



# **UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ**

Credenciada pelo Decreto Estadual n.º 3.909, publicado no D.O.E. n.º 7.861, de 1.º-12-2008

**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**

CAMPUS DE JACAREZINHO

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

Recomendado pela Portaria do MEC n.º 524, de 29 de abril de 2008

**LUCAS SOARES E SILVA**

**VIOLÊNCIA E CRIMINALIDADE NO ESTADO DE EXCEÇÃO  
PERMANENTE**

**Jacarezinho – PR  
2012**

**LUCAS SOARES E SILVA**

**VIOLÊNCIA E CRIMINALIDADE NO ESTADO DE EXCEÇÃO  
PERMANENTE**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em  
Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas  
da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como  
exigência final para a obtenção do título de Mestre em  
Ciência Jurídica.

Linha de Pesquisa: Função Política do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Giacoia.

Jacarezinho – PR  
2012

LUCAS SOARES E SILVA

VIOLÊNCIA E CRIMINALIDADE NO ESTADO DE EXCEÇÃO  
PERMANENTE

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na área Função Política do Direito.

Banca examinadora:

---

Presidente: Professor Doutor Gilberto Giacoia

---

Membro: Professor Doutor Valter Foletto Santin

---

Membro: Professor Doutor Eliezer Gomes da Silva

---

Coordenador do Curso: Professor Doutor Vladimir Brega Filho

Jacarezinho-PR, 26 de outubro de 2012.

*Àqueles que de qualquer forma me inspiraram.  
Àqueles que de alguma maneira frustrarei em virtude da  
realização do trabalho.*

*Aos meus pais José Paulo e Diva.  
Meus irmãos, Maria Carolina e Pedro.  
Minha amada Carol.*

## **AGRADECIMENTOS**

*Ao Prof. Dr. Gilberto Giacoia por ter se disposto, mais uma vez, a observar e orientar meus passos. Sou-lhe eternamente grato pela dedicação com que me guia e pelo exemplo que é.*

*Ao Prof. Dr. Vladimir Brega Filho.*

*Aos colegas da sétima turma e a todo corpo docente do mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná.*

*À secretária do mestrado Maria Natalina da Costa.*

*À CAPES, pela bolsa.*

*“Sobre todo creo que no todo está perdido”.*  
Jorge Drexler – Al outro lado del río.

*“Eu vejo a vida melhor no futuro, eu vejo isso por cima de um muro de hipocrisia que insiste em nos rodear”.*  
Lulu Santos – Tempos Modernos.

*“A tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção em que vivemos é na verdade regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, percebemos que nossa tarefa é criar um verdadeiro estado de emergência”.* Walter Benjamin

O conteúdo aprovado da presente dissertação não significa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

SILVA, Lucas Soares e. *Violência e criminalidade no estado de exceção permanente*. 2012. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho – PR.

## RESUMO

O trabalho parte da conclusão de Giorgio Agamben de que vivemos em um estado de exceção permanente. Esta é a conclusão do resultado de um diálogo teórico entre Carl Schmitt e Walter Benjamin, identificando, o primeiro, no instituto do estado de exceção, o fundamento do próprio direito e diagnosticando, o segundo, observando a tradição dos oprimidos, que o estado de exceção é, na verdade, regra geral. No estado de exceção, a política por excelência é a biopolítica, ou seja, a política sobre a vida nua, sendo, conforme Agamben, característica fundamental da política contemporânea, o exercício do *fazer sobreviver*. É possível, assim, definir por meio dessa modalidade política, qual vida importa e qual não importa ao Estado, fazendo surgir, no seio social, a figura do *homo sacer* – figura do direito romano arcaico, cuja morte nada significa, pois referida vida não está protegida pelo ordenamento jurídico. Este seria o resultado do processo identificado como politização da vida. A existência do *homo sacer*, por sua vez, revela a verdadeira condição jurídica do ser humano na contemporaneidade: o cidadão situa-se entre o sujeito de direitos e o *homo sacer*, o que demonstra a fragilidade da ética universal dos direitos humanos. Tal realidade é sustentada por um discurso da crise política, em que se procura justificar, na prática política, o desrespeito à proteção jurídica do homem. Além disso, é possível localizar espaços da exceção, ou seja, locais em que a norma é naturalmente suspensa; trata-se dos denominados campos, que tem como refúgio o *homo sacer*. Na contemporaneidade são as favelas e os bairros pobres, cuja população está sujeita à violência exacerbada e à mais genérica criminalidade. Procura-se também explicar como o direito penal figura nessa lógica: ramo do direito cuja função é reafirmar a norma, constituindo a salvação de uma suposta segurança perdida e como instrumento a sustentar a exceção permanente, visto que materializa, no excesso das práticas punitivas estatais, a violência típica desse estado. Aborda-se o contexto da violência e da criminalidade no Brasil, bem como das diversas facetas do direito penal, considerando a questão da exclusão social. Desdobrou-se o estudo, por exemplo, na questão da hipertrofia das funções repressivas, baseada na função simbólica do direito penal, e caracterizada pelo constante processo de criminalização do excluído. Por fim, procurou-se sugerir perspectivas para a superação da realidade constatada, propondo-se uma reorientação da política criminal e da política de segurança pública, de forma que a primeira deve ir além do enfoque unicamente criminal e a segunda deve dar maior amplitude à potencial capacidade comunitária de sua elaboração e aplicação. A segurança pública, então, deve passar a ser vista como segurança dos direitos e a cidadania, nesta perspectiva, deve fruir por meio do agir comunitário.

Palavras-chave: Violência urbana; criminalidade; estado de exceção permanente.

SILVA, Lucas Soares e. *Violence and criminality in the permanent state of exception*. 2012. Dissertation (Legal Science Master's Degree) – Applied Social Sciences Center of Pioneer North State Law College, Jacarezinho – PR.

#### ABSTRACT

The work begins with the conclusion of Giorgio Agamben that we live in a state of permanent exception. This conclusion is the result of a theoretical dialogue between Carl Schmitt and Walter Benjamin, identifying the first, in the institute of the state of exception, the foundation of the Right, and diagnosing the second, observing the tradition of the oppressed, that the state of exception is in fact, generally. In the state of exception, politics is biopolitics par excellence, and the fundamental characteristic of the policy on contemporary, as says Agamben, is the exercise of *to do survive*. By this political mode, it's possible therefore be defined what life matters and what does not matter to the state, giving rise within the society to the figure of *homo sacer* - a character of archaic Roman law, whose death means nothing, because this life is not protected by legal system. This would be the result of the process identified as the politicization of life. The existence of *homo sacer*, in turn, reveals the true legal condition of the human being in contemporary society: the citizen is located between the subject of rights and *homo sacer*, which demonstrates the fragility of the universal ethic of human rights. This reality is supported by a discourse of political crisis, which seeks to justify, in political practice, disrespect for the legal protection of man. In addition, we can find spaces of exception, places where the norm is usually suspended, called *campes*, and its refugees, the *homo sacer*. In contemporary times are the slums and poor neighborhoods, where the population is subject to heightened violence and crime more generally. On contemporaneity, the camps are the slums and poor neighborhoods, where the population is subject to heightened violence and crime more generally. The second chapter seeks to explain how the criminal law is included in that logic: as a branch of law whose function is to reaffirm the norm, being the salvation of the law, and, as a tool to support the permanent exception, as it materializes, in the excess of the punitive practices, the typical violence of this state. It's studied the context of the violence and crime in Brazil, as well as the various facets of criminal law, considering the issue of social exclusion. Unfolded the study, for example, in the issue of hypertrophy of the repressive functions, based on the symbolic function of criminal law, and characterized by a constant process of criminalization of the excluded. In the last chapter, it was tried to present solutions to overcome the observed reality, proposing a reorientation of criminal policy and public security policy, so that the first one must go beyond the criminal issues, and the second one should give greater breadth to the potential community capacity in the creation and implementation of the politics. Public safety should be seen as safety of the right, and citizenship as the enjoyment of citizenship through community action.

