

Estado, Sociedade e Indivíduos: as dimensões do poder punitivo¹

State, Society, and Individuals: the dimensions of punitive power

Eliomar da Silva Pereira ²

Resumo

Considera-se o poder punitivo como algo que concerne ao Estado, sem levar muito em conta a sociedade nem os indivíduos: quem de fato o exerce? O objetivo desse artigo é discutir as dimensões do poder punitivo, segundo três possíveis respostas que enfatizam o papel do Estado, da sociedade e dos indivíduos, adotando uma metodologia expositiva de concepções que defendem cada uma dessas perspectivas. Argumenta-se que, embora seja possível reconhecer na ação individual o papel prático imediato, é nas ações social e estatal que se se identifica melhor o seu significado, como aquilo que faz da punição um ato específico distinto do crime. Ao final, com essa abordagem, espera-se demonstra por que razão o poder punitivo se compreende melhor como uma espécie de poder simbólico, que emerge de uma interação entre indivíduos em instituições até legitimar-se no poder estatal.

Palavras-chave: Poder punitivo. Poder simbólico. Simbolismo. Significado.

Abstract

Punitive power is considered as something that concerns the State, without taking society or individuals much into account: who exercises it actually? The purpose of this article is to discuss the dimensions of punitive power, according to three possible answers that emphasize the role of the State, society, and the individuals, adopting an expository methodology of conceptions that defend each of these perspectives. We will argue that, although we can recognize in individual

¹ Recebido em: 11/12/2022. Aprovado em: 11/03/2023.

² Doutor em Direito (Universidade Católica Portuguesa - Escola de Lisboa). Investigador Integrado do Ratio Legis (Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa). <https://orcid.org/0000-0001-7792-7654>. E-mail: eliomar.esp@outlook.com.

action the immediate practical role, it is in social and state actions that we can better identify its meaning, as what makes punishment a specific act distinct from crime. In the end, with this approach, we hope to make clear why punitive power is best understood as a kind of symbolic power, which emerges from an interaction between individuals in institutions until legitimizing itself in state power.

Keywords: Meaning. Punitive power. Symbolism. Symbolic power.

1. A punição, não o bom senso, é a coisa mais bem partilhada do mundo: introdução

O poder de punir deveria ser a coisa menos bem partilhada do mundo, a considerar que não existe quem dele não reivindique sempre mais um pouco, embora não exista quem dele esteja privado completamente ou dele nunca se tenha utilizado alguma vez em certa medida. A constatação é similar àquela que fazia Descartes acerca do bom senso³, mas resulta inversamente proporcional a este, porque quem se encontra mais convencido de suas boas razões parece sempre requerer mais um pouco da punição cujo poder julga faltar-lhe. Embora se recorra geralmente ao Estado para demandar-lhe o exercício do *jus puniendi* ou alguma legislação que o possa legitimar, não falta quem se arroge o direito próprio de alguma defesa social contra agressões que considera indevidas.

As situações são muitas em que essa observação se pode constatar. As relações entre razão e punição são intrigantes, porque sendo a razão uma aptidão natural do espírito humano, supõe-se que a punição é igualmente natural, mas a considerar que os homens postulam distinguir-se dos demais animais em virtude de sua racionalidade, ficamos por entender então como será isso possível. Afinal, há algo como uma racionalidade punitiva especificamente humana ou ela não passa de um instinto da natureza? É com base nessa naturalidade que a filosofia política por muito tempo defendeu a ideia de um Estado da Natureza, no qual os homens por direito natural tinham o poder

³ A respeito, cfr. Descartes, R. Discurso do método, Unesp, 2018: "O bom senso é a coisa do mundo mais bem compartilhada, pois cada um pensa estar tão bem provido dele que mesmo aqueles que são os mais difíceis de contentar-se em qualquer outra coisa, não costumam desejar mais do que já têm".

punitivo, que seria exercido inicialmente por grupos sociais difusos e por fim viria a integrar-se no monopólio do Estado. As teorias do Estado da Natureza remontam ao pensamento grego, tendo alcançado grande êxito com Hobbes, difundindo-se com algumas várias versões em Rousseau, Kant e Hegel, mas é em Locke que ela parece encontrar a mais elaborada concepção a merecer o resgate contemporâneo de Robert Nozick. Essa concepção é um bom ponto de partida para entendermos melhor o poder punitivo como elemento fundamental do Estado, compreendido segundo a ideia de monopólio da violência, e por que apesar disso não exclui outras perspectivas do poder punitivo focadas na sociedade e nos indivíduos.

A questão central é que a apropriação e organização que o Estado fez desse poder nunca foi completa, embora o seu monopólio seja condição de sua existência e muito frequentemente os homens postulem que o Estado o assuma em sua forma mais grave – o sistema jurídico punitivo. Mas mesmo o Estado, ao regular essa punição pelo direito penal, antes a considera segundo outras possibilidades também jurídicas menos graves em outros ramos do direito. O postulado de *ultima ratio* é conhecido entre juristas penais, mas a gravidade da punição especificamente penal se pode tornar algo discutível. A perda total de seus bens pode parecer melhor que a perda da liberdade, conquanto que a liberdade mantida possa assegurar alguma capacidade de sobrevivência, mas sobreviver apenas para o trabalho de subsistência pode assemelhar-se a uma punição tão grave quanto uma pena de trabalho forçado.

A diversidade da punição, cujas nuances requerem atenção não apenas da pena em si, mas o sentido com que a assumem os sujeitos dessa relação, não admitiria que o Estado assuma a sua totalidade. Muitas possibilidades lhe escapam do monopólio, mas este monopólio é alimentado precisamente por esse tanto que lhe escapa. As várias formas de punição com que os homens vivem em comum, na administração privadas de suas vidas, na regulação prática de suas relações, constitui um espaço de outros tantos poderes difusos, alguns até selvagens.

Não precisamos, portanto, necessariamente pensar no poder estatal para falar de punição. Podemos encontrá-la, também, naquelas reações mais

primárias do homem, em que antes de reivindicar uma justiça, haveria lugar para o amor e o perdão, para a construção da aprendizagem, para o exercício da compreensão e o diálogo. É nelas que a punição ensaia seus esboços mais familiares. É nessas relações familiares, escolares e religiosas, nas relações sociais mais variadas, naquilo que fica bem chamar de “microfísica do poder”, que podemos antecipar as primeiras manifestações do *homo puniens*, antes que a possamos observá-las nas estruturas superiores de poder, antes que o poder punitivo esteja hipostasiado nas instituições da Sociedade ou no Estado, a exemplo de sua expressão máxima do sistema jurídico-penal.

Observar essas relações primárias é um primeiro passo necessário de incursão de reconhecimento do território onde vive e circula o *homo puniens*, que atualmente expandiu esse espaço de capacidade de navegação digital para além das fronteiras privadas, criando um espaço público de manifestação que tende a disputar o monopólio da punição com o poder estatal, ao qual, para assegurar e manter-se, resta apenas renovar e expandir seu poder punitivo, confirmando o *homo puniens*. O espaço digital é atualmente a prova de que, antes e independentemente da ideia de Estado, antes que ele se apossasse do poder punitivo, este se encontra distribuído entre os homens que o exercem da forma mais bem compartilhada do que geralmente estamos acostumados a considerar. Mas essa constatação não nos deve precipitar numa conclusão que exclua Estado e Sociedade.

Este ensaio se destina a discutir essas diversas possibilidades (estatal, social e individual) de consideração do poder punitivo, bem como a oferecer uma conclusão que as consiga conciliar sem necessariamente ter de optar pela exclusão de alguma delas. É nesse sentido que falamos de dimensões do poder punitivo, cuja melhor síntese parece encontrar-se na noção de poder simbólico com que esperamos concluir os argumentos reunidos a seguir.

