



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E LETRAS - CCHLA
NÚCLEO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E
POLÍTICAS PÚBLICAS

Andréa de Souza Silva Paulino

UMA ANÁLISE FOUCAULTIANA DO RACISMO PUNITIVO NO
BRASIL: a construção simbólica de um direito penal do inimigo

João Pessoa
2016

Andréa de Souza Silva Paulino

UMA ANÁLISE FOUCAULTIANA DO RACISMO PUNITIVO NO
BRASIL: a construção simbólica de um direito penal do inimigo

Trabalho apresentado em cumprimento às exigências do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGDH/UFPB), em cumprimento às exigências para obtenção do título de mestre.

Linha de pesquisa: Direitos Humanos e democracia: teoria, história e política

Orientador: Prof. Dr. Gustavo B. de Mesquita Batista

P328u Paulino, Andréa de Souza Silva.
Uma análise foucaultiana do racismo punitivo no Brasil: a construção simbólica de um direito penal do inimigo / Andréa de Souza Silva Paulino.- João Pessoa, 2016.
96f.
Orientador: Gustavo B. de Mesquita Batista
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCHL
1. Foucault, Michel, 1926-1984 - crítica e interpretação.
2. Direitos humanos. 3. Racismo punitivo. 4. Direito penal inimigo. 5. Biopoder. 6. Segregação social.

UFPB/BC

CDU: 342.7(043)

Andréa de Souza Silva Paulino

UMA ANÁLISE FOUCAULTIANA DO RACISMO PUNITIVO NO
BRASIL: a construção simbólica de um direito penal do inimigo

Trabalho aprovado em: _____ / _____ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo B. de Mesquita Batista (Orientador – PPGDH/UFPB)

Prof^a. Dr^a. Adriana Dias Vieira (Examinadora Externo – CCJ/UFPB)

Prof. Dr^a Luziana Ramalho Ribeiro (Examinador Interno – PPGDH/UFPB)

Para meus sobrinhos Davi e José.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus do universo por me proporcionar saúde nessa caminhada. A minha mãe, Ana Maria, que sempre tinha uma palavra de conforto nas horas que o desânimo apareceu. A minha irmã, Keitiana de Souza, que sempre me inspira na vida acadêmica, e por toda força dada. A meu esposo, Kaio Cezar Paulino, por compreender a distância e ausência necessárias para que eu pudesse chegar até aqui. A meu Orientador, Dr. Gustavo Batista, que foi paciente, prestativo e de grande valia para minha pesquisa. Às professoras, Dr^a. Adriana Dias Vieira e Dr^a Luziana Ramalho Ribeiro, por generosamente aceitarem contribuir com meu trabalho, e a todos os meus amigos e amigas que percorreram comigo essa caminhada, principalmente a Shirleny Oliveira, a Dávila Galiza e a Fabiana Selbach, que foram um ponto de apoio e alegria.

A injustiça num lugar qualquer é uma
ameaça à justiça em todo o lugar.
(Martin Luther King)

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto estabelecer uma análise do racismo punitivo no Brasil. Correlacionando-o com a construção simbólica do direito penal do inimigo, a partir dos estudos acerca das relações de poder feitos por Michel Foucault. O objetivo do trabalho é a realização de uma análise do sistema punitivo no Brasil, demonstrando que há uma seletividade na punição penal, direcionada, principalmente, contra aqueles que a sociedade considera perigosos, transformando esses indivíduos em inimigos sociais, revelando a construção simbólica de um inimigo penal no contexto brasileiro. Foram analisadas as teorias Foucaultianas de poder e racismo de direitos, apoiada na pesquisa de outros autores que defendem a teoria da existência de uma estrutura punitiva racista no Brasil, além da contraposição daqueles que negam essa possibilidade. Critica-se a Biopolítica e suas novas formas de poder, as quais geram o racismo de direitos, que se apresenta em forma de políticas criminais, por intermédio do discurso de defesa social. O trabalho identificou que o país cultiva uma construção cultural da delinquência e há desrespeito aos Direitos Humanos diante da aplicabilidade seletiva da punição. Para além da associação da condição social e da cor da pele, que estimulam desigualdades na aplicação da norma penal, há um cuidado maior de separação social daqueles que já cometeram algum delito como uma forma de prevenção quanto a futuros crimes. Conclui-se que a sociedade brasileira impõe identidades, marginalizando aquelas designadas como negativas e que podem pôr em risco sua organização, fundamentando um racismo punitivo e o autorizando como instrumento simplificador ou “segregador” de direitos e das relações sociais presentes na sociedade contemporânea.

Palavras chave: Racismo Punitivo, Direito Penal do Inimigo, Biopoder, Segregação Social.

ABSTRACT

The object of this study is to establish an analysis of punitive racism in Brazil correlating it with a symbolic construction of the criminal law of the enemy generated from the studies concerning power relations by Michel Foucault. The aim of this study is to carry out an analysis of Brazil's punitive system, indicating that there is a selectivity of criminal punishment, especially directed against those considered dangerous by society, converting this individual into a public enemy and revealing a symbolic construction of a criminal opponent in the Brazilian context. Foucauldian's theories of power and racism of rights were analysed based on research from other authors who support the theory of the existence of a racist punitive structure in Brazil, besides the opposition of those who deny this possibility. Biopolitics and its new means of power are criticised, which generate racism of rights that are performed in forms of criminal polices through the discourse of social defense. The study identified that the country cultivates a cultural construction of delinquency and there is a disrespect to Human Rights in the face of the selective applicability of punishment. Other than association of social condition and the colour of the skin that encourages inequalities in the application of criminal law, there is a greater attention to social distinction of those who have already committed a crime as a way of preventing future crimes. It is concluded that Brazilian society imposes identities, marginalizing those designated as negative and that could put in risk its organization, basing punitive racism and authorizing it as a simplifying or "segregating" instrument of rights and social relations existing in a contemporary society.

Key-Words: Punitive Racism; Enemy Criminal Law; Biopower; Social Segregation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
I FOUCAULT E O RACISMO DE DIREITOS	14
1.1 Da luta da raça ao racismo	18
1.2 O Biopoder	24
1.3 Anormalidade e separação	28
II POLÍTICAS CRIMINAIS E DEFESA SOCIAL	37
2.1 O Direito Penal do Inimigo Como Estratégia de Política Criminal	49
2.2 Direito Penal e Estruturas Sociais	56
III O RACISMO PUNITIVO NO BRASIL	66
3.1 A Construção Cultural da Delinquência no Brasil	69
3.2 A Construção Simbólica de um Inimigo Penal na Legislação	80
IV CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
V REFERÊNCIAS	92

INTRODUÇÃO

Conforme as palavras de Luiz Eduardo Soares discutir sobre Direitos Humanos é ao mesmo tempo “ importante e desafiador”, tendo em vista que falar sobre os mesmos “significa discutir valores. Valores estão no coração das culturas. As culturas, todos já sabem, são muito diferentes entre si” (2006,p.163). Podemos dizer, então, que a cultura ocidental moderna, tem debatido sobre direitos humanos e também sobre *segurança pública*. Acreditamos que alguns dos motivos para essa explosão discursiva sobre o tema ocorre com a divulgação de crimes graves pelos meios de comunicação de massa, sobretudo com o advento da internet. Com isso, o clamor ecoa na sociedade, convocando uma emergência¹ para as punições de crimes. Acontece que, no nosso país, por vezes, não há um tratamento igualitário no sistema punitivo. Esse seria um dos motivos pelo qual o crime e o criminoso têm sido objetos de estudo de tão grande interesse, não apenas pelas ciências jurídicas, mas por todas as ciências humanas, especificamente aquelas que o filósofo francês Michel Foucault denomina de ciências *Psi*.

Esses objetos de pesquisa não são novos nos estudos e inquirições das diversas formas de conhecimento, contudo, foi a partir do advento das ciências humanas, segundo o filósofo francês, que essas questões receberam um novo *status* de objeto científico. De modo geral, a questão norteadora dessas ciências em relação ao objeto, seria: *Quem são e quais as motivações daqueles indivíduos que são afastados do corpo social ao infringir as normas jurídicas?*

Com o intuito de responder as indagações sobre o crime como *acontecimento*² social, nasce a criminologia com seus diferentes estágios e teorias, que em diferentes momentos ajudou e também problematizou as doutrinas do crime, passando pelos fisionomistas do século XVIII, pela frenologia, pela psiquiatria e pelos estudos etiológicos em busca das mais

¹ Greco (2011, p. 21), teoriza sobre o Direito Penal da Emergência caracterizado por atender ao clamor popular na resolução dos crimes graves e de penalizar o criminoso. Mas essa temática não se configura objeto de estudo da nossa pesquisa, usamos o termo apenas para retratar a necessidade de punição urgente em nossos dias e relacionar com o racismo punitivo.

² De acordo com Castro (2009), Foucault usa o conceito *Acontecimento* para caracterizar a modalidade histórica da arqueologia e também sua concepção geral de atividade filosófica. Para ele a tarefa da filosofia consiste em diagnosticar o que acontece, a atualidade.

diversas motivações criminais, com base em patologias pessoais dos criminosos ou sociais. Assim, o estudo do crime ultrapassa os limites do Direito e passa a ser abordado, cientificamente, como um fenômeno biológico (antropológico), psicológico ou social.

O criminoso foi identificado, descrito e classificado em tipos, foi abordado em meio aos fatores sociais para depois de conhecido, ser prevenido e combatido, não apenas por juízes togados, mas por intermédio da medicina, da pedagogia correcional e da prevenção aos possíveis ou prováveis *delinquentes*.

Ao remeter à criminologia para a atualidade, essa identificação ou rotulação dos predispostos ao crime, não é mais através das características atribuídas por Ferri, Lombroso ou Garofalo, mas pode ainda ser engendrada pelas práticas sociais ou, até mesmo, jurídicas do que seria um indivíduo normal ou anormal dentro dos padrões do aceitável socialmente.

Exemplo disso, em nosso país, com o Código Penal brasileiro de 1940, é a emergência da importância dos diagnósticos de personalidade criminosa, realizados por equipes interdisciplinares que possuem elevado grau de credibilidade junto à justiça e também à sociedade, produzindo efeitos concretos sobre os destinos desses indivíduos podendo ser letais aos seus direitos.

Essa segregação social, denominada por Foucault de *racismo de direitos*, não necessariamente está ligada à condição de raça, mas àqueles que são marginalizados pela sociedade, por não se enquadrarem às normas de condutas consideradas *normais* ou aceitas socialmente. No rol dessas anormalidades, Foucault destaca: os *monstros* - que seriam os deformados físicos e de caráter -, os *perversos sexualmente* e os *delinquentes*. O nosso trabalho irá se ater aos nomeados pelo filósofo por *delinquentes*³, apresentando-os a partir de um racismo tradicionalista, no entanto, de novas feições científicas e jurídicas, ainda

³ Ao utilizarmos o termo *delinquente*, fazemos a partir dos termos usualmente caracterizado pelo próprio Foucault, que o usa postulando desenvolver uma crítica à semântica da própria palavra. Conforme Viera (2006), para Foucault, os mecanismos de punição substituem a palavra infrator por delinquente quando objetivava destacar não apenas o ato criminoso, mas trazer à tona um personagem caracterizado por uma vida relacionada ao crime. Ademais, trazem à tona da biografia do criminoso pontuando todos os aspectos psicológicos do infrator, fazendo com que o discurso penal se confunda com o psicológico. Quando o discurso penal/psicológico usa esse termo, tem como propósito objetivar e caracterizar o indivíduo perigoso. O delinquente deixa de ser apenas um infrator, pois seus delitos estão ligados aos seus extintos, suas pulsões, suas perversões. *Grosso modo*, para o autor, o delinquente é fabricado pelo discurso penal/psiquiátrico e seu aparelho penitenciário.

que eivado dos mesmos ranços históricos e traços étnicos de exclusão que não é apenas judicial, mas compõe uma malha de poder disciplinar e normativo que rege os papéis sociais.

Partindo da análise foucaultiana e de seus questionamentos sobre o *direito penal, norma e poder* que nos despertam inquições desde a graduação em Ciências Jurídicas, venho desenvolvendo uma pesquisa bibliográfica, fundamentada, inicialmente, na obra de Michel Foucault em um diálogo com os seus comentadores e críticos, relacionando-a com a teoria jurídica do *Direito Penal do Inimigo*.

Deste modo, o texto resultante da minha pesquisa divide-se em três partes: a primeira postula apresentar as teorizações de Michel Foucault acerca do *biopoder, do racismo de direitos, ou racismo punitivo*, e da compreensão de (a) *normalidade*. Partindo dessas palavras-chave da pesquisa, é possível dialogar com questões conhecidas na obra do autor como uma abordagem analítica dos poderes, norma e punição, situando, claramente, o direito em suas teorizações. Fundamentamos o trabalho, especificamente, nos cursos ministrados pelo autor no *Collège de France*, os mais importantes para a pesquisa fora *Os anormais* (1975), *Em defesa da Sociedade* (1976), *Segurança, Território e População* (1977) e *O Nascimento da Biopolítica* (1978) conforme é possível observar inicialmente no texto. Além disso, dialogamos com vozes que trabalham a temática a partir e como crítica a Foucault, com o propósito de ampliar a pesquisa sobre a temática.

Na segunda parte, postulamos relacionar o conceito de *racismo punitivo*, teorizado por Foucault, de uma forma extensiva, cotejando-o, prioritariamente, com a teoria do Direito Penal do Inimigo, que está situada como terceira velocidade do Direito Penal, e se caracteriza, segundo Gunter Jakobs (2007), por três elementos: antecipação da punição (penas previstas desproporcionalmente altas e a exclusão de garantias processuais). Essa teoria jurídica separa a sociedade em dois tipos de cidadãos, aqueles passíveis de cometerem erros, e os inimigos, aqueles que delinquem habitualmente.

Na terceira e última parte, além de teorizar sobre o Direito Penal do inimigo, a pesquisa visa, assim como fez Foucault ao descrever o diagnóstico do

dito *anormal*, conceituar os tipos de criminosos que são considerados, nesta teoria, *inimigos*, descrevendo uma construção do delinquente na legislação brasileira, bem como a utilização de alguns dados representativos sobre situações que revelam o racismo punitivo.

A partir disso, é possível perceber que, mesmo que os conceitos usados pela crítica foucaultiana não sejam, literalmente, os mesmos utilizados pela teoria do Direito Penal do Inimigo, semanticamente, no entanto, os significados estão muito próximos.

Portanto, o objetivo deste estudo é diagnosticar como o *racismo punitivo* em forma de *racismo de direitos*, teorizado por Foucault, e fundamentado na concepção de *Direito Penal do Inimigo*, está presente no sistema penal brasileiro, mesmo que não de forma legalizada, mas por vezes tolerada pelo Estado e pela sociedade. Das teorizações foucaultianas à concepção jurídica do dualismo cidadão/delinquente, o grande problema a ser enfrentado é o lugar designado aos ditos *anormais*, *perversos*, *transviados*, *delinquentes*, em suma: *inimigo*. É necessário que a problemática do racismo punitivo esteja realmente nas discussões jurídico-filosóficas, para muito além da necessidade ressentida do senso comum de excluir e segregar, pois como afirmou Foucault: “punir é a pior coisa que há. É bom que uma sociedade como a nossa interrogue-se sobre todos os aspectos da punição, tal como se pratica em todos os lugares” (FOUCAULT, 2010, p. 363).

É possível perceber que toda a *genealogia foucaultiana* objetiva inquirir sobre a racionalidade punitiva, pois, para Foucault, os considerados delinquentes se inscrevem como resistentes a toda mecânica disciplinar da prisão, tendo uma vida de descaminho impossível de se emendar, podendo ser considerado como uma raça específica de criminosos.

Entre outros comentadores de Michel Foucault, Judith Ravel (2005) e Eduardo Castro (2009) dividem a obra de Michel Foucault em três momentos: *Arqueologia*, que se refere às primeiras obras do autor, entre elas *A Arqueologia do Saber*, *As palavras e as Coisas* e *O Nascimento da Clínica*, em que o autor analisa os discursos que fundamentam as ciências modernas; o segundo momento da obra do autor é denominado pelos comentadores e por ele mesmo

como *Genealogia do poder*, que se refere à análise das relações de poder, teorizando como os discursos dos saberes modernos se relacionam intrinsecamente com o poder que emerge na modernidade. É sobre este momento que o nosso trabalho se situa. Ainda existe um terceiro momento denominado *ética*. Grosso modo, é na *Genealogia do Poder* que Foucault teoriza sobre o racismo punitivo, especificamente no livro *Vigiar e Punir* e nos cursos ministrados na década de 70.

As práticas e procedimentos que resultam no racismo punitivo se tornam análise recorrente no segundo momento da obra do filósofo francês e, por isso, esse momento torna-se fundamento essencial do nosso trabalho.

A partir dos ditos e escritos de Foucault, dialogamos com outras vozes que teorizam sobre racismo punitivo e a dicotomia social entre titular de direitos e inimigos do Estado, sobre quem a sociedade deve estar sempre em alerta e contra ele, sempre em estado de guerra.

Fundamentado em uma análise foucaultiana, o trabalho que segue não se limita a uma análise pura e simples do Direito Penal. Com Foucault, questionamos quem é punido e o que caracteriza esse punido como inimigo? Ademais, é preciso investigar não apenas o que diz respeito ao direito, mas também aos elementos extrajurídicos que estão presentes na concepção de delinquente impossível de se emendar, de se tratar.

I FOUCAULT E O RACISMO DE DIREITOS

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi sendo percebido no Brasil uma crescente movimentação e luta em busca de igualdade e reconhecimento de direitos - e de seus derivativos de equidade e de isonomia -, bem como a exigência da promoção de direitos que se anunciam *humanos* e que se apresentam como bastiões de uma espécie - a que se convém chamar de *humanidade*. Esse engajamento acontece, principalmente, a partir da articulação entre os sujeitos que se encontram em situações menos favorecidas na sociedade, bem como aqueles que apresentam rótulos que não os enquadram dentro dos parâmetros daquilo que é considerado padrão de normalidade, ou que estão em condições que não condizem com aquilo que é estatisticamente recorrente ou mais bem situado, conforme preceitua Nancy Fraser:

é injusto que, a alguns indivíduos e grupos, seja negada a condição de parceiros integrais na interação social, simplesmente em virtude de padrões institucionalizados de valoração cultural, de cujas construções eles não participaram em condições de igualdade, e os quais depreciam as suas características distintivas ou as características distintivas que lhes são atribuídas (FRASER, 2007, p. 112)

Isso porque, na perspectiva tradicional ou liberal-conservadora da sociedade de exploração, a partir dos meios de produção e de manipulação ideológica, aqueles que são diferentes, por serem minoritários ou inexpressivos (sobretudo do ponto de vista econômico), tendem a ser rejeitados, separados e discriminados, a partir de rotulações preconceituosas e excludentes. Charles Taylor, em sua obra intitulada *Multiculturalismo*, chama atenção para o reconhecimento dessas minorias e para a necessidade de um engajamento, desses sujeitos segregados pela sociedade, na política. “a tese consiste no facto de a nossa identidade ser formada, em parte, pela existência ou inexistência de

reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento incorreto dos outros”. (TAYLOR, 1998, p.45).

No entanto, agora, tais sujeitos rotulados como *anormais* parecem querer e poder, cada vez mais livremente, postular e obter voz e atenção no ambiente supostamente democrático e comunicativo da pós-modernidade. Fraser pontua que esse reconhecimento não é uma questão de *status* ou de vida boa para todos, mas sim, uma questão de justiça.

Dentre os que ainda sofrem com essa seleção classista e racista da sociedade, estão, não somente aqueles que apresentam e opõem tipos e ideologias contrários à ordem social, mas, sobretudo, os que optam por *estilos de vida subversivos*⁴ ou diferentes do habitual (FOUCAULT, 2007, p. 167). Esse tempo das liberdades e das garantias da democracia atual parece, de fato, haver diluído as oposições aos que demonstram diferenças a partir, apenas, das opiniões exteriores do discurso e da apresentação física incomum - seja por alguma necessidade especial ou pelas feições fisionômicas, anatômicas, ou de tom de pele variantes das dos padrões de classe ou gênero socialmente hegemônicos. Taylor afirma que o reconhecimento da igualdade é vital e que não é apenas adequado para o desenvolvimento de uma democracia saudável, como a falta desse reconhecimento das políticas igualitárias pode fazer com que o próprio indivíduo marginalizado se veja dessa forma, a ponto de interiorizar essa distorção. “Perante estas considerações, o reconhecimento incorreto não implica só uma falta do respeito devido. Pode também marcar as suas vítimas de forma cruel, subjugando-as por intermédio de um sentimento incapacitante de ódio contra elas mesmas” (TAYLOR, 1998, p.46).

Para Michel Foucault, o racismo está presente na sociedade a partir das relações de poder bem mais amplas do que aquelas que comumente percebemos. Na teorização foucaultiana, o problema do racismo aparece, em especial, durante dois dos seus cursos pronunciados no *Collège de France: Em defesa da sociedade* (1975) e *Os anormais* (1976). No primeiro, o autor pontua o

⁴ Usamos o termo *estilos de vida subversivos* nos remetendo ao pensamento dos últimos escritos de Michel Foucault. Fase da sua obra denominada Estética da Existência em que o autor teoriza sobre os diversos estilos de vida autônomos e subversivos que são formas criativas de existência que resistem aos padrões e as normas sociais.

problema do racismo a partir do nascimento da *biopolítica*, que é gerada por intermédio do conceito de *biopoder*, ou seja, um poder voltado para a manutenção e garantia da vida, e constituído por meio de micropráticas produtivas dos modos de pensar e de agir dos indivíduos sociais. Segundo Foucault, no texto *Soberania e Disciplina (Microfísica do Poder)*: “somos julgados, condenados, classificados, obrigados a desenvolver tarefas e destinados a um certo modo de viver ou morrer em função dos discursos verdadeiros que trazem consigo efeitos específicos de poder” (FOUCAULT, 2011, p. 180).

Para o autor, de modo geral “A velha potência da morte em que se simbolizava o poder soberano é agora, cuidadosamente, recoberta pela administração dos corpos e pela gestão calculista da vida” (FOUCAULT, 2007, p. 152).

Ele aponta o fato de que o poder anterior à emergência da modernidade, o *poder soberano*, voltava-se preponderantemente para a morte, barganhava com ela e aterrorizava seus súditos com a ameaça de infligir-lhes uma pena por meio de suplícios públicos. A morte era a punição mais radical e também a mais recorrente para os desvios. Na modernidade, ganha ênfase a necessidade de proteger a integridade da sociedade e de seus membros diante daqueles que seriam indivíduos nocivos; mas não mais apenas com o sacrifício de seus corpos, como se os criminosos fossem animais impuros que pudessem infectar os demais. “Passam a ser mortos legitimamente – ou mortos de direito⁵ – aqueles que constituem uma espécie de perigo biológico para os outros” (FOUCAULT, 2007, p. 150).