**Keywords:** Urban violence; criminality; permanent state of exception.

## SUMÁRIO

|                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....                                                                                              | 10  |
| <b>1 O FIM DO JURÍDICO E A POLITIZAÇÃO DA VIDA: O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO PARADIGMA POLÍTICO DA MODERNIDADE</b> ..... | 14  |
| 1.1 O estado de exceção: entre Carl Schmitt e Walter Benjamin .....                                                  | 14  |
| 1.1.1 Medidas de exceção .....                                                                                       | 21  |
| 1.1.2 A indeterminação: o vazio de direito e a segurança jurídica .....                                              | 24  |
| 1.2 A politização da vida: vida nua nos tempos de biopolítica (tanatopolítica) .....                                 | 26  |
| 1.2.1 Hannah Arendt e o advento do social .....                                                                      | 26  |
| 1.2.2 Michel Foucault: biopoder e biopolítica .....                                                                  | 29  |
| 1.2.3 Agamben: soberania e vida nua .....                                                                            | 31  |
| 1.3 A condição jurídica na contemporaneidade: entre o sujeito de direitos e o <i>homo sacer</i> ...                  | 35  |
| 1.3.1 Crítica aos direitos humanos .....                                                                             | 40  |
| 1.3.2 O discurso da crise política .....                                                                             | 46  |
| 1.4 O espaço da exceção: o campo e seus refugiados .....                                                             | 50  |
| <b>2 VIOLÊNCIA E FETICHISMO PENAL: CONTROLE SOCIAL E PUNIÇÃO GENERALIZADA</b> .....                                  | 54  |
| 2.1 O direito e seu <i>supereu</i> obscuro: o caráter instrumental da violência .....                                | 60  |
| 2.1.1 Sobre a violência urbana e a criminalidade .....                                                               | 65  |
| 2.1.2 O direito penal como instrumento de controle social .....                                                      | 67  |
| 2.2 Exclusão social e criminalidade, uma genealogia: a sociedade, o crime e o criminoso.....                         | 75  |
| 2.2.1 A Colônia escravocrata e o Império das elites: a origem da exclusão social brasileira ..                       | 76  |
| 2.2.2 A República das insurreições: o Brasil nos trilhos da exceção .....                                            | 79  |
| 2.3 Hipertrofia das funções repressivas e a função simbólica do direito penal .....                                  | 83  |
| 2.4 A negação do <i>Outro</i> : o processo de criminalização do excluído .....                                       | 86  |
| 2.4.1 O processo penal estigmatizante .....                                                                          | 92  |
| 2.5 Direito penal do inimigo: teorização da exceção .....                                                            | 100 |
| <b>3 SEGURANÇA PÚBLICA E POLÍTICA CRIMINAL EM TEMPOS DE EXCEÇÃO PERMANENTE: LIMITES E ALCANCE</b> .....              | 108 |
| 3.1 Matrizes cognitivas das políticas públicas em segurança no Brasil .....                                          | 110 |
| 3.1.1 O ranço do autoritarismo .....                                                                                 | 114 |
| 3.1.2 Política de segurança seletiva: segregacionismo e limitação do espaço da política.....                         | 118 |
| 3.2 Limites e alcances das atuais orientações da política criminal e da política de segurança pública .....          | 122 |
| 3.3 A segurança pública como segurança dos direitos .....                                                            | 127 |
| 3.4 Em busca da cidadania perdida: do <i>homo sacer</i> ao cidadão total .....                                       | 130 |
| <b>CONCLUSÃO</b> .....                                                                                               | 136 |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....                                                                                             | 139 |

## INTRODUÇÃO

Esta investigação baseia-se no pressuposto de que a validade do direito moderno está fundada na concepção da soberania. Entretanto, à luz dos estudos de Giorgio Agamben, a soberania deve ser compreendida de uma forma muito peculiar, qual seja, aquela apoiada no estado de exceção permanente e na fragilidade da vida nua, em que predomina, como forma política por excelência, a biopolítica.

Do ponto de vista teórico, Agamben chega à conclusão de que vivemos em um estado de exceção permanente, síntese de um provável diálogo filosófico entre Carl Schmitt e Walter Benjamin. O primeiro teria identificado no instituto do estado de exceção, isto é, na suspensão do direito e das garantias diante do estado de necessidade, o fundamento do próprio direito posto. Nesse sentido, o direito só impera visto que por meio da decisão soberana pode suspender-se com a finalidade de garantir-se. Já Walter Benjamin, observando a tradição dos oprimidos, diagnosticou que o estado de exceção é, na verdade, regra geral. Portanto, a síntese de Agamben será no sentido de que o estado de exceção é paradigma político na modernidade.

Pelo viés prático, o estado de exceção permanente consubstancia-se na corriqueira e dissimulada suspensão dos direitos em supostos momentos de crise. Além disso, percebe-se o reiterado uso da violência institucional, típica dos momentos excepcionais, no agir cotidiano dos agentes que compõem o sistema repressivo.

No estado de exceção, a política é eminentemente biopolítica, ou seja, a política sobre a vida nua. E, diante disso, Giorgio Agamben, indo além dos estudos de Michel Foucault, identifica, na faceta obscura da biopolítica, a tanatopolítica – a decisão sobre a morte – como sendo a característica fundamental da política contemporânea, consistente no exercício do *fazer sobreviver*.

É possível, assim, definir, por meio dessa modalidade política, qual vida importa e qual não importa ao Estado, fazendo surgir no seio social a figura do *homo sacer* – figura extraordinária do direito romano arcaico, da qual, por meio de uma punição, é retirada qualquer proteção jurídica; seu assassinato é impunível, porém não pode ser sacrificada pelos ritos sagrados; em suma, não pertence ao profano nem ao divino, é sim vagante em um limbo existencial – aquele cuja morte não interessa a ninguém. Este seria o resultado do processo identificado como politização da vida, explicado no trabalho em três etapas teóricas, quais

sejam: o advento do social que supera a divisão entre o público e o privado, segundo Hannah Arendt; pelo surgimento da biopolítica propriamente dita, com base nos estudos de Michel Foucault; e um terceiro momento, sob a visão de Giorgio Agamben, ao identificar que a biopolítica apresentou-se no século XX como tanatopolítica.

A existência do *homo sacer* revela a verdadeira condição jurídica do ser humano na contemporaneidade. Referida discussão tem lugar no primeiro capítulo, situando o cidadão contemporâneo entre o sujeito de direitos e o *homo sacer*, localização que demonstra a fragilidade da ética universal dos direitos humanos, sendo este discurso, portanto, insuficiente para superar mencionada realidade.

Revela-se que tal constatação é sustentada por um discurso da crise, em que se procura justificar, na prática política, o desrespeito à proteção jurídica do homem. Além disso, discorre-se, ainda no primeiro capítulo, acerca do espaço da exceção, ou seja, o local em que a norma é habitualmente suspensa. O exemplo típico desse espaço é o do campo de refugiados, e este é o exemplo utilizado por Giorgio Agamben ao referir-se ao campo de concentração nazista. No campo não vige o direito natural ou qualquer direito escrito; ali, há uma forma muito peculiar de direito, consubstanciada na não aplicação do direito que vige além de suas fronteiras – por isso espaço de exceção.

O refugiado é a figura do *homo sacer*, já que ele não se vê incluído em qualquer estatuto jurídico como cidadão. E, no século XXI os campos sobrevivem não só como campo de refugiados, mas também materializado no cenário de qualquer cidade. Trata-se das favelas e dos bairros pobres, cuja população está sujeita à violência exacerbada e à mais genérica criminalidade.

Neste ponto atinge-se o primeiro objetivo deste trabalho: demonstrar que o estado de exceção permanente é uma realidade e se verifica no contexto brasileiro. A proposta subsequente, inserta no campo do direito penal e da criminologia, é identificar os efeitos da exceção permanente na configuração do sistema criminal estatal e no modo de agir de seus agentes, assim como o movimento contrário, isto é, a contribuição do sistema historicamente construído para a manutenção da realidade excepcional.

Diante disso, no segundo capítulo, procura-se explicar que o direito penal figura nessa lógica de duas formas: como ramo do direito cuja função é reafirmar a norma, constituindo assim salvação de uma suposta segurança jurídica perdida; e como instrumento a

sustentar a exceção permanente, visto que materializa, no excesso das práticas punitivas estatais, a violência típica desse estado.

Sendo assim, tratou-se num primeiro momento do caráter instrumental da violência inerente ao direito, concebendo tal faceta como lado obscuro de sua “personalidade”. Abordou-se também o que se tem por violência urbana e criminalidade, desmitificando determinados conceitos e fazendo um diagnóstico desses fatores com base na realidade brasileira.

Na sequência, o direito penal é colocado e estudado como sendo um instrumento de controle social. E, por ser assim, restou revelado que é um instrumento destinado a uma específica parcela da população, qual seja, aquela historicamente excluída e marginalizada, a qual, por consequência, assistem à suspensão corriqueira de seus direitos fundamentais.

Com isso, revelou-se impossível estudar o contexto da violência e da criminalidade no Brasil, bem como das diversas facetas do direito penal, sem considerar a questão da exclusão social e, por ser imprescindível esta análise, buscou-se elaborar uma genealogia da ligação entre exclusão social, criminalidade e atuação do poder repressivo/punitivo na sociedade brasileira. Tomou-se por base, para tanto, o período Colonial e Imperial escravocratas, como raízes do modelo de exclusão social brasileiro, delineando-se o que perdura por séculos: o abandono da população negra e mestiça, que seria controlada pelo poder punitivo, assegurando-se os privilégios da população de matiz indo-europeia. No segundo momento destacado, a República Velha, cenário de insurreições, deu-se molde ao aparato repressivo, cuja atuação seria baseada na exceção legal e em parâmetros eugenistas, com a função de inviabilizar qualquer levante popular contra o Estado.

Estudou-se a questão da hipertrofia das funções repressivas, dando conta da função simbólica do direito penal, hoje bastante difundida e radicalizada, bem como a questão do processo de criminalização do excluído, o qual se renova constantemente.

Por fim, ainda no segundo capítulo, abordou-se a teoria do “direito penal do inimigo”, doutrina esta que vem recebendo grande atenção dos juristas brasileiros. Neste trabalho ela é encarada como a teorização da exceção, uma vez que aparece como tentativa de assimilar ao âmbito jurídico a exceção permanente, pois é baseada na possibilidade de coexistirem duas formas de direito penal: uma com garantias claras para os cidadãos e outra em que tais garantias são relativizadas para os inimigos.