2. Uma hipótese improvável, mas convincente: o Estado da Natureza

O Estado da Natureza é um estado de liberdade perfeita, porque nele todos os homens podem ordenar suas ações sem depender da vontade de qualquer outro, tendo por limites apenas a lei da natureza (§4). É por isso

também um estado de igualdade, porque nele o poder de cada um é igual ao dos outros, já que todos gozam das mesmas faculdades da natureza, não podendo haver qualquer sujeição. É o que sugere John Locke, ao supor uma espécie de igualdade natural entre os homens (§5). A considerar que somos todos dotados das mesmas faculdades, partilhando de uma natureza comum, Locke supõe que nada no Estado da Natureza nos autoriza a agredir ou destruir os outros, devido à lei natural que a todos obriga (§6). Esta lei, que mais não é do que a própria razão, aspira à paz, visando à “preservação de toda a humanidade” (§7). A lei da natureza, assim permite a qualquer um “proteger o inocente e refrear os delinquentes”. Por isso, nesse Estado da Natureza, “um homem adquire poder sobre os outros” (§8)⁴.

Locke considera que a transgressão da lei natural é uma forma de declaração de que se pretende viver segundo outras leis diversas de razão, em estado que ele chama de guerra (Capítulo III), autorizando, portanto, o seu castigo por uma moléstia legítima. E, assim, “qualquer homem possui o direito de punir o delinquente, tornando-se o executor da lei no Estado da natureza”. Trata-se de um poder amplo, que abrange tanto “o poder de matar o assassino”, quanto o de “punir as infrações menores” da lei natural, não decerto com pena de morte para todos os casos, mas sempre com alguma serenidade suficiente para assegurar que a transgressão não compense e para demover outros que estejam tentados a fazer o mesmo. Assim, “qualquer ofensa cometida no Estado da natureza pode nele ser punida, tanto quanto o poderia numa comunidade política organizada” (§12). Locke, contudo, não entra a identificar precisamente que transgressões abarca a lei da natureza, tampouco que castigos permite. Postula apenas que se estabeleçam pela razão. E se ela está sujeita às artimanhas e aos caprichos humanos no Estado da natureza, não está menos do que nas sociedades políticas.

Em resposta à objeção frequente que recebia a hipótese do Estado da natureza, e ainda recebe atualmente, Locke insistia que “a terra nunca esteve, nem nunca estará, destituída de homens que vivem num tal estado” (§14),

⁴ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

porque “todos os homens se encontram naturalmente naquele estado” (§15), e nele permanecem até que se tornem membros de uma comunidade política em que se institua um governo civil como “remédio adequado para os inúmeros e graves inconvenientes do Estado da natureza” (§13). Mas esse é precisamente o aspecto improvável que permanece acerca da hipótese.

Ao falar de Estado da natureza, Locke está antes a considerar a natureza humana que uma possível organização social, ainda que por vezes as confunda, mas de forma consciente, porque naturalmente tendemos a reprimir os atos que nos causam moléstia, ainda hoje em uma sociedade política, o que torna a ideia de um estado primordial de natureza uma hipótese convincente, embora improvável por falta de dados suficientes. E nesse estado, de que nunca a terra se encontra destituído, todo homem detém o poder de punir, seja ou não a vítima, em razão da preservação da humanidade. Mas Locke também supõe que essa mesma natureza nos impele por força da razão, devido aos inconvenientes de manter-se o homem em tal estado, para a constituição de uma comunidade política. Trata-se, igualmente, de outra hipótese convincente de um contrato social, mas muito menos provável, porque onde quer que o procuremos não encontramos indícios ostensivos, embora ao presumimos um tal contrato, acreditamos que tacitamente consentimos em viver socialmente. Antes, contudo, que qualquer suposto Estado se possa constituir nessas circunstâncias, seria igualmente suposto que os homens se organizassem em associação de proteção. Essa é a versão contemporânea de Nozick para o Estado da natureza.

Robert Nozick retoma a hipótese heurística do Estado da natureza por considerá-la uma *explicação potencial*, “mesmo que nenhum Estado real jamais tenha surgido dessa maneira”, simplesmente porque ainda assim aprendemos muito ao refletir desse modo⁵. Nozick, contudo, está mais preocupado em tentar entender como os homens em Estado de natureza poderiam lidar com seu principal problema: conseguir punir um adversário forte que tenha violado seus direitos naturais. A primeira opção é tentar fazê-lo individualmente ou pedir a alguns conhecidos que o possam ajudar. Se as agressões se tornarem

⁵ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 8.

constantes, a melhor opção poderia consistir no que Nozick chama de “associações de proteção mútua”. O problema é que essas associações, consideradas como solução primária, podem criar problemas secundários. Afinal, nem sempre os associados podem estar disponíveis, além de não estarem dispostos a atender qualquer chamado de briguentos ou paranoicos. Se o conflito for entre os próprios membros? O problema da disponibilidade pode ser resolvido por alguma forma de contrato de prestação de serviço, o que implica uma divisão do trabalho social. Essa solução certamente levaria empreendedores ao interesse de explorar o negócio de proteção, fazendo surgir várias associações de proteção. Mas o problema do conflito no próprio grupo pode levar a dissensões cujas soluções parecem criar sempre um problema.

Assim, os problemas tendem a acumular-se a cada nova solução. Nozick os discute em detalhes, mas nos interessa mais o ponto culminante dessa série de problema-solução: a ideia de uma *associação de proteção dominante*. Dentre todas as questões que se colocam a essa associação, interessa a Nozick distingui-la do que seria um Estado mínimo. Qualquer associação de proteção constituída pelo consentimento de vários indivíduos, ainda que exerça uma dominância geográfica, ainda não pode ser assimilada ao Estado. Assim, ainda que possamos consentir com a ideia de um Estado de natureza primordial, avançar para a hipótese do contrato social como forma de constituir uma sociedade política como o Estado é nos pedir demais. E, no entanto, avançar além de indivíduos e associações, é necessário para entender como é possível que aquele poder de punir se concentre atualmente adjudicado ao Estado.

3. Outra hipótese igualmente sedutora, mas ainda insuficiente: o monopólio da violência

A primeira e mais relevante distinção entre outras associações de proteção e o Estado é que este exerce o poder punitivo pelo direito penal, segundo um *jus puniendi*. É, nesse sentido, relevante a concepção que nos oferece Giandomenico Romagnosi, em sua clássica *Genesi del Diritto Penale*, cujos pressupostos filosóficos ainda se mantêm na ideia de Estado da natureza

desenvolvida com alguns argumentos utilitários complementares⁶. Romagnosi considera que para descobrir a origem natural-metafísica (é a expressão que usa) do direito de punir é necessário reportar ao que chama de “complexo de primitivos atributos morais do homem” (ainda que o reconheçamos como uma simplicidade hipotética), visando a verificar o andamento da ideia transformada no seio da sociedade e do governo. Trata-se, portanto, de uma abstração, em que se considera o homem desvinculado das relações sociais, naquilo que se chama Estado da natureza.

O que Romagnosi chama de origem natural-metafísica pretende distinguir-se de qualquer origem histórica, bem como de uma origem moral, não se referindo, portanto, à origem concreta do direito de punir de uma nação específica, nem aos motivos e razões com que se constitui esse direito. Assim, a origem natural-metafísica do direito de punir remete a “princípios gerais fundamentais do direito natural” que decorrem de relações fundadas na natureza humana e suas circunstâncias sociais.

É nesse sentido que Romagnosi recorre aos princípios do utilitarismo, que chama de princípio animador e inseparável do homem, como “força eterna infinitamente superior ao homem”, graças à qual impulsos naturais de prazer e dor conspiram à máxima utilidade, assumindo a forma de deveres e direitos. E resume tudo sob a noção de amor-próprio, que dirige essa potência sob a ordem dos bens e dos males: “Este amor-próprio é a vontade geral de todo ser de sentir-se agradavelmente no intento de felicidade”; “Esse amor-próprio tende a conformar-se à lei moral da natureza”. Assim, sendo o homem por princípio da natureza um ser sensível à dor, qualquer ofensa que se lhe faça tende a transformar-se em ressentimento, com base na qual surge uma força eficiente segundo o grau de robustez, sensibilidade e reflexão. Isto, contudo, se chama *vendeta* – é o que nos sugere.