Em *Os carreiristas da indisciplina*, Cristina Rauter afirma que as ciências jurídicas e médicas não se preocupam com tratamento humanizado dos criminosos, mas buscam um controle social; “enquanto a justiça só pode agir sobre o delito quando este já tiver sido cometido, a psiquiatria aparece como capaz de prevê-lo em função de critérios de periculosidade definidos “cientificamente”. (RAUTER, 2013, p.113). Rauter demonstra que, para melhor defender a sociedade, é importante a demonstração, através das definições de

⁵ Grifo meu.

personalidades, de que esses indivíduos, devido as suas patologias, não irão obedecer às normas legais, trazendo grave lesão ao corpo social: “o estudo da história da infância destes indivíduos torna-se importante para a constatação da anormalidade. Pois o que valorizará serão as pequenas oposições e rebeldias às “leis da sociedade” no interior de cada um de seus dispositivos disciplinares” (RAUTER, 2013, p.117).

O que passa a ser sacrificado, desde então, são os direitos, através da privação da liberdade, mas não mais o corpo. Este, que antes teria que ser aniquilado, deve ser produtivamente capturado. Ademais, esses indivíduos transgressores devem ainda receber classificações e identidades preconceituosas, que levam consigo por toda a vida.

Portanto, em contraposição a um poder que mata, emerge na modernidade, segundo Foucault, o *biopoder*, que se volta para a vida e a necessidade de sua produção ordenada; pelo fato de que os indivíduos são, nesse momento, assumidos como máquinas produtoras, como força produtiva, e devem ser conservados vivos para produzir. “pode-se dizer que o velho direito de causar a morte ou deixar viver foi substituído por um poder de causar a vida - que dá causa à vida - ou de devolver à morte” (FOUCAULT, 2007, p. 150). Se, de alguma forma, esse sujeito não se enquadrar no padrão que a sociedade de produção lhe exige, ele será privado de seus direitos, através da separação ou da privação da liberdade; que, para o autor, é uma forma de segregação efetivada, sobretudo, como racismo, habilmente imantado por uma *biopolítica*. “Agora é sobre a vida, e ao longo de todo seu desenrolar, que o poder estabelece seus pontos de fixação; a morte é o limite, o momento que lhe escapa; ela se torna o ponto mais secreto da existência, o mais privado” (FOUCAULT, 2007, p. 151). Desenvolvendo ainda mais o tema, Foucault, em *Os anormais*, afirma que são os considerados anormais pelas ciências modernas que serão as vítimas em demasia desse tipo de racismo.

O racismo se forma nesse ponto (racismo em sua forma moderna ou estatal, biologizante): toda uma política de povoamento, da família, do casamento, da educação, da hierarquização social, da propriedade, e uma longa série de intervenções permanentes ao nível do corpo, das condutas, da saúde, da vida quotidiana, receberam então cor e

justificação em função da preocupação mítica de proteger a pureza do sangue e de fazer triunfar a raça (FOUCAULT, 2007, pp. 162-3).

Para Michel Misse (2011), há uma ideia antiga no imaginário social, mas ainda atual, que correlaciona a criminalidade com o *status* social, dentre outras variáveis. Devido ao demorado interesse das ciências sociais no Brasil, que deixou o tema quase exclusivo para a criminologia e a psiquiatria, essa relação entre crime e pobreza servia de contribuição para o domínio das classes dominantes e para o crescimento da ignorância relativa ao desejo de um maior endurecimento do direito penal (MISSE, 2011, p. 7-8).

Na sua crítica à associação da violência com a pobreza, Misse descreve que, as pesquisas podem até demonstrar que a maioria dos presos no Brasil apresentam exatamente os mesmos “estereótipos vivos” produzidos pela perversa perseguição social e institucional, mas percebe-se que as demandas de políticas de segurança são distintas daquelas que se aplicam aos delitos considerados “crimes de ricos” (MISSE, 2011, p.18-17).

A falsa percepção de defesa social, por vezes é motivo de injustiças na aplicação da lei penal, já que na imaginação de estar protegendo a sociedade e os bens jurídicos mais relevantes, pode-se acarretar o uso e o abuso das normas penais agindo contra o interesse dos menos favorecidos. Nesse sentido, Sílvio Couto Neto, ao fazer uma rápida análise sobre a ideologia da defesa social, afirma que, “tal ideologia nasce já com o surgimento do direito burguês, passando a fazer parte do imaginário dos responsáveis pelos órgãos executores do sistema penal e, ainda, do senso comum, de todas as sociedades capitalistas”. (NETO, 2009, p. 73).

Ao retornarmos a Foucault, vemos um recorte histórico a respeito do nascimento desse racismo, não negando que já existisse antes da modernidade, mas vendo nesse período uma aceitação de suas práticas como algo normal, não repreensível, não grave; pois o próprio Estado exerce uma atitude racista em relação às “ameaças” e aos “desajustes”, considerados por ele como *anormalidades* (FOUCAULT, 2007, p. 174).

1.1 Da luta da raça ao racismo

A partir dessa temática, Foucault salienta a operação e a transformação decisiva do racismo na segunda metade do século XIX, que deixa de ser o ódio entre raças, lutas por terras e por domínio e passa a incorporar o desejo de subjugar o outro e de classificá-lo como um ser inferior. Trata-se, portanto, da passagem do discurso das lutas de raças para o racismo propriamente dito.

Hannah Arendt (1998) em *Origens do Totalitarismo*, quando retrata o componente racial da política nazista alemã, demonstra que a ideologia racial não foi uma invenção alemã e apesar de ser promovida como forma de política estatal apenas na Alemanha, refletia a simpatia dos demais países,

Se a máquina de guerra política dos nazistas já funcionava muito antes de setembro de 1939, quando os tanques alemães iniciaram a sua marcha destruidora invadindo a Polônia, é porque Hitler previa que na guerra política o racismo seria um aliado mais forte na conquista de simpatizantes do que qualquer agente pago ou organização secreta de quintas-colunas. Fortalecidos pela experiência de quase vinte anos, os nazistas sabiam que o melhor meio de propagar a sua ideia estava na sua política racial, da qual, a despeito de muitas outras concessões e promessas quebradas, nunca se haviam afastado por amor à conveniência. O racismo não era arma nova nem secreta, embora nunca antes houvesse sido usada com tão meticulosa coerência. (ARENDR, 1998, p.189)

A autora afirma que o racismo tornou-se uma ideologia com raízes profundas por todo o ocidente durante o século XIX, atraindo as massas de tal forma, que pôde arrolar o apoio do Estado e se estabelecer como doutrina nacional oficial (ARENDR, 1998, p.189).

O discurso das lutas de raças seria, para Foucault, uma luta na qual o poder está em circulação, não sendo apenas expressão dos discursos de oprimidos e menos favorecidos, mas sendo, por muito tempo, um discurso de guerra entre opositores ferrenhos no decorrer da história. Para Arendt a persuasão para essa ideologia não foi acidental, ela não seria possível sem o apelo ou o desejo interior das necessidades imediatas.

Guerras entre grupos que não possuem a mesma cultura e que lutam para advogar em prol da sua própria cultura como a única experiência social legítima e civilizada acontecem desde muito longe e há exemplos disso até na

bíblia. Daí, então, a difusão do etnocentrismo e das culturas de modos superiores, a partir do século XIX.

O perigo é que a passagem dessa luta de raças para o racismo torna-se emergente não apenas por distinções civilizatórias entre metrópole e colonizados, mas aumenta, sobretudo, na medida em que vai se cedendo espaço para a ideia de pureza e de superioridade humanas, como algo real e atual: “quando o tema *pureza de raça* toma o lugar da *luta das raças*, eu acho que nasce o racismo, ou que está se operando a conversão da contra-história em um racismo biológico” (FOUCAULT, 1999, p 95, *grifo meu*). A ideia de se lutar em preservação de seu povo, torna-se inversa. O que seriam lutas em prol do direito de todas as raças migra para o discurso racista e preconceituoso, em uma sociedade moderna que, paradoxalmente, apregoa liberdade e direitos. “O racismo é literalmente o discurso revolucionário pelo avesso” (FOUCAULT, 1999, p. 95).

Essa passagem encadearia aquilo que, no final do século XIX, é denominado de racismo de estado. Para Zygmunt Bauman, em *Modernidade e Holocausto*, apesar do racismo de Estado ter ganhado força através de uma explosão discursiva de negação à modernidade, contraditoriamente, o nascimento desta configuração de racismo só foi possível e representa identitariamente este momento histórico. O discurso de eliminação dos judeus era apresentado como uma solução contra as investidas modernas, ao mesmo tempo em que o racismo institucionalizado só foi possível com os avanços das ciências modernas. “Como tal, o racismo é estritamente um produto moderno. A modernidade tornou possível o racismo. O racismo, em suma, é uma arma inteiramente nova usada na condução de batalhas pré-modernas ou pelo menos, não exclusivamente modernas” (BAUMAN, 1998. p. 84).

Ao citar Pierre-André Taguieff, Bauman pontua a hipótese do racismo como aversão ao diferente, ao *outro*, especificamente, uma *heterofobia* dividida em três níveis: o *racismo primário*, caracterizado como uma antipatia ao diferente; o *racismo secundário* ou *racionalizado* que seria a estranheza do outro, potencializada, ultrapassando o sentimento de antipatia, ou simplesmente a captação do diferente pelos sentidos. Nesse nível de racismo, se introjeta a

negação da aceitação do outro através de um discurso lógico e racional fundamentado nos princípios aristotélicos de não contradição, identidade e terceiro excluído. Nele cria-se bases lógicas para justificar ressentimento e ódio pelo diferente. A xenofobia e o etnocentrismo são exemplos desse nível de racismo travestido de nacionalismo; Atrelando as formas de racismo anteriores, nos é apresentado o *racismo terciário* ou *mistificador* que possui como diferença essencial o uso dos argumentos biológicos para se colocar em uma posição superior ao *outro*. Este apregoa o direito natural de proteger biologicamente a raça, tendo como exemplo mais desastroso e destrutivo na história o nazismo, que pretendeu explicitamente, de maneira científica legítima, subjugar as demais raças.

No mesmo texto, Bauman tece críticas à divisão feita por Pierre-André Taguieff, por acreditar que o racismo ultrapassa a heterofobia, pois “o racismo expressa a convicção de que certa categoria de seres humanos não pode ser incorporada à ordem racional, seja qual for o esforço que se faça” (BAUMAN, 2008. p. 87). Para Bauman, o racismo não se resume à aversão ao outro, ele classifica um determinado grupo de pessoas como incapazes de conviver na sociedade como um ser humano normal. Não importa o que esse indivíduo faça, seu estado é irreversível. “o racismo proclama que certas falhas de determinada categoria de pessoas não podem ser removidas ou retificadas” (BAUMAN, 2008. p. 87). *Grosso modo* Bauman, mesmo sem citar, apresenta uma descrição do racismo bem próximo do que Foucault caracteriza como *Racismo de Direitos*, visto que, para Bauman, o racismo é o isolamento endêmico de determinados grupos de pessoas que devem ser separadas, se possível, aniquiladas em prol do planejamento social.

Ademais, é possível um diálogo tão próximo entre Bauman e Foucault sobre a relação entre governamentalidade, políticas de controle populacional discursivamente de proteção à vida, uma verdadeira eugenia liberal que se caracteriza como racismo: “As guerras já não se travam em nome do soberano a ser defendido; travam-se em nome da existência de todos; populações inteiras são levadas à destruição mútua em nome da ideada necessidade de viver” (FOUCAULT, 2007, p. 149).

O discurso que atribui raças superiores a outras é, no entanto - conforme já o dissemos -, encontrado facilmente em toda a história, desde os *hebreus escolhidos*, até os seus perseguidores nazistas. Porém, o diferencial em relação ao racismo jurídico e científico é que este último se configura racismo de estado, em defesa de uma pretensa pureza e da preservação da vida de grupos sociais. “Pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico reflete-se no político; o fato de viver não é mais esse sustentáculo inacessível (...) cai, em parte, no campo do controle do saber e da intervenção do poder” (FOUCAULT, 2007, p. 1555).

Nas últimas décadas, os países latino-americanos vêm se desvencilhando das matrizes constitucionais europeias, bem como daquela norte-americana, numa tentativa de ruptura, já que os modelos europeus, “não possuem os mesmos problemas que decorre da inadequação do constitucionalismo europeu para lidar com problemas próprios da América Latina e com os quais a Europa não conviveu, a saber: a existência do período colonial, de um estado de segregação e exclusão de populações originárias e majoritárias” (SANTAMARÍA 2011, p. 75-77 *apud* BRAGATO E CASTILHO 2014, p. 12). Essa ruptura pode ser denominada de novo constitucionalismo e representa um avanço na inserção de uma constituição pluricultural⁶ com uma visão inovadora com características descolonizadoras e a inserção de personagens excluídos e marginalizados da sociedade. Essas conquistas se mostram importantes ao ponto das mudanças políticas serem geradas por atores sociais anteriormente esquecidos das normas e do direito.

Já em relação ao Brasil houve a construção do direito pós-independência, advindo da influência do liberalismo político que regulamentava a vida e os interesses pessoais através de normas e instituições. Apesar de uma ideologia ético-filosófica de atribuições de valores e de direitos básicos e de um aspecto

⁶ Para Bragato e Castilho “A marca do constitucionalismo multicultural (1982/1988) é a introdução do conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural e multilíngue da sociedade, o direito – individual e coletivo – à identidade cultural e alguns direitos indígenas específicos. No ciclo seguinte, do constitucionalismo pluricultural (1988/2005), confirmam-se os avanços do primeiro, agregando-se, ainda, as ideias de “nação multiétnica” e “Estado pluricultural” e incorporando-se um largo catálogo de direitos indígenas, afro e de outros coletivos, numa clara vinculação aos preceitos da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Porém, é também neste ciclo que, paralelamente, se observa a adoção de políticas neoliberais, com redução de direitos sociais e flexibilização de mercados.

econômico com a atuação mínima do Estado e uma política jurídica que busca das garantias individuais, soberania popular e constitucional, além de um Estado de Direito, o liberalismo brasileiro desde seus primórdios possui uma estrutura conservadora e patrimonialista que representava os interesses da elite agrária. Segundo Antônio Carlos Wolkmer, em sua obra *História do Direito no Brasil*, ao citar Viotti da Costa:

A principal limitação ao liberalismo brasileiro foi sua peculiar convivência com a institucionalização do escravismo. Nessa situação oficial atípica soariam falsos e inócuos os alardes em prol “das fórmulas representativas de governo, os discursos afirmando a soberania do povo, pregando a igualdade e a liberdade como direitos inalienáveis e imprescritíveis do homem, quando, na realidade, se pretendia manter escravizada boa parte da população e alienada da vida política outra parte. (COSTA, 1985, p. 28-29 *Apud* WOLKMER, 2003, p.75)

Com a deturpação do liberalismo, percebe-se que, desde a concepção, os institutos normativos brasileiros foram eivados de segregação de direitos. “Foi nessa junção entre individualismo político e formalismo legalista que se moldou ideologicamente o principal perfil de nossa cultura jurídica: o bacharelismo liberal” (WOLKMER, 2003, p.86)

Para Nancy Cardia, o Brasil, independente da época, conviveu com uma segregação de direitos e, mesmo com o retorno da democracia, as violações de direitos humanos são frequentes e com o apoio de alguns setores da sociedade. A autora reitera que a essa exclusão de direitos, podem ser geradas através da exclusão social e essa exclusão social por vezes não permite a esses indivíduos o acesso à justiça, assim, forma-se um ciclo com dificuldades para ser rompido gerando uma hierarquização social e não uma universalização dos direitos (CARDIA, 1995, p. 343-344).

Cardia demonstra que essa seletividade de direitos também gera violência, e para que não aconteça uma cidadania restrita se faz necessário que em todo esse processo as leis sejam aplicadas de forma universal, além de um controle sobre a violência pelos governantes (CARDIA, 1995, p. 344).

A exclusão de direitos quando não combatida pode indicar que a sociedade está também com problemas de exclusão moral que pode ser

entendida “quando pessoas, que normalmente obedecem e respeitam leis, aceitam ações bárbaras contra indivíduos ou grupos” (DEUTSCH, 1990, *apud* CARDIA, 1995, p. 345). Ao serem excluídos moralmente esses indivíduos perdem o *status* de indivíduos daquele corpo social e a principal consequência é a eliminação dos princípios de justiça “Eles podem ser maltratados, humilhados, torturados ou mortos sem a sensação de que isto viola regras consensuais de Justiça” (DEUTSCH, 1990, *apud* CARDIA, 1995, p. 345). Podemos então constatar que há uma relação entre cidadania e garantias de direitos, já que:

Estudar a percepção de direitos dentro da sociedade é um caminho para se aprofundar a compreensão das relações entre justiça e cidadania. A percepção dos direitos é afetada pelo julgamento que os cidadãos fazem do equilíbrio entre as expectativas que têm dos direitos, e a vivência efetiva desses destes direitos. A percepção de equilíbrio entre a expectativa e o vivido tanto para si mesmo quanto ai que atribuem aos outros, é um dos temas centrais da justiça social também denominada de justiça destrutiva (CARDIA, 1995, p. 347).

Assim, quando um grupo social não reconhece o outro como sendo um cidadão, ele, através dessa seleção moral, o exclui de seus direitos e não percebe tal atitude, principalmente por considerar esses indivíduos inferiores ou, até mesmo, uma ameaça dentro da economia ou segurança da sociedade. Apesar da segregação de direitos, muitas das vezes, iniciar-se entre os membros da sociedade, ela, por vezes, é afirmada pelo Estado.

1.2 O Biopoder

O poder é uma questão de destaque na obra de Michel Foucault, apesar dele ter advertido em inúmeras oportunidades que jamais concebeu o projeto de realizar uma analítica do poder. Com efeito, encontramos de forma constante em sua obra, não a *analogia crítica* de um poder punitivo, que levava aos suplícios, ou de um poder de vigilância, exercido em prol da vida, mas a *genealogia histórica* dos modos de vida no presente, que se valem legitimamente do uso da

força e da violência para a manutenção da ordem jurídica e funcional da sociedade. Vale salientar que o poder em Foucault não é caracterizado como uma entidade que está nas mãos de alguém, mas como algo que está em cadeia, na forma de relações múltiplas e em feixe; relações que determinam regimes e disciplinas gerais e objetivas, supostamente válidas como regras principiológicas de enunciação do bem e do interesse de todos. São relações que, assim, interagem com a produção e a determinação dos saberes e suas verdades.

Essa forma de rede que assume o poder denota o controle e a vigilância dos sujeitos, e coincide com o momento da emergência das ciências modernas; as quais, segundo o autor, acabam por transformar o discurso em *defesa da raça*, em *racismo* propriamente dito.

O *biopoder* passa, então, a ser o principal efeito de poder destacado na obra do autor. Isso é apresentado inicialmente no primeiro volume de *A história da sexualidade: a vontade de saber* (1971), e é discutido no *Collège de France*, por intermédio de seu curso *Em defesa da sociedade*. Para o autor: “o poder se exerce em rede, nessa rede, não só os indivíduos circulam, mas estão sempre em posição de serem submetidos a esse poder e também de exercê-lo” (FOUCAULT, 1999, p.35). Dessa forma, o indivíduo é construído a partir de poder, sendo efeito e condutor/propagador dele. O poder e seus efeitos transitam a partir das relações entre os indivíduos. Estas relações são marcadas por saberes que se tornam “saber-poder”.

A partir disso, percebemos que o poder não apenas reprime, nem está voltado apenas para a morte, como percebemos nas genealogias históricas trazidas em *Vigiar e Punir*, o poder agora se volta para a vida. Foucault utiliza o termo *biopoder* para denominar a nova atuação dessas relações.

Concretamente, esse poder sobre a vida desenvolve-se a partir do século XVIII, em duas formas principais; que não são antitéticas e que constituem, ao contrário, dois pólos de desenvolvimento interligados por seu feixe de relações. Um dos pólos, o primeiro a ser formado, ao que parece, centrou-se no corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos – tudo

assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as disciplinas *anátomo-políticas do corpo humano*. O segundo que se formou um pouco mais tarde, por volta da segunda metade do século XVIII, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suportes do processo biológico: (...) uma biopolítica da população (FOUCAULT, 2007, p. 152).

Em defesa da Sociedade, o poder é tematizado como o mecanismo responsável pela produção humana em prol da vida. O indivíduo é objeto de produção e deve ser controlado a partir da vigilância. Essa nova forma de perceber o poder é contrária à forma descrita na teoria da soberania, que detinha um poder ascendente sobre os corpos, submetendo-os, como súditos, à pena de morte ou, quando não, enquadrados nos requisitos de servidão. Na modernidade, com o desenvolvimento do capitalismo, o poder é exercido em forma de vigilância e lhe é reservado o direito de punir em defesa da continuação da vida. Existe uma ordem que deve ser estabelecida a partir de regras que não devem ser transgredidas e o poder deve ser o tutor dessa nova ordem. Quando ocorrer transgressão, deve-se punir, não se retirando mais a vida, mas os direitos.

Ao tratar nesse momento de um poder para a vida, é que o autor trabalha o conceito de *biopolítica*⁷, em sua genealogia dos *micropoderes* disciplinares. Vemos que é partindo dessa ideia que é tematizado o poder das políticas estatais, pelo qual é incentivada, protegida e administrada a vida da população tutelada, havendo que ser geradas para isso políticas e regimes de cuidado sobre a população, em forma de organizações, de instituições e de práticas que se configuram dispositivos de poder e de controle para o bem-estar de todos.

Como encontraríamos a morte, nesse poder sobre a vida e para a vida? Segundo Foucault, para justificar a morte, a sociedade é incutida de um racismo de Estado que mata aqueles que não se enquadram nos parâmetros de preservação da vida. Todos os que se tornam perigosos para o bem-estar e para

⁷ Para melhor compreensão acerca da biopolítica, é interessante recorrer ao texto de Revel (2005), no qual a autora discute esse conceito em Michel Foucault: “O termo “biopolítica” designa a maneira pela qual o poder tende a se transformar, entre o fim do século XVIII e o começo do século XIX, a fim de governar não somente os indivíduos por intermédio de um certo número de procedimentos disciplinares, mas o conjunto dos viventes constituídos em população: a biopolítica - por meio dos biopoderes locais - se ocupará, portanto, da gestão da saúde, da higiene, da alimentação, da sexualidade, da natalidade e etc., na medida em que elas se tornaram preocupações políticas” (REVEL, 2005, p. 26).

o equilíbrio da espécie e da sociedade devem morrer, não necessariamente uma morte física, mas a morte como negação de uma vida de direitos; sendo, portanto, a esse indivíduo perigoso, negado todo e qualquer direito. “Uma ordenação eugênica da sociedade, com o que ela pode comportar de extensão e de intensificação dos micropoderes, a pretexto de uma estatização ilimitada, acompanhada pela exaltação onírica de um sangue superior” (FOUCAULT, 2007, p. 163).

Indivíduos que não se enquadram e que não tomam em suas mãos a lira e os instrumentos do progresso colocam em perigo a eugenia liberal idealizada nessa biopolítica, que consiste em separar o indivíduo normal do anormal, tendo como ideal uma sociedade composta por indivíduos que possuam uma identidade convencional de valores e de modos compartilhados e reconhecidos entre si como justos, científicos e necessários.