Assim, no último capítulo, procurou-se sugerir soluções para a superação da realidade constatada. E o meio empregado foi a abordagem crítica acerca das políticas de segurança pública e da política criminal na atualidade, pontuando seus limites e alcances. O primeiro ponto atacado foram as matrizes cognitivas da segurança pública no Brasil, de forma que, por se apresentarem equivocadas em alguns pontos, inviabilizam uma correta elaboração das políticas públicas e a superação do problema. Ademais, percebeu-se que persiste um ranço do autoritarismo, tendo em vista que a Ditadura Militar recentemente superada deixou legados, muitas vezes não questionados, levando-se em conta, ainda, que naquele período foi constituído boa parte do aparato da segurança pública hoje vigente. Nessa perspectiva, verificou-se que, na prática, a política de segurança pública é seletiva e segregacionista, tendente a progressivamente limitar o espaço da genuína política, qual seja, o espaço público de convívio e ação popular. Sofrem com este modelo aqueles que historicamente não são considerados cidadãos a serem protegidos.

A proposta de superação dessa lógica passa, necessariamente, pela reorientação da política criminal e da política de segurança pública. A primeira deve ir além do enfoque unicamente criminal, e a segunda deve dar maior amplitude à potencial capacidade comunitária de elaboração e aplicação das políticas. Foi possível concluir que a segurança pública então é vista como segurança dos direitos, e que a cidadania deve ser remodelada pelo agir comunitário.

# 1 O FIM DO JURÍDICO E A POLITIZAÇÃO DA VIDA: O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO PARADIGMA POLÍTICO DA MODERNIDADE

## 1.1 O estado de exceção: entre Carl Schmitt e Walter Benjamin

O Estado Moderno, na visão de Carl Schmitt, deveria consistir-se em um Estado tal qual delineado por Thomas Hobbes, onde a soberania fosse uma e o soberano único. Ao tratar das diversas espécies de governo por instituições, e da sucessão do poder soberano, o filósofo do *Leviatã* conclui que diante da existência de um poder soberano, outro só poderá existir (coexistir) se a soberania for definida para determinados fins, e limitada pelo próprio poder soberano<sup>1</sup> (daí a unidade da soberania).

O poder, para que o povo possa viver em paz, tem que ser indivisível.<sup>2</sup> A diferença entre as espécies de governo (monarquia, democracia e aristocracia) seria a capacidade de garantir a paz e a segurança do povo. A preferência de Carl Schmitt pela monarquia fundamentada por Hobbes em seis motivos (HOBBS, 2007, p.143-146) demonstra também seu interesse pelo único soberano, o qual, em linhas gerais, por ser único é melhor garantidor da segurança do que a assembleia, em que os interesses são múltiplos.

Portanto, como questionador do sistema político da República de Weimar, Schmitt via no parlamentarismo apenas um mero formalismo de decisão política legitimada. Na linha do pensamento de Hobbes, compreendia que mesmo a constituição democrática se fundava em um poder soberano único. O pluralismo político fora do controle estatal, e dos ditames da constituição, representaria na verdade forças antagônicas tendentes ao conflito (implicando na fragilidade da ordem), tendo em vista que os partidos políticos e agremiações agiriam sempre calcados no egoísmo de seus ideais.

De tal forma, o teórico exigia “um Estado total, vindo neste a única saída do pluralismo de partidos e agremiações de *lobbyistas*, contratorpedeiros da ordem institucional de então” (SCHIMITT, 1992, p.14). A ditadura presidencial seria, então, à sua época, a única saída para a recuperação da unidade constitucional, pensamento que começa a ser esboçado quando escreve, no ano de 1929, *O Guarda da Constituição*.

---

<sup>1</sup> “Therefore, where there is already erected a sovereign power, there can be no other representative of the same people, but only to certain particular ends, by the sovereign limited”. HOBBS, Thomas. *Leviathan: or the matter, forme and power of a commonwealth ecclesiasticall and civil*. New York: Touchstone, 1997, p. 143.

<sup>2</sup> “... that power, which, if man will live in peace, is indivisible”. “The difference between these kinds of commonwealth, consisteth not in the difference of power; but in the diffence of convenience, or aptitude to produce the peace, and security of the people”. *Leviathan*, p. 143.

O que houve com o político? Esta resposta pode ser encontrada na obra *O conceito de político* (1932), de Carl Schmitt. Todavia, é importante destacar que, para o autor, o Estado moderno em sua forma clássica é aquele que detém em si o político,<sup>3</sup> formatação esta que estaria morta quando de seus estudos, uma vez que o pluralismo político teria tratado de espalhar a essência do político por toda a sociedade (nas categorias religiosas, morais, econômicas, étnicas, dentre outras), sendo que tais categorias nem sempre resguardariam os interesses institucionais.

Deve-se ter em conta que o conceito do político em Carl Schmitt está intrincado no conceito de Estado, ou como prefere o autor: “o conceito do Estado pressupõe o conceito do político” (SCHMITT, 1992, p. 43). Isto porque o Estado deve deter o monopólio do político, uma vez que o político, em última análise, sempre implica na possibilidade de distinção entre amigo e inimigo.<sup>4</sup> Nas palavras do autor:

A distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre *amigo* e *inimigo*. Ela fornece uma determinação conceitual no sentido de um critério, não como definição exaustiva ou especificação de conteúdos. Na medida em que ela não é derivável de outros critérios, corresponde, para o político, aos critérios relativamente independentes das demais contraposições: bom e mau, no moral; belo e feio, no estético etc. Em todo caso, ela é independente, não no sentido de um novo âmbito próprio, mas na maneira em que não se fundamenta nem em alguma das demais oposições, nem tampouco em várias delas, e nem a elas pode ser reportada (SCHMITT, 1992, 51-52).

Devido a tal característica do político (que tem no seu cerne a decisão entre o amigo e o inimigo), o Estado sadio é o Estado total, já que relegar a política (na essência do

---

<sup>3</sup> Deter o político representaria na concepção de Carl Schmitt deter o poder de decisão entre amigos e inimigos, ou seja, figurar como unidade política, a “unidade suprema por decidir por si mesma e ser capaz de impedir todos os demais grupos sociais opostos de se dissociarem diante do antagonismo extremo (guerra civil)”. BERCOVICI, Gilberto. *Carl Schmitt e a tentativa de uma revolução conservadora*. In ALMEIDA, Jorge de. BADER, Wolfgang, (orgs.). *Pensamento alemão no século XX: grandes protagonistas e recepção das obras no Brasil*. v. 1. São Paulo, Cosac Naify, 2009, p. 74. Schmitt pretendia, de tal forma, que o Estado (total) assegurasse a fruição das diversas esferas de influência política da sociedade dentro de seus limites, atividade inibida pelo sistema representativo e pelo pluralismo político apartado do Estado.

<sup>4</sup> Schmitt não sustenta que a existência política não passa de uma guerra sangrenta. Ainda que considere o conflito armado como a consequência extrema do agrupamento político calcado na divisão amigo-inimigo, pretende o autor demonstrar que o pensar político é caracterizado pela decisão corriqueira entre o amigo e o inimigo. Destaca-se: “só existe uma “política social” a partir do momento em que uma classe politicamente considerável apresentou suas reivindicações “sociais”; a assistência social de que se beneficiavam antigamente os pobres e miseráveis não era considerada como um problema social e nem tinha este nome. Iguualmente só havia uma política religiosa onde uma Igreja se apresentava como um adversário político considerável”. (SCHMITT, 1992, p. 56). Em outra passagem: “O fenômeno do político apenas pode ser compreendido mediante a referência à real possibilidade do agrupamento amigo-inimigo, independente do que daí decorre para a apreciação religiosa, moral, estética, econômica do político. A guerra, enquanto meio político mais extremo, revela a possibilidade, subjacente a toda concepção política, desta distinção entre amigo e inimigo.”. (1992, p. 61).

termo) às instituições interestatais significaria dar ampla margem aos anseios egoístas dos variados grupos, os quais tendem a confrontarem-se na defesa de seus interesses. Nesse sentido, resumir o político ao político-partidário significaria permitir, na ordem interna, a eleição ilimitada de antagonismos, fato que provavelmente resultaria na guerra civil. Veja-se:

Quando no interior do Estado os antagonismos político-partidários transformam-se completamente “nos” antagonismos políticos, alcança-se o grau extremo na escala da “política interna”, ou seja, agrupamentos amigo-inimigo intra-estatais, não a política externa, são os decisivos para o confronto armado. A possibilidade real de luta que sempre deve estar presente para que se possa falar de política refere-se, por conseguinte, em tal “primado da política interna” não mais à guerra entre povos organizados em unidade políticas (Estados e Impérios), mas à *guerra civil* (SCHMITT, 1992, p. 58).

Nessa perspectiva, o Estado é o ser político por excelência, tendo em conta que se orienta na probabilidade da eventualidade séria. Constitui-se unidade política, soberana, a quem cabe, em última análise, resolver o caso decisivo (SCHMITT, 1992, p. 64). Não implica dizer, ainda na concepção schmittiana, que o Estado se personifica em uma super máquina pela qual ocorre todo o processo decisório de determinado agrupamento. Pelo contrário, é tranquilamente possível que organizações econômicas e religiosas, dentre outras, tenham mais força que o próprio governo de um Estado economicamente neutro e laico. Todavia, a ressalva do autor é no sentido de que a questão da unidade política vem à tona diante do conflito. Nessa hipótese, cabe unicamente ao Estado, fazendo jus ao seu monopólio político, decidir sobre a guerra, uma vez que “se forças opositoras econômicas, culturais ou religiosas forem tão fortes a ponto de, por si sós, determinarem a opção acerca do caso de guerra, estas tornam-se justamente a nova substância da unidade política” (SCHMITT, 1992, p. 65).