Essa energia do amor-próprio que se condensa na conservação da vida e do prazer, reforçando-se na forma de “norma de regras da moral legislação da natureza”, que deseja a conservação da espécie humana, que proíbe todo

⁶ ROMAGNOSI, G. D. **Genesi del Diritto Penale**. Nuova edizione. Milano:, Francesco Sanvito, 1857.

indivíduo a destruição. Sendo um verdadeiro direito natural de conservação, não é, portanto, uma mera faculdade, mas um dever que incumbe a todo homem. É porque direito comum a todos os homens, que esse direito é dever e produz o princípio da igualdade. Portanto, aquilo que no Estado da natureza se afirma um homem singular, se verifica em todos, porque tudo é recíproco e igual. Esse princípio da igualdade é o primeiro fundamento e única medida do direito e da moral sociais, em cuja tradição se encontra a ideia de que “aquilo que não queres que seja feito a ti, não fará aos outros, e aquilo que exiges dos outros, pratica-o quanto aos outros”. O desdobramento que faz Romagnosi acerca do Estado da natureza, portanto, segue em linhas gerais a versão de Locke. Entretanto, o mais interessante da sua hipótese acerca da gênese do direito penal é que ela se encontra e confunde com a síntese acerca do Estado que propõe Max Weber como monopólio da violência. O direito penal seria, assim, a forma com que o Estado tenta racionalizar esse monopólio.

A concepção de Weber, contudo, precisa ser mais bem compreendida, a considerar que parte inicialmente da noção de ação individualmente considerada, mas chega ao conceito sociológico de sentido da ação social; a ação é individual, embora se possam considerar formações coletivas como decurso de entrosamentos individuais, a exemplo de associações, fundações e, sobretudo, o Estado como o reconhece expressamente⁷. A sua ideia acerca do Estado se encontra em uma de suas últimas conferências proferida na Universidade de Monique em janeiro de 1919, publicada pouco tempo antes de sua morte. É a mais proeminente definição de Estado, cujo conceito central se constrói em torno do poder punitivo que ele chama de “violência física”. A violência, admite Weber, não é o único instrumento de que o Estado se utiliza, a considerar, sobretudo na modernidade, os diversos mecanismos de dominação, mas é aquilo que lhe é mais específico.

Em suas palavras, “o Estado é a única comunidade humana que, no interior de um determinado território (...) requer para si (com sucesso) o monopólio da violência física legítima”⁸. Weber admite que outras associações

⁷ WEBER, Max. **Conceitos sociológicos fundamentais**. Edições70, 2009, p. 31.

⁸ WEBER, Max. **Política como vocação e ofício**. Petrópolis:, Vozes, 2020, p. 10.

no passado utilizaram a violência como algo normal, mas modernamente, qualquer um que a requeira, associações ou indivíduos, somente a adquirem por concessão do Estado – “é ele que vigora como fonte única do direito de violência”⁹.

Assim, o Estado não se distingue das demais associações que o antecederam na história por sua maior ou menor violência, mas por sua forma de legitimidade, embora assim como todas as outras se possa resumir a “uma relação de dominação de humanos sobre humanos”, como o ressalta Weber. Essa legitimidade é que oscila no tempo e espaço, a considerar as três formas fundamentais teoricamente identificadas, mas que na prática tendem a encontrar-se em estado menos puro. E embora a modernidade tenha enfatizado a legitimidade legal, expressa pelo Direito em geral, ainda se conhecem bons exemplos ou parcelas de legitimidade tradicional e carismática.

Assim, o Direito em geral, e mais especificamente o direito penal, é apenas a forma moderna de legitimação dessa violência. O direito penal (e demais expressões punitivas difusas nos diversos ramos que lhe seguem a mesma lógica de ilícito e pena, seja qual for a modalidade) é a face mais imediatamente perceptível, aquilo que constitui o Estado em si – o Estado “vigora como fonte única do «direito» de violência”.

A gênese do direito penal, portanto, como a supõe G. Romagnosi, pode ser emparelhada, portanto, com a gênese do Estado moderno, que se constitui pela concentração do poder de punir, pela desapropriação dos poderes difusos que lhe antecederam, pela reivindicação de única legitimidade desse poder, pela capacidade de recusar outros poderes concorrentes e, em última instância, capacidade de punir qualquer outro poder punitivo que concorra com ele, advenha de outras associações ou de indivíduos. Como implementa essa empresa monopolista absoluta é o que constitui a história de cada Estado

⁹ Apesar, portanto, do individualismo metodológico que geralmente se atribui aos conceitos sociológicos fundamentais weberianos. Boudon, Raymond. *Tratado de Sociologia*, Zahar, 1995, p. 33, é necessário ressaltar nessa passagem a advertência que o próprio Weber se fazia, no sentido de que “a sociologia não pode decerto ignorar, mesmo para os seus fins, aquelas formações conceptuais coletivas de outros modos de consideração”. WEBER, Max. *Conceitos sociológicos fundamentais*. Edições70, 2009, p. 32.

específico – acordos, concessões e trocas, fraudes, engodos ou apenas violência: violência para ter o monopólio da violência. E se quiser expandir-se, mais violência, tanto quanto se não quiser retrair-se ante uma nova investida.

A história é testemunha desse empreendimento mundial que desenha e redesenha os mapas geopolíticos dos Estados modernos, seus antecessores e sucessores hereditários que estão à espera para assumir seu quinhão de poder punitivo. Essa concepção de Weber que, admitamos, já levamos um pouco além da ideia originária, ainda requer algumas considerações ulteriores, a considerar que: 1º) o monopólio do poder punitivo não se encontra integralizado em lugar nenhum; 2º) a violência não é apenas física, é também em grande medida simbólica. É disso que vamos tratar em seguida.

Primeiramente, apesar de o Estado ser definido em termos de monopólio da violência, há evidências em vários lugares de que esse monopólio não se consolidou por completo. Não só historicamente encontramos Estados que concorrem com outros grupos que exercem de fato essa violência, assim como indivíduos em separado. Mas a questão não é de fato, é de direito. O que Weber enfatiza é que o Estado reivindica, é o único que reivindica esse monopólio que de fato pode não estar integralizado em suas mãos. E mais, ainda que não esteja, é o único que o requer como força legítima, afinal se houver outro exercício legítimo dessa violência, ele concorre com o Estado. Por isso, o Estado consente em seu exercício, tornando-o legítimo por assimilação. A história conhece vários exemplos que, embora não se mantenham em todos os lugares, são provas dessa lógica do poder punitivo.

O poder pátrio de punir (ainda que para disciplinar) os filhos é o mais primordial de todos. As escolas também por muito tempo o tiveram. E com menor intensidade na pena, muitas outras instituições são admitidas a punir, mas sempre por autorização legítima do próprio Estado com seu direito. Ademais, em mais distribuída autorização, todos sem exceção estão autorizados por legítima defesa a reprimir injusta agressão no limite necessário para defender-se. É o antigo direito natural do Estado da natureza que o Estado político consente em não disputar, a considerar que o poder de punir se encontra originariamente nos indivíduos.

Ademais, há que se considerar a extensão e qualidade da violência, afinal ela não é idêntica em todos os tempos e lugares. Onde o poder do Estado está mais consolidado, essa violência tende a ser mais simbólica que física. E mesmo onde impera a violência física efetiva, em parte ela se basta apenas pela força simbólica da ameaça estatal. A mera vigência das leis, o funcionamento administrativo dos órgãos, a reafirmação judicial das normas, tudo concorre para assegurar a face simbólica da violência com que o Estado se constitui de fato, permanecendo presente nas ideias que integram a consciência coletiva dos indivíduos. É uma ideia-força que alimenta os símbolos do poder punitivo estatal.