Para Foucault, nada poderia fugir da regulamentação do poder que circula em malhas. Para ele, não escapa a regulamentação deste poder policaiesco. Esse poder não atua em prol da conquista de territórios, nem em nome de imagens individuais, mas sua ação ocorre em prol da população.

Em sua análise do poder, o filósofo francês em nenhum momento busca apresentar uma teoria unitária do poder. Do poder soberano ao *biopoder*, Foucault nos apresenta uma verdadeira historiografia do poder, postulando teorizar sobre as múltiplas faces das relações do poder e sua intrínseca ligação com a construção do sujeito moderno e seu estado político. Por essa negação de Foucault em apresentar uma teoria do poder, muitas são as críticas de autores da área à sua analítica do poder. Agamben é um destes autores que reconhece uma lacuna na obra de Foucault e objetiva apresentar em sua obra uma teoria do poder capaz de resgatar o conceito tradicional do poder como foi apresentado por Hobbes⁸ no *Leviatã* e o *Biopoder* apresentado por Foucault. Agamben considera limitado resumir o biopoder às técnicas de controle da população do estado apresentado como *biopolíticas*.

Giorgio Agamben em *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua* (1998) contraria o pensamento de Foucault quando resume o *biopoder* às técnicas

⁸ "O Leviatã"; ou "Matéria, Forma e Poder da Comunidade Eclesiástica e Civil", um estudo filosófico sobre o absolutismo político, o poder absoluto, que sucedeu a supremacia da Igreja medieval.

atribuídas ao advento da modernidade. Para isso, o filósofo italiano recua historicamente no mundo grego, para historicizar etnologicamente o referido conceito. Para Agamben, os gregos usavam dois termos que representavam a *vida*: *zoé* - que exprimia a vida comum de todos os seres - e *bíos* - que indicava a forma de viver própria de um indivíduo ou comunidade. Ademais, *zoé* em sua semântica remetia à vida natural, submissão às leis da natureza, regulada pelo corpo, e *Bios* significava vida qualificada, vida politicamente ativa, potencialidades criativas do homem.

A tese de Foucault deverá ser corrigida ou, pelo menos, completada, no sentido em que o que caracteriza a política moderna não é tanto a inclusão da *zoé* na *polis* (tese em si antiquíssima), nem simplesmente o facto de a vida enquanto tal se tornar um objecto eminente dos desígnios e das previsões do poder do Estado; o que é decisivo é o facto de, a acompanhar o processo que por todo o lado faz da excepção à regra, o espaço da vida nua, situado originalmente à margem da ordem jurídica, vir progressivamente a coincidir com o espaço político, de tal modo que a exclusão e inclusão, exterior e interior, *bios* e *zoé*, direito e facto entram numa zona de irreduzível indistinção (AGAMBEN, 1998, p. 18).

O propósito de Agamben é transcender a apresentação que ele considera superficial do *biopoder* por Michel Foucault. Por isso, ele teoriza sobre a necessidade de apresentar a *biopolítica* caracterizada pela separação entre vida natural submetida aos instintos e a vida politicamente qualificada. Para ele, “a vida natural que está na base da ordem política inaugurando a *biopolítica* da modernidade, dissipa-se imediatamente na vida do cidadão em que os direitos são conservados” (AGAMBEN, 1998, p. 123).

1.3 Anormalidade e separação

Foucault não pretende atribuir à *biopolítica* a origem do racismo, pois ele acredita que esse já existia há muito tempo; entretanto, admite que seu funcionamento sofreu mutações: “o que inseriu o racismo no mecanismo do Estado foi mesmo a emergência do *biopoder*” (FOUCAULT, 1999, p. 305). O *biopoder* segmenta a sociedade biologicamente, tratando quantitativamente a

população como uma mistura de raças; onde, conseguintemente, há uns naturalmente melhores que outros. A discriminação, enquanto diferenciação populacional, a partir do critério de raça, denota a produção e a divisão de identidades, atestadas, por sua vez, pelas ciências emergentes – sobretudo a partir da industrialização do capitalismo. Essa herança, certamente, provém das guerras entre os povos, das buscas por conquistas; mas, nesse novo contexto, é acrescentada a novidade da luta biológica. É algo muito mais amplo e incisivo do que o racismo tradicional, que se condensa em ódio franco e em desprezo de raças.

Em linhas gerais, o racismo, acho eu, assegura a função de morte na economia do biopoder, segundo o princípio de que a morte dos outros é o fortalecimento biológico da própria pessoa, na medida em que ela é membro de uma raça ou de uma população, na medida em que se é elemento numa pluralidade unitária e viva (FOUCAULT, 1999, p. 309).

Portanto, a partir da emergência das ciências modernas, são desenvolvidos os conceitos de anormalidade e de *biopoder*, ambos se apresentando como mecanismos de defesa da sociedade e permitindo separar, excluir aqueles que estão dificultando seu funcionamento. Esses são os ditos *anormais*. Diante disso, temos que entender o que a *biopolítica* e a ciência moderna caracterizam como anormalidade.

A sociedade de produção tem excluído aqueles considerados anormais: *o perverso, o louco, o delinquente*. Podemos ainda acrescentar em nossos dias, *o feio* – associado aos sinais exteriores de pobreza, *o negro* – não o que ostenta um *new fashion black style*, *o obeso* – impedido de expor-se sem receio estético, *o aidético* – rechaçado em sua intimidade como um condenado à morte, *o gay* – o notadamente afetado; mas, sobretudo, *os transgêneros* – por burlarem e desafiarem explicitamente o controle identitário, algo que a sociedade não pode, em nenhuma hipótese, admitir. Todos os que podem representar perigo à conservação de uma espécie, que busca defender essa sociedade transida na civilização para o consumo, capitalista, cientificista e, portanto, necessariamente preconceituosa, idealizam a realização dessa eugenia liberal, que os libertará e que concederá, àqueles que são os melhores, melhores condições e

oportunidades de vida. Trata-se, portanto, da realização política de um princípio de justiça. “Este biopoder, sem a menor dúvida, foi elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo” (FOUCAULT, 2007, p. 153). Pois esse – o *biopoder* – é sistematizado e posto em prática pelas ciências modernas que são financiadas pelo capitalismo. Sendo assim, essas ciências excluem os improdutivos, pois produzir, nesse momento, significa gerar vida – enquanto valor acumulativo, diga-se.

Se os parâmetros de normalidade dessa sociedade forem violados, o indivíduo que assim tentar violá-los deve ter seus direitos caçados. Dessa forma, buscamos questionar a verdadeira causa da desigualdade de direitos, já que se parte da premissa hermenêutica de que todos pertencem à mesma espécie. Não é a cor, nem a opção sexual, nem a aparência física, nem os comportamentos que farão com que alguém deixe de ser parte dessa espécie. Mas excluídos da sociedade, sim, positivamente todos esses são.

Ressalte-se, ainda, a exclusão daqueles que praticam sua sexualidade fora dos padrões hegemônicos de prestígio e de evidência social. São tidos como pervertidos precisam estar rotulados com uma identidade derivada da heterodoxia, quando não por estigmas, criados por essa mesma sociedade que fundamenta o tom de seus discursos na liberdade e na livre determinação do sujeito. As divergentes preferências e práticas sexuais podem até ser oficiosamente aceitas, mas não deixam de ser tidas como anormalidade. Na verdade, são recepcionadas como aqueles a quem as ciências modernas denominam de doentes mentais – os loucos, os transviados, ou, quando não, os imorais. A esses indivíduos, ainda hoje, são atribuídas, quando não patologias, distúrbios e, quase sempre, desequilíbrios, que lhes impedem o desenvolvimento pessoal nessa sociedade produtiva de mercadorias e de frustrações.

Dessa forma, em defesa da sociedade, a *biopolítica* desenvolve um racismo muito além do perceptível, sobrepassando os arcaísmos de posições odiosas e claras, privando os direitos dos que são rotulados dentro desses conceitos de anormalidade. Tudo isso representado pelo discurso de defender a própria raça humana. Essa defesa humana desumaniza os que não estão nos

padrões exigíveis, sejam eles de paradigmas jurídicos, psiquiátricos, estéticos, culturais ou históricos.

O racismo, para Foucault, se apresenta dentro das mais várias temáticas de procedimentos científicos e administrativos: psiquiatria, vigilância, punição, saberes e práticas relacionadas à medicina legal. Para o autor, esse conceito é alastrado e difundido enfaticamente a partir da proliferação dos discursos das ciências modernas. Por mais que a luta contra o racismo esteja proverbialmente presente nas plataformas de discussões políticas em nossa sociedade, o discurso científico tem propagado o seu inverso na forma de isolamento dos indivíduos perigosos ou anormais, em busca de purificação e ingerência social e populacional. É a ciência que fundamenta a segregação do classificado como “anormal”, que lhe estabelece contingências.

O racismo que nasce na psiquiatria dessa época, é o racismo contra o anormal, é o racismo contra os indivíduos, que, sendo portadores, seja de um estado, seja de um estigma, seja de um defeito qualquer, podem transmitir aos seus herdeiros, da maneira mais aleatória, as consequências imprevisíveis do mal que trazem em si, ou antes, do não-normal, que trazem em si. É, portanto um racismo que terá por função não tanto a prevenção ou a defesa de um grupo contra outro, quanto à detecção, no interior mesmo de um grupo de todos que poderão ser efetivamente portadores de perigo. Racismo interno, racismo que possibilita filtrar todos os indivíduos no interior de uma sociedade dada (FOUCAULT, 2002, p. 403).

A psiquiatria é responsável pelo diagnóstico dos indivíduos possuidores de requisitos que os enquadram em critérios de (a) normalidade. O olhar clínico é que os qualifica como aptos para o convívio social, sem atrapalhar a harmonia buscada para a vida almejada pela *biopolítica*. Sendo assim, o poder para a vida usa dessa separação aprovada pelas ciências, a fim de validar políticas que matam os direitos através da exclusão, ainda que anunciem um discurso em prol da vida. Os *anormais* não podem continuar no convívio do *normal*, têm que ser separados em espaços diferenciados, em clínicas, quando não, em manicômios ou em penitenciárias.

Em um caso penal pesquisado por Foucault e por sua equipe de investigação do *Collège de France*, é apresentado um parricida, Pierre Rivière⁹, que não se enquadrava em parâmetros de normalidade, e que, por isso, foi considerado uma ameaça à sociedade civil. Isso foi enclausurado, não por culpa penal reconhecida judicialmente e transitada em julgado, mas por medida de segurança. Restava saber de qual anormalidade Pierre era portador. São as ciências modernas, inclusive as humanas, que detectaram sua anomalia. Seria um *louco, um monstro, um perverso sexual, um delinquente*? Qual seria a classificação desse parricida? É justamente isso que Foucault e sua equipe pesquisam, *os atestados científicos*, pois é o discurso científico que enquadra o indivíduo no conceito de anormalidade e o bane da sociedade. Chegam à conclusão de que: “A ordem da nova sociedade liberal dispôs seus elementos de controle nesse mesmo lugar – o contrato, o gosto da propriedade, o estímulo que dão ao trabalho – para daí terem em mãos a vida e daí perpetuarem hierarquias e desigualdades, mas dessa vez na exclusão e na hipocrisia, livremente consentidas” (FOUCAULT, 2007, p. 192).

O discurso médico-legal atestava quem era Rivière, para apontar sua identidade e o classificar. Essa sociedade do *biopoder* realiza esses procedimentos a partir de suas ciências e segrega aqueles que recebem o atestado de *anormal*. Aquele que é danoso à sociedade (cujas ordens fundamentais tem que apregoar e efetivar a preservação da vida de seus membros) não pode usufruir de seus direitos.

O caso em questão demonstra que, ao assassinar sua mãe e seus irmãos, o criminoso tornou-se inimigo de toda a sociedade e deveria ser banido dela. A medicina legal, o inquérito¹⁰ judicial atestavam isso em consonância com

⁹ A história de Pierre Rivière é pesquisada por Michel Foucault e por sua equipe do *Collège de France*. O livro, resultado dessa pesquisa, que se chama em francês *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma soeur et mon frère*, é um projeto de análise das relações entre as ciências psiquiátrica e jurídica. Trata-se da publicação do dossiê do *caso Rivière*, jovem francês que matou a mãe e dois irmãos. Nele está o diagnóstico do anormal, produzido em uma síntese entre a psiquiatria e o judiciário, que possibilitou a classificação de Rivière como psicopata. O que estava em questão seria qual o discurso que traria um diagnóstico mais relevante para atestar a anormalidade do jovem, a fim de que esse vivenciasse uma clausura revestida adequadamente: manicômio judiciário ou prisão.

¹⁰ De acordo com Castro, “para Foucault, o inquérito era o método de verificação da verdade mediante a experiência e os testemunhos, não existia no antigo Direito Germânico, exeto nos casos de traição e homossexualidade, não havia ação pública na ordem penal; a confrontação penal situava-se ao nível dos indivíduos, sem a intervenção de nenhum representante da autoridade. Havia processo penal

o clamor social dos vizinhos e do entorno da comunidade em que residia a Família Rivière. O autor do crime deixa de ser um jovem bobo que brincava perversamente com os animais e passa a ser o inimigo daquela comunidade, um perigo que deve ser afastado, banido, segregado. Histórico comum nos discursos proliferados na contemporaneidade.

O Autor Luis Ferla que trata do tema na obra *Feios, Sujos e malvados sobre medida – A Utopia médica do biodeterminismo*, apresenta o discurso médico utilizado pelos médicos brasileiros no período compreendido entre 1920 a 1945 sobre a influência da Escola Positiva¹¹ italiana. Havia por parte da medicina a tarefa de identificação dos “corpos perigosos” o intuito era a prevenção do crime antes de ser cometido e isso seria possível se conhecesse o criminoso antes que ele atuasse.

Dessa forma, para melhor defesa da sociedade, deviam os médicos se lançar ao grande projeto do conhecimento do corpo humano, mas especificadamente do corpo do delinquente. Havia todo um saber a ser construído sobre o criminoso, que chegava a ser considerado manifestação de um tipo de humanidade um pouco diferente, ainda não bem conhecido, que vivia fora da norma porque seu corpo possuía algo anormal (FERLA, 2009, p. 16).

A escola positiva apresentava o delinquente como um doente e a pena representava uma forma de tratamento para aquele indivíduo, que não deveria ser apenas isolado da comunidade, na intenção de proteger a sociedade, mas havia a necessidade de “um estudo rigoroso, criterioso, metódico e científico do corpo e da mente de cada indivíduo desviante” (FERLA, 2009, p. 25).

A medicina foi direcionada para o auxílio penal, pois as classes consideradas perigosas eram vistas pelos diversos prismas de ameaças, tais

desde o momento em que um indivíduo ou um grupo se consideravam vítimas, prejudicados pela ação de um outro indivíduo ou por grupos de indivíduos. O processo por sua vez era da ordem de confrontação entre os indivíduos envolvidos (CASTRO, 2009, p. 232). Ademais, nas conferências *As verdades e as formas jurídicas* ministradas por Foucault, aqui no Brasil, o inquérito se configura como a temática principal de suas teorizações, sobre isso, o autor afirma que o inquérito ou o exame se constitui como protagonista da relação saber-poder. O inquérito é descrito como o meio para constatar os fatos, os acontecimentos, os atos, o direito, como matriz dos saberes empíricos. Tendo uma função central nas instituições penais do Ocidente e constituindo um meio de restauração da norma, da qualificação e desqualificação e, por isso, inclusão e exclusão.

¹¹ Ao longo do trabalho as denominações ao nome escola “positivista” ou “positiva” se referem a escola penal que estudava o crime e o criminoso dentro de um Paradigma Etiológico. Seus principais representantes foram Lombroso, Ferri e Garofalo.

como criminal, sanitária e política. Luis Ferla cita como mais importante obra sobre o tema a “Danação da Norma – Medicina Social e Contituição da Psiquiatria no Brasil”, em os autores comentaram o seguinte:

A partir do instante em que se esboça a constituição de um saber médico sobre a sociedade, desde que se inventariam, como o objetivo de normalização, os componentes dos espaços urbanos, o objeto da medicina adquire uma dimensão de totalidade; o que é passível de intervenção da medicina passa a não possuir fronteiras no interior da vida social”. (MACHADO *apud* FERLA, 2009, p. 38)

A partir disso, compreendemos que, separar o dito anormal e imprimir nele uma identidade negativa que o priva de seus direitos e o impede de construir a própria vida é, pois, uma separação que o exclui definitivamente da sociedade, tornando-se, para ele, uma morte total de direitos, pois sua identidade marginal o bane, como indivíduo, praticamente do direito à vida. A partir do momento em que os assim considerados são enclausurados no hospício, nas prisões e são marginalizados por um crime, um problema psíquico, lhes são impregnados estigmas que os colocam definitivamente à margem da sociedade, são inimigos da ordenação eugênica social. Formam-se saberes que reorganizam as estruturas sociais e suas formas de disciplina e controle, estipulando novas articulações do poder social. Estes “saberes” tornam-se, enfim, um *saber-poder*. O conjunto de saberes-poder determina o funcionamento da estrutura social e a normalidade ou anormalidade de comportamentos e sujeitos, marcando o princípio que faz brotar o racismo punitivo.

A estigmatização desses indivíduos pelas ciências também foi discutida por Elizabeth Cancelli:

Da maneira como os estudos têm sido montados, torna-se extremamente difícil compreender a medicalização e a patologização social, se não a infundável criação de tipos sociais delinquentes estigmatizados a partir do final do século XIX e princípio do século XX, uma vez que estudos apresentam quase que invariavelmente o crime como lugar marginal do social (CANCELLI, 2001, p.24).

De acordo com Cancelli embora tenha havido uma mudança significativa nos últimos 15 anos, os estudos e análises históricas sobre os crimes e criminosos no Brasil têm como base os aspectos econômicos, sociais e da

proletarização, estando ou não normatizados, que não buscam o princípio fundante dos crimes e criminosos, o que leva à prática social da repressão, punição e controle:

Daí a infinidade de investidas no mundo das instituições, da disciplinarização e da medicalização como tentativas de traspasar para o Brasil do século XX e final do Século XIX as realidades encontradas por Michel Foucault em seus estudos, sem que haja um olhar atento ao mundo que se cria em torno do crime e dos criminosos. Na realidade, são investidas históricas que se debruçam de uma forma exógena sobre a criminalidade, o controle, a repressão e o ambiente urbano (CANCELLI, 2001).

Raúl Zaffaroni ao tratar da questão do inimigo social conclui que a primeira etapa para o estigma e controle desse perigo social é a atribuição de “não-pessoas”, nesse sentido:

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação dos *hostis*, no direito, apresenta com relação ao Estado de direito. (ZAFFARONI, 2011, p.18).

Ao negar a condição jurídica de pessoa a esse *inimigo* o próprio Estado pode segregá-lo, além de lhe ofertar um tratamento penal diferenciado, criando assim um direito penal de exceção, essa política criminal foi defendida por Günther Jakobs (JAKOBS, 2007, p. 87) penalista alemão. Para ele, ao cidadão, devem ser asseguradas garantias legais para o processo penal, enquanto para o inimigo, devem ser aplicados procedimentos de guerra, pois o criminoso, neste caso, não goza o status de pessoa. Ao cidadão, direitos garantidos, aos inimigos, direitos negados, guerra. Para Jakobs, o que caracteriza o inimigo é sua periculosidade, sua anomalia, seu desarranjo com o comportamento do cidadão. O inimigo tem um histórico de resistência e descumprimento às normas que garantem a manutenção do Estado, ou da ordem social. O Estado precisa

ter a custódia do inimigo em forma de prevenção e em defesa do cidadão. “Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar do conceito de pessoa” (JAKOBS, 2007, p. 36), assim deveria ser utilizado um dualismo no Direito Penal: o Direito Penal no Cidadão e Direito Penal no Inimigo¹².

Por isso, para Foucault, as ciências humanas e sociais validaram os estigmas e conceitos de loucura, homossexualismo, perversão e delinquência, construindo uma sociedade que impõe identidades, marginalizando aquelas designadas como negativas e que podem pôr em risco sua organização. Esse racismo de direitos é fundamentado na utopia da homogeneidade moral e ética, apresentada pelo paradigma da modernidade como instrumento simplificador dos sujeitos e das relações sociais presentes numa sociedade contemporânea. Essa idealização tem constituído um racismo que não para de tomar proporções preocupantes, tendo-se em vista o recrudescimento em todos os cantos de grupos e de ações de índole racista e nazifascista, que coloca no outro o carimbo de inimigo de todos.

¹² O tema do direito penal do inimigo será melhor explanado nos capítulos seguintes desse trabalho.

II POLÍTICAS CRIMINAIS E DEFESA SOCIAL

Ao teorizar sobre o *racismo de direitos*, anteriormente, nos deparamos com um segundo questionamento que é um dos focos principais de nossa pesquisa, a relação entre a punição estabelecida e direcionada a esses indivíduos segregados. Entretanto, faz-se necessária uma análise de sua aplicação no decorrer da história.

Para Georg Rusche e Otto Kirchheimer (2004) , foram realizados estudos, comumente, durante o século passado, para a afirmação da correlação entre crime e o meio social e, embora o problema desta correlação seja uma questão estabelecida, por si mesma, e isolada, não é válido, haja visto que os métodos de punições no seu desenvolvimento histórico devem ser pesquisados com o mesmo afinco com o qual nos dedicamos à correlação entre crime e meio social, para a compreensão independente da fenomenologia da pena,

Para adotar uma abordagem mais profícua para a sociologia dos sistemas penais, é necessário despir a instituição social da pena de seu viés ideológico e de seu escopo jurídico e, por fim, trabalha-la a partir de suas verdadeiras relações. A afinidade, mais ou menos transparente, que se supõe existir entre o delito e pena impede qualquer indagação sobre o significado independente da história dos sistemas penais. Isso tudo tem que acabar. A pena não é nem uma simples consequência do delito, nem o reverso dele, nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido. A pena precisa ser entendida como um fenômeno independente, seja de sua concepção jurídica, seja de seus fins sociais. (GEORG; KIRCHHEIMER, 2004, p. 19).

Para esses autores, por muito tempo, a abordagem feita com relação à pena era, principalmente, sob a ótica de teorias filosóficas da pena (retributivas ou preventivas) o que não bastava para uma completa análise histórica, social e funcional dos métodos de punição. Fazia-se necessário também um aprofundamento histórico, sociológico e político para a compreensão das políticas penais,

As teorias absolutistas falham por princípio, pois elas veem na relação entre culpa e expiação um problema de imputação jurídica no qual o indivíduo aparece como sujeito dotado de livre arbítrio. As teorias

teleológicas, de outro lado, concentrando-se em necessidades sociais reais ou hipotéticas, tendem a considerar as dificuldades para o conhecimento de seu projeto como decorrentes de problemas de ordem técnica e não histórica (GEORG; KIRCHHEIMER, 2004, p. 18).