Na República de Weimar, onde prepondera o pluripartidarismo, o povo e seus interesses ocupam o Estado, que não está consequentemente acima das forças sociais. Em contrapartida, como destaca Gilberto Bercovici, Schmitt vislumbra um Estado em que o próprio Estado e a sociedade se interpenetram gerando a identidade entre ambos, dando a luz ao Estado total. Este não representa a usurpação de todas as esferas sociais e toda política, pelo contrário, como assegura Bercovici, “Schmitt deseja garantir a autonomia de esferas não estatais. Só um Estado forte pode se retirar dessas esferas” (2009, p. 75).

A refutação ao pluralismo político (imaginando-se unidades políticas autônomas) é inerente a este pensamento justamente porque, embora coexistam diversas

esferas de influência política dentro da mesma territorialidade, tais como a sociedade religiosa, o sindicato, a família, o clube esportivo, as organizações não governamentais e mesmo os partidos políticos, dentre outras associações, estas não gozam da força decisiva atinente à soberania estatal.

Portanto, a crítica de Schmitt ao sistema político alemão, ao qual era contemporâneo, era de duas ordens: por um lado, no sentido de que o sistema representativo parlamentarista figurava-se tão-somente como formalismo legitimador, inibindo na população a possibilidade de participação direta no processo decisório; por outro lado, o pluralismo político desligado da ordem institucional resultaria em uma ordem frágil e colocaria em risco a própria Constituição.

Carl Schmitt intentava assegurar um espaço autônomo do político, o que implica dizer que a finalidade de sua obra era, através de uma crítica ao sistema democrático representativo e ao liberalismo, aos quais os questionamentos eram incisivos, manter o lugar do político na época moderna. É o que também assegura Hans Georg Flickinger ao apresentar a referida obra de Schmitt (1992, p. 10).

Tais questionamentos contribuíram para que se adotasse um juízo severamente crítico ao formalismo da democracia moderna e “sua tendência de substituir a decisão política pela exclusiva valorização da maioria quantitativa de votos” (SCHMITT, 1992, p. 11). Ao observar o sistema parlamentarista, Schmitt conclui por sua falência, tendo em conta que a “discussão pública entre cidadãos independentes arruinou-se pelo compromisso tático dos partidos” (1992, p. 12), de forma que as negociações em comissões fechadas se sobrepuseram ao ser público no processo de decisão política.

Assim, são das peculiaridades do Estado forte almejado por Schmitt, a possibilidade da fatal decisão sobre a guerra e a manutenção da unidade política,<sup>5</sup> a origem de sua peculiar noção de soberania.

“Soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 2006, p. 7). Para Carl Schmitt, a soberania se sustenta justamente na possibilidade da decisão sobre o estado de exceção. Conforme o filósofo, no Estado Moderno, para que se garanta a ordem vigente (ou em última análise para que o próprio Estado subsista), é possível que se suspenda toda esta ordem. Enfim, para se garantir o estado de direito, o direito se retira.

---

<sup>5</sup> “A unidade política é justamente, por essência, a unidade determinante, independentemente de suas forças ela extrai seus últimos motivos psicológicos. Ela existe ou não existe. Quando ela existe, é a unidade suprema, isto é, aquela que determina o caso decisivo”. (SCHMITT, 1992, p. 69).

A constituição, por si só, não é suficiente para manter a unidade política. Para que o Estado se mantenha, na concepção schmittiana, “a saída é um poder neutralizador que, utilizando-se dos poderes de exceção, consiga excluir quem é hostil ou estranho à ordem política [ditadura do plebiscito], podendo jogar a legitimidade contra a legalidade e, assim eliminar o inimigo” (BERCOVICI, 2009, p. 76).

Dessa forma, pode-se concluir que, segundo Carl Schmitt, o Estado Moderno tem sua soberania assegurada pela possibilidade do estado de exceção, embora localizada no limiar extremo do ordenamento. Trata-se, pois, de um peculiar fenômeno jurídico, ou seja, da inclusão na ordem jurídica da própria exceção.

Embora não se possa tipificar ou enumerar as hipóteses de apresentação da situação de extrema necessidade a justificar a suspensão do direito, a exceção se revela um elemento formal jurídico específico, visto que traz em si a decisão soberana, na sua absoluta nitidez (SCHMITT, 2006, p. 13). Explica o teórico:

[...] precisa-se de uma competência, a princípio, ilimitada, ou seja, a suspensão de toda ordem existente. Entrando-se nessa situação, fica claro que, em detrimento do Direito, o Estado permanece. Sendo o estado de exceção algo diferente da anarquia e do caos, subsiste, em sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não uma ordem jurídica. A existência do Estado mantém, aqui, uma supremacia indubitável sobre a validade jurídica. A decisão liberta-se de qualquer vínculo normativo e torna-se absoluta em sentido real. Em estado de exceção, o Estado suspende o Direito por fazer jus à autoconservação, como se diz (2006, p.13).

Como explica Schmitt, a extrema necessidade é imperativa e ilimitada, de forma que a letra da lei não pode delinear um procedimento específico a ser adotado em busca da normalidade. De fato, acertadamente, o texto constitucional pode indicar, no máximo, quem pode e deve agir em tais casos. Demonstra-se, então, a particular importância da figura do soberano,<sup>6</sup> aquele que decide sobre o estado de exceção.

Pode-se extrair daí a natureza da soberania estatal. Na teoria de Carl Schmitt, a soberania é definida, juridicamente, “não como monopólio coercitivo ou imperialista, mas como monopólio decisório” (SCHMITT, 2006, p. 14). Diante da crise, somente a estabilidade e isenção da autoridade frente aos partidos políticos e suas lutas e ante

---

<sup>6</sup> Destaca o autor: “No máximo, a Constituição pode indicar quem deve agir em tal caso. Não se submetendo a ação a nenhum controle, não há, de nenhuma forma, a divisão, como ocorre na prática da Constituição jurídico-estatal, em diversas instâncias que se equilibram e se obstruem reciprocamente, de modo que fica claro quem é o soberano. Ele decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como sobre o que se deve fazer para saná-lo. O soberano se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigente, porém a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in toto*”. (SCHMITT, 2006, p. 8).

as demais forças sociais, e somente por intermédio das garantias institucionais (*institutionelle Garantien*), ou seja, das medidas de exceção adotadas a partir da decisão política, é que se restauraria a normalidade.

A preocupação schmittiana é, portanto, com a blindagem constitucional – a soberania constitucional é resguardada pela possibilidade de sua suspensão em sua própria defesa e soberano é aquele que decide sobre a exceção. Este é o motivo que leva Giorgio Agamben a recorrer a Carl Schmitt, visto que este teria identificado o próprio fundamento de todo o ordenamento jurídico.

Um parêntese: na doutrina constitucionalista moderna há quase um consenso no sentido de que as medidas excepcionais, se utilizadas nos estritos moldes da própria constituição, são instrumentos eficazes nas soluções das crises. Entre nós, destaca José Afonso da Silva que o *sistema constitucional de crises* compreende “normas que visam a estabilização e a defesa da Constituição contra processos violentos de mudança ou perturbação da ordem constitucional, mas também a defesa do Estado quando a situação crítica derive de uma guerra externa”. Continua o autor afirmando que nesses períodos vigoraria uma legalidade extraordinária, que define e rege o estado de exceção (2010, p. 762).

O português José Joaquim Gomes Canotilho também se preocupa com os “limites” da exceção, fazendo constar que tais medidas só podem ser utilizadas em situações constitucionais excepcionais, visto que a decisão deve sempre se fundamentar no “direito de necessidade constitucional” (2007, p. 399).

Giorgio Agamben teria reconhecido o estado de exceção permanente como paradigma político da modernidade na conclusão de um provável diálogo teórico entre Carl Schmitt e Walter Benjamin, o qual, discorrendo sobre a tradição<sup>7</sup> dos oprimidos constatou em 1940, que o estado de exceção é, na verdade, regra geral. Veja-se a oitava tese sobre o conceito de história (BENJAMIN, 1985, p. 225):

A tradição dos oprimidos nos ensina que o "estado de exceção" em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa

---

<sup>7</sup> O termo utilizado por Benjamin tem sentido de “transmissão”. Explica Jeanne-Marie Gagnebin, “Benjamin introduz aqui um conceito-chave, o de *Überlieferung*, palavra que também pode ser traduzida como “tradição”, mas que sugere-se restituir de maneira mais literal como “transmissão”, ressaltando assim o processo histórico concreto, material, de desistências, perseverança, lutas e violência que transporta ou não, leva ou não, transmite ou não um acontecimento ou uma obra do passado até o presente”. GAGNEBIN, Jeanne-Marie. *Walter Benjamin: estética e experiência histórica*. In ALMEIDA, Jorge de. BADER, Wolfgang (orgs). *Pensamento alemão no século XX*. vol. 1. São Paulo: Cosac Naify, 2009, p. 156.

posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no século XX "ainda" sejam possíveis, não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável.

Nesse sentido, Giorgio Agamben assevera que na tradição jurídica a doutrina se dedicou à localização do estado de exceção em relação ao ordenamento jurídico (como um fenômeno essencialmente político ou como parte integrante do direito positivo), não se dando conta da insuficiência da simples oposição topográfica (dentro/fora) para explicar o fenômeno, o qual assim delinea:

[...] o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica (AGAMBEN, 2004, p. 39).