4. A sociedade punitiva contra o Estado: desconstruindo a proeminência do Estado

O Estado é tido naturalmente como o titular absoluto do poder de punir, em completo monopólio legítimo da violência. Os teóricos do contrato social chegam a considerá-lo a organização política que emerge imediatamente do Estado da natureza. E alguns outros acreditam que ele é a organização definitiva das civilizações. Mas essa não é a concepção de Martin van Creveld, para quem o Estado tem uma história de ascensão, mudanças e declínio¹⁰. Antes do Estado, conforme o conhecemos atualmente, muitas outras organizações políticas existiram, algumas muito distintas do que temos hoje em mente, outras semelhantes em certos pontos.

Martin van Creveld sugere que as podemos classificar em tribos (com ou sem governantes), Cidades-Estado e Impérios (forte ou fracos). Admite-se que é possível identificar na história outros tantos tipos, mas geralmente intermediários, que mesclam os elementos dos tipos fundamentais. Em comum, todos seriam sociedades sem Estado, nas quais havia uma confusão entre esfera pública e privada, sem clara distinção entre governo e propriedade. Essa hipótese explicaria bem a confusão no momento de ascensão do Estado absolutista consolidado nas mãos dos monarcas. Mas em que isso interessa ao poder de punir? Michel Foucault nos dá uma chave de interpretação. Segundo nos relata em uma conferência proferida na PUC-Rio em 1973, ao tempo da

¹⁰ CREVELD, Martin Van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ascensão do Estado moderno, os reis tomam para si a punição dos ilícitos, passando a considerá-los uma lesão ao soberano. É quando se dá o confisco do conflito privado, tornando-o de interesse público, embora ainda confundido com a figura do monarca¹¹. Essa apropriação do conflito penal que, originariamente privado, passa a ser de interesse do monarca e chega a tornar-se fundamentalmente público, é considerada a essência do direito penal; mas a considerar que o Estado tem uma história de ascensão e declínio, como fica o poder punitivo?

Martin van Creveld nos dá uma outra chave de compreensão com que conduz toda a sua história: governo e Estado não são, absolutamente, idênticos¹². É por isso que não podemos nos deixar iludir com a ideia de poder punitivo do Estado, porque este é apenas uma das formas de organização política que o governo assume, enquanto este permanece sendo uma ou mais pessoas que cometem atos diversos, entre os quais os atos punitivos com tudo que eles supõem, a exemplos de leis e outras instituições jurídicas. O Estado, historicamente considerado, é aquilo que prevalece contra o universalismo da Igreja e os particularismos locais, mas que agora se vê precisamente pressionado, a perder espaços de poder por um novo universalismo e outros tantos particularismos que nunca cessaram de proliferar. As razões são várias, mas de todas elas as que mais colocam em xeque o Estado estão na queda da concepção de território e fronteiras, devido à globalização e sobretudo à sociedade em rede na era da informação¹³. O Estado já não consegue assegurar seu poder punitivo sem aderir a uma rede de cooperação internacional, por vezes até concedendo que outro Estado o represente em medidas de coerção. E no limite concede até que certos cidadãos seus sejam punidos por outras organizações internacionais, a exemplo do Tribunal Penal Internacional.

É certo que o Estado há muito tem vindo a perder vários domínios de soberania¹⁴, especialmente para agências e organismos internacionais em

¹¹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2013.

¹² CREVELD, Martin. Van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 595.

¹³ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo-Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2000.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

matérias diversas, mas se perder aquilo que mais o caracteriza – o monopólio da violência em seu território –, nada mais do Estado restará, embora lhe possa suceder alguma outra organização. E esta pode voltar inclusive a ser privada. No que nos interessa, quanto ao poder de punir, basta que pensemos na expansão dos serviços de segurança privada e na crescente privatização de penitenciárias em alguns países. Isso para nem sequer falarmos de grandes organizações criminosas que impõem em certos territórios suas leis de proibição e punição bem-sucedidas ao ponto de o Estado retirar-se dessas zonas¹⁵.

Ao considerarmos o Estado como centro de convergência do poder punitivo, ainda que concedamos as hipóteses de sua ascensão e declínio, deixamos, contudo, de considerar aquilo que não se constitui em Estado, embora tenha existido e ainda exista como organização social. As arqueologias neo-evolucionistas, ao suporem o Estado como ponto culminante de evolução social, segundo uma metafísica que Hegel soube bem sustentar em sua história filosófica, apenas “relegaram ao lixo da história as sociedades modernas que não são Estados”¹⁶. É o que nos adverte Norman Yoffee ao denunciar alguns mitos do Estado arcaico. A sua hipótese central é que os arqueólogos do Estado foram seduzidos pelas etnografias contemporâneas que supunham encontrar em sociedades primitivas atuais um modelo ainda presente como vestígio arqueológico dos estágios pré-históricos dos Estados antigos. Trata-se de uma especulação que, de tanto repetir-se como suposto teórico, acabou tornando-se um factoide do pensamento arqueológico. Mas pensando melhor, percebemos que não há nenhuma boa razão para considerar o modelo das sociedades etnográficas como modelo pré-histórico em comparação com qualquer outra que chegou ao presente e permanece atual. Se chegaram juntas no presente, elas concorrem em igualdade de condições como modelos que poderiam ter subsistido. A escolha pela qual representa o estágio primitivo é meramente arbitrário, baseado nos padrões de civilização do arqueólogo que toma de

¹⁵. PEREIRA, Eliomar da Silva. **Crime Organizado**: a racionalidade penal no século XXI. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.

¹⁶ YOFFEE, Norman. **Mitos do Estado arcaico**. São Paulo: Edusp 2013.

empréstimo a teoria antropológica. E isso requer pensar melhor o lugar e o papel das etnografias.

5. A sociedade, antes e independentemente do Estado

Se as etnografias não podem ser consideradas modelos que indicam como as sociedades se organizavam antes dos Estado, elas representem apenas aquilo que são no presente – uma outra linha de desenvolvimento sincrônica ao lado do Estado. É claro que o teórico do Estado nos dirá que essas sociedades se encontram situadas sempre no território de um Estado qualquer, estando por isso submetido ao seu monopólio. Mas o fato de que se exercem certos poderes de punição interna e específicos de sua cultura sem sequer ser de conhecimento dos Estados já consolidados diz muito mais do que a teoria do monopólio postula: diz que há poder punitivo além do Estado. E o relato que nos faz Malinowski sobre crime e punição entre os melanésios, publicada originariamente em 1926, é um grande exemplo disso¹⁷.

Bronislaw Malinowski nos relata o caso de um jovem que teria cometido a *suvasova* (violação da lei da exogamia no clã), ao ser descoberto pelo pretendente da filha da irmã de sua mãe, que o insultou em público, acusando-o de incesto perante a comunidade. Em resposta, ele vestiu seus trajes festivos, subiu em uma alta palmeira, dirigiu-se à comunidade com pedido de vingança aos membros de seu clã, atirando-se em suicídio. Esta forma de suicídio, chamado de *lo'u*, além do uso de veneno da vesícula biliar do baiacu, é uma forma fatal de escapar de situações sem saída, que envolvem “desejo de autopunição, de vingança, de reabilitação e de queixa sentimental”.

Além do suicídio, Malinowski nos relata o papel da bruxaria como uma espécie de força legal, “pois ela é usada cumprindo as regras da lei tribal, evitando o uso da violência e restaurando o equilíbrio”. Trata-se de um uso de bruxaria que, contrastando com certos casos em que é vista como “ação criminosa”, assume o papel de “meio de coerção”. Ela é geralmente usada em casos nos quais o chefe não poderia usar violência corporal, se houver apenas

¹⁷ MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Petrópolis: Vozes, 2015.

suspeita contra o delinquente que afronta padrões sociais associados a um nível que não lhe é reconhecido, como “sucesso sexual, habilidades de dançar, ambição de riqueza e imprudência na exibição e gozo de bens terrenos”. A violência estaria reservada à violação direta de etiqueta ou ritual, bem como a algum ato flagrante que se constitua em ofensa direta ao chefe, como o adultério com alguma de suas esposas, roubo de sua propriedade ou insulto pessoal.