Rusche e Kirchheimer defendiam que as penas não podiam existir apenas dentro de um sistema concreto de “práticas penais específicas” como um modelo filosófico e abstrato distante da dinâmica histórica e social. Assim, buscaram o significado das penas como manifestações históricas de acordo com suas mudanças e desenvolvimentos observados no meio social. Por este raciocínio, as penas e os seus métodos de aplicação se manifestam de acordo com o contexto histórico-econômico da sociedade.

A análise de Rusche e Kirchheimer descreve como as instituições e comportamentos punitivos se amoldam ao contexto econômico e as mudanças no cenário das relações entre mercado e trabalho. Para isso, é preciso analisar os sistemas punitivos para além do Direito Penal.

É, pois, necessário pesquisar a origem e a força dos sistemas penais, o uso ou a rejeição de certas punições e a intensidade das práticas penais, uma vez que elas são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas, e consequentemente fiscais” (GEORG; KIRCHHEIMER, 2004, p. 20).

Na obra *Vigiar e Punir*, Michel Foucault promove, em parte, uma análise histórico-funcional das penas, especialmente, de como e sobre quais motivos elas foram aplicadas ao longo da história e da genealogia da pena de prisão. Contudo, o filósofo utiliza-se de uma forma diferenciada de análise para os métodos punitivos:

Analisar os métodos punitivos não são como simples consequências de regras de direito ou como indicadores de estruturas sociais; mas como táticas que têm sua especificidade no campo mais geral de outros processos de poder. Adotar, em relação aos castigos, a perspectiva da tática política (FOUCAULT, 1994, p. 26).

Nesse sentido, Foucault utiliza-se de métodos não-jurídicos de análise para demonstrar que a figura punitiva vai além da justiça penal ou da justiça social, ela passa pelo “crivo” das formas e organização de poder estatal e social. Assim, alusivamente, podemos identificar “um tripé” na formação das políticas criminais: os elementos jurídicos, os elementos sociais e as formas e organização de poder, onde se encontram o Estado e a economia.

Em sua obra *A cultura do controle*, David Garland apresenta um estudo sobre o controle do crime, especificadamente nos Estado Unidos e na Grã-Bretanha, em que o autor desenvolve seu raciocínio para o surgimento de novas criminologias utilizando-se da análise de uma série de fatores estruturais da sociedade, da cultura, da economia e políticos:

Minha preocupação é apontar o que considero importantes similitudes na experiência recente destes dois países e sugerir que estas similitudes provêm não apenas da imitação política e da transferência de políticas públicas – conquanto isto tenha acontecido – mas também de um processo de mudança social e cultural que recentemente tem alterado as relações sociais em ambas as sociedades. [...] Evidentemente, as diferentes características sociais, institucionais e culturais destas duas nações têm influenciado a maneira de escolher as respostas políticas. E não se pode negar que a junção especial da questão racial, da desigualdade econômica e da violência letal que, arcam os Estados Unidos, na contemporaneidade, tem conferido intensidade, por vezes aparentemente excessiva, a sua resposta penal (GARLAND, 2008, P.33-34).

O principal argumento de Garland para a atual situação do controle do crime é que “foi moldada por duas forças sociais fundamentais: o modo especial de organização social da pós-modernidade e a economia de mercado”. Apesar de o autor deixar claro que o estudo era direcionado aos Estados Unidos e Grã – Bretanha, ao ser traduzida a obra no Brasil, André Nascimento demonstra que há uma similitude com a realidade brasileira, destacando que:

Quem quiser entender por que os meios de comunicação têm, com o passar do tempo, dedicado atenção crescente à questão criminal, perceberá que estamos percorrendo um caminho já trilhado antes. Quem já se deu conta da segmentação do espaço público e, dentro desta segregação de certos grupos, identificará as raízes deste processo urbano em aceleração nas práticas e ideologias atualmente

vigentes nos EUA e na Grã – Bretanha em outras democracias ocidentais. Quem por fim, buscar entender os motivos para o assustador número de pessoas mortas em razão do crime ou de sua repressão, descobrirá que a semente de genocídio atualmente em curso nos centros urbanos brasileiros foi primeiramente plantada nos guetos das duas potências mundiais acima referidas (NASCIMENTO, 2008, p. 8).

As novas políticas criminais ou as políticas criminais da modernidade surgiram junto com a sociedade pós-industrial que apresentou a algumas classes sociais novos bens jurídicos e novos interesses que deveriam ser resguardados pelo direito penal, que, inevitavelmente, teve que evoluir junto com as novas formas sociais e culturais. Essa nova configuração social preocupa-se bem mais com o bem-estar individual ou das classes dominantes. Como afirma Sánchez, “a crescente interdependência dos indivíduos na vida social dá lugar, por lado, a que, cada vez em maior medida, a indenidade dos bens jurídicos de um sujeito dependa da realização de condutas positivas (de controle de risco) por parte de terceiros” (SÁNCHEZ, 2002, p.31).

Paralelamente, surgiu também o constante sentimento de insegurança e instauração de uma institucionalização do medo devido à sensação de se estar em um campo de guerra onde será preciso o maior aparato estatal com modelos normativos que garantam proteção, “a sociedade de risco” ou “da insegurança” conduz, pois, inexoravelmente, ao “Estado vigilante” ou ao “Estado da prevenção” (SÁNCHEZ, 2002, p.127).

Todavia, não implica dizer que essa proteção de direitos seja distribuída igualmente a todos os indivíduos sociais. Para algumas correntes de penalistas, o bem social tem prioridade sobre políticas criminais que garantam direitos, em especial os humanos, que podem trazer perigo ao corpo social e devem ser dissociados qualquer compromisso com tais garantias. Para esses antigarentistas “o lema dessa tendência poderia ser o seguinte: estamos interessados nos “direitos humanos” dos homens de bem e não nos “direitos humanos” dos delinquentes” (FREITAS, 2002, p. 24). Para os adeptos desse raciocínio em nome da lei e da ordem as políticas criminais deveriam possuir maior rigor, para Freitas:

O funcionamento da justiça penal é altamente seletivo, seja no que se refere à proteção concedida aos bens e interesses, seja no que concerne ao processo de criminalização e recrutamento da clientela do sistema a chamada população criminal. Essa seletividade do sistema é justamente uma consequência do “etiquetamento”, não sendo, assim, uma causalidade que a imensa maioria dos prisioneiros nos cárceres pertençam aos setores mais desfavorecidos da população, que a principal atividade da polícia esteja também dirigida a esses setores e que conseqüentemente eles sejam o objeto fundamental da Administração da justiça (FREITAS, 2002, p. 4).

A legitimidade do direito penal deve ser fundada no princípio da igualdade, assim, é possível avaliar a efetividade de sua aplicação, e só estará conforme o que foi proposto quando a sua incidência for igualitária para todas as camadas da sociedade (COUTO NETO, 2009. p. 53). Aqui, não cabe apenas uma interpretação da igualdade formal, mas deve ser extensiva a uma igualdade material¹³.

No Brasil, onde essa igualdade material é quase utópica, a principal clientela das políticas criminais são os excluídos ou marginalizados a quem muitas vezes o Estado nega o direito de cidadania, “mas esse Estado, que já lhe negou uma vida decente, que criou os tipos penais para que eles, excluídos, fossem preferencialmente selecionados, nega-lhes também uma igualdade dentro do processo, que possa atenuar a desigualdade social” (COUTO NETO, 2009. p. 67).

Dessa forma, podemos afirmar que a segregação social, pode se dar desde a criminalização primária, que “Se dá pela diferente valoração de bens jurídicos protegidos e da escolha de condutas tipificadas como ilícitos penais por parte do legislador” até a criminalização secundária, que domina a atuação de operadores do direito, principalmente promotores de justiça e juízes de direito (COUTO NETO, 2009. p. 68).

¹³ Couto Neto a igualdade formal é aquela dos ideais iluministas e que adveio da Revolução Francesa, utilizada em diversas normas constitucionais, incluindo o artigo 1º da declaração dos direitos do homem e do cidadão e de algumas constituições brasileiras, já a igualdade material está ligada à diminuição das diferenças sociais, através de uma distribuição equitativa de bens que foi inicialmente difundida pelos pensadores socialistas. No Brasil, a constituição federal de 1988 deve ter uma leitura de igualdade material, já que “Interpretando-a em sua integralidade e compreendendo o princípio inscrito no artigo 5º *caput* com os demais dispositivos desta Carta, especialmente os que tratam de justiça social, poder-se-á observar que ela pretende a consecução também da isonomia material (NETO, 2009. p. 60-63).

Nos parece bastante evidente que a maioria dos operadores do direito, e especialmente do direito penal, já pela própria formação acadêmica, entendem o direito penal como aquele ramo do direito ao qual incumbe a proteção dos bens jurídicos mais caros a sociedade, que pune igualmente todos os que delinquem e que é necessário para a manutenção da paz social.

Esses pressupostos, em nossa percepção falsos, são parte da ideologia da defesa social, que nos parece um dos pontos fundamentais das injustiças na aplicação da lei penal, vez que se encontram sedimentada na opinião dos operadores do direito e os faz agir de forma totalmente contrária aos interesses das classes subalternas, quando imaginam estar punindo malfeitores e protegendo a sociedade. (COUTO NETO, 2009. p. 73).

Surge então uma separação maniqueísta entre o “bem e o mal” presentes no corpo social, em que os cidadãos representam o bem e os *delinquentes* o mal, tendo essa segregação legitimidade por parte do Estado, sendo este o protetor dos anseios sociais, punindo aquele que desrespeita o bom convívio social e afronta os interesses da coletividade.

Esse pensamento ideológico surge calcado na ideologia liberal burguesa e se alastra pelas sociedades capitalistas, perdurando até os dias atuais. Nesse sentido:

A intensificação dos conflitos em Flandes, no norte da Itália, Toscana e no norte da Alemanha, que marcou a transição ao capitalismo entre os séculos XIV e XV, levou à criação de leis criminais mais duras, dirigidas contra as classes subalternas. O crescimento constante do crime entre os setores do proletariado empobrecido, sobretudo nas grandes cidades, tornou necessário às classes dirigentes buscar novos métodos que fariam a administração da lei penal mais efetiva (GEORG; KIRCHHEIMER, 2004, p. 31).

Assim, a sociedade foi se moldando na criação e aplicação das políticas criminais como estratégia de regulação da criminalidade e do meio de controle social, construindo-se a tese de que quanto mais brando o direito penal for, mais criminalidade se fará presente na comunidade social, e se intensificado poderá diminuir os índices de marginalidade. “Nenhum esforço sério foi feito, entretanto, para provar esta relação através de uma investigação precisa. A discussão fica limitada às observações gerais sobre a conexão entre o mal-estar social e

político e o enfraquecimento da autoridade do Estado e a frequência do crime” (GEORG; KIRCHHEIMER, 2004, p. 265).

Os modelos políticos criminais não são estáticos eles se desenvolvem conforme o momento social de determinados estados, é certo que há um dualismo nesses modelos, qual seja, o direito penal mínimo e o direito penal máximo. O direito penal mínimo consiste em uma forma branda das aplicações, onde há uma busca da substituição da pena privativa de liberdade, por outra que não sobrecarregue o aparato estatal, como as prisões, a pena privativa de liberdade seria indicada apenas para crimes que ferissem bens jurídicos importantes, já o direito penal máximo busca mais rigor, tanto na criação de novas figuras típicas, como no endurecimento das penas, “O termo “direito penal mínimo” e seu contraposto (direito penal máximo) configura-se em Ferrajoli (2005) por referência “ora aos maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos do sistema, ora à qualidade das proibições e penas nele estabelecidas”” (SANCHEZ, 2002, p. 149).

David Garland (2014) em sua obra “*A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*”, buscou analisar as ações realizadas contra o crime pela Grã-Bretanha e Estados Unidos. Para Garland as novas políticas do controle do crime e da justiça criminal, foram advindas com a Pós-modernidade e foram pautadas pela organização social e economia de mercado, “as mudanças dos últimos vinte anos no controle do crime foram conduzidas não apenas por considerações criminológicas, mas também por forças históricas que transformaram a vida social e econômica na segunda metade do século XX” (GARLAND, 2004, p. 181).

Em sua análise, Garland nos apresenta alguns modelos de políticas criminais desenvolvidas e efetivadas ao longo dos últimos 30 anos. Ele, inicialmente, trata do modelo correccionalista e do previdenciarismo penal, tais modalidades se pautavam na substituição, sempre que possível, das punições em forma de castigos por medidas reabilitadoras. Os “Princípios penais-previdenciários tendiam a trabalhar contra o uso do encarceramento, considerando que a prisão era amplamente vista como contraproducente, do ponto de vista da reforma do indivíduo” (GARLAND, 2004, p. 104). Entretanto, o

sistema penal-previdenciário não tinha como única finalidade a reabilitação, as práticas correlacionistas serviam para individualizar e direcionar as formas de tratamento para aqueles condenados mais perigosos.

A funcionalidade e a longevidade do enquadramento penal-previdenciário residem precisamente na combinação de objetivos penais e previdenciários, na flexibilidade para enfatizar um ou outro de acordo com as circunstâncias e, por fim, no fato de estar a salvo do escrutínio popular detalhado (GARLAND, 2004, p. 105).

A criminologia correlacionista separava os criminosos em dois grupos: o delinquentes social ou desajustado e os criminosos patológicos, que denominavam de criminoso psicopata,

Aqueles indivíduos que cometessem crimes, mas que fossem considerados essencialmente “não-delinquentes” ou livres de qualquer disposição criminosa real, tornavam-se desinteressantes para os propósitos da teoria criminológica e para a prática penal. Seria possível lidar com eles na perspectiva da intervenção mínima [...]. A atenção estava verdadeiramente voltada ao delinquentes, ao caráter criminoso ou aquilo que os criminólogos do século XX denominavam de “criminosos psicopatas”. Eram estes os objetivos que deveriam movimentar o sistema (GARLAND, 2004, p. 105).

Após a segunda metade do século XX, houve uma “crise no modernismo penal” e o apoio ao previdenciarismo começou a ruir, a insegurança com o aumento da criminalidade e o descrédito por parte das instituições penais, acarretou uma enorme atividade de mudanças penais, levando as ações do controle do crime a um aspecto radical e a política da tolerância zero,

O último quarto do século XX testemunhou a emergência de racionalidades não correccionalistas de controle do crime - novas criminologias, novas filosofias da pena, novos objetivos penalógicos. Ao longo do mesmo interregno, houve também uma tentativa de aperfeiçoar a relação entre política criminal e o novo contexto cultural e político – inventando mecanismos novos e mais efetivos de controle do crime, assim como novas maneiras de representar o crime e a justiça. Esta ininterrupta tentativa de reorientar as instituições de controle do crime e de revisar sua relação com um ambiente social em transformação foi muito mais uma questão de remendar soluções temporárias do que uma construção planejada (GARLAND, 2004, p. 239- 240).

As responsabilidades do controle foram redefinidas, entrando na estratégia de responsabilidade de combate ao crime à sociedade e às empresas privadas, “as novas criminologias rejeitam este ponto de vista institucional, vendo o crime de uma perspectiva social e econômica que nada deve ao processo de aplicação da lei” (GARLAND, 2004, p. 275).

Onde a velha criminologia se preocupava em disciplinar delinquentes ou puni-los, a nova abordagem identifica oportunidades criminosas recorrentes e busca administrá-las através do desenvolvimento de controles situacionais, que tornará menos tentadoras ou vulneráveis. Situações criminogênicas, “produtos visados”, “locais visados” – estes são os novos objetos de controle (GARLAND, 2004, p. 276).

Assim, já que na pós-modernidade o crime começou a ser visto como uma decisão, tais indivíduos passaram a ser diferenciados em algum sentido *extrassocial*. Isto é, os ideais de solidariedade passaram a dar lugar aos imperativos mais básicos de segurança, economia e controle.

Garland leva a crer que a nova cultura do controle do crime, nascida da angústia e do medo, ao final do século XX, provavelmente se propagaria por muito tempo, mesmo que suas causas desaparecessem. Isso se deve aos novos investimentos estabelecidos com os arranjos institucionais, que produzem benefícios específicos, prioritariamente para grupos sociais que estão mais distantes do crime.

Essa nova “jaula de ferro”, como é nomeada pelo autor, pode continuar a ser atraente para o Estado de Lei e ordem, devido aos seus lucros nas esferas públicas e privadas. Contudo, essa segregação pode em longo prazo se transformar numa espécie de Estado-*apartheid*, em que se torne cada vez mais aparente a exclusão penal para com as minorias raciais.

Nesse sentido, os pesquisadores da história apontam o padrão recorrente de que as mudanças sociais trouxeram, subsequentemente, esforços no sentido de reimposição do controle e da ordem. A liberdade e o aproveitamento pessoal de uns passou a depender do controle exercido sobre grupos excluídos, aos quais hipoteticamente não se poderia confiar a liberdade.

Apesar do poder punitivo por parte do Estado possuir a característica fundamental da limitação

la características fundamental del poder punitivo del Estado es que emana de una Costitución propia de um Estado social y democrático de Derecho, la que, al mismo tempo que lo otorga, limita su extensión, sometiéndolo a los principios que la inspiran al servicio de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político – que há de ser entendido em el sentido de ideológico –, valores superiores del Ordenamiento jurídico proclamados em el artículo primero” (MATEU, 1999, p. 106-107).

Essa medida é tomada para evitar os abusos por parte do Estado, ou para evitar desajustes que venham a ser produzidos. É nesse sentido que se apresentam os defensores do direito penal mínimo também denominado de garantismo penal, cognitivo ou de estrita legalidade. Luigi Ferrajoli, um dos maiores divulgadores desse direito o conceitua

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do estado em garantia dos direitos do cidadão. [...] Em um segundo significado, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, Põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. [...] Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista

exclusivamente externo (FERRAJOLI, 2006, p. 785-787 *apud* FERREIRA).

Ferrajoli compreende que o garantismo penal, resguarda a preservação de valores importantíssimos à sociedade, como o Estado da democracia e os direitos humanos, dentre outros. Ao lado de outras normas ele “assegura a proteção dos direitos individuais que constituem a promessa garantista básica do Estado de direito” (FREITAS, 2002, p 3).

O garantismo penal, podemos assim dizer, corresponde à ideologia dos Estados liberais, já que há uma apreciação da necessidade da conservação das liberdades individuais, e de uma busca por um Estado de direitos, dessa maneira, temos:

No plano jurídico, a noção de Estado de direito, na sua origem, conforme afirmei, corresponde ao politicamente se denomina de Estados liberais, Estados liberais-burgueses ou Estados liberais-clássicos. Nesta acepção, ensina a doutrina que por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devam ser exercidos no âmbito das leis que os regulem, salvo direitos de um cidadão recorrer a um juiz independente para que seja reconhecido e refutado o abuso ou o excesso de poder. Logo a ideia básica presente no conceito de Estado de direito é a que, enquanto Estado politicamente liberal, cabe-lhe **defender a sociedade do Estado**, o que pretende conseguir mediante a técnica formal da divisão dos poderes e o princípio da legalidade (FREITAS, 2002, p 7-8).

Freitas alerta que os direitos humanos são bem mais complexos que os direitos individuais, e afirma que a existência de um Estado liberal não é garantia de uma vigência dos direitos humanos, já que a doutrina ainda se apega ao fato de que o Estado tem como função, apenas o impedimento dos malefícios que os indivíduos podem cometer uns contra os outros, assim, para criticar tal teoria, o referido autor cita Bobbio para corroborar seu pensamento, quando este afirma que “tal concepção, como se sabe, encontra-se ultrapassada, pois a passagem do Estado liberal para o Estado social é assinalada pela passagem de um direito com função predominantemente protetora-repressiva para um direito cada vez mais promocional”

Para Michel Foucault, o modelo de Estado liberal “se ocupa em respeitar os sujeitos de direitos e a liberdade de iniciativas dos indivíduos” (FOUCAULT, 2009, p. 518), contudo, o filósofo alerta que o liberalismo apela para as normatizações como forma de controle sobre a população “a participação dos governados na elaboração das leis, num sistema parlamentar, constitui o modo mais eficaz de economia governamental” (FOUCAULT, 2009, p. 520) isso como forma de estratégia para exercer as relações de poder.

O garantismo penal pode conviver com o liberalismo e em harmonia, “todavia, deve-se admitir que as chamadas “liberdades burguesas”, que em sua origem explicam o direito penal garantista, nem por isso estão imunes às severas críticas que, em última análise, terminam por colocar em xeque as próprias bases do garantismo” (FREITAS, 2002, p. 24).

Essas relações de poder Estatal, por vezes, excluem por inteiro a possibilidade do garantismo penal, dando lugar ao seu oponente, o direito penal máximo, que é a tendência dos Estado intervencionistas, a exemplo, “O direito penal do Estado totalitário é um instrumento voltado para o controle social por meio do terror, em que os indivíduos não é um fim de sua atuação” (FREITAS, 2002, p. 30). Nesses modelos de Estado Autoritário/totalitários, o direito penal é fundamentado na prevenção e na ideologia de defesa social (ou segurança nacional) e não em pré-requisitos que fundamentem as formalidades processuais, porque estipula um modelo subjetivo inquisitivo de produção das provas dentro da cognição de um crime e atribuição da responsabilidade por sua prática.

Assuério Ferreira descreve o conceito de totalitarismo sob a ótica de Hannah Arendt. Ele afirma que “pode-se deduzir em Arendt que o totalitarismo é simultaneamente movimento e governo que objetiva a dominação total das almas e consciência, suprimindo de forma absoluta a esfera pública (FERREIRA, 2000, p. 55). Para a manutenção desse poder, o governo totalitário utiliza-se do terror e da doutrinação ideológica das elites para tornarem-se vigilantes da sociedade e segregare os indivíduos considerados indesejáveis. “Os movimentos totalitários empregam o socialismo e o racismo esvaziando-os do seu conteúdo utilitário, dos interesses de uma classe ou de uma nação”

(ARENDRT, p. 1998 397). Esse racismo desenvolvido pelo totalitarismo promove políticas extremas contra as pessoas socialmente indesejadas por parte da ideologia totalitária, transformando-os em criminosos ou suspeitos: classes perigosas.

2.1 O Direito Penal do Inimigo Como Estratégia de Política Criminal

Para alguns teóricos, o direito penal moderno deve possuir uma certa flexibilidade para que atenda aos diferentes tipos de figuras típicas da razoabilidade da pena. Os defensores da flexibilidade penal dividem esse direito em dois, conforme Sánchez:

A meu juízo seriam em “duas velocidades” do direito penal. Uma primeira velocidade, representada pelo direito penal “da prisão”, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios políticos criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção (SANCHEZ, 2002, p. 149)

Entretanto, há ainda quem defenda que o direito penal deveria admitir uma terceira velocidade, onde as penas, principalmente as de privação de liberdade, sofressem uma revitalização, em que algumas garantias processuais e político-criminais fossem diminuídas para aquele indivíduo que abandonou seu *status* de cidadão quando se afastou das normas jurídicas direcionadas ao convívio social.