Em Agamben há uma espécie de síntese entre as duas teorias, visto perceber que a partir do momento que o estado de exceção tornou-se regra, “ele não só sempre se apresenta muito mais como técnica de governo do que como uma medida excepcional, mas também deixa aparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica” (2004, p. 18).

O que Agamben está a dizer, muito mais inspirado em Walter Benjamin, é que “esta transformação de uma medida provisória e excepcional em técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e já, de facto, transformou sensivelmente – a estrutura e o sentido da distinção tradicional das formas de constituição”. Não são os plenos poderes que definem o estado de exceção, embora façam parte dele. O agir repressivo (com plenos poderes) é parte do estado de exceção – que é na verdade o vazio jurídico. Conclui: “*o estado de exceção apresenta-se, pois, nesta perspectiva, como um limiar de indeterminação entre democracia e absolutismo*”.<sup>8</sup>

Portanto, eis que se reconhece o mérito de Schmitt em apontar justamente a possibilidade do estado de exceção como fundamento e garantia de toda ordem jurídica, como

---

<sup>8</sup> Grifos nossos. Preferiu-se neste parágrafo a tradução portuguesa que, muito embora apresente sucintas diferenças da brasileira, faz-se mais contundente ao utilizar o termo “transformação” ao invés de “deslocamento”, bem como o termo “limiar” ao invés de “patamar”. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Traduzido por Miguel Freitas da Costa. Lisboa PT: Edições 70, 2010, p. 13.

se conclui, a partir da observação de Benjamin, que o estado de exceção pode ser, na verdade, uma técnica de governo.

### 1.1.1 Medidas de exceção

Sendo o estado de exceção moderno uma criação da tradição democrático-revolucionária e não da tradição absolutista (AGAMBEN, 2004, p. 16), recorrente será a utilização de medidas de exceção para salvaguardar a própria democracia, isto é, suspender-se boa parcela dos direitos fundamentais constituintes do Estado Democrático para hipoteticamente salvá-lo da ameaça extrema.

Todavia, as considerações de Slavoj Žižek leva o leitor a recuar e atentar para a primazia da economia sobre a democracia, ou seja, para o caráter secundário e manipulativo das intervenções legitimadoras, que afirmam proteger a democracia e os direitos humanos (2003, p. 59).

Diz o autor:

[...] quando uma instituição estatal proclama o estado de emergência, ela o faz, por definição, como parte de uma estratégia desesperada para *evitar* a verdadeira emergência e “retornar ao estado normal das coisas”. Há uma característica comum a todas as proclamações reacionárias de “estado de emergência”: foram todas dirigidas contra a agitação popular (“confusão”) e apresentadas como medidas para restaurar a normalidade (2003, p.128).

Diante desse contexto, acerta Agamben ao afirmar que o estado de exceção tornou-se paradigma de governo, uma vez que a utilização dos institutos de emergência é corriqueira no Estado Democrático Moderno, especialmente após as experiências totalitárias da metade do século XX, assegurando um suposto status de normalidade, protegido por um aparato repressivo oficial, a expressar e assegurar os interesses do poder instituído.

Entretanto, um breve deslocar de olhos à primeira década do século XXI, partindo das medidas adotadas pelo presidente George Bush após o atentado de 11 de Setembro de 2001, pode fornecer um panorama geral do que se explica.

A primeira medida de exceção lançada então foi a “military order”, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos no dia 13 de novembro de 2001, a qual trazia

em seu bojo a autorização da “indefinite detention” de supostos terroristas, bem como seus julgamentos perante “military commissions”, claramente tribunais de exceção.<sup>9</sup>

No contexto latino-americano, o estado de sítio foi decretado, por exemplo, na Argentina em dezembro de 2001, ocasião em que o país passava por grave crise econômica e a população se revoltava nas ruas, reivindicando empregos e melhores condições sociais. No Paraguai, em julho de 2002, o estado de exceção foi decretado como forma de neutralizar movimentos populares que clamavam pela renúncia do então presidente González Macchi. A mesma técnica foi utilizada no Peru em maio de 2003, para conter os protestos contra o governo de Alejandro Toledo.<sup>10</sup>

Em novembro de 2005, o governo Francês lançou mão de um pacote de leis de emergência para conter uma série de distúrbios que ocorriam na periferia de Paris, proibindo inclusive reuniões públicas. O motivo dos protestos seria a discriminação e o racismo para com a população pobre da cidade, sendo o estopim a morte de dois adolescentes perseguidos pela Polícia.

Daniel Arruda Nascimento (2010), ao abordar a temática, pôde identificar, por meio de uma pesquisa compreendendo os anos de 2007 e 2008, a utilização das medidas excepcionais por treze países diversos, sendo o mote sempre relacionado ao restabelecimento da ordem e da paz, embora as causas tenham sido as mais diversas, desde o combate a insurreições contestadoras da política governamental (a exemplo da Bolívia) até para dar fim a uma greve de transporte de carga pesada (a exemplo da Guatemala).<sup>11</sup>

O que todos os momentos de emergência, ou excepcionais, têm em comum é a instauração de um estado policialesco, caracterizado pela ostensividade da força policial ou mesmo militar, onde há supressão expressa de determinados direitos individuais, visando a restauração da ordem pública.

Nota-se que, ultrapassando as características clássicas, quais sejam, a restrição do direito de reunião e manifestação, o toque de recolher, dentre outras, estes momentos passaram a dilatar cada vez mais o nível de violência empregado pelas forças

---

<sup>9</sup> Diz o autor: “A novidade da “ordem” do presidente Bush está em anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável”. (AGAMBEN, 2004, p. 14).

<sup>10</sup> Pesquisa realizada nos sítios <www.bbc.co.uk> e <www.estadao.com.br>.

<sup>11</sup> Os países citados pelo autor são, em ordem alfabética, Afeganistão, Bangladesh, Bolívia, Colômbia, Filipinas, Geórgia, Guatemala, Honduras, Ilhas Fiji, Paquistão, Peru, Somália, Tailândia e Timor Leste. (NASCIMENTO, 2010, p. 117 e 118).

oficiais. Tais atos tornaram-se tão corriqueiros que o momento excepcional, muitas vezes, não é declarado oficialmente, mas simplesmente revelado na adoção de medidas repressivas governamentais, seja para conter manifestações populares ou para por em prática estratégias políticas.

Tornou-se comum nos últimos anos, a exemplo do Brasil, a adoção da força repressiva policial – utilizando-se, na maioria das vezes, de bombas chamadas “de efeito moral”, dentre outras armas ditas não letais – para a contensão de manifestações públicas. Citam-se, como exemplo, os métodos utilizados na Marcha da Maconha em São Paulo, em 2011, na atuação policial para a “limpeza” da Cracolândia, bem como no despejo de 1.600 famílias no Bairro Pinheirinho, em 2012. Também tornou-se corriqueiro recorrer ao Exército para dar efetividade a políticas públicas estatais, como no caso da implantação das Unidades Policiais Pacificadoras no Complexo de Morros do Alemão no Rio de Janeiro, em 2011.

Nesse mesmo ano de 2011, o mundo passou por uma experiência, de certa forma inédita. Civis, consideravelmente desorganizados, foram às ruas em nome da democracia. Ditaduras, a começar pela do Egito, ruíram sob o lema da liberdade popular. Enquanto isso, na suposta calmaria de Manhattan, jovens mal arrumados acampavam em Wall Street, questionando a lógica capitalista ocidental, dispostos a iniciarem ali uma nova ordem.

Ambos os movimentos, mal vistos pelo *status quo*, foram reprimidos pelas forças oficiais. Tal reação representa um verdadeiro massacre aos direitos fundamentais. No caso das ditaduras árabes, a resistência dos governos autoritários foi e vem sendo das mais radicais possíveis, a exemplo do que ocorreu em 11 de junho de 2012 na Síria.<sup>12</sup> No caso das ocupações, o cerco policial intenta dismantelar os movimentos, retirando-lhes, quando possível, a legitimidade por meio da criminalização de seus atos.<sup>13</sup>

Como se percebe, utilizando inclusive o exemplo brasileiro, a Constituição Democrática visa dar aos “institutos” do “estado de sítio” e “estado de defesa” certa margem

---

<sup>12</sup> Em notícia vinculada pelo *site* do jornal Estadão em 11 de junho de 2012, o número pessoas mortas desde o início do levante contra o governo do presidente Bashar Assad ultrapassava 14 mil. *Violência na Síria deixa 22 mortos nesta 2ª feira*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,violencia-na-siria-deixa-22-mortos-nesta-2-feira,884878,0.htm>>.

<sup>13</sup> Nos dizeres de Giovanni Alves: “é ingenuidade política acreditar que o Estado burguês não utilizará mecanismos de administração policial, no tempo certo, que visem isolar os novos movimentos sociais conforme eles se ampliam, que não os tornará invisíveis, por meio da mídia, caso se torne necessário (há uma intensa batalha midiática ocorrendo em todo mundo!) ou então que não irá dissuadi-los e absorvê-los com concessões residuais capazes de preservar a ordem burguesa. No limite, pode simplesmente reprimi-los, a título de manter a ordem pública, com o apoio da ‘classe média’ perplexa e amedrontada pela ameaça do terrorismo autoinduzido do estado de exceção”. ALVES, Giovanni. *Ocupar Wall Street... e depois?* In HARVEY, David [et. al]. *Occupy*. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2012, p. 38.

de segurança, evitando assim o descambo imediato para a Ditadura. Entretanto, ressalta Agamben (2004, p. 17):

Embora de um lado (no estado de sítio), o paradigma seja a extensão em âmbito civil dos poderes que são da esfera da autoridade militar em tempo de guerra, e, de outro, uma suspensão da constituição (ou das normas constitucionais que protegem as liberdades individuais), os dois modelos acabam, com o tempo, convergindo para um único fenômeno jurídico que chamamos estado de exceção.

