No mesmo contexto, ponderou que não pode ser uma lei que, sob a justificativa de defesa de direitos, se opõe a determinados modos de vida. E o que é mais importante: ao invés de defender os direitos fundamentais dos indivíduos, tratava-se de “imaginar e criar um novo direito relacional que permitisse que todos os tipos possíveis de relações pudessem existir e não fossem impedidas, bloqueadas ou anuladas por instituições empobrecedoras do ponto de vista das relações” (Foucault, 2006g, p. 121). Relações que não passassem, necessariamente pela emergência de um grupo (Foucault, 2006g, p. 125). Um direito, portanto, relacional, mas sem ser necessariamente institucionalizado. A batalha pelo direito dos *gays* deve ser exatamente isso: uma batalha, e não um episódio final, diz Foucault. Nesse sentido, o direito pode ser instrumento (mas não instrumentalizado) e sem precisar se submeter a uma forma racionalizada. Esse sentido dos direitos se aproxima do sentido positivo simbólico dos direitos fundamentais, que Neves encontra, por exemplo, na luta pela democratização e na superação do autoritarismo (2024a).

Foucault vê a possibilidade de uma nova ética na articulação entre a luta política e o respeito aos direitos, e entre a reflexão crítica contra as técnicas abusivas de governo e a investigação ética que permite instituir a liberdade individual (2006i, p. 285). O pensamento político ficou preocupado com o sujeito de direitos e se esqueceu do sujeito ético (Foucault, 2006i, p. 279). A ética é apenas a forma refletida da liberdade, que é sua condição ontológica (2006i, p. 267). Isso significa que ela é prática: para Foucault, a ética é a prática da liberdade como cuidado de si, que se revela também como cuidado do outro. “O *êthos* também implica uma relação com os outros, já que o cuidado de si permite ocupar na cidade, na comunidade ou nas relações interindividuais o lugar conveniente – seja para exercer uma magistratura ou para manter relações de amizade” (Foucault, 2006i, p. 271). Esse é o sentido que lhe davam os gregos: a ética como prática da liberdade é relacional e, por isso política, dirá Foucault.

Foucault se voltará para a Grécia, novamente, investigando uma forma diferente de direito, que não é o direito como prática da verdade na forma do conhecimento. A *parresía* é o direito de dizer a verdade, o direito de fala franca. A obrigação de dizer a verdade é

frequentemente instrumentalizada pela concessão de liberdades públicas e é canalizada para a formação de cidadãos racionais. Em última instância, o uso da racionalidade iluminista servirá para legitimar o poder, que atuará de forma mais sutil, por meio das liberdades individuais. Mas ela também pode ser problematizada, e o exemplo que ele dá é o da *parresía* democrática, a arte de se expor pela fala no ambiente político grego.

Para Foucault, “[a] *parresía* é uma prática humana, é um direito humano, é um risco humano” (Foucault, 2018b, p. 143), que não depende de normatização e nem precisa ser analisada como ato de fala performativo. No texto de Íon, Foucault encontra três práticas do dizer-a-verdade: a primeira é a política ou política-estatutária, ligada ao “célebre privilégio estatutário” (Foucault, 2018b, p. 143). A segunda é a *parresía* judiciária, à qual o texto de Íon não dá esse nome, mas que é próprio dizer *parresía* judiciária, segundo Foucault, “porque está ligada a uma situação de injustiça” (Foucault, 2018b, p. 143). Mas “longe de ser o direito exercido pelo poderoso sobre seus concidadãos para guiá-los, é ao contrário o grito do impotente contra aquele que abusa da própria força” (Foucault, 2018b, p. 143). E, enfim, vê-se no texto uma terceira prática de dizer a verdade que será o que “poderíamos chamar de *parresía* moral: a que consiste em confessar a falta que pesa na consciência, e confessá-la a quem pode nos guiar e nos ajudar a sair do desespero ou do sentimento que temos da nossa própria falta” (Foucault, 2018, p. 144). A *parresía*, em todas as suas formas, é o fundamento da democracia e, inversamente, é preciso haver democracia para que haja *parresía* (Foucault, 2018b, p. 144). Ela diz respeito aos que se ocupam da cidade: muito mais do que um estatuto, está ligada a um combate, um conflito, tem uma estrutura agonística (Foucault, 2018b, p. 146).

Existe uma *parresía* que está ligada ao cidadão, a regras e estatutos que determinam as regras de fala, quem pode falar e quando: é a que se relaciona à isegoria e à democracia (Foucault, 2018b, pp. 171-173). Mas a *parresía*, em um contexto mais amplo, é a que se liga à liberdade de fala, a coragem de se expor, não importando quais as consequências (Foucault, 2018b, p. 178). A *parresía*, também diz Foucault, é “a noção que está na encruzilhada da obrigação de dizer a verdade, dos procedimentos e técnicas de governamentalidade e da constituição da relação consigo” (Foucault, 2018b, p. 44). A prática da liberdade, como essa relação consigo, é exercida, diz Foucault, frente à sujeição (2006l, p. 291) e uma de suas formas é a *parresía*. Foucault insere a *parresía* (a fala livre) no contexto da governamentalidade, quando diz que “é possível exigir dos governos uma certa verdade em relação aos projetos

finais, às escolhas gerais de sua tática, a um certo número de pontos particulares de seu programa” (2006k, p. 292).

A *parresía* é uma das práticas de resistência, a oposição a formas de subjetivação. A resistência, como indicamos no capítulo anterior, é o exercício da liberdade pressuposto na relação de poder. Toda relação de poder, para Foucault, implica liberdade. “Certamente é preciso enfatizar também que só é possível haver relações de poder quando os sujeitos forem livres” (2006d, p. 276). Não existe liberdade se na relação uma das duas partes estiver completamente à disposição do outro, ou se for exercida sobre o outro uma relação de violência e ilimitada (2006d, p. 276). Por outro lado, mesmo que a relação com o outro ainda seja completamente desequilibrada, se ainda houver uma possibilidade de opor resistência ainda que seja fugir ou se matar, diz Foucault, há relação de poder (2006d, p. 277).