O que nos diz essa etnografia das Ilhas Trobriand acerca do poder de punir entre os melanésios? Primeiro, que independente de qualquer ideia de Estado, e paralelamente a sua existência pressuposta, há um poder punitivo que se exerce de fato alheio a qualquer reivindicação de monopólio legítimo estatal. E, em segundo lugar, que esse poder se exerce por outros meios que não incluem uma violência física, mas que cumpre funções similares e conexas. A primeira constatação nos sugere que mesmo nos territórios dominados pelo Estado, o poder de punir não se encontra consolidado nele, o que é reforçado pela percepção da segunda constatação, se tivermos em conta as diversas formas de punição que se encontram partilhadas. Essas possíveis portas que se abrem além do Estado não requerem necessariamente que se pense a sociedade sem Estado, que se imaginem comunidades destituídas da ideia de Estado, mas apenas que o pensemos de alguma forma diferente. E para tanto nos dão uma boa chave de interpretação os estudos que Pierre Clastres fez acerca dos Povos da Floresta na América do Sul, reunidos sob o título de “A sociedade contra o Estado”¹⁸.

Pierre Clastres considera que as sociedades primitivas são caracterizadas por exercerem uma resistência à dominação política do poder pelo chefe. O verdadeiro poder que se exerce é o da própria sociedade, a serviço da qual o chefe se encontra. Ele pode canalizar as forças da sociedade para empreendimentos de seu interesse, desde que a sociedade esteja convencida de vantagens gerais. Caso contrário, o chefe não encontrará espaço para o exercício de qualquer força: “Essa força é a potência de sujeitar, é a capacidade de coerção, é o poder político”. É esse poder que, segundo Clastres, põe fim à

¹⁸ CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. Cidade? São Paulo: Ubu, 2017.

sociedade primitiva: “Antes de ser econômica, a alienação é política, o poder antecedente o trabalho, o econômico é uma derivação do político, a emergência do Estado determina o aparecimento das classes”. Somente essa concepção é capaz de explicar o Estado como “monopólio da violência física legítima”, afinal seria inútil uma dominação pela força se antes essa função já estivesse assegurada pela estrutura da sociedade. É o que conclui Clastres, evocando Weber, mas admite que entre os povos Tupi-Guarani algo parece contrariar essa ideia primordial: “Incontestavelmente se desenvolvia nessas sociedades um processo sem dúvida em curso já há muito tempo, de constituição de uma chefia cujo poder político não era negligenciável”.¹⁹

Isto terá sido certamente a razão por que entre os tupi-guarani surgiu uma forma de profetismo que maldizia a sua sociedade tal como se encontrava, seduzindo muitos a saírem em busca da Terra sem mal, “a sociedade da felicidade divina”. Dá-se, então, uma espécie de “migração religiosa”, segundo Clastres, “inexplicável se não vemos nela a recusa da via em que a chefia engajava a sociedade, a recusa ao poder político isolado, a recusa do Estado”.

Nada há de especialmente estranho ou mesmo diferente das sociedades atuais que recusam o Estado já sem sucesso, mas é digno de nota a observação fundamental que faz Clastres a título de conclusão, chamando-nos a atenção para a vontade de poder subjacente no profetismo: “No discurso dos profetas já talvez gere o discurso do poder, e sob os traços exaltados do condutor de homens que diz o desejo dos homens se dissimula talvez a figura silenciosa do déspota”. O que tudo isso nos diz acerca do poder de punir? Diz-nos que independente do Estado, ainda que não brote do poder político, algum outro poder sempre vai tentar emergir da sociedade e certamente exercer a sua parcela de punição. A mais enfática prova disso está na leitura que Pierre Clastres faz da tortura de iniciação como instrumento de pedagogia (entre os Mandeu), cujo enunciado fundamental é: “Tu não terás o desejo de poder nem desejarás ser submisso”. Qual a razão da crueldade? Evitar uma crueldade supostamente mais terrível do poder político. É o que postula Clastres como

¹⁹ CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. Cidade: São Paulo: Ubu, 2017.

interpretação. Mas em reforço, podemos conjecturar algo mais, que mesmo no seio da sociedade, ainda que se recuse o Estado, o poder punitivo se exerce e encontra sempre alguma razão para exercer-se mesmo que por antecipação de qualquer infração. Essa hipótese parece ser a que se desenvolve por Michel Foucault em um Curso do College de France, que foi publicado sob o nome de “A Sociedade Punitiva”, mas é numa aula sobre “Microfísica do poder” que encontramos uma outra perspectiva que se abre melhor à compreensão de nosso tema.

6. As relações difusas de punição: microfísica do poder punitivo

A hipótese de uma sociedade punitiva que se situa antes e fora dos aparatos estatais foi levantada por Michel Foucault em sua aula de 28 de maio de 1973 em Curso do College de France²⁰ e retomada com mais detida explicação em outra aula de 14 de janeiro de 1976²¹, na qual apresenta algumas precauções metodológicas acerca do estudo do poder. Inicialmente, na última aula do Curso de 1972-1973, em conclusão na qual propõe uma análise geral do poder, apresenta quatro objeções entre as quais uma diz respeito ao que chama de problema de localização do poder. Após ressaltar que o poder não é possuído, mas sim exercido, Foucault, suscita que “o poder não está estritamente localizado nos aparatos estatais, mas sua ancoragem é bem mais profunda”. A conclusão de Foucault será desconcertante a muitos pensadores que tentam situar o poder como problema no Estado, porque ele lhe retira essa proeminência, indicando outra localização. E isso, ele o diz em conclusão de todo um curso orientado a falar da “noção de punição”, a partir de “quatro grandes formas punitivas”, identificadas pelos verbos: excluir, ressarcir, marcar e encarcerar. Como é isso possível?

Foucault acredita que há sistemas de poder muito mais amplos que o poder político em seu funcionamento estrito, apontando “todo um conjunto de focos de poder que podem ser as relações sexuais, a família, o emprego, a

²⁰ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 205

²¹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo-Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2021, p. 278.

moradia”. Observe-se que nessa abertura de Foucault sua hipótese de localização de poder está muito além das chamadas “instituições totais” com base nas quais Erving Goffman tinha buscado identificar as características comuns de manicômios, prisões e conventos²². A questão que suscita Foucault transcende os muros das instituições fechadas, encontrando-se na sociedade toda, em quaisquer de suas instituições, mesmo no que hoje podemos chamar de sociedades abertas, para usar a expressão de Karl Popper²³. O fundamental de sua hipótese está na recusa de situar no Estado a discussão sobre o poder, mesmo que estejamos falando da punição. E, nesse sentido, diz: “parece-me mais que o aparelho estatal é uma forma concentrada, ou mesmo uma estrutura de apoio de um sistema de poder que vai muito além, bem mais fundo”. Essa hipótese geral se torna mais detalhada apenas três anos depois, quando explicita cinco precauções metodológicas que sempre teve em mente nas suas análises genealógicas do poder.

Primeiro, ele propõe que não nos limitemos a “analisar as formas regulamentares e legítimas de poder”, desde seu centro, mas antes que tentemos captar nas “extremidades, em suas ramificações”. Essa regra metodológica retira o foco do Estado, mas de alguma forma Foucault ainda está preocupado em “examinar como a punição e o poder de punir materializavam-se em instituições locais, regionais e materiais”, não realizando uma redução individualista; ainda estava numa perspectiva molecular, não atômica, embora esta possa emergir de suas conclusões como o vamos enfatizar.