Na realidade, o estado de exceção generalizou-se e tornou-se regra. Vive-se, como se verá a seguir, em um contexto de indeterminação, em que predominam a incerteza e o vazio de direito.

### **1.1.2 A indeterminação: o vazio de direito e a segurança jurídica**

Segundo Slavoj Žižek, vivemos hoje em um estado de emergência global. O diagnóstico feito pelo filósofo, ao olhar para a luta contra o terrorismo desencadeada como política global dos países ricos após 11 de Setembro, identifica-se com todo o ocidente, de maneira geral (2003, p. 127). Conforme suas reflexões:

A lógica do estado de emergência: suspende-se potencialmente o império do direito; o Estado deve ter permissão para afirmar sua soberania sem restrições legais “excessivas” [...] a distinção entre estado de guerra e paz fica embaçada; estamos entrando numa era em que um estado de paz em si pode ao mesmo tempo ser um estado de emergência (2003, p. 128).

A esse respeito, Agamben pensa o estado de exceção permanente como “terra de ninguém, entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida” (2003, p. 12). Nesse sentido, o que se chamou “guerra civil mundial” – referindo-se ao totalitarismo moderno, em que, por meio do estado de exceção, instaurou-se uma guerra civil legal, permitindo a eliminação física de categorias inteiras de cidadãos não integráveis ao sistema político – teria avançado de tal forma que o estado de exceção passou a se revelar paradigma de governo na política contemporânea.

Nota-se que há uma relação entre o desamparo referido por Hannah Arendt em *As origens do totalitarismo* com a indeterminação que ora se discute. Veja-se:

[...] o desamparo organizado é consideravelmente mais perigoso que a impotência desorganizada de todos aqueles que são governados pela vontade tirânica e arbitrária de um único homem. Seu perigo é que ele ameaça devastar o mundo como o conhecemos – um mundo que em toda parte

parece ter chegado a um fim – antes que um novo início surgindo desse fim tenha tido tempo de se estabelecer (ARENDR, 2007, p. 531).

Assim, não há direito que se garanta, pois no estado de exceção permanente, quando o direito inviabiliza o agir do poder, este é simplesmente suspenso ou ignorado. Daniel Arruda do Nascimento (2010, p. 173), identifica o “fim do jurídico” em uma excelente passagem de Jean-Claude Paye, acerca das legislações antiterroristas:

Estamos assistindo a um dismantelamento do Estado de Direito, tanto na sua forma (enquanto ‘sistematização hierárquica de normas jurídicas’) quanto no seu conteúdo (um conjunto de liberdades públicas e privadas garantidas pelas leis). A retomada da discussão do modo pelo qual a sociedade é governada pelo Estado não pode se realizar senão através de inversão do primado da lei sobre o procedimento. O que caracteriza a situação atual não é tanto a acentuação da tutela exercida pelo executivo sobre o Parlamento, mas a estrita instrumentalização do poder judiciário, e a sua subordinação de fato ao aparato de polícia. Não se trata mais somente de uma suspensão do direito, nem de uma restrição dos mecanismos de tutela das liberdades fundamentais de determinadas categorias de indivíduos ou grupos sociais colocados à margem da sociedade. A peculiaridade dessas últimas legislações reside no seu alcance geral: elas miram não só indivíduos ou organizações determinadas, mas a população no seu complexo. Trata-se de uma distorção do direito penal, de uma transformação global da relação entre sociedade e Estado.

Para Edson Teles, costuma-se, no Brasil, a identificar estado de exceção com Ditadura Militar, pouco se aprofundando a pesquisa em relação ao *topos* da exceção na política democrática. Isto ocorre porque:

O argumento de fundamentação do Estado de exceção encontra-se na idéia de “estado de necessidade”, uma razão maior que as estabelecidas pelo ordenamento político e, especialmente, o jurídico. Por localizar-se em um espaço indefinido entre a rua e a instituição, ou entre a política e o direito, tem-se dificuldade de reconhecer sua presença na democracia (TELES, 2010, p. 307).

Mesmo Agamben chega à conclusão de que o uso comedido e, de fato, excepcional, seria compatível com as constituições democráticas. Entretanto, assevera que “um exercício sistemático e regular do instituto leva necessariamente à liquidação da democracia” (2004, p. 19).

Além de identificar a exceção como modo de agir em democracia (TELES, 2010, p. 207), Agamben também reflete acerca da dificuldade em definir limites entre ação política e ordenamento jurídico. Por isso, uma correção feita pelo filósofo torna-se de suma importância. Para ele, a política não se caracteriza entre a decisão amigo-inimigo, mas pela dupla categorial *vida nua/existência política*, *zoé-bíos*, exclusão-inclusão. O autor considera,

como também o faz Hannah Arendt, que “a política existe porque o homem é o vivente que, na linguagem, separa e opõe a si a própria vida nua e, ao mesmo tempo, se mantém em relação com ela numa exclusão inclusiva” (AGAMBEN, 2010, p. 16).

Nesses termos, o agir político soberano na contemporaneidade constitui-se não na decisão entre quem é amigo e quem é inimigo, mas sim entre quem de fato existe politicamente (e deve ter seus direitos respeitados) e quem simplesmente possui a vida nua, ou seja, desprovida de tutela política e, conseqüentemente, jurídica.

Diante disso, resta demonstrar como e porque a vida tornou-se objeto da política.

## **1.2 A politização da vida: vida nua nos tempos de biopolítica (tanatopolítica)**

Nesse ponto do trabalho, a discussão se volta para o conceito de vida nua analisado por Giorgio Agamben, termo que, em última análise, significa a vida humana despida de sua personalidade jurídica.

Dessa forma, por meio de um exercício teórico, cunha-se uma explicação no sentido de que a politização da vida é caracterizada pela política do fazer sobreviver.

### **1.2.1 Hannah Arendt e o advento do social**

Para a autora alemã, o advento do social ocorreu quando o labor e a manutenção da vida biológica tornaram-se a atividade mais importante, em detrimento de uma vida autenticamente humana, a dedicada à política. A distinção das esferas pública e privada foi superada pelo que se chamou “social”.

A divisão fundamental entre o *público* e o *privado*, para Arendt, encontra-se no fato de que na vida pública o homem é essencialmente político, enquanto que na vida privada prevalecem as condições rudimentares da economia do lar, não raro mantida sob violência.

Observe-se:

Ser político em uma *pólis*, significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não força e violência. Para os gregos, forçar pessoas mediante violência, ordenar ao invés de persuadir, eram modos pré-políticos de lidar com as pessoas, típicos da vida fora da *pólis*, característicos do lar e

da vida em família em que o chefe da casa imperava com poderes incontestes e despóticos, ou da vida nos impérios bárbaros da Ásia, cujo despotismo era frequentemente comparado à organização doméstica (ARENDDT, 2010, p. 32).

Portanto, na essência, político e social não se confundem, de forma que a moderna concepção de sociedade é considerada pela autora um fenômeno relativamente novo, coincidindo com a “eclosão da era moderna e que encontrou sua forma política no Estado-nação” (ARENDDT, 2010, p. 32).

O advento do social representa, pois, a fusão entre os domínios públicos e privados, entre a esfera política da *pólis* e a esfera do lar, da família, e, finalmente entre as atividades relativas a um mundo comum e aquelas relativas à manutenção da vida, ínsitas e restritas ao lar, divisão essa sob a qual se baseava todo o antigo pensamento político.<sup>14</sup>

Remete-se a este provável movimento conceitual o surgimento do fenômeno denominado biopolítica, como se percebe da descrição de Hannah Arendt:

Em nosso entendimento, a linha divisória é inteiramente difusa, porque vemos o corpo de povos e comunidades políticas como uma família cujos assuntos diários devem ser zelados por uma gigantesca administração doméstica de âmbito nacional. O pensamento científico que corresponde a esse desdobramento já não é a ciência política, e sim a “economia nacional” ou a “economia social”, ou, ainda a *Volkswirtschaft*, todas as quais indicam uma espécie de “administração doméstica coletiva; o que chamamos de “sociedade” é o conjunto de famílias economicamente organizadas de modo a constituírem o fac-símile de uma única família sobre-humana, e a sua forma política de organização é denominada “nação” (2010, p. 34).

No pensamento clássico, o lar é o espaço da necessidade e do egoísmo (fenômenos pré-políticos), onde as atividades se regem pelos desejos privados, enquanto que a *pólis* é o espaço da liberdade.