A liberdade de que fala Foucault, é a possibilidade de inclusão da dimensão ética na governamentalidade. Então, pode-se dizer que a resistência não é apenas negação de poder, mas uma produção de si como sujeito ético, um sujeito que cuida de si próprio e do outro. Ainda que não possamos “escapar” das relações de poder, podemos nos constituir como sujeitos éticos no nosso processo de autogoverno. Introduzir essa dimensão ética na governamentalidade significa, então, resistir a formas de subjetivação, que implica o exercício de um direito relacional e a possibilidade de dar outro sentido às normas jurídicas a partir da própria conduta. Foucault demonstrou esse envolvimento ético contra as prisões na França, expressando-se contra a pena de morte e integrando o *Group d’information sur les prisons* (GIP).

A resistência não é, no campo penal, a mudança da lei, a elaboração de mais leis ou a imposição de medidas via determinação judicial (Foucault, 2006f, p. 48). A resistência é da ordem da luta contra os próprios fatos do poder (Foucault, 2006f, p. 49). Se a lei foi colonizada pela biopolítica, talvez seja o caso de repensar a própria forma do direito e resgatar sua precariedade para se opor aos fatos do poder. Isso significa resgatar sua historicidade. “As lutas se inscrevem no interior de uma história imediata, que se aceita e se reconhece como perpetuamente aberta” (Foucault, 2006f, p. 50). Se a historicidade do direito está relacionada, no Ocidente, a problematizar a experiência do jurídico e se essa mesma história, da qual o Brasil faz parte, para o bem ou para o mal, como ex-colônia europeia, deu mostras de confiar ao direito, por meio da declaração dos direitos do homem, a tarefa da liberdade, que significado podemos dar à declaração do ECI em relação ao sistema penitenciário?

O STF declarou a falência do sistema carcerário. A falência é a morte, a experiência da finitude, que significa se abrir a uma nova forma do direito, uma que não apenas seja a concretização biopolítica de uma Constituição simbólica.

CONCLUSÃO

Esse trabalho de pesquisa tinha por objetivo responder à seguinte pergunta: por que, apesar de novas técnicas de jurisdição permitirem uma cada vez maior intervenção no campo penitenciário, o problema do superencarceramento permanece um problema não enfrentado? E como o STF pretendia enfrentar esse problema declarando o ECI? Formulamos a hipótese de que o ECI não fazia parte de nenhuma realidade dada, mas que era efeito e resultado de um regime de poder. A jurisprudência do ECI, como formulamos, é bastante ilustrativa de funcionamento do constitucionalismo no Brasil.

Iniciamos o trabalho, no primeiro capítulo, desconstruindo alguns argumentos usados pelo STF no campo penitenciário abrigados sob o paradigma do Estado de direito constitucional, em que o princípio da dignidade humana seria central. Incluir as intervenções no campo penitenciário entre as discussões desencadeadas para concretizar direitos sociais, por meio de políticas públicas, foi o ponto de partida adotado para sinalizar a mudança desse modelo. A própria doutrina norte-americana que trata dos *prision reform cases*, citada por alguns julgados do STF, constatavam que estávamos diante de um Estado administrativo.

O volume de leis e sua ineficácia nos aproximou do argumento de Neves de que, na verdade, estamos diante de um quadro de constitucionalização simbólica. Aliás, a profusão de leis que não tem eficácia normativo-jurídica é típico desse quadro em que o sistema jurídico – cuja constituição depende de estar cognitivamente aberto à complexidade do ambiente e operativamente fechado – tem autonomia apenas formal. Sob a constitucionalização simbólica, a concretização da Constituição, que envolve “aplicação” do direito pelas cortes Constitucionais, só pode ter caráter desjuridificante. Com as reflexões de Neves, pudemos nos aproximar de uma forma de jurisdição que está relacionada à constitucionalização simbólica.

Descrito o problema, apresentamos a analítica de governo, considerando que os efeitos da intervenção do Poder Judiciário no campo penitenciário, revelados especialmente no ECI, estão em evidente dissonância com as teorias jurídico-políticas que o embasam. Através do

ECI, pudemos reapresentar a pergunta sobre o “como”: como o STF pretendia enfrentar o problema do superencarceramento declarando o ECI? Delineando o quadro e o problema, também vislumbramos que a declaração do ECI é possível em um cenário de intensa intervenção do Poder Judiciário no “campo social”, que é um argumento que acompanha nossa pesquisa.

A genealogia do Estado governamentalizado apresentada no segundo capítulo cria condições para pensar formas distintas de organização do Estado e do direito, por meio de uma realidade compósita que vem sendo criada e recriada desde o século XVIII no intuito único e tautológico de manter uma certa racionalidade política. Mesmo que a analítica de governo não tenha intenção prescritiva, é possível, a partir da genealogia do Estado governamentalizado, afastar o modelo posto ou, pelo menos, dar ao Estado de direito uma dimensão menos abrangente do que o discurso simbólico-político pode fazer parecer como verdadeira.

O problema do poder oscila, nas teorias do Estado e filosófico-jurídicas, entre coerção e consenso. Para fazer justiça a Habermas – que mencionamos no segundo capítulo como um tipo de pensamento ao qual Foucault irá se opor –, deve-se dizer que sua teoria filosófico-jurídica, alinhou ao consenso, a racionalidade comunicativa, elaborando uma reconstrução pragmática do Estado de direito que, no entanto, tem pressupostos muito exigentes. A moralidade procedimental, por meio das quais os princípios da solidariedade e justiça orientam os processos políticos, transforma-se em um pressuposto da ética discursiva quando Habermas os reconhece apenas para sociedades em um nível de desenvolvimento moral pós-convencional. Sua proposta enfrenta dificuldades empíricas porque o poder comunicativo, resgatado de um mundo da vida não tocado pelos sistemas econômico e administrativo, é um poder domesticado em torno da verdade como ideal normativo. O mundo da vida não racionalizado é aquele em que se encontram em operação relações de exclusão, relações estratégicas e de dominação, as quais são precisamente o que as reflexões sobre o poder capilar de Foucault põe em evidência.

O poder relacional de Foucault, como abordamos no segundo capítulo, é produtivo: produz subjetividades e é um poder cuja operacionalidade permite hierarquizar, classificar e promover exclusões, mas de forma cega. A formação do sujeito disciplinado e do sujeito que internaliza normas sobre o eu, é a preparação que introduzimos no segundo capítulo para tratar da dimensão da subjetividade, a conduta do eu, do autogoverno, como a possibilidade de que ela seja integrada a programas de governo. A genealogia de uma arte de governar é a reintrodução do problema do poder como condução das condutas que tem como antecedente o

pastorado cristão. O pastorado cristão é a forma como Foucault sinaliza o problema que será o da racionalidade política moderna: o de individualizar e totalizar.