Essa política criminal foi difundida com a terminologia de *Direito Penal do Inimigo* por Günther Jakobs, que passou a defender que o direito penal deveria ser dividido entre o direito penal do cidadão (primeira e segunda velocidades da reação punitiva) e o do inimigo (terceira velocidade), onde a pessoa considerada perigosa e daninha mereceria ter seus direitos diminuídos ou, até mesmo, retirados em nome do *bem-estar* e equilíbrio do coletivo. A gramática do direito penal do inimigo restaura, com uma nova roupagem, institutos procedimentais

criminais desenvolvidos no Ocidente a partir das históricas perseguições dos “outros oprimidos”, como durante o medievo católico, a inquirição das “bruxas”, aniquilando qualquer resistência ou divergência feminina ou, ainda, a perseguição dos hereges e o controle social e territorial das profissões religiosas suspeitas para o catolicismo, como os judeus e os mulçumanos, confinados, respectivamente, nas judiarias e mourarias (BATISTA, 2002).

Assim, para Jakobs, as garantias não estavam sendo negadas, visto que, o inimigo não deveria ser tratado como um cidadão comum (pessoa=sujeito de direitos), ao contrário, deveria haver uma proteção ampla do direito penal ao seu verdadeiro destinatário, que é o corpo social identificado pela ordenação normativa e que vislumbra ter sua identidade conservada e não lesada pela divergência radical e inimiga. Daí sua teoria da pena centrar-se no modelo de uma prevenção geral positiva fundamentadora, no sentido de que as penas devem ser aplicadas para confirmar uma identidade social projetada a partir do Estado ou conservar de maneira fundamental esta identidade projetada. A função da pena é a conservação da identidade social projetada a partir do Estado, por intermédio do seu poder de ordenação social,

Portanto, o Estado pode proceder de dois modos, com os delinquentes: podem vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou pessoas que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação. Ambas perspectivas têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que também possam ser usadas em um lugar equivocado. [...]. Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas (JAKOBS, 2007, p. 42).

Esse indivíduo que supostamente abandonou os preceitos do Estado democrático é representado, de acordo com esta concepção, pelos delinquentes habituais e membros de organizações criminosas e terroristas, e fundamentando-se em argumentações de Rousseau e Fichte, de que todo delinquente é um inimigo, Jakobs defendia que para o combate dessas hipóteses de delinquência (habitual e organizada), devem ser utilizados os

mesmos procedimentos de uma guerra, “esta guerra tem lugar com legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário o inimigo é excluído” (JAKOBS, 2007, p. 47).

Assim, a transição entre cidadão e inimigo se faz através da reincidência criminosa, ou *delinquência profissional*, que selaria a periculosidade daquele agente para a sociedade. Nesse sentido, essa política criminal seria a do *não direito* para essas *não pessoas* e, conseqüentemente, *não cidadãos*. Cabe salientar que, como afirma Zaffaroni,

“a proposta de Jakobs era de *boa-fé* quanto ao futuro do Estado Constitucional de Direito, tendo em vista que a aplicação do direito penal do inimigo serviria para a não contaminação de todo o direito penal e ambos funcionariam em conjunto para o funcionamento sadio do Estado de Direito” (ZAFFARONI, 2011, p. 159).

Enfim, uma proposta que busca preservar a presumida identidade histórico-liberal do Ocidente, contra os pretensos inimigos desta ordem civilizada.

Apesar de, oficialmente, os governos, casas legislativas e operadores do direito não reconhecerem o emprego da terceira velocidade do direito penal, o direito penal do inimigo, ele vem sendo reproduzido e aplicado em situações atípicas de processamento e punição de criminosos, mesmo se negamos a presença dos institutos autoritários que legitimam este modelo político criminal. Por vezes, o inimigo pode ser modificado, não sendo apenas o delinquente habitual ou o criminoso profissional, mas aquele com o qual o cidadão de bem não se identifica, ou a figura que ele não aceita como o seu próximo.

O direito penal é a parte do direito que estabelece normas para a punição daqueles que deixam de cumprir as leis. Seja o direito penal material ou o direito processual penal, a finalidade é a punição ou aplicação de uma pena, uma vez provado o descumprimento da norma.

Por ser um ramo do direito que disciplina o uso da força pública ou do Estado contra os indivíduos, o direito penal tem sido tratado com muito cuidado

pelos legisladores com fundamento no princípio geral da reserva legal, ou seja, o princípio segundo o qual não há crime senão aqueles expressamente previstos em lei. Por este ângulo, o direito penal é dirigido para os cidadãos de um determinado estado. Ou seja, aqueles que estão subordinados e reconhecem um determinado ordenamento jurídico como sendo seu.

Acontece que, a simples aplicação de punição aos transgressores das leis mostrou-se insuficiente como instrumento para a manutenção da ordem e da unidade do Estado, exigindo assim que, além de punir, o Direito Penal passasse a se preocupar com a ressocialização dos punidos, ou apenados. Deste modo, emerge as chamadas políticas nesta direção, que tentam combinar prevenção do delito e ressocialização do apenado.

Grosso modo, em grande parte dos Estados Modernos, o Direito Penal é a combinação de punição, prevenção e ressocialização do punido. Partindo disso, o protagonismo destes três componentes combinatórios do Direito Penal se apresenta de acordo com a conjuntura e com o que cada território estadual postula politicamente em determinados contextos.

Contrariando esse critério geral definidor do Direito Penal, surge a teorização que postula dividir o Direito Penal em Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo. O primeiro a ser aplicado àqueles a quem o Estado atribui o estatuto de cidadão, e o segundo a ser aplicado àqueles que o Estado considera seus inimigos.

Toda política pública Penal tem como uma de suas bases os componentes combinatórios que são: prevenção, punição e ressocialização. Porém, se uma determinada política pública reconhece a necessidade do direito penal do inimigo, ela postula identificar e classificar quem é cidadão e quem é inimigo do Estado. Visto que, para os considerados cidadãos, existem as garantias legais oferecidas pelo Estado, enquanto que, para os inimigos, estas garantias são dispensáveis.

Quando se trata de aplicação de políticas públicas penais para inimigos do Estado em uma situação de guerra, já existem os tratados internacionais que disciplinam a matéria, porém não há como considerar inimigo do Estado uma pessoa que, por direito, pertence a esse estado sem violar fortemente os direitos

fundamentais dessa pessoa. Isto só é possível se admitirmos que a partir de determinadas condutas o indivíduo passa aos status de não-cidadão, ou melhor, torna-se um não-pessoa. O grande fundamento de uma política pública baseada no Direito Penal do Inimigo é a despersonalização do indivíduo.

Qualquer política pública vinculada à teoria do Direito Penal do Inimigo deve admitir que uma pessoa pode perder a condição de sujeito de direito tornando-se apenas objeto do direito. Pois, do contrário, não faz sentido fazer a diferença entre Direito Penal para cidadão e Direito Penal para o inimigo, uma vez que o cidadão é o indivíduo que reconhece a soberania do Estado, a este sendo fiel, inclusive para submeter-se às suas punições e penas, enquanto que, o inimigo é o indivíduo considerado potencialmente delinquente e que não está disposto a submeter-se às punições aplicadas pelo Estado.

Não é possível negar a força do discurso do direito penal do inimigo em um contexto de profunda desigualdade social, em que os delitos podem ser mapeados, possuem territorialidades e podem ser associados a determinado segmentos sociais, ou seja, a possibilidade de identificar o inimigo público por estes critérios é significativa. Ademais, esse discurso começa a ganhar uma forte adesão popular, visto que, há uma necessidade das populações de serem reconhecidos como cidadão de bem e não como o inimigo do Estado. Um exemplo desta adesão é a tentativa de identificar nos adolescentes pobres os inimigos da ordem pública e fazer com que estes sejam alcançados pelo Direito Penal através da redução da maioria penal. Além disso, outro exemplo de grande adesão popular é a política antidrogas, que atribui ao tráfico o estatuto de inimigo público.

A adesão popular para políticas públicas fundamentadas no Direito Penal do Inimigo decorre também da impotência da sociedade em resolver suas contradições econômicas e sociais, buscando, porém, no Direito Penal, soluções que só podem ser encontradas em políticas de outro gênero. Aproveitando-se desta impossibilidade da sociedade, o Estado usa de estratégias de políticas criminais mais rigorosas criando a falsa impressão de ter encontrado as causas e as soluções para os problemas. Com o discurso do direito penal do inimigo,

além da adesão popular, justifica-se o uso indiscriminado da força pública e o direcionamento de recursos para o controle e o policiamento dos cidadãos.

O direito penal do inimigo, como estratégia de política criminal, implica apostar na punição como meio de dissuadir a prática dos delitos quando se trata daquele tipo de delito que não pode ser tolerado pelo Estado sem colocar em risco a existência do próprio estado de direito. Embora os críticos do direito penal do inimigo o considerem uma espécie de *não direito*, é inegável que nos momentos de crise da segurança pública aponta-se às reformas do direito penal na direção desta teoria como uma possível saída para a crise.

A oposição entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo não é absoluta, e suas semelhanças são ressaltadas sempre que um crime hediondo de grande repercussão social é praticado ou quando ataques terroristas são praticados contra civis. Assim, podemos dizer que a teorização sobre o direito penal do inimigo como uma estratégia de política criminal pode invocar em seu favor vários exemplos em que essa política parece ser a mais adequada para assegurar a segurança pública dos cidadãos de um Estado.

No Brasil, conforme Silvio Couto Neto, a situação da aplicação do direito penal vem se mostrando caótica e nada tranquilizadora,

o que se percebe em nosso país, ao longo de sua história e nos dias atuais, como se conclui na leitura dos capítulos anteriores, é que da aplicação do direito penal, decorre efetivamente um tratamento desigual em relação aos desiguais; contudo, esse tratamento tem a tirânica função de desigualá-los ainda mais. O Estado, considerado idealisticamente como um ente destinado a consecução do bem comum, da assistência aos mais fracos e à proteção de todos, demonstra-se como já disse Marx, um “comitê para gerenciar os assuntos comuns de toda a burguesia”, um local onde se cristalizam e se reproduzem as ideologias e condições materiais para a manutenção do “Status quo” existente que, certamente não é o mais interessante para pelo menos dois terços da nossa população (COUTO NETO, 2009, p.169).

Isso ocorre desde a fundação do país, em que a maioria da população é considerada pelos mais abastados como os “outros” e esses outros não merecem nenhuma proteção ou atenção por parte do Estado, já que são *ninguém* e com isso “lhes negam os mais primários e indispensáveis direitos,

como a defesa digna e eficaz dentro do processo penal e, o que é pior, dissemina-se, até entre os próprios abandonados pelo Estado” (COUTO NETO, 2009, p.169).

Esse *racismo punitivo* brasileiro teve suas origens na influência do pensamento jurídico-penal de Portugal, e se deu na iniciação da normatização brasileira a seguir o comportamento dos seus cidadãos, acontece que na constituição de 1922, negros e homens livres pobres não eram contemplados com esse *status*, “o código de processo criminal era um conjunto de normas e determinações práticas que orientar o funcionamento do judiciário, sendo, portanto, um instrumento elaborado por e para um segmento específico da classe dominante: as autoridades judiciárias e policiais” (NEDER, 2000, p.185).

O Brasil contemporâneo ainda nos apresenta uma justiça penal seletiva, não mais pela descrição nas normas, mas em sua aplicação. Para Misse, há uma ideologia no país de que, ao longo do processo de desigualdade social, nosso povo foi formado em sua maioria por ladrões, vagabundos e delinquentes, “Foi sob o influxo dessa torrente do imaginário social que se constitui uma estranha e ambivalente relativização do que seja incriminável neste país: prisões cheias de pequenos ladrões, contraventores desocupados atravessam décadas falar em diferentes tipos de ladrões – na política, na economia e na alta sociedade- que jamais serão presos” (MISSE, 2011, p. 273).

O direito penal em nosso país tem agido através de políticas segregacionistas, policialescas, de *limpeza do inimigo*, higienização social, uma verdadeira eugenia jurídica, não apenas em relação à sanção do descumprimento de uma norma. A sociedade rotula, o Estado normatiza e a economia segrega quem deve ser considerado um perigo social e conseqüentemente marginalizado.

Em nome da segurança da sociedade e em sua defesa, como citou o próprio Foucault, nesse sentido podemos relacionar com o que postula a teoria do Direito Penal do Inimigo, a Sociedade e suas normalizações. O Estado se fundamenta em estratégias que vão desde o policiamento individual do sujeito até a governamentalidade que atinge as populações. Essas estratégias se manifestam através de políticas públicas que discursivamente evocam e dizem

garantir a segurança, a defesa social, a proteção da família, o controle de natalidade, o controle dos corpos, as campanhas da saúde e da educação. Em suma, a verdadeira governamentalidade do homem e de suas populações. Sobre o Estado está toda a razão do governo dos vivos, como diria Foucault. Talvez por isso, podemos justificar que este mesmo estado tenha a competência para diagnosticar quem faz parte dele, quem se configura cidadão, e quem o desrespeita, torna-se inimigo.

2. 2 Direito Penal e Estruturas Sociais

Da passagem do poder soberano para o biopoder, é possível afirmar que o controle das populações afeta, principalmente, as camadas sociais menores, subordinadas, marginais. A governamentalidade é exercida, por parte do Estado, especialmente para as classes sociais rebaixadas, para aqueles que oferecem algum perigo ou que podem um dia oferecer, como é o caso das crianças que vivenciam desde cedo um cotidiano pautado na pedagogia punitiva.

A respeito desses perigos, é possível perceber que o racismo punitivo tem como principal público-alvo indivíduos marginalizados: mendigos, loucos, homossexuais, mulheres históricas, pervertidos, entre outros. Na sociedade disciplinar, o direito penal se configura como interesse das classes dominantes. Toda a manutenção do aparelhamento penal do Estado tem como propósito a manutenção da ordem, a condução da população e a reprodução de subjetividades, e a sociedade moderna tem toda sua base estrutural ética, política e pedagógica na punição dos desviantes. O Direito Penal postula essencialmente controlar essas condutas para que elas não sejam errantes. O que acontece é que todo esse sistema punitivo moderno é, ao mesmo tempo, resultante e resultado das desigualdades sociais, pois toda sociedade é constituída por grupos sociais que dominam e grupos sociais dominados. O controle social advindo do Biopoder, fundamento do Direito Penal, mantém essa conjuntura social que seleciona, exclui, estigmatiza as classes sociais menos favorecidas.

Em nosso país, isso fica muito claro com a criminalização do negro, do pobre, do favelado, do usuário de drogas, das crescentes campanhas pela redução da maioria penal. No Brasil, essa punição seletiva vem se estendendo ao longo da história, para Stucka, “Na definição de direito feita por nós, indicamos uma das suas características o fato de ser *tutelado pela classe, mediante a um poder organizado*” (STUCKA, 1988, p. 51).

Para a compreensão dos fundamentos políticos e jurídicos do sistema penal brasileiro contemporâneo, faz-se necessário um retorno as suas bases ibéricas de formação. Conforme Nilo Batista, se buscarmos a fundo a origem dessa influência, perceberíamos que esse dualismo social que aponta o anormal, o inimigo social, o descaminhante, já fundamentava as formas de punição do povo germânico antigo, que já se utilizava de penas contra o “estranho”, aquele que foi banido da comunidade, que por algum crime cometido não teria mais lugar na organização política¹⁴ (BATISTA, 2002, p. 36). Batista descreve o estranho:

Detenhamo-nos agora sobre esses homens solitários, famintos e maltrapilho, que se internam nas florestas ou caminhavam sem destino nos invernos nórdicos. Algumas vezes lograram encontrar companheiros de desgraça, e compuseram bandos armados, imitando a estrutura *Gefolgschaft* [...]. Sua origem é múltipla. Pode tratar-se de quem tenha cometido um ato de covardia na guerra e se viu excluído, por covarde, porém não morto, por ser livre. Pode trata-se de um *Friedlos*, uma caça humana que a assembleia do *Bund* quis suprimir do convívio de todos como resposta à violação a *ewa*. Ou pode ser simplesmente um homem cujo passado e procedência se ignoram [...]. Todos esses estavam fora do âmbito da proteção jurídica do *Bund*, banidos do igualitarismo da *ewa*. Pensamos em chamá-los de

¹⁴ A organização social do povo germânico era formada por uma coesão grupal familiar especialmente intensa; o indivíduo extrai do clã ao que está filiado (*Sippe*), para além de auxílio e solidariedade, a essência – repassada de religiosidade – de sua integração e reconhecimento sociais, ou, como se diria hoje, de seu “pertencimento” social. [...]. Já a organização política se dava através de outras modalidades de associações, ancoradas na *Sippe*, deixaram vestígios, como as *gildes*, toscas sociedades comerciais de povos nórdicos que se ocupavam das aventuras do tráfico marítimo. [...] *as longas rivalidades das* estirpes, potencializadas pelas escaramuças desses grupos belicosos, daria lugar a uma forma associativa superior, um estágio intermediário entre a organização tribal do passado e a organização estatal do futuro. Estamos nos referindo a uma liga de várias *Sippen*, a criação do *Bund*. Sem intervir nos tradicionais processos internos de cada grupo familiar, o *Bund* se apresentava como instância capaz de reunir suas forças na defesa e preservação de interesses comuns. Paralelamente à paz (*fridr*) de cada *Sippe*, *àquele* devir sempre possível sob a garantia de forças naturais e totêmicas, surge uma outra paz, de caráter convencional, pactuada, chamada *ewa*. [...] temos aí um conceito jurídico, exprimindo o objeto fundamental de um tratado não escrito entre diversas *Sippen* (BATISTA, 2002, p. 27-35).

ban(d)idos, se não nos ocorresse a palavra estranho. O estranho, ou seja, aquele que não é conhecido, que não integra as estruturas familiares e grupais da organização social germânica ou foi dela removido, é o grande alvo de suas práticas penais [...]. As práticas penais do direito germânico antigo guardam total compatibilidade com sua experiência social, e suas marcas atravessariam séculos e oceanos. A hostilidade ao estranho, encarnado mais tarde em tantos personagens históricos distintos, será influência duradoura (BATISTA, 2002, p. 36-37).

Desde os primórdios das civilizações, as punições se direcionavam ao considerado vencido, mais fraco, ou para aquele que não era visto como seu semelhante. O sistema penal por séculos já tinha um direcionamento “os sistemas penais nunca erram na seleção de seus alvos” (BATISTA, 2002, p. 126), seja essa penalização pública ou privada. A punição privada era direcionada aos escravos, os quais eram punidos pelos seus “senhores” para disciplinar os que de alguma maneira foram insubmissos às normas domésticas, essas penas iam de tortura até a morte, as penas privadas eram por vezes aplicadas a homens livres, “a massa brutalizada de servos, libertos *in obsequio*, pobres camponeses acientelados, posseiros (precária) e velhos coloni inviabilizados, esta massa de homens assustados e inseguros, cujas mãos grossas conduziam o trabalho humano por toda Idade Média (BATISTA, 2002, p. 127).

As convenções sociais regem as necessidades das punições, sejam verticais ou horizontais, fato é que o objetivo primordial das políticas criminais no decorrer do tempo é a necessidade de moldar os homens para políticas e para o trabalho, e com o fim da escravidão era necessária uma nova força de trabalho para enriquecimento das classes e manutenção do Estado. Nos séculos XVII, XVIII e principalmente no XIX, as políticas de desenvolvimento e higienização apontam para a necessidade de acabar com a ociosidade e vagabundagem, que poderia além de atrasos no crescimento estatal aumentar a criminalidade, o que fazia necessária a intervenção social, a aplicação de políticas preventivas com caráter de higienização.

Ao analisar as políticas de assistência social nos Estado Unidos, nos anos 90, Loic Wacquant (2003) denuncia um Estado penal e policial, onde as políticas desenvolvidas aumentam cada vez mais os privilégios dos mais ricos e

diminuem as garantias da população vulnerável, as ações sociais são realizadas em forma de paliativo e ações disciplinares possuem um caráter de atingir as camadas das classes inferiores. A reforma na assistência social dos EUA não tinha por finalidade a diminuição da pobreza, mas

o objetivo declarado desta lei é reabsorver não a pobreza, mas a pretensa dependência das famílias assistidas em relação aos programas sociais[...]. Estas medidas são populares junto ao eleitorado das classes médias brancas”, pois “a ideia fixa continua a ser que a assistência aos pobres só serve para manter na ociosidade e no vício os habitantes do gueto”(WACQUANT, 2003. p. 41)

Wacquant denuncia que essas novas normatizações levam ao efeito oposto do desejado, com a diminuição da ajuda governamental no sustento de muitos que vivem abaixo da linha da pobreza, poderia viver num estado de miserabilidade que os levariam até a morar na rua, aumentando ainda mais os índices de violência e insegurança por parte da população. O Estado retira benefícios e incentiva generosamente a busca por emprego, mas as oportunidades são deixadas nas mãos dos empresários, detentores do apoio que os políticos almejam.

As políticas estatais, como as citadas por Wacquant, em alguns contextos servem como enquadramento dos pobres que, por vezes, com a falta de um amparo estatal, se encontram dependentes da “boa vontade” dos detentores do dinheiro privado, as empresas, tornando-se mão-de-obra barata e submissa. Aqueles que se decidem pelo mercado informal são “empurrados” para os guetos que crescem em população e conseqüentemente em problemas sociais, tais como a violência, assim o Estado social vai se desfazendo e dando lugar ao estado penal, “primeiro abrigo para as desordens sociais e ponto de entrada para o “arquipélago carcerário”, as casas de detenção do condado transformam-se em gigantescas empresas de depósitos e triagem das populações pobres e dos precários (WACQUANT, 2003. p. 63).

Assim, depois do aumento da violência, surgem outras políticas, agora de vigilância e os serviços sociais não mais ajudam, agora são instrumentos de controle para essas “novas classes perigosas”, “a prova disso é a onda de

reformas voltadas nesses últimos anos em vários estados, condicionando o acesso à assistência social à adoção de certas normas de conduta (sexual, familiar, educativa, etc), e ao cumprimento de obrigações burocráticas onerosas ou humilhantes (WACQUANT, 2003. p. 28). Essas sujeições impostas pelo Estado alimentam ainda mais a linha de separação social entre classes, já que, silenciosamente, vai-se anulando esses indivíduos indesejados da sociedade através de atos legítimos.

O capitalismo vai ditando, por vezes, as políticas sociais, essas por sua vez influenciam as políticas criminais, o Brasil seguindo os modelos dos países desenvolvidos criminalizou desde a abolição dos escravos aqueles indivíduos que não se mostrassem como força de trabalho para o desenvolvimento econômico do país, “No Brasil, abolida a escravidão e proclamada a República, o Código Penal de 1890 trazia a mesma receita: em seu artigo 399 punia a *vadiageín*, e em seu artigo 206 punia a *greve* (definida como "cessação ou do trabalho para impor aumento ,ou diminuição de ou salário")” (BATISTA, 1990, p.36), foi se perpetuando em outras normatizações conforme Nilo Batista:

O teorema jurídico era o mesmo: não trabalhar é ilícito, parar de trabalhar também. Em suma, punidos e mal pagos. A ditadura militar forneceu um modelo muito legível dessas relações. Enquanto a política do arrocho salarial assegurava às multinacionais a mão-de-obra mais barata do mundo, o sistema penal tratava de prender vadios e grevistas. Se a prisão dos vadios era uma rotina que cumpria outras funções (porque, em certo sentido, os vadios eram funcionais para o regime, enquanto compunham o "exército de reserva" daquela mão-de-obra mais barata do mundo), os grevistas paralisando a produção, atrapalhavam a assadura política do famoso bolo que um dia - como esquecer? - seria dividido (BATISTA, 1990, p.36).