Considerando-se que todos os seres humanos são sujeitos às necessidades, há de se concluir que estes podem, *a priori*, utilizar-se da violência contra os outros para satisfazê-las. Por isso, cabe ao governo o monopólio da força e da violência. A violência, nesse ínterim, é utilizada para resguardar a liberdade da esfera política ante as variadas

---

<sup>14</sup> Curiosamente denota Hannah Arendt (2010, p. 35): “Historicamente, é muito provável que o surgimento da cidade-Estado e do domínio público tenha ocorrido à custa do domínio privado da família e do lar. Contudo, a antiga santidade da lareira, embora muito mais pronunciada na Grécia clássica que na Roma antiga, jamais se perdeu inteiramente. O que impediu a *pólis* de violar as vidas privadas dos seus cidadãos, e a fez ver como sagrados os limites que cercavam cada propriedade, não foi o respeito pela propriedade privada tal como a concebemos, mas o fato de que, sem possuir uma casa, um homem não podia participar dos assuntos do mundo porque não tinha nele lugar algum que fosse propriamente seu”.

necessidades privadas, não no sentido de inibir um pretense estado de natureza nos moldes do pensamento do século XVII, mas pelo fato de constituir esferas autônomas.

É interessante a síntese da filósofa:

O domínio da *pólis*, ao contrário, era a esfera da liberdade, e se havia uma relação entre essas duas esferas era que a vitória sobre as necessidades da vida do lar constituía a condição óbvia para a liberdade da *pólis*. A política não podia, em circunstância alguma, ser apenas um meio para proteger a sociedade – seja uma sociedade de fiéis, como na Idade Média, uma sociedade de proprietários, como em Locke, uma sociedade inexoravelmente empenhada em um processo de aquisição, como em Hobbes, uma sociedade de produtores, como em Marx, ou uma sociedade de trabalhadores, como nos países socialistas e comunistas. Em todos esses casos, é a liberdade da sociedade (e em alguns casos, uma pretensa liberdade) que requer e justifica a limitação da autoridade política. A liberdade situa-se no domínio social, e a força e a violência tornam-se monopólio do governo (ARENDDT, 2010, p. 37).

Por fim, cabe dizer que o advento do social representa a absorção da unidade familiar por grupos sociais correspondentes, o social advém da publicização do privado. O referido advento coincide também com a transformação do interesse pela propriedade privada em preocupação pública (ARENDDT, 2010, p. 83). Como na sociedade não há política na essência, mas sim acertos entre assuntos domésticos, pode-se dizer que a tendência é normalizadora:

Um fator decisivo é que a sociedade, em todos os seus níveis, exclui a possibilidade de ação, que outrora era excluída do lar doméstico. Ao invés de ação, a sociedade espera de cada um dos seus membros certo tipo de comportamento, impondo inúmeras e variadas regras, todas elas tendentes a “normalizar” os seus membros, fazê-los comportarem-se, a excluir a ação espontânea ou a façanha extraordinária (ARENDDT, 2010, p. 49).

Na sociedade, a igualdade aparece baseada no conformismo, já que a individualidade não tem mais vez na esfera política, a qual se preocupará com o controle do coletivo. Conforme explica a filósofa:

[...] com o surgimento da sociedade de massas o domínio social atingiu finalmente, após séculos de desenvolvimento, o ponto em que abrange e controla, igualmente e com igual força, todos os membros de uma determinada comunidade. Mas a sociedade iguala em quaisquer circunstâncias, e a vitória da igualdade no mundo moderno é apenas o reconhecimento político e jurídico do fato de que a sociedade conquistou o domínio público, e que a distinção e a diferença tornaram-se assuntos privados do indivíduo (ARENDDT, 2010, p. 50).

Sendo assim, a decisão política passa a ser baseada e regida pela estatística e o tratamento jurídico será sempre generalizante, de forma que é possível afirmar que com a

socialização o homem perdeu sua individualidade frente ao Estado. Pode-se falar na vitória da sociedade na era moderna, e sua extensão compreende, inicialmente, a substituição da ação pelo comportamento e, em um segundo momento, a substituição do governo pessoal pela burocracia, que, segundo Arendt, é o governo de ninguém. Para a autora, a economia, sua ciência natural, “foi finalmente sucedida pela pretensão onabrangente das ciências sociais, que, como ‘ciência do comportamento’, visam reduzir o homem como um todo, em todas as suas atividades, ao nível de um animal comportado e condicionado” (ARENDR, 2010, p. 55). A política possível neste âmbito é, portanto, a biopolítica, e o filósofo Michel Foucault foi quem mais se aprofundou no estudo do fenômeno.

### 1.2.2 Michel Foucault: biopoder e biopolítica

Biopoder é poder sobre a vida. Michel Foucault foi quem mais se aprofundou nesta questão, identificando seu desenvolvimento a partir do século XVII. Num primeiro momento, um poder voltado à disciplina, e posteriormente, já no século XVIII, um poder de cunho regulador da vida. Poder este interessante ao sistema capitalista<sup>15</sup> que se desenvolvia.

Para Foucault, o biopoder é característica fundamental da soberania moderna, ou seja, soberania que constitui poder sobre a vida, o qual fluirá por meio de um acoplamento de tecnologia disciplinar e regulamentar (GIACOIA JR., 2008, p. 18).

A respeito da genealogia do biopoder, o filósofo esclarece:

Concretamente, esse poder sobre a vida desenvolveu-se a partir do século XVII, em duas formas principais; que não são antitéticas e constituem, ao

---

<sup>15</sup> “Este bio-poder, sem a menor dúvida, foi elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, que só pôde ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos. Mas, o capitalismo exigiu mais do que isso; foi-lhe necessário o crescimento tanto de seu reforço quanto de sua utilizabilidade e sua docilidade; foram-lhe necessários métodos de poder capazes de majorar as forças, as aptidões, a vida em geral, sem por isto torná-las mais difíceis de sujeitar; se o desenvolvimento dos grandes aparelhos de Estado, como *instituições* de poder, garantiu a manutenção das relações de produção, os rudimentos de anátomo e de bio-política, inventados no século XVIII como *técnicas* de poder presentes em todos os níveis do corpo social e utilizadas por instituições bem diversas (a família, o Exército, a escola, a polícia, a medicina individual ou a administração das coletividades), agiram no nível dos processos econômicos, do seu desenrolar, das forças que estão em ação em tais processos e os sustentam; operaram, também, como fatores de segregação e de hierarquização social, agindo sobre as forças respectivas tanto de uns como de outros, garantindo relações de dominação e efeitos de hegemonia; o ajustamento da acumulação dos homens à do capital, a articulação do crescimento dos grupos humanos à expansão das forças produtivas e a repartição diferencial do lucro, foram, em parte, tornados possíveis pelo exercício do bio-poder com suas formas e procedimentos múltiplos. O investimento sobre o corpo vivo, sua valorização e a gestão distributiva de suas forças foram indispensáveis naquele momento.” (FOUCAULT, 1999, p. 132 e 133).

contrário, dois pólos de desenvolvimento interligados por todo um feixe intermediário 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 isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as *disciplinas: anátomo-política do corpo humano*. O segundo, que se formou um pouco mais tarde, por volta da metade do século XVIII, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções de *controles reguladores: uma bio-política da população*. As disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dois pólos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida. (1999, p. 131).

E esse poder sobre a vida, que atinge a massa da população, de maneira previdenciária, teria coberto toda a superfície que se estende do orgânico ao biológico, bem como do corpo à população (GIACCOIA JR., 2008 p. 18). Seu desenvolvimento, como já salientado, remetido genericamente ao advento da sociedade burguesa, se dá de forma implacável, tendo em vista que certos fenômenos decorrentes da nova formatação do viver em sociedade não mais poderiam ser ignorados. Sobre isso, veja-se o argumento foucaultiano:

[...] no século XVIII, o que é interessante é, em primeiro lugar, uma generalização destes problemas: todos os aspectos do fenômeno população começam a ser levados em conta (epidemias, condições de *habitat*, de higiene, etc.) e a se integrar no interior de um problema central. Em segundo lugar, vê-se aplicar a este problema novos tipos de saber: aparecimento da demografia, observações sobre a repartição das epidemias, inquéritos sobre as amas de leite e as condições de aleitamento. Em terceiro lugar, o estabelecimento de aparelhos de poder que permitem não somente a observação, mas a intervenção direta e a manipulação de tudo isto. Eu diria que, neste momento, começa algo que se pode chamar de poder sobre a vida, enquanto antes só havia vagas incitações, descontínuas, para modificar uma situação que não se conhecia bem (FOUCAULT, 1979, p. 274-275).

Dessa forma, biopolítica (disciplina e regulamentação) é forma de intervenção do biopoder, consistindo hoje, como explica Giacoia Jr., no âmbito disciplinar em vigilância e controle e, do ponto de vista da regulamentação/previdência na operação de contínuos mecanismos corretivos de ajustamento à norma (2008, p. 19). Como conclui Foucault: “um poder que tem a tarefa de se encarregar da vida terá necessidade de mecanismos contínuos, reguladores e corretivos” (1999, p. 135).

Biopolítica é o que faz com que a vida e seus mecanismos entrem no domínio dos cálculos explícitos, e faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana. Nesse sentido, o filósofo apresenta uma importante conclusão, da qual Agamben se

apropriada: “o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão” (FOUCAULT, 1999, p. 134). Tal reflexão conflui, de certa forma, com o pensamento de Hannah Arendt exposto acima.

É claro que Foucault pensava a biopolítica como o poder exercido positivamente sobre a vida. Mesmo o poder de morte do soberano teria como última finalidade o resguardo da vida de seus súditos (assim o autor explica a grande quantidade de guerras e mesmo da pena de morte).<sup>16</sup> Assim, a partir do século XIX, o poder, ainda que de morte, apresenta-se “como o complemento de um poder que se exerce, positivamente, sobre a vida, que compreende sua gestão, sua majoração, sua multiplicação, o exercício sobre ela, de controles precisos e regulações de conjunto” (FOUCAULT, 1999, p. 129).