A genealogia de uma arte de governar distinta da soberania, uma forma de conduzir condutas, que se distingue do pastorado, parte da sociedade, que é a esfera em que se encontram as relações de poder. Foucault analisa as artes de governar, que vão se tornando cada vez mais governamentalizadas, ou seja, calculadas, refletidas, racionalizadas a partir do surgimento da população. Essa arte de governar, frente ao pastorado cristão, já indica um problema para a análise do Estado Ocidental moderno que se apresentam como herdeiros da tradição grega, resgatada pelo Iluminismo. Não se trata apenas de uma preocupação teórica. Essa contradição pode ser encontrada, hoje, como a nas sociedades demoníacas que o Estado toma para governar, de que fala Foucault, divididas entre a ideia de uma cidadania restrita, em que a *euvergesia* era voltada à comunidade política e a solidariedade ampla do pastorado cristão, que tinha por objetivo a expansão, mas que destrói o eu. Essa articulação, em sociedades periféricas, com um passado colonial, pode ser vista particularmente de forma interessante se considerarmos também o exercício de uma soberania esvaziada dos direitos humanos.

A população, tornada visível pela estatística e pelas ciências sociais, cuja subsistência é problematizada pelos fisiocratas, é responsável pelo descongelamento de uma arte de governar, que é distinta das práticas da soberania. Aos poucos, a própria população e seus processos vão se tornando mais intransparentes ao governo e a sociedade civil, como domínio de práticas e relações de poder transformadas em objeto das ciências sociais (da mesma forma que os indivíduos), se converte em domínio de intervenção da governamentalidade liberal. Isso não significa que ela seja a única esfera de um governo centralizado e unitário, mas que será uma tecnologia muito importante da governamentalidade liberal. A governamentalidade liberal, ora opondo Estado e sociedade civil, ora alinhando os interesses de ambos, busca compor um equilíbrio com as exigências biopolíticas de atendimento à vida. Os direitos fundamentais são a oposição externa aos limites da governamentalidade liberal. Diferentemente da governamentalidade liberal, a neoliberal deverá respeitar o mercado, que ditará os processos pelos quais a população e a sociedade civil serão governadas. A proliferação de intervenções biopolíticas ao nível da população e tendo em vista o equilíbrio da sociedade é resultado dessa governamentalidade neoliberal.

Esse é o contexto em que incluímos o ECI como uma das capilaridades do exercício do poder na governamentalidade: um contexto em que os tribunais são cada vez mais convocados

a atender a esses imperativos biopolíticos da população. Enquanto isso, a ideia de soberania popular, de uma soberania que atende aos direitos dos cidadãos (ou os interesses dos indivíduos) é instrumentalizada pela governamentalidade liberal/neoliberal como tecnologia de subjetivação/sujeição. Foucault argumenta que, mesmo com a ascensão da governamentalidade, a soberania não desaparece. As relações de poder permanecem confinadas à soberania e à disciplina, e é possível retratá-las apenas postando-as como os vértices de um triângulo. Especialmente no caso das teorias sobre o crime e a punição, não há algo como a história ou o jurídico que transformam soberania em disciplina ou disciplina em uma forma impessoal de controle.

A articulação entre essas formas de governo, que se tornaram cada vez mais racionalizadas, compõem o ECI como um quadro não apenas jurisprudencial, mas em que as relações de verdade estabelecidas pelo Poder Judiciário estão entre as mais importantes formas desse regime de poder. Apresentamos, no terceiro capítulo, o Poder Judiciário como a instituição do Estado governamentalizado sob cuja caução se desdobram essas várias relações de poder. Relações de poder que recompõem uma soberania esvaziada dos direitos fundamentais, a biopolítica e as disciplinas, assim como o governo, em um processo de racionalização que gera a exclusão. Um processo de racionalização em que o Poder Judiciário age por meio de processos, intervindo sobre a população, mas também por meio de subjetivações.

As relações de poder, portanto, foram analisadas entre aqueles três vértices sobre os quais fala Foucault: em que, apesar de o governo prevalecer, postam-se nos outros vértices do triângulo, as disciplinas e a soberania. A declaração do ECI, conforme nossa análise, não pode enfrentar o problema do superencarceramento porque é uma operacionalização do dispositivo de segurança de que fala Foucault. O direito é instrumental a essa governamentalidade que o associa a ideia de ordem. A normatividade que ele produz é diferente da normativo-jurídica. Mas isso não significa que ele tenha essa forma rígida e imutável. A genealogia do Estado governamentalizado apresentada e que ora retomamos em linhas gerais, abre a possibilidade de pensar formas distintas de organização do Estado, como uma realidade compósita que vem sendo criada e recriada desde o século XVIII no intuito tautológico de se conservar. Conservação que se dá através da utilização de saberes específicos e dispositivos técnicos para alcançar seus objetivos, visando a conduta das condutas.

Nesse sentido, a análise do governo é uma ferramenta útil também para criticar a forma assumida pelo direito como ordem. Um direito que se volta para o sujeito de direitos, para a constituição de subjetividades cidadãs, operacionalizado pela norma. Foucault, em seus escritos finais, em que incluem a ética, menciona um direito relacional e ético e também escreve sobre a possibilidade de seu uso contra mecanismos de subjetivação. Trata-se de uma possibilidade de viver o direito de forma diferente daquela em que vivemos em nossa sociedade periférica.

A possibilidade de experimentar o direito de vivê-lo de outra forma nos aproxima também da possibilidade de refletir sobre os mecanismos de punição de nossa sociedade periférica, que se voltam para a antropolítica. Aliás, antes de refletir sobre os mecanismos de punição, deve-se repensar a própria arte de punir, diz Foucault.

Nos limites dessa pesquisa e considerando a definição de resistência de Foucault, a conclusão geral pode ser no sentido de que essa tese talvez seja uma forma de opor resistência a governamentalidade biopolítica excludente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Forense Universitária, 1989.

ALIGUIERI, Dante. **A divina comédia**: inferno. Tradução de Italo Eugenio Mario. 5. ed. São Paulo: Editora 34, 2019.