É percebida a existência de uma parceria entre a classe dominante e o Estado, que se apresenta através de comutatividade de favores, o Estado necessita da força econômica do privado para gerir suas atividades, já os detentores do dinheiro necessitam de ferramentas que dominem as classes inferiores para a utilização de sua força motora. Roberto Machado ao refletir sobre o poder disciplinar e sua função de adestramento sobre os indivíduos,

conclui que este exercício das formas disciplinares de organização política possui por finalidade, com relação aos homens:

aumento do efeito de seu trabalho, isto é tornar os homens força de trabalho dando-lhes uma utilidade econômica máxima; diminuição de sua capacidade de revolta, de resistência, de luta, de insurreição contra ordens do poder, neutralização dos efeitos do contrapoder, isto é, tornar os homens dóceis politicamente (MACHADO, 1993, p.16).

A finalidade econômica justifica a utilização de tais medidas, aquele que não deseja um caminho de sofrimento na sociedade, deve tornar-se útil a ela, cada pessoa deve se adequar ao seu lugar social. Quando alguém se rebela com essa divisão, é visto como um cidadão indigno das benesses do Estado e das garantias e direitos. Trata-se de um divergente que merece ser controlado pelas formas institucionais construídas neste sentido. Por isso:

Quando alguém fala que o Brasil é "o país da impunidade", está generalizando indevidamente a histórica imunidade das classes dominantes. Para a grande maioria dos brasileiros - do escravismo colonial ao capitalismo selvagem contemporâneo - a punição é um fato cotidiano. Essa punição se apresenta implacavelmente sempre que pobres, negros ou quaisquer outros marginalizados vivem a conjuntura de serem acusados da prática de crimes interindividuais (furtos, lesões corporais, homicídios, estupros, etc.). Porém essa punição permeia principalmente o uso estrutural do sistema penal para garantir a equação econômica. Os brasileiros pobres conhecem isso. Ou são presos por vadiagem, ou arranjam rápido um emprego e desfrutam do salário mínimo (punidos *ou* mal pagos): Depois que já estão trabalhando, nada de greves para discutir o salário, porque a polícia prende e arreventa (punidos e mal pagos) (BATISTA, 1990, p.38-9).

Já para as classes dominantes, seus direitos parecem ser inatos. Por isso, na qualidade de cidadão, ele está passivo ao erro e pode ser punido com direitos assegurados. Enquanto nas classes desfavorecidas, o sujeito é caracterizado historicamente por estigmas que podem classificá-lo como *anormal*, utilizando a terminologia da crítica foucaultiana, ou inimigo, partindo da teoria do Direito Penal do Inimigo. Ademais, é despersonalizado, vulnerável para ser considerado não humano.

Qualquer defesa em relação a essas disparidades de direitos é vista como uma passividade em relação ao crime. Atualmente, no Brasil, os militantes dos direitos humanos são vistos como “cúmplices dos criminosos”, essa falsa percepção social e midiática se torna mais grave, salvo raríssimas exceções, pela defesa ser em favor dos mais pobres, negros, excluídos socialmente. “É indispensável e urgente reformar as estruturas sociais, em benefício da justiça social, impondo uma inflexão nas desigualdades, reduzindo a miséria, expandindo a integração, a cidadania e radicalizando a democracia, em todos os níveis” (SOARES, 2006, p. 212).

No Brasil, é notório o “etiquetamento” do delinquente e esse fato não depende exclusivamente da conduta, ele também depende do lugar desse indivíduo na pirâmide social. Temos, então que:

O sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas [...] Seletividade, repressividade e estigmatização são algumas das características centrais de sistemas penais como o brasileiro (BATISTA, 1990, p. 25).

Portanto, ficam evidentes as condições adversas das camadas menos abastadas no Brasil. Há um processo de seletividade penal que se pendura no tempo e um racismo de direitos que fere os direitos individuais, humanos e sociais, retirando-lhes as garantias e os transformando em indivíduos à margem da sociedade. É possível perceber que a justiça criminal é seletiva e atinge grupos sociais que não estão estabelecidos, mas estão margeados não apenas moralmente, mas economicamente. Isso fica claro se analisarmos a classe social dos ditos delinquentes, que em sua maioria advém de classes sociais menos favorecidas.

O Brasil é destaque em desigualdade social, apesar dos avanços dos últimos anos, influenciando as formas de punição do nosso país. Como consequência disso, surge a cada dia mais poderes paralelos como resistência às punições seletivas, gerando o ciclo vicioso que alimenta e amplia essa desigualdade. As classes menos favorecidas, independente de ações criminais

já vivenciam um estado de subcidadania, pois não possuem garantias de direitos do Estado, pelo menos na prática. A marginalização desses subcidadãos antecede o crime, que, quando ocorre por um indivíduo de classe social menor, já é considerado delinquência pelo senso comum e validado por meios de comunicação de massa e até por segmentos da criminologia.

Esses cidadãos que não possuem cidadania plena, nem são titulares de direitos fundamentais, são considerados pelo senso comum devedores do Estado, numa total inversão de dívida em relação a quem é o devedor e o credor. Aos cidadãos menores o rigor do Direito Penal, enquanto às classes dominantes a segurança dos Direitos Fundamentais. Nesta ambivalência, as classes acabam assumindo papéis que possibilitam a existência contínua de um estado de guerra.

Carl Schmitt (2009), em *O conceito do Político*, descreve a política e a economia como resultado de um discurso social de amigo e inimigo do Estado. Essa noção binária já colocaria a sociedade em uma divisão de classes. Dialogando com o pensamento de Foucault, é possível perceber que as classes mais favorecidas, são consideradas pelo Estado produtoras, enquanto as classes menos favorecidas, apesar de “pegarem no pesado”, não são consideradas responsáveis pela produção e pelo crescimento social. De modo geral, essa noção de amizade e inimizade perpassa o âmbito jurídico e político, estando intrinsecamente imbrincada com o âmbito econômico. E o nosso sistema econômico tem como base indivíduos produtivos, indivíduos em ascensão econômica. Ele postula uma higienização social. Nele, vivemos em guerra velada uns com os outros, contínua batalha, vivenciamos uma constante competição. É preciso ser mais forte, saber mais, estudar mais, ter mais títulos, uma batalha constante para ser alguém, para não ser neutro, para ser aceito, absorvido como amigo, cidadão, apromado, caminhante.

Nessa guerra constante, somos necessariamente adversários de alguém, e de quem? Do inerte. Daquele que não quer progredir, que quer continuar onde está, não quer competir, para pelo caminho. O vagabundo, o que não quer estudar, o que não busca crescer por méritos. Na era da meritocracia, o que não

entra nessa competição, que separa a sociedade em uma estrutura binária de amigo e inimigo do Estado, se posiciona como inimigo.

Um exemplo desse racismo punitivo que classifica o criminoso, mesmo quando não existe um crime, é o caso do pedreiro Amarildo que desapareceu em 14 de julho de 2013, após uma operação da PM na favela da Rocinha. Em condenação dos policiais militares pela morte do pedreiro em janeiro de 2016, chegaram à conclusão que a operação *Paz Armada* foi responsável pela prisão e tortura do pedreiro que nunca teve seu corpo encontrado. Amarildo assim como tantos pedreiros negros e pobres são presos e acusados de crimes que cometem ou não, pelo Brasil afora, pois no imaginário popular do sistema econômico vigente, suas características físicas e sociais já atestam sua condição de suspeito, de delinquente, de inimigo.

A crescente proliferação da diminuição da menoridade penal demonstra que criminalizar jovens pobres amplia a proteção contra os inimigos do Estado. Levantar esta bandeira é se colocar como amigo do Estado e ascender a um status de guerrilha contra a criminalidade. Para isso, basta analisar uma descrição de um crime cometido por um menor pobre e um crime cometido por um menor de classe média. Os adjetivos não são em nenhuma hipótese os mesmos.

Infelizmente, esse dualismo amigo e inimigo do Estado vinculado à classe social em que o sujeito se encontra tem sido base não apenas do senso comum ou dos meios de comunicação de massa. Vivenciamos uma educação com bases pedagógicas num racismo punitivo vinculado à meritocracia. A gestão da biopolítica tem se fundamentado no par população-riqueza, calcada na atividade de conduzir a vida do outro como produtor de riquezas. Desalinhar deste projeto pedagógico significa inimizar com o Estado, ou desinteresse com o crescimento social. A educação que discursivamente postula diminuir a desigualdade social, na prática é uma educação empreendedora que alimenta a competição e a desigualdade social, pois fundamenta-se em um sistema econômico que segrega e que atrela sucesso, bondade, contribuição social e dignidade ao acúmulo de capital. Cada vez mais cedo, as crianças têm aprendido que serão punidas se não obedecerem e se não forem bem-

sucedidas, se não forem os melhores. A base pedagógica do dualismo premiação-punição seguirá com essas crianças até a vida adulta. Fazer parte de uma classe social abastarda é a maior das premiações, ser pobre é a primeira grande punição, que torna o indivíduo vulnerável a todo o sistema punitivo vinculado ao capitalismo.

Na obra de Nobeit Elias (2000) *Os Estabelecidos e os Outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*, o autor analisava como uma sociedade produzia indivíduos com o status de Estabelecidos e o status de *Outsiders*¹⁵. Neste sentido, ele observa como aqueles que não são considerados estabelecidos socialmente vivencia dificuldades no trabalho, na escola, e até mesmo como esses são julgados criminalmente. Grosso modo, os *Outsiders* independente dos crimes, são tidos como delinquentes em seus determinados contextos sociais. Para os estabelecidos, os *Outsiders* representam perigo, não são considerados amigos e uma das características dos *Outsiders* seria a condição social.

Em nossos dias, consideramos alguém estabelecido a partir de uma estabilidade financeira. Qualquer indivíduo que chega em uma determinada idade sem se estabelecer financeiramente recebe imediatamente o estigma de vagabundo, tornando-se um sujeito dentro da margem de classificação de delinquência. A condição econômica historicamente está associada às formas de punição de cada indivíduo.

Deste modo, nosso trabalho desenvolverá posteriormente o fundamento da teoria que caracteriza esse indivíduo *outro*, diferente, anormal, inimigo. Para isso, poderemos observar em que conjuntura social ele se enquadra e o que determina como perigo contínuo, a partir de um modelo de punição que consideramos que classifica e seleciona a partir de fundamento que ultrapassam as questões jurídicas.

¹⁵ Para Becker “outsider” seria, quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu, que pode ser vista como um tipo especial, alguém de quem não se espera viver de acordo com regras estipuladas pelo grupo.

III O RACISMO PUNITIVO NO BRASIL

Partindo do impasse entre a crítica ao racismo punitivo teorizada por Foucault em seus escritos genealógicos, o “segundo Foucault”¹⁶ foi o que esteve tão presente em nosso trabalho e nos possibilitou elaborar os pressupostos para criticar a postura político criminal do Direito Penal do Inimigo. Todavia, como aplicar essa crítica à realidade de vulnerabilidade em segurança vivenciada pelo nosso país, que nos permite, ao mesmo tempo nos deslocarmos das teorizações foucaultianas para pontuar o racismo punitivo em nosso país e sua contribuição para o punitivismo seletivo de determinadas categorias sociais assim como, igualmente, visualizar o problema da segurança pública nacional a partir de uma perspectiva foucaultiana dentro de um conjunto de “indisciplinas” que impõem um cotidiano violento? Grosso modo, sem antecipar se é possível nesse trabalho não apresentar as teorizações foucaultianas como uma *aporia de uma teoria do poder*¹⁷, diante da nossa realidade, nem proclamá-la como uma razão indiscutível para a crítica aos métodos punitivos da *biopolítica* em nosso país, vamos nos utilizar dos seus conceitos para efetivar uma análise bem particular da estrutura punitiva operada no Brasil.

O objetivo desse capítulo é essencialmente apresentar a manifestação do racismo punitivo no Brasil e como ele se fundamenta. Nosso intento não é nos posicionarmos diante desse dualismo, mas suscitar mais uma reflexão sobre a construção simbólica de um inimigo por parte do sistema punitivo que é envolvido pelo direito penal e de como o racismo de direitos age sobre ele diante da situação das múltiplas manifestações da punição no Brasil? O que

¹⁶ Nas palavras de Luciano de Oliveira” Levando em conta seus títulos principais, considera-se que há um primeiro Foucault, o da arqueologia, cujas obras representativas seriam História da loucura, de 1961, O nascimento da clínica, de 1963, As palavras e as coisas, de 1966, e A arqueologia do saber, de 1969; em seguida, o Foucault da genealogia, representado por Vigiar e punir, de 1975, e pelo primeiro volume da História da sexualidade: A vontade de saber, de 1976; e, finalmente, oito anos após dar à luz este último título, um Foucault com que não estávamos acostumados, um autor que publica concomitantemente os volumes II e III da mesma História, atento aos processos de “sujeição” dos indivíduos, interessado na “hermenêutica do sujeito” (OLIVEIRA 2011,p. 310).

¹⁷ Crítica de J. Habermas à teorização Foucaultiana sobre o poder, que segundo o autor é contradizente e insustentável diante dos reais problemas do cotidiano, pois não visa solucionar nenhuma questão prática, mas apenas é apresentado uma teoria cheia de aporias.

nos faz tentar compreender como estamos punindo ou ficando impunes no Brasil e em que se fundamentam nossos modelos de punição?

Para o professor Luciano Oliveira, da UFPE, em *Relendo Vigiar e Punir* (2011), não podemos recepcionar a obra de Foucault e especificamente um livro como *Vigiar e Punir*, sem muita cautela, pois, segundo o autor, o Brasil não seria uma sociedade disciplinar. Partimos dessa releitura de Oliveira com o intuito de demonstrar que na comunidade acadêmica preocupada com o Direito Penal, apesar de Foucault ser muito citado, ele não é tão bem recebido por representar uma crítica extremada aos autores denominados humanistas e reformadores clássicos do Direito Penal. Apesar de nosso trabalho ser fundamentado numa abordagem foucaultiana, por isso, encontrando-se passível de ser considerado extremado na crítica ao Direito Penal, é preciso compreender que quando voltado para os problemas do Brasil é necessário pontuar suas especificidades e até mesmo as dificuldades em não reconhecer a crítica de Foucault.

Michel Misse (2011) em sua obra *Crime e Violência No Brasil Contemporâneo*, esboça alguns argumentos tratados por Michel Foucault, fazendo um paralelo com a violência no Rio de Janeiro, demonstrando que apesar da realidade brasileira ser diferente das conhecidas e estudadas por Foucault é possível a utilização de temas e questões tratados por ele, desde que observando-se os graus de indisciplina e violência inerentes ao nosso cotidiano. Assim temos:

Vejamos agora, cuidadosamente, esse mesmo problema na escala de uma discursividade local, procurando refletir sobre interpretações da expansão da violência urbana. As grandes cidades brasileiras viveram e vivem ainda uma modernização contraditória, incompleta, complexa, que as tornam um objeto privilegiado de reflexões dos temas e questões propostos por Foucault. Questões como a convivência ou coexistência de duas ordens legítimas paralelas, que a é refletida pela lei constitucional e a que é refletida pela “lei do morro” (por exemplo, no Rio de Janeiro), em que a primeira não é praticada pela polícia, mas é reconhecida, e a segunda, que não é reconhecida, mas é praticada, produzem uma disjunção extremamente importante nos discursos que razoavelmente buscam, em suas interpretações da atual violência urbana no Brasil, pautar-se

por argumentos críticos e pela referência de uma cidadania ideal (MISSE, 2011, p.119-120)

O que não podemos desconsiderar é que o racismo punitivo, em qualquer contexto histórico-social, situa-se na concepção crítica foucaultiana do Biopoder, visto que se refere ao corpo dos acusados, que é afetado pela punição. Aqui no Brasil, a punição admitiu açoite do corpo desde a colônia, mantendo-se no código criminal do Império de 1830, restrito aos escravos. Aparentemente, a ordem liberal que se tentou incorporar a partir do período Imperial não alterou os parâmetros de diferenciação punitiva que existiam anteriormente (NEDER, 2000). Originalmente, o sistema punitivo observado no país tornou-se um fator importante em nossa história, desde a punição dos ditos não civilizados, como indígenas e negros, vítimas de perseguições, exclusões, segregações e chacinas e até a dizimação de etnias, à mancha histórica dos porões da ditadura militar que puniu comunistas, anarquistas e qualquer indivíduo que expressasse, de alguma forma, as “marcas de subversão”, seja nas características físicas ou ideológicas, os quais foram punidos com as mais horrendas torturas. Em nossos dias, não foi possível retirar essa marca da nossa identidade nacional, visto que, nosso país já foi denunciado internacionalmente por violências cometidas pelos próprios agentes de segurança do Estado.

Apesar do Brasil também ter passado por diversos momentos de transformações sociais, que condizem com o que pontua Foucault em seus vários cursos ministrados na década de 70 no Collège de France, quando afirma que, com o advento da Modernidade, as práticas punitivas do Poder Soberano, que postulava ferir e castigar o corpo com violências físicas perderam o espaço para a representação da racionalidade da punição que busca, prioritariamente, ferir a alma dos culpados e sujeitá-los a uma ordem social disciplinar. Da proteção ao corpo de soberano, a punição torna-se proteção ao corpo social. A crueldade de métodos que ferem o corpo do criminoso transforma-se nas práticas que, racionalmente e cientificamente, ferem a alma, moldando a vontade do sujeito e disciplinando-o. A aplicação de

pena com trabalho para os prisioneiros pode ser exemplificada como essa mudança das formas de punir que também alcançaram o nosso país.

Mesmo que essas transformações nos métodos de punição aqui no Brasil não sejam tão perceptíveis como ocorreu na França, elas também ocorreram em nosso país. Muito embora, nossas prisões ainda sejam referência de violência física e nossos avanços na defesa e conquistas da preservação dos Direitos Humanos sejam mínimos em relação à França.

No Brasil, a punição apresenta características muito seletivas, que geralmente associa criminalidade com pobreza, raça e espaço geográfico. Vivenciamos, em nosso país, uma punição regulada ou melhor observada sobre os parâmetros do racismo punitivo sugerido por Foucault, no mais amplo conceito do termo racismo, cisão: A seletividade penal observada no Brasil permite-nos esta análise.

3.1 A construção Cultural da Delinquência no Brasil

Nos textos do Foucault da década de 70, ele traça o itinerário da construção científica da noção de indivíduo perigoso, afirmando que o indivíduo que faz parte do nosso modelo de sociedade deve se reconhecer como sujeito de direito e, em prol desses direitos, ter consciência que é suscetível à punição e o castigo para preservar esse status de sua subjetividade. É preciso que o sujeito de Direito reconheça o direito punitivo para de fato ser titular de direitos. A ausência deste reconhecimento fundamenta a construção científica pautada na psicologização e medicalização da justiça da construção basilar da noção de delinquência a partir da modernidade.

O texto mais específico elaborado por Foucault sobre esse tema foi uma comunicação ministrada no simpósio de Toronto, em 24 de outubro de 1977, em que ele intitula e teoriza sobre *A evolução da noção de indivíduo perigoso na psiquiatria legal do século XIX*, refletindo sobre como essa construção foi sendo demonstrada racionalmente, através de debates entre juristas e médicos.(FOUCAULT, 2006). Esse texto nos leva à reflexão introdutória de como se construiu culturalmente, especificamente aqui no Brasil, a noção do

indivíduo delinquente, tão mencionado em discussões e nas apresentações midiáticas em nosso país.

Retomando Foucault, essa noção emerge a partir de uma nova *episteme* que centralizou o homem como objeto de estudo das ciências modernas, o que não foi diferente no Direito. Não basta mais saber e qualificar apenas o crime, mas quem protagoniza o ato criminoso, o delinquente. Com essa virada epistemológica vinculada ao protagonismo de objetivação do homem como objeto das ciências ditas humanas, surgiu a necessidade de descortinar a natureza do sujeito, classificá-lo para saber como punir diante os seus delitos.

Fundamentado nisso, Foucault acreditava que a concepção do indivíduo perigoso, do delinquente, se colocava a serviço de uma ficção social que passava pela construção de uma cultura punitiva de qualificação do sujeito de direito que perde seu status e é desqualificado pelos seus delitos e enquadrado como delinquente. Esse processo de mudança de status e desqualificação do sujeito de direito ao indivíduo delinquente, se agrega à noção da Escola Positiva do Direito Penal de periculosidade criminal que foi incorporado pela legislação brasileira e que fundamenta a construção Cultural da delinquência no Brasil

Dizia-se do Código que ele era uma má transposição do Código Italiano e, mais do que qualquer coisa, que se prestava ao exagerado *formalismo* agora violentamente criticado pelos juristas influenciados – se não *in totum*, ao menos parcialmente - pela nova escola jurídica: a do Direito Positivo. [...] o fato é que os positivistas faziam muita pressão sobre o código Penal. Afinal, já tinham uma tradição estabelecida quando ele fora aprovado [...]. Por isso, as pressões iriam se aprofundar tanto nos anos seguintes como nas décadas de 1930 e 1940. E, por isso, também, deixariam suas marcas tão fortemente registradas. Construíam, justamente com oponentes ou simpatizantes, um campo de batalha política e cultural que deu dimensão completamente nova ao mundo do crime e da lei, do cidadão e do Estado, da liberdade e da vida pública (CANCELLI, 2001, p. 331-249).

Apesar da tentativa de todos os ramos das ciências humanas, como psicologia, sociologia, antropologia, pedagogia e direito, elas não conseguiram ainda desenvolver um conceito de forma homogênea e universalmente válida

para a noção de delinquência, que é usado, por exemplo, pela psicologia contemporânea, principalmente quando se refere aos menores em conflito com a lei, como um comportamento delinquente, visto que, é colocado como algo momentâneo, e quando persiste e se torna uma conduta mais recorrente entre crianças e adolescente é tratado como delinquência juvenil, estabelecendo critérios para a definição de uma personalidade – característica mais permanente do ser. Para a nova psicologia contemporânea que recorre às críticas foucaultianas, a nomenclatura pura de delinquente carimba o indivíduo pelo seu crime ou por uma conduta momentânea, sendo muito mais uma opção política de que uma realidade em si mesmo: trata-se de uma “construção cultural”, mas não uma patologia pessoal ou social naturalmente posta.

Apesar disso, o termo delinquente é um conceito jurídico e não psicológico, mesmo que baseado, com o atestado das ciências psi, em fatores psicossomáticos, “a reconstituição da história é uma montagem, cuja finalidade é confirmar no indivíduo o rótulo de criminoso” (RAUTER, 2013, p.107). A necessidade de respostas, que nem sempre são apresentadas para a criminalidade, produz um nicho de produções de estigmas sociais, que relacionam o crime à pobreza, à subcultura, à cor da pele ou à falta de estrutura familiar, dentre outros, conforme Cristina Rauter:

No discurso criminológico sobre a anormalidade social, a pobreza é vista como o principal agente causador do fenômeno do crim. Mas precisemos melhor de que maneira esta é concebida: não que o estado de necessidade, material gerasse, por exemplo, os delitos contra a propriedade, ou que estes encontrassem um sentido ao serem assim explicados. Ao contrário, a pobreza é vista como decorrente de características morais ou mentais de um grupo de indivíduos na sociedade. A mais importante destas características refere-se a incapacidade ou indolência para o trabalho, associada a outros vícios morais decorrentes, como a tendência para o alcoolismo, a prostituição, etc (RAUTER, 2013, p.62).