A segunda precaução metodológica de Foucault consistia em “não analisar o poder no plano da intenção ou da decisão”, orientando-se mais pela investigação de “práticas reais e efetivas”, onde o poder estava investido de sua efetividade. É aqui nessa instância que Foucault recorre a uma inversão da imagem hobbesiana do Estado, concebido a partir da multiplicidade dos corpos, ressaltando que o Leviatã “não é outra coisa senão a coagulação de um certo número de individualidades separadas”. Essa concepção se pode dizer de outra

²² GOFFMAN, Erving E. **Manicômios, prisões e conventos**, São Paulo: Perspectiva, 2015.

²³ POPPER, Karl Raimund K. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

forma, seguindo a intuição de Ernst Cassirer acerca do mito do Estado, afinal é sintomático que Hobbes tenha tratado do Estado, referindo-se precisamente a um grande monstro mitológico²⁴.

A terceira precaução metodológica pretende “não tomar o poder como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo sobre os outros”. Na concepção de Foucault, o poder não é algo, um bem que se possa dividir, mas algo que circula, “nunca está localizado aqui ou ali”, pois, segundo ele, “o poder funciona e se exerce em rede”. Essa concepção de poder em rede se tornou muito mais evidente na era da informação, nas sociedades em rede²⁵. Atualmente, além do poder de comunicação que as redes sociais viabilizam na mudança das instituições democráticas, não se pode ignorar também o que esse poder tem de capacidade punitiva, a considerar os fenômenos do linchamento e cancelamento virtuais.

A quarta precaução metodológica adverte que não importa tanto fazer uma dedução descendente do poder (como procedem os teóricos jurídicos da soberania) até chegar aos “elementos moleculares da sociedade”; o melhor caminho é “fazer uma análise ascendente do poder”. Assim, Foucault propõe que se faça análise sobre “a maneira como os fenômenos, as técnicas e os procedimentos do poder atuam nos níveis mais baixo”. Mas se queremos nos conduzir a partir desses níveis, desde o mais básico em caminho ascendente, em lugar de nos determos nas chamadas moléculas sociais, como supõe Foucault, não deveríamos partir de seus átomos? Não estaria, portanto, no nível dos indivíduos, nas ações individuais, o ponto de questionamento do poder e da punição? Ainda que isso não signifique recusar as formações moleculares, não podemos ignorar que estas se encontram uma instância mais acima.

Embora essa conclusão não se possa extrair diretamente de Foucault, suas precauções metodológicas parecem nos sugerir algo mais, ao enfatizar aquilo que lhe parece central em sua genealogia do poder. Em suas palavras, ele diz que “é preciso estudar o poder colocando-se de fora do modelo do Leviatã, fora do campo delimitado pela soberania jurídica e instituição estatal”.

²⁴ CASSIRER, Ernst E. **El mito del Estado**. México: Fondo de Cultura, 1947.

²⁵ CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. São Paulo-Rio de Janeiro, Paz&Terra, 2019.

É, contudo, ao enfatizar a noção de “operadores materiais” que inevitavelmente ficamos a pensar se também uma dimensão individualista da punição não nos ajuda a compreendê-la melhor. Afinal, também em suas palavras, “o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles”²⁶.

7. Um padrão familiar que usamos o tempo todo: *homo homini lupus est*

A punição é um padrão familiar, diz-nos B. F. Skinner; é “a técnica de controle mais comum da vida moderna”²⁷. Nós a encontramos nas diversas situações da vida, desde o ambiente familiar, se uma criança se comporta mal, até o ambiente político, quando é o povo que não se comporta bem, ainda que sejam diferentes as punições. Assim, geralmente, encontra-se na educação, no controle religioso e nos sistemas políticos, mas até mesmo em contextos menos institucionais, “no controle pessoal diário controlamos através de censuras, admoestações, desaprovações ou expulsões”. Todas essas hipóteses se enquadram na categoria punição, na abrangência conceitual de Skinner: “Em resumo, o grau em que usamos punição como técnica de controle parece se limitar apenas ao grau em que podemos obter o poder necessário. Tudo isso é feito com a intenção de reduzir tendências de se comportar de certa maneira. O reforço estabelece essas tendências; a punição destina-se a acabar com elas”²⁸.

Trata-se de uma técnica questionável, como ressalta Skinner, ao perguntar se a punição funciona. Mas esta não é uma questão de descrição, é de avaliação segundo algum valor. O fato é que “nós fazemos isso o tempo todo”, como ressalta Murray Sidman, ao falar da coerção. Mas por coerção, ele se refere, precisamente, “ao nosso uso da punição e da ameaça de punição para conseguir que os outros ajam como nós gostaríamos”, assim como se refere à outra face da mesma moeda, “nossa prática de recompensar pessoas deixando-

²⁶ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo-Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2021, p. 284.

²⁷ SKINER, Burrhus Frederic **Ciência e comportamento humano**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 198.

²⁸ SKINER Burrhus Frederic **Ciência e comportamento humano**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 199.

as escapar de nossas punições e ameaças”²⁹. Essas práticas que constituem padrões de punição se encontram em toda a rede de nossas relações humanas. Murray elenca algumas mais evidentes: o proprietário que ameaça despejo (e o cumpre) se não receber o aluguel; as hipotecas executadas quando não se pagam as dívidas bancárias; as palmadas nas crianças; as ameaças de demissão pelo patrão, advertências familiares a exemplo de “coma as verduras ou nada de sobremesa”. Murray chega a citar alguns casos mais caseiros em que além de abusos físicos e verbais, podemos encontrar o isolamento, a recusa à comunicação e ao afeto como punição, quando queremos obter algum comportamento alheio.

Em outras palavras, tudo converge para algo como “comporta-se”, o que significa “faça o que eu quero que você faça” – ou punição! Considerada assim, nessa perspectiva fundamental, como padrão comum de relacionamento humano, a punição é o modo amplamente utilizado entre os homens. E é por isso que também faz sentido arguir a punição desde a perspectiva individual do homem, antes de falar em sociedade e Estado. Afinal, mesmo Hobbes quando falava do Leviatã, em sua introdução recorria ao homem (Parte I), para explicar que o grande Leviatã “nada mais é do que um homem artificial”³⁰. E também Locke, mesmo falando da organização política constituída a partir do Estado da natureza, advertia que “a terra nunca esteve, nem nunca estará, destituída de homens que vivem num tal estado” (§14), porque “todos os homens se encontram naturalmente naquele estado” (§15)³¹. Trata-se de um estado tão natural que sequer a sociedade em rede, na era da informação, consegue desentranhá-lo. Sequer a chamada “cultura da autonomia”, descrita por Manuel Castells, na transformação da comunicação na era digital, que permite à sociedade libertar-se mais e mais do Estado³², promove alguma mudança substancial nessa natureza. A evidência dessa autonomia é oferecida pela capacidade ampliada de movimentos sociais em rede que derrubaram governos

²⁹ SIDMAN, Murray. **Coerção e suas implicações**. Campinas: (SP), Livro Pleno, 2009, p. 17s.

³⁰ HOBBS, Tomas. **Leviatã**. Petrópolis: Vozes, 2020.

³¹ LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

³² CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**, São Paulo-Rio de Janeiro:, Paz & Terra, 2019.

e tendem a modificar os que aceitam negociar alguns parâmetros de sua legitimidade. E não é apenas o Estado, mas também a Sociedade com suas instituições que se alteram, algumas sendo sepultadas.

É uma revolução realmente surpreendente, não o podemos negar, mas será igualmente surpreendente observar que o padrão de punição se mantém e até potencializa-se sob certa perspectiva quantitativa. Afinal, é cada vez mais comum o fenômeno do linchamento e do cancelamento que ofendem ou excluem a identidade virtual do homem submetido à punição. Dir-se-á, com alguma razão, que essas punições contêm alguma evolução humanitária se comparadas às suas respectivas reais. Mas a considerar que alguns sistemas penais formalizados como o brasileiro admitem pagamento de cestas básicas como pena alternativa por infrações até mais graves, não nos espantemos que algumas pessoas linchadas ou canceladas preferissem ser submetidas ao rigor estatal e pagar mais de uma cesta básica para livrar-se de linchamentos e cancelamentos, mesmo que os considere injustos. É, portanto, no homem, não na sociedade, nem no Estado que se encontra a semente da punição como poder, é no homem que residem todas as razões (boas ou más) que se vão assimilar política e juridicamente. Assim, subsiste tendo sentido a máxima de Plauto – “*lupus est homo homini, non homo, quom qualis sit non novit*”³³ que Hobbes sintetizou: *homo homini lupus est*.