ARIZA, Libardo José; TAMAYO ARBOLEDA, Fernando León. El cuerpo de los condenados. Cárcel y violencia en América Latina. **Revista de Estudios Sociales**, [S. l.], v. 1, n. 73, pp. 83-95, 2020. DOI: 10.7440/res73.2020.07. Disponível em: <https://revistas.uniandes.edu.co/index.php/res/article/view/6142>. Acesso em: 16 mai. 2025.

AUDI, Robert (Org.). **Dicionário de Oxford**. Tradução: João Paixão Neto *et al.* São Paulo: Paulus, 2006.

BARRON, Anne. Legal discourse and the colonization of the self. In: CARTY, Anthony (Ed.). **Post-modern law**: enlightenment, revolution and the death of man. S.L.: Edinburgh University Press, 1990. p. 107-125.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Fundação Getúlio Vargas], v. 240, p. 1, 21 jan. 2015. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 maio 2025.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de Outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 08 maio 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei n. 1657, de 1983**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1983. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=194701>. Acesso em: 13 mai. 2025

BRASIL. **Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 13 mai. 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 dez. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 13 mai. 2025.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. (Comp.). **Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a situação do sistema penitenciário brasileiro:** relatório final. Diário do Congresso Nacional, seção 1, n. 57 (Suplemento). Brasília, 19 abr. 1994. CD-ROM.

BRASIL. **Lei Complementar 94, de 19 de fevereiro de 1998:** Autoriza o Poder Executivo a criar a Região Integrada de Desenvolvimento do Distrito Federal e Entorno - RIDE e instituir o Programa Especial de Desenvolvimento do Entorno do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp94.htm. Acesso em: 08 maio 2025.

BRASIL. **Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, Presidência da República, 1999a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 09 dez. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF, Presidência da República, 1999b. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9882&ano=1999&ato=308MzaE9keNpWT573>. Acesso em: 9 dez. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.546, de 2001.** Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 17 out. 2001. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=35341>. Acesso em: 13 mai. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45.** Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 04 maio 2004a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 13 mai. 2025.

BRASIL. **Decreto n.º 5.289, de 29 de novembro de 2004.** Disciplina a organização e o funcionamento da administração pública federal, para desenvolvimento do programa de cooperação federativa denominado Força Nacional de Segurança Pública, e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 2004b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5289.htm. Acesso em: 13 mai. 2025.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45,** de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e

130-A, e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 2004c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 13 mai. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **Relatório sobre tortura no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/relatorio_cdhcf_tortura_br_2005.pdf. Acesso em: 13 mai. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006**. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, DF, Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm. Acesso em: 13 maio 2025.

BRASIL. **Decreto nº 6.085/2007, de 18 de abril de 2007**. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002. Brasília, DF, Presidência da República, 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm. Acesso em: 13 mai. 2025.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. (Comp.). **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Edições Câmara, 2009a. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 12.106, de 2 de dezembro de 2009**. Cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 2009b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12106.htm. Acesso em: 13 mai. 2025.

BRASIL. **Lei nº 12.847, de 2 de agosto de 2013**. Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12847.htm. Acesso em: 13 mai. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 566.471**. Tema 277 da Repercussão Geral. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 13 de novembro de 2014. Diário de Justiça Eletrônico: Brasília, 11 fev. 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2563761>. Acesso em: 13 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º RE 855.178**. Tema 793 da Repercussão Geral. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 06 de março de 2015. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, 13 mar. 2015a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 13 mai. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil Brasília, DF, Presidência da República, 2015b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 09 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581.** Tema 220. Repercussão Geral. Recurso do MPE contra acórdão do TJRS. Reforma de sentença que determinava a execução de obras na Casa do Albergado de Uruguaiana. Alegada Ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes e desbordamento dos limites da reserva do possível. Inocorrência. Decisão que considerou direitos constitucionais de presos meras normas programáticas. Inadmissibilidade. Preceitos que têm eficácia plena e aplicabilidade imediata. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 13 de agosto de 2015. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, 26 ago. 2015c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308563123&ext=.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição inicial da Arguição de descumprimento de preceito fundamental 347.** Autor: PSOL. Brasília, 27 maio 2015d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 24 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, Medida Cautelar.** Autor: PSOL. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 9 de setembro de 2015. Brasília: Diário da Justiça Eletrônico, 14 set. 2015e. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20347%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 4 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 641.320.** Tema 423 da Repercussão Geral. Constitucional. Direito Penal. Execução Penal. Repercussão Geral. Cumprimento da Pena. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 de maio de 2016. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, 1 ago. 2016a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310034651&ext=.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n.º 841.526.** Tema 592. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Responsabilidade Civil do Estado Por Morte de Detento. Artigos 5º, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição Federal. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 30 de março de 2016b. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, 1 ago. 2016b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310025651&ext=.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. (comp.). **Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro:** relatório

final. Brasília: Edições Câmara, 2017a. Disponível em:
<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/31899>. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. **Portaria nº 93/2017 do Ministro da Justiça**, de 23 de janeiro de 2017. Dispõe sobre a formação da Força-tarefa de Intervenção Penitenciária no âmbito da Força Nacional de Segurança Pública. Distrito Federal, 25 jan. 2017. Seção 1, p. 28. 2017b. Disponível em:
<https://dspace.mj.gov.br/handle/1/1249>. Acesso em: 13 mai. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Grupo Especial de Monitoramento e Fiscalização**. Distrito Federal, Portaria CNJ nº 13 de 06 de março de 2017c. Disponível em:
<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/09/df01478fd5c137606194a895cadd6dc7.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 580.252**. Tema 365. Recurso Extraordinário Representativo da Controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade Civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. Recorrido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2017. Diário de Justiça Eletrônico: Brasília, 11 set. 2017d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692053&ext=.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Comitê de Prevenção e Combate à Tortura. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (comp.). **Relatório de monitoramento de recomendações**: massacres prisionais dos estados do Amazonas do Rio Grande do Norte e de Roraima. Brasília: 2018. Disponível em: <https://mnpctbrasil.wordpress.com/relatorios/> Acesso em: 14 mai. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 657.718**. Tema 500 da Repercussão Geral. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 22 de maio de 2019. Diário de Justiça Eletrônico: Brasília, 04 jun. 2019. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=256507>. Acesso em: 13 mai. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 566.471**. Tema 6 da Repercussão Geral. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 11 de março de 2020. Diário de Justiça Eletrônico: Brasília, 17 mar. 2020. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=256507>. Acesso em: 13 mai. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 523**. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 8 de fevereiro de 2021. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DF, 17 fev. 2021a. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5485462>. Acesso em: 13 maio 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Informe sobre as medidas provisórias adotadas em relação ao Brasil**. 2021b. Disponível em:
<https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/484>. Acesso em: 14 mai. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5170**. Relatório e Voto da Ministra Rosa Weber. Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 02 de

2023. Diário de Justiça Eletrônico: Brasília, 11 out. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4655662>. Acesso em: 13 mai. 2025.