Em sua pesquisa sobre a criminologia no Brasil, Rauter apresenta uma visão sobre a patologia do infrator e o seu trabalho nos proporciona respaldo para as afirmações anteriormente apresentadas sobre o intuito das ciências de dominação dos corpos, e do Estado através de suas instituições de adestrar

esse “propenso criminoso” para uma utilidade que gere lucro e movimento a máquina estatal,

Os criminólogos comentam que a vadiagem, antes de ser um delito, é sobretudo um assunto para médicos. Representa um gênero de vida incompatível com a convivência social. É justamente esse gênero de vida que caracteriza a pobreza, em última análise, gera o crime. [...] Gerir e tutelar a miséria: assim poderia ser definida a proposta da criminologia em seu projeto de intervenção sobre a sociedade.

No que se refere à questão da recuperação do criminoso, o trabalho será a terapêutica privilegiada. As prisões devem se transformar em verdadeiras oficinas, em que o trabalho é antes de tudo oportunidade para o aprendizado da disciplina e da obediência e apenas secundariamente meio de subsistência. (RAUTER, 2013, p.62-63).

Os estigmas sociais, que são utilizados em senso comum, se apresentam, por vezes, legitimados com as atitudes das instituições estatais a exemplo da justiça e da polícia, “a descontinuidade entre a edificação institucional e a continuidade das práticas brutais das polícias contra os segmentos mais pobres e politicamente fragilizados da população” (SOARES, 2006, p.199). A forma de força utilizada nas ações policiais, quase sempre são aceitas pela população, visto que o combate ao crime e a segurança pública deve ser prioritário aos direitos humanos desses indivíduos, já que “a maioria dos policiais passaram a associar defesa dos direitos humanos a posturas passivas e omissas diante da gravidade da escala criminal” (SOARES, 2006, p.199).

Os meios com que o Estado resolveu promover o combate à criminalidade, por vezes, segregou direitos de alguns em benefício de outros, como, por exemplo, a restrição da liberdade de alguns, fundamentada na liberdade de outros, sem dúvida a restrição à liberdade, não apenas em relação ao cárcere, mas liberdade de viver em sociedade sem segregações, fere um outro princípio basilar dos direitos humanos, o princípio da igualdade inserido, expressamente, no caput, do artigo 5º, da Constituição Federal do Brasil.

José Afonso da Silva trata essa igualdade no âmbito do penal, chamando atenção para o que ele denomina de Seletividade do Direito Penal, “os menos afortunados ficam muito mais sujeitos aos rigores da justiça penal que os mais aquinhoados de bens materiais” (SILVA, 2004, p.222). Esse

indicador de desigualdade no sistema penal, mesmo que ilegalmente, credencia o uso da força para as ameaças aos bens, considerados seletivamente mais importantes, mesmo que para isso a liberdade de alguns tenha que ser tolhida, conforme Soares:

Se não houvesse esta combinação entre liberdade e igualdade, como pilares de uma república democrática, a liberdade poderia torna-se privilégio – infelizmente, na vida real, é isso exatamente o que acontece -, o que converteria em déspota quem a monopolizasse. Este personagem que se beneficiasse de modo exclusivo da liberdade dar-se-ia ao luxo de decidir entre a vida e morte dos outros ou sobre o volume em que gostaria de ouvir música de madrugada – isso acontece, é verdade e é lamentável, e mostra quão distantes estamos da sociedade ideal (2006, p.202).

A crescente onda de violência no Brasil não é enfrentada com políticas públicas, quando os governos não se apresentam inertes, há uma onda de repressão policial ou endurecimento da lei penal, ainda sobre os resquícios o período da ditadura militar, pois o país não encontrou totalmente o caminho da redemocratização. Para Soares, isso é um sintoma claro da “Desordem nas Instituições de Ordem”, nesse sentido

Também nas polícias, a tortura e os atos de terror perpetrados pela “tiragem” constituem sinais de desordem, manifestações e fontes geradoras seja da ingovernabilidade dessas instituições, seja da erosão de sua legitimidade, e antecipações (ou promoção) de sua impotência para o cumprimento da missão constitucional que lhes cabe (2006, p.389).

Essa “falência” das instituições gera um problema social generalizado, todavia, é sentido bem mais a fundo pelas camadas pobres, localizadas em periferias e comunidades espalhadas pelo país, principalmente as que se instalaram nos grandes centros urbanos, “além dos crimes letais, dos crimes contra o patrimônio, há o drama sócio-político das comunidades submetidas ao duplo despotismo, imposto por traficantes armados e por segmentos corruptos e violentos de policiais”, a violência se torna vivenciada no cotidiano de uns, enquanto é apenas observada por outros poucos, “sofrem, portanto, os bons

policiais e a sociedade. Na sociedade, sofrem sobretudo os mais pobres, particularmente os negros (SOARES, 2006, p. 399).

Em suas pesquisas sobre a violência urbana no Brasil contemporâneo, Misse faz uma crítica à associação entre a pobreza e o crime, ele pontua que o interesse sobre estudos dos fatores do aumento da criminalidade era escasso e em sua maioria realizados pelas ciências jurídicas ou da psiquiatria, em décadas como 70 e 80 o imaginário social como por completo relacionava a criminalidade com a miséria e pauperização,

Com raras exceções assinaladas mais acima, as ciências sociais no Brasil, só começam a se aproximar do assunto no final dos anos 70, e sob o forte impacto da publicação de *Vigiar e Punir* de Michel Foucault, cujos esboços foram apresentados pela primeira vez em público, no Rio e em São Paulo, em sua viagem ao Brasil em 1973. Como se sabe Foucault desloca estrategicamente os velhos enfoques de “causalidade” na questão criminal, para dentro dos dispositivos que detêm o poder de produzir a verdade criminal e de discipliná-la, o que significa dizer que os velhos enfoques (inclusive da própria ciência social) tona-se problemáticos porque envolvidos no próprio objeto (MISSE, 2011, p.7)

Dessas conferências realizadas no Rio de Janeiro por Foucault nasceu a obra *A Verdade e as Formas Jurídicas*¹⁸, na quarta conferência é teorizado pelo filósofo francês o processo de punição, que apresenta quatro possibilidades para a ideia da utilização da lei penal: a primeira seria a segregação, “você rompeu o pacto social, você não pertence mais ao corpo social”, a segunda a exclusão do próprio local “não é mais a deportação material, a transferência para fora do espaço social, mas o isolamento no interior do espaço moral, psicológico, público, constituído pela opinião. É a ideia das punições ao nível do escândalo, da vergonha, da humilhação de quem cometeu uma infração”, a terceira possibilidade para a aplicação de pena é reparação do dano social “ela consiste, em forçar as pessoas a uma atividade útil ao Estado ou a sociedade, de tal forma que o dano causado seja compensando” e pôr fim a quarta e última a pena seria uma forma de exemplo para que o dano não volte a acontecer “fazer com que o indivíduo em questão

¹⁸ A primeira edição foi publicada pela PUC-RJ em 1974.

ou os demais não possam mais ter a vontade de causar à sociedade o dano anteriormente causado”. Ao questionar a utilidade das penas, Foucault anteriormente questionou a quem eram direcionadas.

A aplicabilidade era designada àquele que danificava a sociedade, que se tornava nocivo, “o criminoso é o inimigo social” e esse inimigo, por vezes, é visto como aquele que a sociedade não enxerga como sendo seu semelhante. Ao retornamos aos estudos de Misse, nos deparamos com algumas interpretações sobre o surgimento desses “possíveis inimigos”

A genealogia dessas explicações não pode ser separada da própria constituição do objeto: acusados e acusadores formam polos de seu conteúdo moral e a cadeia penal apenas concentra institucionalmente as forças de normalização dos comportamentos que se espalham microfisicamente por toda sociedade. Em geral, nos discursos sobre o tema da violência no Brasil, a localização da causa principal oscila entre dois pólos justificativos: de um lado, o final da cadeia causal conduziria à questão da “impunidade” dos criminosos pelo sistema policial e judicial; no outro polo, o final da cadeia causal conduziria à pobreza, à miséria, à desigualdade, ou simplesmente à privação relativa, que justificariam estratégias ilegais de sobrevivência de setores desses segmentos econômica e socialmente excluídos (MISSE, 2011, p. 117).

Esse discurso dualista casuístico do crime se propaga no tempo, mas com o controle, a vigilância e a punição, “o discurso moderno promete mais”. “A cadeia penal deveria deixar de ser masmorra punitiva para se transformar numa instituição correcional”. Para Misse, o Brasil possui uma ambivalência na punição penal mais precisamente quando utilizamos a palavra “correção”, pois pode ser aplicada ora para punição, ora para mudança de comportamento (MISSE, 2011, p. 120).

As mudanças de comportamento podem ser enquadradas nas tentativas do Estado e da sociedade em domesticar as “classes perigosas”, desde os malandros presos por vadiagem, as políticas de higienistas urbanas do passado até os dias de hoje, em força tarefa de policiamentos, para que adolescentes do morro não possam utilizar espaços públicos, como praias, parques e Shopping, nos famosos “rolezinhos” como uma forma de prevenção de atos infracionais.

A exemplo dos Estados Unidos no início da década de 1970, o Brasil utiliza-se de uma política voltada para a repressão e punição, por meio dos setores judiciário, da polícia e penitenciário, em detrimento de políticas sociais de educação, moradia e outros direitos básicos, gasta-se muito na solução de um problema e age-se pouco para evitá-lo “Quando se abre a crise institucional, as “soluções parciais” passam a ser percebidas um “problema nunca resolvido” (MISSE, 2011, p.253). Com os índices de violência e criminalidade, recorre-se às políticas de segurança, que seguem o clamor social, “... o controle do crime é esperado por intermédio de práticas ilegais e violentas; existe uma expectativa da sociedade que a criminalidade deve ser resolvida através de medidas duras, o que significaria sacrificar a legalidade e chegar ao extermínio” (DORNELLES 2008, p.189).

É importante analisar o controle da criminalidade sob a perspectiva da construção cultural desse indivíduo que ingressou na delinquência, Michel Misse pontua que existem as motivações micro e macro. Nesse sentido,

Motivações individuais para o ingresso numa carreira criminal podem apontar tanto para situações micro como para situações de conexão micro-macro, mas dificilmente apontam diretamente para situações macro. Daí que tentar estabelecer conexões de sentido ou associações estatísticas entre variáveis de conteúdo descontextualizado ou de volume abrangente, como aqueles índices de criminalidade e índices de desemprego ou pobreza, ou aqueles entre autopercepção de “Pobreza” como *account* da escolha criminal pode ser frustrante. Por outro lado, enfatizar excessivamente os roteiros típicos dos dispositivos efetivos de criminalização pode nos deixar míopes quanto à sua conexão (funcional e cultural) com a sociedade global e, por extensão, com a mesma matriz de contextos causais que atua na produção *en masse* de opções criminais de certos tipos. Uma polícia e um judiciário ideais numa sociedade que não é ideal (segundo os mesmos critérios normativos) é, nesse caso, o erro mais comum, porque parece supor que a dinâmica da criminalidade real depende mais dos dispositivos de controle do que das matrizes sociais de contextos causais que, afinal, incluem também aqueles dispositivos (MISSE, 2011, p. 77-78).

Ao afirmar que os dispositivos de controle dão o tom da dinâmica da criminalidade, Misse reafirma a posição de Foucault sobre as instituições de poder punitivo:

A construção do meio delinquente é absolutamente correlativa à existência da prisão. Procurou-se construir, no próprio interior das massas populares, um pequeno núcleo de pessoas que seriam, por assim dizer, os titulares privilegiados e exclusivos dos comportamentos ilegais. Pessoas rejeitadas, desprezadas e temidas por todo mundo (FOUCAULT, 2008, p. 47).

Essa relação de “modelos de conduta perigosa” descrita por Foucault que se tornam desdobramento da violência urbana, são combatidas com políticas criminais, por vezes, marcadas por traços classistas e de seleção racial,

Historicamente o capitalismo recorreu ao sistema penal para duas operações essenciais: 1º garantir a mão-de-obra; 2º impedir a cessação do trabalho. Para garantir a mão-de-obra, criminalizava-se o pobre que não se convertesse em trabalhador. A experiência, nos séculos XVII e XVIII, das “casas de trabalho” (Workhouse, Arbeitshaus), a pioneira das quais foi a rasp-huis holandesa (onde muito pau-brasil certamente foi raspado), conduziu à generalização do internamento “correcional” (BATISTA, 1990, p. 35).

Aqui no Brasil, apesar das diferenças estruturais e institucionais, o processo de manutenção da ordem social e crescimento econômico contribuiu e contribui para a geração de políticas públicas e normas jurídicas de caráter correcional, que legitima o Estado a criminalizar a pobreza, assim temos:

No Brasil, abolida a escravidão e proclamada a república, o Código Penal de 1890 trazia a mesma receita: em seu artigo 399 punia a vadiagem, e em seu artigo 206 punia a greve (definida como “cessação ou suspensão do trabalho para impor aumento ou diminuição de serviço ou salário”). Houve forte reação a este último dispositivo, que dois meses depois do início da vigência do código foi objeto de reforma, para incluir como condições do crime “violências ou ameaças”. Mudou um pouco a letra da lei, porém não o espírito da coisa. O teorema jurídico era o mesmo: não trabalhar é ilícito, parar de trabalhar também. Em suma, punidos e mal pagos (BATISTA, 1990, p. 35).

Seria incorreta a afirmação de que a criminalidade é gerada por intermédio da desigualdade social existente no Brasil, contudo “o fantasma da violência alimenta-se também da falta de perspectivas de ação coletiva”

(MISSE, 2011, p. 272), ser colocado à margem da sociedade, rotulado e estigmatizado proporciona um facilitador de vulnerabilidade criminal.

Essas desigualdades podem gerar condições de emergência da violência e segundo Baratta “quanto mais desigual é uma sociedade tanto mais ela tem necessidade de um sistema de controle social (2002, p. 123) e não é incomum esse controle apresentar repressão, truculência e desrespeitos aos direitos humanos. As instituições do Estado regulam através de tipificações da criminalidade, além de reprimir e punir, e a sociedade se encarrega de legitimar e propagar os estigmas,

Estas conotações da criminalidade incidem não só sobre os estereótipos da criminalidade, os quais, como investigações recentes têm demonstrado, influenciam e orientam a ação dos órgãos oficiais, tornando-a, desse modo, socialmente “seletiva”, mas também sobre a definição corrente de criminalidade, que o homem da rua, ignorante das estatísticas criminais, compartilha (BARATTA, 2002, p. 103).

Essa “seletividade penal” se desdobra tanto no sentido de criação e aplicação de normas, “somente os pequenos peões são colocados e mantidos nas casas perigosas. Para os grandes lucros, a vida está livre” (FOUCAULT, 2208, p.51).

Segundo dados gerados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em 2014, o Brasil ocupava o 4º lugar no ranking em relação número de população prisional absoluta do mundo, destacando que nosso país é o quinto maior do planeta.

Para nosso trabalho, é importante destacar os dados apresentados pelo Infopen¹⁹, no que tange ao perfil desses encarcerados, para corroborar as afirmações já apresentadas sobre a seletividade penal no Brasil, “Como é sabido, após as sucessivas etapas – polícia, Ministério Público e judiciário – sobram os criminosos não brancos, do sexo masculino, mais pobres, menos

¹⁹ O INFOPEN é um programa de computador (software) de coleta de Dados do Sistema Penitenciário no Brasil, para a integração dos órgãos de administração penitenciária de todo Brasil, possibilitando a criação dos bancos de dados federal e estaduais sobre os estabelecimentos penais e populações penitenciárias. É um mecanismo de comunicação entre os órgãos de administração penitenciária, criando “pontes estratégicas” para os órgãos da execução penal, possibilitando a execução de ações articuladas dos agentes na proposição de políticas públicas. (Descrição informada pelo site <http://www.infopen.gov.br/>)

escolarizados, com pior acesso à defesa e reincidentes. As pesquisas de crimes auto reportados” (INFOPEN, 2014. p.32).

Inicialmente é importante destacar que a quantidade de pessoas do sexo masculino, ainda é superior ao feminino “A média brasileira é 5,8% de mulheres presas para 94,2% de homens”, entretanto temos um crescimento de 10,7% ao ano, “A população prisional feminina é notoriamente marcada por condenações por crimes de drogas, categoria composta por tráfico de drogas e associação para o tráfico. Responsáveis por 64% das penas das mulheres presas, essa parcela é bem maior que entre o total de pessoas presas, de 28%” (INFOPEN, 2014. p.39- 40).

Em relação à cor, a porcentagem de negros na população carcerária brasileira é de 61,67% e de brancos, 37,22%,

A comparação do perfil racial da população carcerária com a população brasileira em geral é pautada por uma diferença metodológica importante. Na PNAD, a raça/cor do entrevistado é autodeclarada, enquanto os questionários das prisões são respondidos pelos gestores das unidades, e não se sabe qual é o método de coleta dessa informação. Além disso, a análise bivariada de uma distribuição complexa como a de raça/cor pode omitir aspectos importantes da questão, como outras variáveis socioeconômicas da população (INFOPEN, 2014. p.38).

Já em relação à escolaridade, “pessoas analfabetas, alfabetizadas informalmente mais aquelas que têm o ensino fundamental completo representam 75,08 % da população prisional” contra 24,92 % de pessoas que começaram ou concluíram o ensino médio e superior (INFOPEN, 2014. P.46).

Outro problema relativo à seletividade punitiva são os meios necessários à defesa desses indivíduos, o acesso à justiça é mais difícil para muitos devido à impossibilidade de arcar com as dispensas de um advogado,

É razoável supor que a baixa escolaridade e renda da maior parte das pessoas privadas de liberdade no Brasil sejam um desafio para o exercício do direito de defesa e acesso à justiça. Desde a fase de investigação, sobretudo, sem o mecanismo da audiência de custódia, as pessoas autuadas, investigadas e suspeitas que não têm condições de arcar com os honorários de advogados constituídos estarão mais sujeitas à prisão provisória. Também após uma

sentença condenatória, a assistência judiciária é imprescindível para garantir que a pessoa presa possa pleitear e, eventualmente, usufruir de benefícios como progressão de pena para os regimes aberto, semiaberto ou livramento condicional. [...] No Rio Grande do Norte, 71,38% das pessoas estão cumprindo sentenças em estabelecimentos que não dispõem de assistência judiciária. Em Sergipe esse valor chega a 60% sendo que no extremo oposto estão os estados do Acre, Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo e Mato Grosso do Sul, com nenhuma pessoa nessa situação, seguidos de perto por São Paulo e Rio de Janeiro (INFOPEN, 2014. p.67).

Os dados apresentados referem-se ao ano de 2014, tendo em vista que a pesquisa de 2015 ainda não foi apresentada. Mas dificilmente haverá uma mudança significativa que transforme, em curto espaço de tempo, o perfil do encarcerado brasileiro.

As políticas penais, mesmo ainda sendo vistas pela sociedade como uma forma de proteção contra a violência, nem sempre alcançam tal propósito. Faz-se necessário um conjunto de políticas públicas e criminais mais justas, “ a luz no fim do túnel passa, a meu ver, não pelo Estado, na esperança salvacionista do “Bom governo”, mas principalmente pela sociedade brasileira ” (MISSE, 2011, p.286).

3.2 A construção Simbólica de Um Inimigo Penal na Legislação Brasileira

O célebre princípio da legalidade²⁰, que limita o poder de punir do Estado e que proporciona uma determinada segurança jurídica, pode ser a principal ferramenta de uma construção jurídica e simbólica do direito penal do inimigo. Vale pontuar que nosso trabalho não pretende “defender a delinquência”, mas mostrar que, em diversos momentos da história e por intermédio de pressão social, a lei foi adaptada para enquadrar condutas socialmente comuns ou agravar tipos penais. Apesar do contexto histórico e da demanda popular punitiva serem motivos que não podem ser desconsiderados na justificativa de

²⁰ O princípio da legalidade, base estrutural do próprio Estado de direito, é também a pedra angular de todo o direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo do Estado”, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva do “sentimento da segurança jurídica” que postula Zaffaroni (BATISTA, 2007, p.67)

criminalização, nem sempre a construção legal do tipo incriminador se faz de forma adequada, já que a pressão popular, em alguns casos, ou até mesmo o interesse hegemônico de um determinado grupo social, como por exemplo na época da ditadura militar, produz tipos legais de forma distorcida ou mal formulada que determinam a perseguição seletiva e preferencial de algumas categorias sociais, as denominadas “classes perigosas”. Nesse sentido:

O campo da política criminal tem hoje uma amplitude enorme. Não cabe mais reduzi-la ao papel de "conselheira da sanção penal", que se limitaria a indicar ao legislador onde e quando criminalizar condutas. Nem se pode aceitar a primitiva fórmula lisztiana de sua relação com a política social: esta se ocuparia de suprimir ou limitar as condições sociais do crime, enquanto a política criminal só teria por objeto o delinquente individualmente considerado. Em ambos os casos, estão sendo pagas elevadas taxas a criminologia positivista: taxa política no primeiro caso (a aceitação legitimante da ordem legal não permite que a política criminal visite o outro lado, circunscrevendo-a as funções de "conselheira da sanção penal"), taxa teórica no segundo caso (a segregação arbitrária do indivíduo delinquente das condições sociais do crime sugere o reconhecimento de processos causais distintos - ainda que ao gênero "fatorialista" - de ordem social e individual, tendo como seqüela que a política criminal também deve *distinguir-se* da política social). A política criminal será, como diz Szabó, a prima pobre da política social', mas esta indissolivelmente ligada a ela (BATISTA, 2007, p. 35-36)

O direito deve sempre buscar uma adequação à sociedade, mas é necessário cautela, principalmente no que se refere ao direito penal, visto a possibilidade de dano irreparável para alguns bens jurídicos inerentes à dignidade da pessoa humana. Acontece que, por vezes, muitos princípios do direito são feridos a partir das opções legislativas quanto à tipificação de condutas como crimes, a exemplo do princípio da igualdade²¹, especificadamente da igualdade material, tendo em vista que nem todos os

²¹ O princípio da igualdade é abordado sob a perspectiva formal e material. A **igualdade formal** refere-se à igualdade perante a lei. Nesse sentido, a lei trata todos os indivíduos igualmente, sem estabelecer discriminações. Dá-se a toda pessoa a mesma regra. [...]. É imprescindível que para um direito que busca sinceramente a justiça a existência da **igualdade material**. O interprete e o legislador devem considerar as diferenças dos grupos sociais e a individualidade de cada um, estando atentos para distorções econômicas na sociedade e as demandas das minorias (SILVA, 2012, p.49)

bens jurídicos são protegidos e nem todos os crimes são punidos igualmente, nesse sentido:

Desta ideologia, colocaram em discussão, principalmente, o elemento que, no capítulo II, denominamos *princípio da igualdade*, posto que demonstraram que a criminalidade, segundo definição legal, não é o comportamento de uma minoria, mas da maioria dos cidadãos e que, além disso, segundo a sua definição sociológica um status atribuído a determinados indivíduos por partes daqueles que detêm o poder de criar e de aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental (BARATTA, 202, p.113).