Mas essa forma de ver as coisas não requer que se exclua o Estado da consideração do poder, tampouco a sociedade. É precisamente na continuidade entre Estado, sociedade e indivíduo, que nos parece encontrar-se a compreensão do que podemos chamar de *homo puniens* como localização do poder punitivo. É o que nos propomos a seguir com base em uma distinção entre ação, instituição e legitimação, estabelecendo uma melhor distinção das perspectivas metodológicas de cada conceito em discussão.

³³ PLAUTUS. **Complete Works**. United Kingdom, Delphi Classics, 2016.

8. Ação, instituição e legitimação: as instâncias de significado

O poder punitivo é exercido pelo homem, individualmente considerado, ainda que eventualmente em grupos, mas sempre por ações individuais, não pela Sociedade nem pelo Estado, porque estes não passam de hipóstases da realidade, mas depende da Sociedade para organizar-se em instituição compartilhada coletivamente, bem como do Estado para adquirir legitimação. É preciso ter em mente essas diversas instâncias do significado – presentes na ação, na instituição e na legitimação – com que o poder punitivo se consolida como uma forma de comunicação.

Mas para isso precisamos de uma noção de poder apta a abranger o que há de comunicativo nele. Foucault já nos havia oferecido uma primeira intuição fundamental, ao considerar o poder como *relação*, “como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia”³⁴. O poder, nesse sentido, é a capacidade relacional que permite a alguém influenciar assimetricamente as decisões de outrem, visando ao favorecimento de seus bens, interesses e valores³⁵. É como o considera Castells, para quem esse poder se exerce tanto por coerção (ou sua mera possibilidade), quanto pela construção de significados por meio de discursos. Contudo, essas formas de exercício não devem ser vistas como alternativas possíveis, pois não se encontram na mesma dimensão semiótica. Castells não procede com essa distinção semiológica, mas é algo que se pode inferir de sua concepção a considerar o argumento central com que desenvolve seu livro, segundo o qual “as relações de poder, base das instituições que organizam a sociedade, são amplamente construídas na mentalidade das pessoas através de processos de comunicação”³⁶. Essa concepção tem a virtude de prescindir do Estado na compreensão do poder, por não reduzir o poder à instância estatal. De fato, Castells, afirma que “o poder não pode se limitar ao Estado”³⁷ e o diz com base na constatação de outros poderes

³⁴ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo-Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2021, p. 284.

³⁵ CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. São Paulo-Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2019, p. 57..

³⁶ CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. São Paulo-Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2019, p. 29.

³⁷ CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. São Paulo-Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2019, p. 85.

que se têm apresentado no exercício internacional das sociedades em rede. Castells acredita que o poder da sociedade civil global, viabilizado pelas redes de mídia e comunicação, pode atuar na mentalidade pública levando o Estado-Nação “a aceitar a realidade de seu poder limitado em troca de um aumento de sua legitimidade e eficiência”³⁸. Essa concepção tem uma outra virtude, portanto, ao renovar a necessária distinção entre Sociedade e Estado, mas ao colocar o Estado como o *outro* da Sociedade, Castells permanece na utopia de uma sociedade livre quando consegue se opor ou dominar o Estado. E nesse ponto, Foucault nos parece ser muito mais realista, ao considerar que “o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles”³⁹. É preciso entender que o poder, quer esteja na perspectiva social, quer na perspectiva política, exerce-se pelos homens, que não deixam de ser punitivos apenas por estarem fora do Estado ou da Sociedade (se isso for realmente possível). Como, então, podemos sintetizar essas instâncias de poder?

Antes de tudo, é preciso insistir sempre no fato de que só existem indivíduos com suas ações individuais e práticas, sendo Sociedade e Estado outra coisa distinta da existência, mas que se agregam à existência individual. Não se pode cair no vício das hipóstases, considerando mitologicamente uma abstração, um conceito ou qualquer ficção como realidade, em síntese uma relação lógica como substância. O individualismo metodológico, nesse sentido, tem virtudes que precisam ser reconhecidas. Assim, Max Weber considera que a ação, “na acepção de orientação significativamente compreensível do comportamento, só existe para nós sempre como comportamento de uma ou várias pessoas singulares”⁴⁰. Mas, assim como se torna necessário a certas ciências, conceber os indivíduos como associação de células, complexo de reações bioquímicas, também pode ser necessário, “conveniente e até inevitável tratar determinadas formações sociais («Estado», «cooperativa», « sociedade anônima», « fundação») como indivíduos singulares (por exemplo, como sujeitos

³⁸ CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**, São Paulo-Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2019, p. 88.

³⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo-Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2021, p. 284.

⁴⁰ WEBER, Max. **Conceitos sociológicos fundamentais**. Lisboa: Edições70, 2009, p. 31.

de direitos e deveres, ou como autores de ações *juridicamente* relevantes)”⁴¹. Portanto, não se pode simplesmente ignorar o poder normativo que Sociedade e Estado exercem no Indivíduo, sobretudo no significado de suas ações. É preciso admitir que há algo como que uma relação de reciprocidade, entre individualidade e coletividade. A nossa proposta, portanto, é que *Indivíduo*, *Sociedade* e *Estado* se podem compreender como instâncias respectivas de ação, instituição e legitimação do poder punitivo, e que essas instâncias se podem compreender segundo dimensões semióticas do significado que se agregam ao poder pragmática, semântica e sintaticamente⁴².

A dimensão individual do poder punitivo concerne às ações materiais de punição. É aquilo que conseguimos observar pragmaticamente, mas considerado em seus condicionamentos biológicos, psicológicos e sociológicos. Aqui, tem pleno sentido o individualismo metodológico que enfatiza a ação individual dos sujeitos sociais. Trata-se de um âmbito de pertinência ética, no qual o homem age, segundo suas razões, próprias e exclusivas ou comuns e compartilhadas por um grupo. Não importa em que contexto atua, se em relações familiares ou não, quer esteja no exercício de funções sociais ou estatais. É preciso reconhecer mesmo na ação do juiz que condena alguém à prisão, independente de sua função social e estatal, a ação de um homem, individualmente considerado, como todas as implicações éticas. A importância de retornar a essa instância de ação individual tem a virtude de chamar cada indivíduo à responsabilidade moral por seus atos de poder, ainda que a punição esteja cercada de cerimônia jurídica da ação do Estado, porque este não age senão pelas mãos de pessoas. A história do holocausto nos mostra isso ao proceder com julgamento de indivíduos no Tribunal de Nuremberg perante o qual responderam homens, não o Estado, não qualquer organização social, a exemplo de um partido. E assim é em qualquer outra hipótese de atos de punição, estejamos em ambiente privado familiar, social ou estatal.

⁴¹ WEBER, Max. **Conceitos sociológicos fundamentais**. Lisboa: Edições70, 2009, p. 31.

⁴² MORRIS, Charles. **Fundamentos de teoria de los signos**, Barcelona-Buenos Aires-México: Ediciones Paidós, 1985.