CALDEIRA, César. Caso do Carandiru: um estudo sócio jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, IBCCrim, São Paulo, n. 29, jan./mar., n. 30 abr./jun. 2000. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/documentos/doc-01-10-2021-16-29-02-457047.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. 376 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.bdtd.uerj.br/handle/1/9555>. Acesso em: 2 abr. 2023.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2007. p. 9-14.

CARNEIRO, W. A. Crise e escassez no Estado social: da constitucionalização à judicialização simbólicas. In: MORAIS, J. L. B. de; COPETTI NETO, A. (Org.). **Estado e Constituição**: estado social e poder econômico face a crise global. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. v. 1. p. 200-220.

CARNEIRO, W. A. A cidadania tutelada e a tutela da cidadania: o deslocamento da função simbólica da constituição para a tutela jurisdicional. In: SOUZA, W. A.; CARNEIRO, W. A.; HIRSCH, F. P. de A. (Org.). **Acesso à justiça, cidadania, direitos humanos e desigualdade econômica**: uma abordagem multidisciplinar. Salvador: Dois de Julho, 2013. p. 131-152.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, 1997.

CASTRO, Marcus Faro de. **Formas jurídicas e mudança social**: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

CHEVALIER, Phillipe. Michel Foucault and the question of right. Translated by Colin Gordon. In: GOLDER, Ben (Ed.). **Re-reading Foucault**: on law, power and rights. New York: Routledge, 2013. p. 171-187.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COMISSÃO JUSTIÇA E PAZ DA ARQUIDIOCESE DE PORTO VELHO; JUSTIÇA GLOBAL (Brasil). **Presídio Urso Branco**: a institucionalização da barbárie 2007. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/71671>. Acesso em: 14 mai. 2025.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS; JUSTIÇA GLOBAL, OAB/MA, SMDBH (Brasil). **Violação continuada**: dois anos da crise em pedrinhas. [2016?]. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/violacao-continuada-dois-anos-da-crise-em-pedrinhas/>. Acesso em: 14 mai. 2025.

COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao direito**: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** – O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais *SSRN*, Abril 2014. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2509541>.

CRUIKSHANK, Barbara. **The will to empower**: democratic citizens and other subjects. [s.l.]: Cornell University Press, 1999.

DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: a suprema corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**, Fundação Getulio Vargas, v. 252, p. 25, 5 abr. 2009. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v252.2009.7954>.

DAUDELIN, Jean; RATTON, José Luiz. Citizenship regimes in Brazilian prisons: hybrid, unjust and weak. **European Review of Latin American and Caribbean Studies**, [S.L], n. 116, p. 125-144, 14 dez. 2023. CEDL – Centro de Estudios y Documentacion. Disponível em: <https://doi.org/10.32992/erlacs.11118>. Acesso aos 22 maio de 2025.

DE GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o estado de ilegalidade difusa. **Revista Direito e Práxis**, FapUNIFESP, v. 9, n. 1, pp. 480-503, mar. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2018/32819>.

DEAN, Mitchell. A genealogy of the government of poverty. **Economy and Society**, v. 21, n. 3, ago. 1992. p. 215-251

DEAN, Mitchell. Normalising democracy: Foucault and Habermas on democracy, liberalism and law. In: ASHENDEN, Samantha; OWEN, David. **Foucault contra Habermas**: recasting the dialogue between genealogy and critical theory. [s.l.]: Sage Publications, 1999. p. 166-194.

DEAN, Mitchell. Demonic societies: liberalism, biopolitics, and sovereignty. In: HANSEN, Thomas Blom; STEPPUTAT, Finn (Ed.). **States of imagination**: ethnographic explorations of the postcolonial state. [s.l.]: Duke University Press, 2001. p. 41-64.

DEAN, Mitchell. **Governmentality**: power and rule in modern society. 2. ed. Thousand Oaks, California: Sage Publications Asia-Pacific Pte Ltd, 2010. E-book.

DEAN, Mitchell. The concept of authoritarian governmentality today. **Global Society**, p. 1-20, 10 jun. 2024. <https://doi.org/10.1080/13600826.2024.2362739>.

DEFERT, Daniel. Situação do curso. In: FOUCAULT, Michel. **Aulas sobre a vontade de saber**: curso no Collège de France (1970-1971). Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2018. p. 241-262.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Tradução de Cláudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 2019.

DHESCA BRASIL. **Relatório da missão emergencial sobre genocídio negro e racismo nas unidades prisionais e Ruc's de Altamira (PA)**. São Paulo: Plataforma Brasileira de Direitos Humanos, 2020. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.plataformadh.org.br/wp->

content/uploads/2020/04/Relatorio_GenocidioNegroRacismoUnidadesPrisionaisRUCAltamir
a_2020-1.pdf. Acesso em: 13 mai. 2025.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DOURADO JÚNIOR, Adahilton. **A vitória da vida sobre a política: a relação entre necessidade, trabalho e totalitarismo no pensamento de Hannah Arendt**. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. **Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Tradução Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

EWALD, François. Foucault, um pensamento sem compromissos. *In*: MIRANDA, José. (Coord.). **Foucault, a norma e o direito**. Tradução António Fernando Cascais. Lisboa: Vega, 1993a. p. 9-18.

EWALD, François. Anatomia e corpos políticos. *In*: MIRANDA, José. (Coord.). **Foucault, a norma e o direito**. Tradução António Fernando Cascais. Lisboa: Vega, 1993b. p. 19-58.

EWALD, François. Para um positivismo crítico: Michel Foucault e a filosofia do direito. *In*: MIRANDA, José. (Coord.). **Foucault, a norma e o direito**. Tradução António Fernando Cascais. Lisboa: Vega, 1993c. p. 59-73.

EWALD, François. Foucault e a norma. *In*: MIRANDA, José. (Coord.). **Foucault, a norma e o direito**. Tradução António Fernando Cascais. Lisboa: Vega, 1993d. p. 77-128.