Os grupos mais influentes da sociedade, buscam uma solução rápida para a criminalidade, e a pressão sobre as autoridades leva quase sempre a medidas e práticas “apenas por presunção de periculosidade”. Zaffaroni, ao descrever o que ele denominou de autoritarismo *cool*²² na América latina, afirma que as autoridades políticas “caçam” os inimigos da sociedade como uma forma de aumentar seu eleitorado, sendo popularmente aceito o medo de uma publicidade negativa,

preferem apoiar-se no aparato autista e sancionar leis penais e processuais autoritárias e violadoras de princípios e garantias constitucionais, prever penas desproporcionais ou que não podem ser cumpridas porque excedem a duração da vida humana, reiterar tipificações e agravantes em tramas nebulosas, sancionar atos preparatórios, desarticular os códigos penais inexplicáveis obedecendo a pressões estrangeiras, ceder às burocracias internacionais que visam mostrar eficácia, introduzir instituições inquisitórias, regular a prisão preventiva como pena e, definitivamente, constranger os tribunais mediante a moderna legislação penal *cool* (ZAFFARONI, 2014, p. 78-79).

No Brasil, esse apelo popular, pressão social e até mesmo midiático, para a construção de normas legais que tenham uma “fórmula” para excluir e eliminar os inimigos potenciais da sociedade é midiático e profundamente

²² É *Cool* porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e pra não perder o espaço publicitário. (ZAFFARONI, 2014, p.69).

enraizado no senso comum. Por vezes, costuma já existir normatização para o assunto, mas o apelo se direciona em um maior endurecimento da pena ou para a diminuição de direitos. Muitas vezes, as pessoas que reclamam tais atitudes nem percebem que as normas penais podem se voltar contra elas próprias. Podemos tomar como exemplo a lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, que foi recentemente aprovada,

No Brasil o debate sobre a tipificação do crime de terrorismo não é recente. Com alguma frequência tal debate reaparece, especialmente em reação a determinados atos de violência que se dos crimes cotidianos por sua dimensão mais coletiva e por gerar incômodo, ou mesmo pânico, em partes da população (PETERKE, 2014, p.109).

A afirmação acima, feita ainda sobre a PLS nº 499/2013, que regulamentaria o crime de terrorismo, serve para corroborar com a ideia de que, no Brasil, vivenciamos um simbolismo normativo que se encaminha de forma favorável a uma política criminal do direito penal do inimigo sobre parâmetros definidos pelo contexto histórico e social latino-americano e brasileiro, quando mesmo existindo em nosso ordenamento jurídico garantia de punição aos responsáveis por praticar tipificações que foram enquadradas de forma desnecessária no referido projeto de lei.

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. (FONTE: BRASIL. lei nº 13.260/2016, lei que disciplina atos terroristas).

Se analisarmos a literalidade da lei, perceberemos que a tipificação aglomera outras já existentes, com uma dimensão mais coletiva ao utilizar expressões como “terror social e generalizado”. A citada lei também criminaliza a conduta coletiva, se aproximando da tese da política criminal do direito penal do inimigo, no que tange a grupos criminosos.

Quando Jakobs proclama o direito penal do inimigo, ele acredita que é difícil eliminá-lo, assim propõe contê-lo, através de um “tratamento diferenciado

de alguns delinquentes – em especial dos terroristas – , mediante medidas de contenção, como tática destinada a deter o avanço desta tendência que ameaça invadir todo o campo penal” (ZAFFARONI, 2014, p.155). Entretanto, Zaffaroni acredita que Jakobs utiliza essa proposta de boa-fé e que a polêmica maior se deu em suas terminologias “inimigo” e “não pessoas” para descrever aqueles que reiteradamente delinquissem ou que participassem de grupos terroristas. Zaffaroni acrescenta que:

Porém, justamente o vocabulário é seu melhor acerto, pois sua terminologia põe em apuros todo o penalismo, dado que, ao resgatar e tornar explícito o conceito de inimigo ou de estranho e seu inevitável caráter de não-pessoa, ele desnudou o fenômeno e, com isso, a má consciência histórica do direito penal (doutrina penal) frente a teoria política, tal como destacamos. Pode-se afirmar que o maior mérito desta proposta é a clareza e a frontal sinceridade com o problema é definido (ZAFFARONI, 2014, p. 158).

Com essa afirmação, Zaffaroni acredita que já havia um direito penal do inimigo, porém velado, e as expressões usadas por Jakobs apenas esclareceram o problema existente. A manutenção do Estado necessita de medidas, contudo nem sempre há uma aplicação justa e igualitária destas medidas, uma vez que, naturalmente, o direito penal é seletivo, reproduzindo-se num ambiente de diferenciação punitiva oculto. As técnicas utilizadas pelo direito penal sugerem que independente dele apontar, de forma predisposta, os inimigos a serem combatidos por parte da política criminal, isto acontece no nível operacional da dogmática em virtude da seletividade penal.

Retornando à legislação brasileira, o terrorismo já possuía um tratamento na lei de Segurança Nacional, lei nº 7.170/83, que na verdade foi criada como uma forma de perseguir e silenciar aqueles que eram contra o Regime Militar: os “subversivos”. Aqui, acreditamos que nos deparamos com uma estrutura própria do direito penal do inimigo, já que a lei foi criada como uma forma de “manutenção da ordem” e era aceita por uma parcela da população que apoiava o regime e acreditava que os indivíduos ou grupos subversivos eram perigosos para o país. Além da referida lei, durante o período da ditadura militar, entre 1964-1985, foram criadas diversas normas

direcionadas aos “inimigos da nação”. A ideologia militar é fundada em conceitos como Defesa Nacional e combate ao inimigo, dos quais extraímos a própria Ideologia de Segurança Nacional, difundida durante a ditadura militar brasileira. Os princípios de defesa nacional e combate ao inimigo dão a ideia de uma reação a agentes externos que vislumbram desestabilizar a ordem social, ocupar parcelas do território nacional e mudar o regime político e de governo. Logicamente, a própria ideologia da Segurança Nacional acaba reproduzindo os desvios e oportunidades para a aplicação de uma política criminal do inimigo e acaba não se restringindo aos “agentes externos de desordem”, mas voltando-se contra os “elementos subversivos internos”. O direito penal do inimigo trata-se de uma política criminal profundamente influenciada pela ideologia militar.

A Lei nº 8.072/90 que trata dos crimes hediondos foi uma lei criada por apelo popular em uma década marcada por uma grande onda de violência no Brasil, destinados a crimes considerados socialmente mais graves “teria nascido com o objetivo de elevar penas, impedir benefícios e impor maior aspereza no trato com essa espécie de delinquência” (NUCCI, 2014, p.135), é uma lei importante e que carece de uma reformulação, já que na opinião de alguns juristas, como Guilherme Nucci,

A Lei 8.072/90 tem seus pontos positivos. Porém, as leis não são criadas, como regra, no Brasil, com amplo estudo prévio e discussão em sociedade e nos meios acadêmicos, resultando, pois, em textos sem lógica e assistemáticos. Muito rigorosos, por vezes. Frágeis e liberais em excesso, por outro, [...] O ponto negativo consiste na insegurança dos critérios subjetivos de cada magistrado para considerar um crime como hediondo, invadindo a seara dos seus valores pessoais, muitas vezes repletos de preconceitos, desvios e falta de bom senso (NUCCI, 2014, p.135).

A lei em questão foi modificada em 1994, com a inclusão, no rol de crimes hediondos, do homicídio qualificado, em uma campanha que envolveu a mídia e a sociedade encabeçada, pela escritora Glória Perez, após o assassinato de sua filha Daniela Perez. O crime, que aconteceu no ano de 1992, gerou uma grande comoção popular e uma ampla cobertura da mídia no

país. Não podemos aqui afirmar que a lei 8.072/90 é uma espécie de direito penal do inimigo, contudo, ela se apresenta nos moldes do direito penal máximo, com similitudes a um direito penal de exceção como o é o direito penal do inimigo, senão vejamos:

o art. 5.º, XLIII, da Constituição Federal, dispõe que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Esse dispositivo constitucional pode ser avaliado sob dois prismas: extensivo e restritivo. Na ótica extensiva, vislumbra-se que o constituinte, ao inserir no título dos direitos e garantias fundamentais, uma expressa recomendação para que a lei considere determinados tipos de delitos mais graves, tratando-os com maior rigor, teve a preocupação de salvaguardar com evidente zelo certos bens jurídicos, como a vida, a saúde pública, a dignidade humana e sexual, entre outros. Assim raciocinando, deve-se buscar dar às vedações estipuladas acerca de “inafiançabilidade” e de “insuscetibilidade de perdão do Estado”, uma interpretação extensiva, chegando à conclusão de que o acusado por crime hediondo não deve permanecer, como regra, em liberdade, nem pode ter sua pena perdoada ou comutada de qualquer modo. A partir desse entendimento, é natural supor que as leis, cuidando da tortura, do terrorismo, do tráfico ilícito de entorpecentes e dos delitos hediondos devem ser rígidas, podendo trazer outras vedações compatíveis com o espírito constitucional nessa visão apresentado (NUCCI, 2014, p.135).

Verificamos que há ,nas legislações comentadas, uma paridade com as definições do direito penal do inimigo, no qual, em nome do bem maior dos “cidadãos de bem”, o direito pode permitir a legitimação das diminuições de algumas garantias processuais individuais em nome de toda segurança social. O poder punitivo, sem dúvida, é uma arma do Estado para o controle dos corpos que interferem no bom funcionamento da sociedade e para isso se faz necessário a seletividade ou separação desse inimigo, “aceitando implicitamente que para os amigos rege a impunidade, para os inimigos, o castigo” (ZAFFARONI, 2014, p. 88).

Na realidade, existe uma ordem criminalizadora dada a partir do texto constitucional que determina um compromisso de repressão determinado a

partir da identidade originária do estado brasileiro (PASCHOAL, 2003, p. 79-114). Na Constituição da República de 1988, existe um indicativo de criminalização bem abrangente o que não é natural ou comum nos textos constitucionais, muito mais preocupados com os aspectos limitativos ao poder do Estado, em especial, o poder de punir. Todavia, a ordem constitucional brasileira impõe a punição rigorosa do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, a tortura e os crimes hediondos a estes equiparados e definidos em lei. De certa forma, compreende tais violações como perturbadoras da ordem que funda o estado brasileiro, do contrário não estariam presentes no texto constitucional. Retratam, inclusive, uma série de compromissos internacionais que a República brasileira assumiu em termos de mandamento criminalizador (PASCHOAL, 2003, p. 102-107). Certamente, não são crimes punidos apenas no Brasil e nem configuram hipóteses típicas, em princípio, orientadas para a criação de um direito penal de exceção. Todavia, a articulação de diversas medidas operacionais de combate à criminalidade organizada em torno das práticas criminais do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, por exemplo, vêm se caracterizando pela repressão seletiva e assimétrica, aprofundando os parâmetros do racismo de direitos e punitivo no Brasil (CARVALHO, 2010, p. BATISTA, 2003). Fugindo propriamente dos fatos, a repressão penal da criminalidade constitucionalmente indicada, reproduz, ainda que simbolicamente, diversas estruturas inerentes ao direito penal do inimigo e atinge, sobretudo, as categorias mais pobres e excluídas da população brasileira, reavivando a dimensão das “classes perigosas” que põem em risco a identidade constitucionais e igualitária apresentada pelo Estado brasileiro. Neste sentido:

A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres a aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa (...) O processo de demonização do tráfico de drogas fortalece os sistemas de controle social, aprofundando o seu caráter genocida. O número de mortos na “guerra do tráfico” está em todas as bancas. A violência policial é imediatamente legitimada se a vítima é um suposto traficante (...) O mercado de drogas ilícitas

propiciou uma concentração de investimentos no sistema penal, uma concentração dos lucros decorrentes do tráfico e, principalmente, argumentos para uma política permanente de genocídio e violação dos direitos humanos contra as classes sociais vulneráveis (BATISTA, 2003, p. 134-135).

Certamente, as “classes perigosas” tornam-se imediatamente o alvo preferencial e rotineiro das ordens criminalizadoras oferecidas pela Constituição da República Federativa do Brasil. Inclusive, sugerem parâmetros para a criação de um “direito penal informal”, que não se encontra positivado nas leis, mas que é efetivo e praticado nas ruas. Assim sendo, o “genocídio da juventude pobre” torna-se um fator relevante de análise quanto à presença de um “direito penal de exceção”, mantendo a ótica do combate ao inimigo.

IV CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou apresentar três pontos considerados importantes por mim, para uma análise sobre a perspectiva dos direitos humanos. O primeiro deles foi a separação do indivíduo considerado perigoso, anormal e separado da sociedade por intermédio da construção etnometodológica de um “diferente”: aquele que não merece os mesmos direitos do “cidadão de bem”. Essa configuração se deu, principalmente, com análises da obra do filósofo Michel Foucault, em diálogo com outros importantes autores.

Os textos utilizados se completavam, em sua maioria, na apresentação da construção de um racismo que se apresenta na sociedade de diferentes formas e que surge na atualidade através de novas formas de poder, como o *biopoder*, atuando sobre os corpos dos indivíduos e determinando suas subjetividades, na busca da imantação discursiva de novos conceitos científicos e jurídicos. Essa nova forma de poder ultrapassa o simples conceito de raça, se configurando, na atualidade, enquanto cisão e segregação, nascendo assim uma classificação preconceituosa de *normalidade*, a qual identifica os indivíduos a partir de aspectos genotípicos e comportamentais, qualificando-os com identidades negativas e, supostamente, representantes de potenciais ameaças à sociedade.

Ao utilizarmos Foucault, pontuamos o problema do racismo a partir do nascimento da *biopolítica*, que permite uma análise sociológica com base no conceito de *biopoder*, apresentando-se como um poder voltado para a manutenção e garantia da vida, e constituído por intermédio de micropráticas produtivas dos modos de pensar e de agir dos indivíduos sociais.

Após explanações das teorias foucaultianas sobre o que ele denomina “racismo de direitos”, buscamos estabelecer uma relação entre o conceito proposto pelo filósofo francês com a discussão atual nos cenários políticos, jurídico e social, contemporâneos e brasileiros.

O segundo capítulo foi dedicado às configurações das políticas criminais como uma forma de defesa social, utilizando-se, por diversas vezes, exemplos de outros países, para confrontarmos com a realidade brasileira. As apreciações das estruturas sociais foram importantes para a compreensão do controle social e punitivo e a percepção do racismo punitivo, que é configurado no nosso país.

Nesse ponto, apresentou-se nossa busca pela resposta sobre uma possível reconfiguração ou existência simbólica da política criminal máxima, que seria o direito penal do inimigo, de acordo com o sistema punitivo brasileiro.

Partindo desse ponto, ficou comprovado que há uma seletividade penal no Brasil, seja na aplicação das penas, dos direcionamentos das políticas criminais, seja na criação das normas penais.

O processo de segregação social ou criminalizador pode ter similitudes com as teorias do direito penal do inimigo, quando nos deparamos com leis ou ações do Estado voltadas, especificamente, para um grupo considerado perigoso. Todas as forças como a polícia, o judiciário e a sociedade se voltam contra a “ameaça” do bem-estar social.

Com isso, vemos a construção cultural da delinquência como recurso de comunicação e de poder, utilizado para a elaboração dos estigmas sociais. Aqui, concentramos nosso terceiro e último ponto, no qual apresentamos a “cara” do marginalizado brasileiro, por meio de dados e autores, ficando evidente que há uma punição em maior escala para negros, pobres e pouco escolarizados e que essa discrepância em relação a outros indivíduos mais abastados ocorreu desde os primórdios de nosso país.

Atualmente, mesmo em escala menor do que em outras épocas em nosso país, o poder punitivo serve para segregar, apontando o criminoso como hostil, indesejável, estranho, coisa ou ente perigoso. Enfim, apenas conserva o público integrante das denominadas “classes perigosas” como os principais alvos do controle punitivo por parte do Estado, definindo, politicamente, a delinquência.

O que também merece ser pontuado é o histórico das nossas leis. No Brasil, as leis mais rígidas, apesar de serem destinadas para todos, quase sempre são aplicadas de forma claramente desigual, obedecendo a uma hierarquia social. Embora muitas vezes ocultada, a “violência estatal” sempre foi endógena no nosso país, desenvolvida por uma cultura institucional e policial de controle e governo da miséria e demais classes indesejadas. Os excessos são representados por números que demonstram, claramente, a seletividade penal, o genocídio de uma parcela da população, torturas e violações dos direitos humanos das mais variadas formas, conservando-se um modelo autoritário de operar a política criminal.

V REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **O poder Soberano e a vida nua: *Homo Sacer***. Lisboa: Editorial Presença, 1998.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das letras, 1998.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BATISTA, Nilo, **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade e Holocausto**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECKER, Howard. **Outsiders: Estudo da sociologia do desvio**. Tradução Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. **A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano**. In **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latinoamericano** [recurso eletrônico] / organizadores Eduardo Manuel. Val, Enzo Bello. - Caxias do Sul, RS : Educs, 2014.

CANCELLI, Elizabeth. **A cultura do crime e da lei**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001

CARDIA, Nancy. **Direitos Humanos e Exclusão Moral**. Revista Sociedade e Estado. N°2, Jul/Dez 1995.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343 de 2006**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Edgardo. **Vocabulário de Foucault**. Tradução Ingrid Xavier. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

COSTA, Luciano. **Reflexões sobre o boato mortal**. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/reflexoes_sobre_o_boato_mortal>. Acesso: 17/05/2014.

DORNELLES, J. R. **Conflito e segurança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. **Os Estabelecidos e os Outsiders**: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

FERLA, Luis. **Feios, sujos e malvados sob medida: A utopia médica do biodeterminismo**. São Paulo: Alameda, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direitos e Razão. Teoria do garantismo penal**. 1995 *apud* FERREIRA, Leandro Hollerbach. **Aspectos inconstitucionais da vedação da liberdade provisória em absoluto pelo legislador ordinário**. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/18331/18331_3.PDF>. Acesso: 05/02/2016.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: Curso no Collège de France; tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Eu Pierre Rivière, que degolei minha mãe e meu irmão...** um caso de parricídio do século XIX, apresentado por Michel Foucault; tradução de Denize Lezan de Almeida. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2007.

_____. **Os anormais**: Curso no Collège de France; tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Historia da sexualidade 1 – A vontade de saber**. 16 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2007.

_____. **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)**; tradução: Andréa Daher; consultoria: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

_____. **Problematização do sujeito: Psicologia, Psiquiatria e Psicanálise/Ditos e Escritos**: Michel Foucault: organização e seleção de texto, Manoel Barros da Mota; Tradução. Vera Lúcia Avellar Ribeiro – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. **Ética, Sexualidade, Política/ Ditos e Escritos**: Michel Foucault: organização e seleção de texto, Manoel Barros da Mota; Tradução. Elisa

Monteiro, Inês Autran Dourado Barbosa – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

_____. **Estratégia, poder-saber/Ditos e Escritos: Michel Foucault:** organização e seleção de texto, Manoel Barros da Mota; Tradução. Vera Lúcia Avellar Ribeiro – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. **Repensar a política:** Michel Foucault: organização e seleção de texto, Manoel Barros da Mota; Tradução. Elisa Monteiro, Inês Autran Dourado Barbosa – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. **O poder psiquiátrico.** Curso do College de France. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Microfísica do Poder;** Organização e tradução Roberto Machado. – Rio de Janeiro: Edições Graal, 2011.

_____. **História da Loucura na Idade Clássica.** São Paulo: Perspectivas, 1997.

_____. **Doença mental e Psicologia.** Rio de Janeiro: Tempo Brasiliense, 1984.

_____. **Vigiar e Punir.** Petrópolis: Tradução de Raquel Ramallete. 35^a ed. Vozes, 2008.

_____. **Do governo dos vivos.** 2^a aula. In: Revista Verve – Revista do NUSOL. Programa de Pós-graduação em ciências sociais – PUC – SP...Número 17. Maio de 2010. São Paulo: O programa 2010.

FRASER, Nancy. **Reconhecimento Sem ética?** Tradução: Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga. São Paulo: Lua Nova, 2007.

FREITAS, Ricardo de Brito A. **As Razões do Positivismo Penal no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Rio de Janeiro: Reven, 2008.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio:** uma visão minimalista do Direito Penal. 6^a ed. - Niterói, RJ: Impetus, 2011.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal no inimigo:** noções e críticas. Tradução: André Calegari e Nereu Giacomolle. 2 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

LOURENÇO, Frederico. **Poder e Norma: Michel Foucault e a aplicação do Direito**. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2009.

MACHADO, Ricardo, Introdução: por uma Genealogia do Poder. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

MATEU, Juan Carlos Carbonell. **Derecho penal: Concepto y principios constitucionales**. 3 Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MISSE, Michel. **Crime e Violência no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MUNIZ, Durval. **Cartografias de Foucault/** organizado por Durval Muniz de Albuquerque Júnior, Alfredo Veiga - Neto, Alípio de Souza Filho. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. (Coleção estudos foucaultianos).

NASCIMENTO, André. In: GARLAND, David. **A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Reven, 2008.

NEDER, Gizlene. **Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro: Obediência e Submissão**. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

NETO, Silvio Couto. **O Movimento de “Lei e Ordem” e a Iniquidade do Controle Social pelo Sistema Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PETERKE, Sven. **Obrigações internacionais para a criminalização do terrorismo e modelos de implementação – principais opções para o legislador brasileiro**. Brasília: Ril, 2014.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

REVEL, Judith. Michel **Foucault: Conceitos essenciais**; tradução Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez & Carlos Piovesani. São Paulo: Claraluz, 2005.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**, 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: revista dos tribunais, 2002.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito, 2011. *Apud* BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. **A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano**. In O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latinoamericano [recurso eletrônico] / organizadores Eduardo Manuel.

SOARES, Luiz Eduardo. **Legalidade Libertária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. Salvador: JusPODIVM, 2012.

STUCKA, Petr. *Direito e Lutas de Classe*. Tradução Ameríco e Maria Tereza Stringhni. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

SCHMITT, Carl. *O conceito do Político: Teoria do Partisan*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

TOSI, Giuseppe. **Afirmção Histórica Dos Direitos Humanos**. João Pessoa, 2014.

VIEIRA, Priscila Piazzentini. **Michel Foucault e a História Genealógica em Vigiar e Punir**. São Paulo: IFCH/UNICAMP, 2006.

WACQUANT, Loïc. **PUNIR OS POBRES: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

WOLKMER, Antônio Calos. **A História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Pensamento criminológico, Nº 14. Rio de Janeiro: Revan, 2014.