A dimensão social do poder punitivo, por sua vez, concerne às instituições, nas quais o significado punitivo emerge em outra dimensão. É claro que o sujeito ativo, já individualmente considerado, atribui algum significado às suas ações, mas este significado requer alguma tradição adquirida de sua história social para encaixar-se ou o indivíduo precisa postular algum significado, alterá-lo ou substituí-lo, pela adesão de outros que podem igualmente repetir seu ato ou apoiá-lo comunicativamente, mas também podem recusá-lo. Trata-se de um âmbito de pertinência política, que conseguimos observar facilmente no espaço de discussão pública do Congresso Nacional, por exemplo, mas também em espaços menos informais. As redes sociais são um bom exemplo dessas possibilidades diversas, onde é facilmente perceptível como a multiplicação de “likes” fortalece o sentido do ato de alguém, criando redes semânticas de punição, a exemplo dos linchamentos e cancelamentos virtuais que se podem comparar a uma forma de punição real. Trata-se de uma dimensão em que se observa associação ou resistência ao processo de significação do ato punitivo que, embora nascendo no âmbito individual, ao colocar-se em perspectiva coletiva, assume uma organização superior a um mesmo grupo aglomerado de indivíduos, porque cada ato adquire significado pela interação concordante de outros. Aqui, tem plena aplicação os pressupostos metodológicos do interacionismo simbólico, assumindo relevâncias as noções de ação social, organização social e sociedade⁴³. Em outros termos, segundo o emergentismo, pode-se dizer que uma entidade nova, abstrata e coletiva, *emerge* das ações individuais. Mas depois essa mesma entidade exercerá um poder normativo sobre o indivíduo numa relação de comunidade, algo como uma interdependência de entidades⁴⁴.

A dimensão estatal do poder punitivo, por fim, concerne à legitimação, mas não dos atos em si, sim de sua significação coletivamente instituída. Estamos a pensar na legitimação como “uma objetivação de sentido de

⁴³ BLUMER, Herbert. **Symbolic interactionism: perspective and method**. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1969.

⁴⁴ MEAD, George Herbert. **Mente, Self e Sociedade**. Petrópolis: Vozes, 2021. p. 285, ao chamar a atenção para “o conceito filosófico de emergência”.

«segunda ordem»⁴⁵. Partindo de uma subjetivação primária do ato, passa por uma primeira objetivação institucional que se consolida em uma ordem superior de sentido, até chegar a uma segunda objetivação. Essa sutileza se demonstra na legitimação da pena de morte pelo Estado, porque ainda que como ato não se possa distinguir da morte que alguém impõem em resposta a uma agressão, é na instância de significação que a mesma pena de morte assume alguma diferença, primeiramente na sua instituição social, com base na qual postula a legitimação que não alcançaria o ato isolado de um indivíduo. Essa é, portanto, uma instância essencialmente jurídica, que encontra no Estado apenas uma de suas formas mais correntes de legitimação, mas não a única. É de fato possível encontrar outras legitimações na história, sendo o Direito apenas o que maior proeminência assume nas democracias ocidentais. Trata-se, portanto, de um âmbito que concerne ao jurídico. O que torna especificamente sintática essa instância é a necessidade de conciliação entre as diversas significações postuladas na sociedade. Não se trata apenas de escolher, excluir e impor os diversos sentidos semânticos que emergem do âmbito sociopolítico. Embora essas possibilidades sejam observadas em diversos exemplares históricos, a máxima legitimação do poder consiste em estabelecer coerência semântica entre o máximo de significações postuladas dos atos materiais dos sujeitos sociais, em estabelecer uma estrutura sustentável que funcione apesar da diversidade. O ponto máximo de estabilidade seria comparado a uma sociedade em que todos, tendo capacidade pragmática de ação, adquirem adesão social a suas significações, sem necessariamente ter de recorrer à força, pela simples razão de que se adquirem deferimento a suas legitimações perante o Estado; em suma, evidentemente, uma utopia ou, em outros termos, um modelo ideal de legitimação.

⁴⁵ BERGER, Peter. L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 122.

9. A punição, um poder simbólico: conclusão

A considerar essa base significativa do poder punitivo, que encontramos tanto na ação, quanto na instituição e na legitimação, e nos permite considerá-lo segundo dimensões semióticas, não nos é difícil compreender por que razão Pierre Bordieu sugere a noção de poder simbólico, com que podemos reconhecer facilmente o poder punitivo. Ao apresentar o que considera um balanço de várias pesquisas produzidas sobre o simbolismo, chamando a atenção para o poder que se encontra em todo lugar, Bordieu ressalta que precisamos enxergá-lo onde ele é completamente ignorado, como poder simbólico, invisível, “o que só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”⁴⁶. Parece-nos que nenhuma imagem nos poderia descrever melhor o poder punitivo.

Não se trata de ignorar o poder que se exerce pela força, daquilo que de fato se exerce nas relações sociais, no corpo a corpo da vida em comum. Trata-se de entender como esse poder de fato se torna invisível em razão do simbolismo que lhe é agregado institucionalmente e se reforça na instância de legitimação. O exemplar máximo desse fenômeno é a lei penal, mas também assim se pode compreender todo o Direito, cujo significado objetivo de segunda ordem, ao obter a legitimação estatal, parece colocar-se fora de qualquer discussão, longe de qualquer objeção, como a constituir uma ordem natural das coisas que precisamos aceitar sem discutir, sem questionar. É, afinal, o que os poderes instituídos esperam, que a lei se cumpra. Assim, aquilo que em condições naturais poderíamos associar a um crime, poderemos aceitar simbolicamente como punição. Não se trata de fazer um elogio, tampouco uma crítica; trata-se apenas inicialmente de uma constatação que precisa ser compreendida em seus detalhes e sutilezas se queremos confrontá-lo.

⁴⁶ BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa-Rio de Janeiro: Difel-Bertrand Brasil, 1989, p. 8.

Aprender, portanto, a distinguir nos atos materiais de agressão do poder as instâncias simbólicas dos significados punitivos que se agregam a cada ato individual, social e estatal, é uma boa forma de conseguir ver como o poder se constrói e estabelece sobre o homem, mas a partir e com base no próprio homem. É uma boa forma de ver como o Direito – não apenas o direito penal, é preciso insistir nisso – se consolida como sistema coativo de signos que nasce inicialmente de atos particulares, mas que se alimentam e fortalecem – repitamos com Pierre Bordieu – com “a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”.

Referências

BERGER, Peter. L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**. Petrópolis: Vozes, 2011.

BLUMER, Herbert. **Symbolic interactionism**: perspective and method. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1969.

BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa-Rio de Janeiro: Difel-Bertrand Brasil, 1989.

BOUDON, Raymond. (dir) **Tratado de Sociologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 1995.

CASSIRER, Ernst. **El mito del Estado**. México, Fondo de Cultura Económica, 1947.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo-Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2000.

CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. São Paulo-Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2019.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. Cidade? São Paulo: Ubu, 2017.

CREVELD, Martin Van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DESCARTES, René. **Discurso do método e ensaios**. São Paulo: Unesp, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo-Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2021.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**, São Paulo: Perspectiva, 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Petrópolis: Vozes, 2020.

LOCKE, John. **Segundo tratado do governo**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Petrópolis: Vozes, 2015.

MEAD, George Herbert. **Mente, Self e Sociedade**. Petrópolis: Vozes, 2021.

MEAD, George Herbert. **Mind, Self & Society**. Berlin, Heptagon, Edição Kindle, 2013.

MORRIS, Charles. **Fundamentos de teoria de los signos**, Barcelona-Buenos Aires-México: Ediciones Paidós, 1985.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**, São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Crime Organizado: a racionalidade penal no século XXI**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.

PLAUTUS. **Complete Works**. United Kingdom, Delphi Classics, 2016.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belem Horizonte: Itatiaia, 1987.

ROMAGNOLI, G. D. **Genesi del Diritto Penale**. Nuova edizione. Milano: Francesco Sanvito, 1857.

SIDMAN, Murray. **Coerção e suas implicações**. Campinas: :Livro Pleno, 2009.

SKINNER, Burrhus Frederic. **Ciência e comportamento humano**, São Paulo:

Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. **Conceitos sociológicos fundamentais**. Lisboa: Edições 70, 2009.

WEBER, Max. **Política como vocação e ofício**. Petrópolis: Vozes, 2020.

YOFFEE, Norman. **Mitos do Estado arcaico**. São Paulo: Edusp 2013.