EWALD, François. Direito e história. *In*: MIRANDA, José. (Coord.). **Foucault, a norma e o direito**. Trad. António Fernando Cascais. Lisboa: Vega, 1993e. p. 155-165.

EWALD, François. O direito do direito. *In*: MIRANDA, José. (Coord.). **Foucault, a norma e o direito**. Trad. António Fernando Cascais. Lisboa: Vega, 1993f. p. 209-226.

FEELEY; Malcom; RUBIN, Edward. **Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

FONSECA, Márcio. **Michel Foucault e o direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. O que é a crítica? Crítica e Aufklärung. Tradução Gabriela Lafetá Borges. Rev.: Wanderson Flor do Nascimento. **Bulletin de La Société Française de Philosophie**, [s. l.], v. 82, n. 2, pp. 35-63, abr/jun. 1990. Disponível em: <https://michel-foucault.weebly.com/uploads/1/3/2/1/13213792/critica.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2025.

FOUCAULT, Michel. Questions of method. *In*: BURCHELL, Graham; GORDON, Colin; MILLER, Peter (Ed.). **Foucault effect: studies in governmentality**. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p. 73-86.

FOUCAULT, Michel. *Theatrum Philosophicum* (1970). In: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos II**: arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento. Tradução Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000a. p. 230-254.

FOUCAULT, Michel. Estruturalismo e pós-estruturalismo (1983). In: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos II**: arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento. Tradução Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000b. p. 307-334.

FOUCAULT, Michel. O que são as luzes? (1984). In: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos II**: arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento. Tradução Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000c. p. 305-334.

FOUCAULT, Michel. A vida: a experiência e a ciência (1988). In: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos II**: arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento. Tradução Elisa Monteiro, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000d. p. 352-366.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**: curso no Collège de France (1974-1975). Tradução Eduardo Brandão São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOUCAULT, Michel. La redéfinition du judiciaire: résumé intervention au séminaire du syndicat de la magistrature, 1977. **Vacarme**, [s.l.], v. 4, n. 29, pp. 54-57, 1 out. 2004.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. A vida dos homens infames (1977). In: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos IV**: estratégia, poder-saber. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006a. p. 203-222.

FOUCAULT, Michel. Poder e saber (1977). In: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos IV**: estratégia, poder-saber. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006b. p. 223-240.

FOUCAULT, Michel. Poderes e estratégias (1977). In: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos IV**: estratégia, poder-saber. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006c. p. 241-252.

FOUCAULT, Michel. Precisões sobre o poder: respostas a certas críticas (1978). In: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos IV**: estratégia, poder-saber. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006d. p. 270-280.

FOUCAULT, Michel. *Omnes et singulatim*: uma crítica da razão política (1981). In: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos IV**: estratégia, poder-saber. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006e. p. 355-385.

FOUCAULT, Michel. A filosofia analítica da política (1978). In: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos V**: ética, sexualidade, política. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006f. p. 37-55.

FOUCAULT, Michel. O triunfo social do prazer sexual: uma conversação com Michel Foucault (1982). In: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos V**: ética, sexualidade, política. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006g. p. 119-125.

FOUCAULT, Michel. Um sistema finito diante de um questionamento infinito (1983). In: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos V**: ética, sexualidade, política. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006h. p. 126-143

FOUCAULT, Michel. A ética do cuidado de si como prática da liberdade (1984). In: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos V**: ética, sexualidade, política. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006i. p. 264-287.

FOUCAULT, Michel. O uso dos prazeres e as técnicas de si (1983). In: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos V**: ética, sexualidade, política. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006j. p. 192-217.

FOUCAULT, Michel. Polêmica, política e problematizações (1984). In: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos V**: ética, sexualidade, política. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006k. p. 225-233.

FOUCAULT, Michel. Uma estética da existência (1984). In: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos V**: ética, sexualidade, política. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006l. p. 288-293.

FOUCAULT, Michel. A tecnologia política dos indivíduos (1988). In: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos V**: ética, sexualidade, política. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006m. p. 301-318.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Claudia Berliner.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FOUCAULT, Michel. Nietzsche, a genealogia e a história (1971). In: **Microfísica do poder**. São Paulo: Edições Graal, 2010a. p. 15-37.

FOUCAULT, Michel. Os intelectuais e o poder (1972). In: **Microfísica do poder**. São Paulo: Edições Graal, 2010b. p. 69-78.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 2010c.

FOUCAULT, Michel. Verdade e poder (1977). In: **Microfísica do poder**. São Paulo: Edições Graal, 2010d. p. 1-14.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Edições Graal, 2010e.

FOUCAULT, Michel. Sobre a história da sexualidade. *In: Microfísica do poder*. São Paulo: Edições Graal, 2010f. p. 243-276.

FOUCAULT, Michel. Não ao sexo do rei (1977). *In: Microfísica do poder*. São Paulo: Edições Graal, 2010g. p. 229-241.

FOUCAULT, Michel. A governamentalidade (1978). *In: Microfísica do poder*. São Paulo: Edições Graal, 2010h. p. 277-293.

FOUCAULT, Michel. O suplício da verdade (1977). *In: Ditos e escritos VIII: segurança, penalidade, prisão*. Organização e seleção de textos: Manoel Barros da Motta. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012a. p. 93-94.

FOUCAULT, Michel. Maneiras de justiça (1979). *In: Ditos e escritos VIII: segurança, penalidade, prisão*. Organização e seleção de textos: Manoel Barros da Motta. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012b. p. 128-132.

FOUCAULT, Michel. A estratégia do contorno (1979). *In: Ditos e escritos VIII: segurança, penalidade, prisão*. Organização e seleção de textos: Manoel Barros da Motta. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012c. p. 133-136.

FOUCAULT, Michel. As malhas do poder (1981). *In: Ditos e escritos VIII: segurança, penalidade, prisão*. Organização e seleção de textos: Manoel Barros da Motta. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012d. p. 168-188.

FOUCAULT, Michel. Espaço, saber, poder (1982). *In: Ditos e escritos VIII: segurança, penalidade, prisão*. Organização e seleção de textos: Manoel Barros da Motta. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012e. p. 206-222.

FOUCAULT, Michel. O que chamamos punir? (1984). *In: Ditos e escritos VIII: segurança, penalidade, prisão*. Organização e seleção de textos: Manoel Barros da Motta. Tradução Vera Lúcia Avellar Ribeiro Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012f. p. 280-291.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Conferências proferidas na PUC-Rio por Michel Foucault em 1973. Tradução Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013a.

FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder (1982). *In: DREYFUS, Hubert; RABINOW. Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Tradução de Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013b. p. 273-295.

FOUCAULT, Michel. Entrevista concedida a Dreyfus e Rabinow (1983). *In: DREYFUS, Hubert; RABINOW. Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Tradução Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013c. p. 296-327.

FOUCAULT, Michel. Michel Foucault: a segurança e o Estado (1977). *In*: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos VI**: repensar a política. Tradução Ana Lúcia Paranhos Pessoa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013d. p. 170-175.

FOUCAULT, Michel. Contra as penas de substituição (1981). *In*: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos VI**: repensar a política. Tradução Ana Lúcia Paranhos Pessoa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013e. p. 359-361.

FOUCAULT, Michel. Punir é a coisa mais difícil que há (1981). *In*: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos VI**: repensar a política. Tradução Ana Lúcia Paranhos Pessoa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013f. p. 362-364.

FOUCAULT, Michel. Os direitos do homem em face dos governos (1984). *In*: MOTTA, Manoel (Org.). **Ditos e escritos VI**: repensar a política. Tradução Ana Lúcia Paranhos Pessoa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013g. p. 369-370.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

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

FOUCAULT, Michel. **Aulas sobre a vontade de saber**: curso no Collège de France (1970-1971). Tradução Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2018a.

FOUCAULT, Michel. **O governo de si e dos outros**: curso no Collège de France (1982-1983). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Editora W. MF Martins Fontes, 2018b.

FRASER, Nancy. Foucault on modern power: empirical insights and normative confusions. **Praxis International**, vol. 1, nº 3, jan. 1981, p. 272-287.

GARAVITO, César Rodríguez. ¿Cuándo cesa el estado de cosas inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. *In*: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). **Más allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2010b. p. 434-492.

GARAVITO, César Rodríguez. Introducción: la superación del desplazamiento forzado en Colombia: seis años, seis preguntas. *In*: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). **Más allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2010a. p. 6-11.

GARAVITO, César Rodríguez. Toward a sociology of the global rule of law field: neoliberalism, neoconstitutionalism, and the contest over judicial reform in Latin America. *In*: DELAZAY, Yves; GARTH, Bryant G. (Ed.). **Lawyers and the rule of law in an era of globalization**. Oxford: Routledge, 2011. p. 156-182.

GARLAND, David. "Governmentality" and the problem of crime. **Theoretical Criminology**, SAGE Publications, v. 1, n. 2, pp. 173-214, maio 1997.
<http://dx.doi.org/10.1177/1362480697001002002>.

GORDON, Colin. Governmental rationality: an introduction. In: BURCHELL, Graham; GORDON, Colin; MILLER, Peter (Ed.). **The Foucault effect**: studies in governmentality. Chicago: The University of Chicago Press, 1991. p. 1-51.

GRUJIC, Vanja; PELIZ, Melissa. Symbolic jurisprudence: the unconstitutional state of affairs in relation to the Brazilian penitentiary system. **Latin American Human Rights Studies**, [s.l.], v. 2, 31 dez. 2022. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/lahrs/issue/view/2401>. Acesso em: 01 mai. 2025.

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Tradução Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

HABERMAS, Jürgen. O conceito de poder em Hannah Arendt. In: HABERMAS, Jürgen. Trad. Bárbara Freitag e Sérgio Rouanet. **Habermas**: sociologia. São Paulo: Ática, 1993, pp. 100-118.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Tradução Vamireh Chacon. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Ana Maria Bernardo *et al.* Lisboa: Dom Quixote, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms: an author's reflections. **Denver Law Review**, v. 76, n. 4, pp. 937-942, jan. 1999. Disponível em:
<https://digitalcommons.du.edu/dlr/vol76/iss4/5/>. Acesso em: 30 mar. 2025.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalização da ação e racionalização social. Tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF M. Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. Tradução Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Tradução Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Paideia, 1987.

HELLER, Kevin Jon. Power, subjectification and resistance in Foucault. **SubStance**, v. 25, n. 1, 1996, pp. 78-110. <https://doi.org/10.2307/3685230>.

HIGUÉRA, Libardo José Ariza; GÓMEZ, Mario Andrés Torres. Constitución y cárcel: la judicialización del mundo penitenciario en Colombia. **Revista Direito e Práxis**, FapUNIFESP, v. 10, n. 1, pp. 630-660, mar. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2019/39501>.

HUNT, Alan; WICKHAM, Gary. **Foucault and law**: towards a sociology of law as governance. Bolder, Colorado: Pluto Press, 1994.

KAHN, Tulio. **Além das grades**: radiografia e alternativas ao sistema penal. [s.l.]: Conjuntura, [2024?]. E-book.

KAPISZEWSKI, D. How courts work: institutions, culture, and the Brazilian Supremo Tribunal. In: COUSO, J., HUNEEUS, A, SIEDER, R. (Ed.) Cultures of legality: judicialization and political activism in Latina America. **Cambridge University Press**. pp. 51-77, 2010.

KEENAN, Thomas. The “paradox” of knowledge and power: Foucault on the bias. In: GOLDER, Ben; FITZPATRICK, Peter (Ed.). **Foucault and law**. [s.l.]: Routledge, 2010. pp. 759-822. E-book.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KENNEDY, Duncan. Three Globalizations of law and legal thought: 1850-2000. In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. **The new law and economic development**: a critical appraisal. [s.l.]: Cambridge University Press, 2006. p. 19-73.

KINDERMANN, Harald. Symbolische Gesetzgebung. In: GRIMM, Dieter; MAIHOFFER, Werner (Org.). **Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik** (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie). Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988. pp. 222-245.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441, out. 2004. <http://dx.doi.org/10.2307/3481421>.

KOERNER, A. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. In: **Dossiê: 25 anos da Constituição Federal**, Novos Estudos, CEBRAP, v. 96, Jul., 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002013000200006>.

LEMKE, Thomas. **Biopolítica**: críticas, debates e perspectivas. Tradução Eduardo Altheman Camargo Santos. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2018.

LEMKE, Thomas. **Foucault, governamentalidade e crítica**. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2017.

MACIEL, D.; KOERNER, A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, v. 57. 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452002000200006>.

MALDONADO, Daniel Bonilla. Introduction. **Constitutionalism of the global South**, Cambridge University Press, pp. 1-38, 18 abr. 2013. <http://dx.doi.org/10.1017/cbo9781139567114.001>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 34 ed. São Paulo, Malheiros, 2019.

MENDES, Gilmar. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Direito Público**, v. 5, n. 20, 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1421>. Acesso em: 29 mar. 2025.

MOTTA, Manoel. Apresentação. *In*: **Ditos e escritos II**: arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento. Organização e seleção de textos: Manoel Barros da Motta. Tradução Elisa Monteiro Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. I-XXIII.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e de Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 3. ed. São Paulo: Editora Wmf Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. **Constituição simbólica e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica a uma interpretação do caso brasileiro. Tradução Antônio Luz Costa. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2018a.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora Wmf Martins Fontes, 2018b.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *In*: MOITA, Edvaldo (Org.). **A cidadania inexistente**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2022a. cap. 1. p. 1-39.

NEVES, Marcelo. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. *In*: MOITA, Edvaldo (Org.). **A cidadania inexistente**: textos escolhidos de Marcelo Neves. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2022b. Cap. 3. p. 65-82.

NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do direito. *In*: MOITA, Edvaldo (Org.). **A cidadania inexistente**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2022c. cap. 7. p. 233-264.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *In*: MOITA, Edvaldo (Org.). **A força simbólica dos direitos humanos**: textos escolhidos de Marcelo Neves. São Paulo: Editora Wmf Martins Fontes, 2024a. cap. 1. p. 1-55.

NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade e modernidade na periférica e suas implicações na América Latina. *In*: MOITA, Edvaldo (org.). **A força simbólica dos direitos humanos**: textos escolhidos de Marcelo Neves. São Paulo: Editora Wmf Martins Fontes, 2024b. Cap. 2. p. 57-106.

NEVES, Marcelo. Estado democrático de direito e discriminação positiva. *In*: MOITA, Edvaldo (org.). **A força simbólica dos direitos humanos**: textos escolhidos de Marcelo Neves. São Paulo: Editora Wmf Martins Fontes, 2024c. Cap. 3. p. 107-138.

NEVES, Marcelo. A concepção de Estado de Direito e sua vigência prática na América do Sul, com especial referência à força normativa de um direito supranacional. *In*: MOITA, Edvaldo (org.). **A força simbólica dos direitos humanos**: textos escolhidos de Marcelo Neves. São Paulo: Editora Wmf Martins Fontes, 2024d. Cap. 5. p. 161-198.

POGREBINSCHI, T. **Judicialização ou representação? política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011.

PRADO, Carlos. **Starting with Foucault**: an introduction to genealogy. 2. ed. Boulder, Colorado (EUA): Westview Press, 2000.

REZENDE, Fernando. Federalismo e gestão pública. *In*: NEGRI, João Alberto de; ARAÚJO, Bruno César; BACELETTE, Ricardo (Org.). **Desafios da nação**: artigos de apoio. Brasília: Ipea, 2018. Cap. 6. pp. 203-228.

RIBEIRO, L.; ARGUELHES, D. Contextos de judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. **Revista de Direito GV**, v. 15, n. 2, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80277>. Acesso em: 05 Jul. 2022.

RICHARDS, Mark; KRITZER, Herbert. Jurisprudential regimes in Supreme Court Decision Making. **The American Political Science Review**, v. 96, n. 2, pp. 305-20, 2002. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3118027>. Acesso em: 30 mar. 2025.

RODLEY, Nigel S. Torture and conditions of detention in Latin America. *In*: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Ed.). **The (un)rule of law and the underprivileged in Latin America**. [s.l.]: Unibersity of Notre Dame Press, 1999. cap. 2, p. 25-41.

ROUSE, Joseph. Power/knowledge. *In*: GUTTING, G. (Ed.) **The Cambridge Companion to Foucault**. [s.l.]: Cambridge University Press, 2005. p. 95-122.

SANTORO, Raquel Botelho. **Jurisprudência simbólica no âmbito do supremo tribunal federal**. 2017. 201 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução Tito Lívio Cruz. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SENEILLART, Michel. Situação dos cursos. *In*: FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. pp. 495-538.

SEPÚLVEDA, Magdalena. Part two. Select National Jurisdictions: Colombia. In: LANGFORD, Malcolm (Ed.). **Social rights jurisprudence**: emerging trends in international and comparative law. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 144-162.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

TADROS, Victor. Between governance and discipline: the law and Michel Foucault. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 18, n. 1, 1998, pp. 75-103. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/764723>. Acesso em: 31 mar. 2025.

TAYLOR, M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. Dados - **Revista de Ciências Sociais**, v. 50, n. 2, 2007. p. 229-257

TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. Introduction: the third moment in law and development theory and the emergence of a new critical practice. In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. **The new law and economic development**: a critical appraisal. [s.l.]: Cambridge University Press, 2006. p. 1-18.

UNITED NATIONS. Comissão on Human Rights. **Report of the Special Rapporteur, Nigel Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2000/43**. Geneva: United Nations Digital Library, 2001. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/437371?v=pdf#record-files-collapse-header>. Acesso em: 13 mai. 2021.

VALLINDER, Torbjörn. The judicialization of politics: a world-wide phenomenon. **International Political Science Review**, v. 15, n. 2, pp. 91-99, abr. 1994. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1601557>. Acesso em: 6 mar. 2023.

KLINK, Bart van. Symbolic legislation: an essentially political concept. In: VAN KLINK, Bart; VAN BEERS, Britta; POORT, Lonneke (Ed.). **Symbolic legislation theory and developments in biolaw**. [s.l.]: Springer, 2016. cap. 2. p. 19-35.

VEYNE, P. **Foucault**: seu pensamento, sua pessoa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, pp. 539-568, dez. 2008. <http://dx.doi.org/10.1590/s1808-24322008000200009>.

WEBER, Max. **Conceitos sociológicos fundamentais**. Tradução Artur Morão. Covilhã: Lusosofia: Press, 2010. Trad. Artur Morão.

WOLKMER, Antonio Carlos. História do direito no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WORLD PRISON BRIEF (WPF). **Highest to lowest** – Prison population total. London: WPB, [s.d.]. Disponível em: http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total/trackback?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em: 1 set. 2022.