Por se tratar de um poder normalizador, tendo em conta que as normas são regras que instituem padrões e medidas, a definirem, por consequência, os limites entre comportamento normal e desviante, o próprio agir soberano é transformado: “pode-se dizer que o velho direito de *causar* a morte ou *deixar* viver foi substituído por um poder de *causar* a vida ou *devolver* à morte” (FOUCAULT, 1999, p. 130). Isso porque:

Um poder dessa natureza tem de qualificar, medir, avaliar, hierarquizar, mais do que se manifestar em seu fausto mortífero; não tem que traçar a linha que separa os súditos obedientes dos inimigos do soberano, opera distribuições em torno da norma. [...] a lei funciona cada vez mais como norma, e que as instituições judiciárias se integram cada vez mais num contínuo de aparelhos (médicos, administrativos, etc.) cujas funções são sobretudo reguladoras (FOUCAULT, 1999, p. 135).

Todavia, Giorgio Agamben desafia esta ideia de soberania baseada na categoria *fazer viver e deixar morrer*, visualizando, para o século XX, um novo modelo que define o caráter mais específico da biopolítica, o *fazer sobreviver*.

### 1.2.3 Agamben: soberania e vida nua

Como já percebido, o estado de exceção para Giorgio Agamben caracteriza-se por um Estado que tem sua soberania embasada na corriqueira recorrência ao instituto do estado de exceção e na fragilidade da vida nua. O biopoder, para o filósofo, é o poder sobre

---

<sup>16</sup> Porém, ressalta o autor após dimensionar o poder biopolítico: “a partir do momento em que o poder assumiu a função de gerir a vida, já não é o surgimento de sentimento humanitários, mas a razão de ser do poder e a lógica de seu exercício que tornaram cada vez mais difícil a aplicação da pena de morte”. (AGAMBEN, 2010, p. 129 e 130).

uma forma muito específica de vida, a vida nua. Consequentemente, a biopolítica atuará sobre este peculiar modelo de vida.

O filósofo italiano se coloca, portanto, entre Hannah Arendt e Michel Foucault: este teria definido o conceito de biopolítica, mas deixado de lado a análise do campo de concentração, a expressão por excelência da biopolítica do século XX. Já Arendt teria elaborado um profundo estudo sobre o fenômeno do totalitarismo, mas deixado de aliar a este qualquer perspectiva biopolítica.

Agamben discorda de Hannah Arendt quanto ao fato da extrema separação entre as esferas pública e privada, embora concorde que na era moderna a vida seja o objeto primordial da política, mas vai além, a vida objeto da política, para o autor, é a vida nua, a vida produzida pelo estado de exceção. De acordo com Johanna Oksala:

Para Agamben, a característica definidora do poder político no Ocidente é precisamente a sua capacidade de suspender a lei, e pelo mesmo ato, produzir uma esfera da vida nua: seres sem direitos políticos ou as qualidades propriamente humanas. [...] Embora Agamben divida com Foucault a visão de que as sociedades ocidentais modernas são biopolíticas, ele desafia a idéia de que este é um desenvolvimento historicamente recente. Biopolítica é pelo menos tão antiga quanto a exceção soberana. Mais fundamentalmente, ele também nega que as duas formas de poder podem ser, teoricamente, distinguidas. A distinção chave de Foucault entre biopoder e poder soberano é, na verdade, um distinção falsa, porque essas duas formas de poder, essencialmente, se cruzam e dependem uma da outra. Estão intrinsecamente ligadas e originalmente.<sup>17</sup>

Agamben verifica também que o biopoder definido por Foucault, aquele atuante calcado no *fazer viver*, tem uma faceta obscura do *fazer morrer*, decorrente do poder soberano. Sua análise a esse respeito é bastante esclarecedora:

É precisamente tal heterogeneidade que, no entanto, começará a tornar-se problemática no momento de afrontar a análise dos grandes Estados totalitários do nosso tempo, especialmente a do Estado nazista. Nele, uma absolutização sem precedentes do biopoder de *fazer viver* se cruza com uma não menos absoluta generalização do poder soberano de *fazer morrer*, de tal forma que a biopolítica coincide imediatamente com a tanatopolítica (AGAMBEN, 2008, p. 89).

---

<sup>17</sup> No original: “For Agamben, the defining feature of political power in the West is precisely its ability to suspend the law, and by the same act, to produce a sphere of bare life: beings without political rights or properly human qualities. [...] Although Agamben shares with Foucault the view that modern Western societies are biopolitical, he challenges the idea that this is a historically recent development: „Biopolitics is at least as old as the sovereign exception. More fundamentally, he also denies that the two forms of power can be theoretically distinguished. Foucault’s key distinction between biopower and sovereign power is, in fact, a false one because these two forms of power essentially intersect and depend on each other. They are intrinsically and originally tied together”. OKSALA, Johanna. *Violence and the biopolitics of modernity*. In *Foucault Studies*, n. 19, pp-23-43, November 2010. Disponível em: <[www.rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/index](http://www.rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/index)>. Tradução livre.

No final do livro *O que resta de Auschwitz* a conclusão de Agamben evoca o sentido da existência de uma característica não percebida nos estudos acerca da biopolítica, característica esta que ultrapassa o *fazer viver* e *fazer morrer*; a nova fórmula seria a do *fazer sobreviver*, ou seja, o gerir da vida em um exercício de sobrevivência modulável e virtualmente infinita. Em síntese, vejam-se os seus argumentos:

Foucault – como vimos – define a diferença entre biopoder moderno e o poder soberano do velho Estado territorial mediante o cruzamento de duas fórmulas simétricas. *Fazer morrer* e *deixar viver* resume a marca do velho poder soberano, que se exerce, sobretudo como direito de matar; *fazer viver* e *deixar morrer* é a marca do biopoder, transformando a estatização do biológico e do cuidado com a vida no próprio objetivo primário. À luz das considerações precedentes, entre as duas fórmulas insinua-se uma terceira, que define o caráter mais específico da biopolítica do século XX: já não *fazer morrer*, nem *fazer viver*, mas *fazer sobreviver*. Nem a vida nem a morte, mas a produção de uma sobrevivência modulável e virtualmente infinita constitui a tarefa decisiva do biopoder em nosso tempo (AGAMBEN, 2008, p. 155).

Ademais, vai além, considerando que a exceção permite assinalar o ponto em que a decisão sobre a vida torna-se decisão sobre a morte: “a biopolítica pode deste modo converter-se em tanatopolítica”. E esta linha, em um contexto de exceção permanente, não se apresenta mais como um ponto fixo a dividir zonas distintas, pelo contrário, constitui-se “uma linha em movimento que se desloca para zonas sempre mais amplas da vida social” (AGAMBEN, 2010, p. 119).

A localização do cidadão no ordenamento jurídico, nesse contexto, é de impossível precisão, tendo em conta que ao passo em que a exceção se torna regra, a segurança se esvai. Como destaca Agamben, tentando corrigir Foucault, “o espaço da vida nua, situado originariamente à margem do ordenamento, vem progressivamente a coincidir com o espaço da política, e exclusão e inclusão, externo e interno, *bíos* e *zoé*, direito e fato entram numa zona de irreduzível indistinção” (AGAMBEN, 2010, p. 16).

Uma característica fundamental da exceção, visualizada por Agamben, encontra-se no seu aspecto de exclusão. Assim, aquilo que está excluído, tal como a exceção para a normalidade, não está absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, a exclusão se mantém em contato com a norma na forma de suspensão (2010, p. 24).

Recorrendo à analogia, é possível concluir que o excluído (socialmente) não está fora das regras do direito social, mas dentro delas em forma de suspensão. Sua inclusão à

norma pode muito bem ocorrer pela via do direito penal, a satisfazer o fetichismo penal e um pretense regate da normalidade.

Ora, não há norma que se aplique ao caos. Sendo assim, o caos é inserido no ordenamento por meio da criação de uma zona de indiferença entre externo e interno, entre validade ou suspensão do direito subjetivo, entre o próprio caos e a situação normal. Esta zona é o estado de exceção (AGAMBEN, 2010, p. 26).

Dessa maneira, outra constatação de peculiar importância é feita em relação à localização material da referida zona de indistinção. Para Giorgio Agamben, a única representação possível do que se explica é o campo de concentração. Todavia, não seria despautério incluir o exemplo da favela, no contexto do subdesenvolvimento, dentre outros campos do século XXI.

No entanto, não há como concordar com o autor quando este exclui, de forma generalizada, o cárcere como local da exceção. Para Agamben não é o cárcere, mas o campo de concentração o espaço perfeito da indeterminação, visto ser o primeiro uma particularidade do sistema penal. Assim explica o autor (2010, p. 26-27):

Quando nosso tempo procurou dar uma localização visível permanente a este ilocalizável, o resultado foi o campo de concentração. Não é o cárcere, mas o campo, na realidade, o espaço que corresponde a esta estrutura originária do *nómos*. Isto mostra-se, ademais, no fato de que enquanto o direito carcerário não está fora do ordenamento normal, mas constitui apenas um âmbito particular do direito penal, a constelação jurídica que o orienta o campo é como veremos, a lei marcial ou o estado de sítio. Por isto não é possível inscrever a análise do campo na trilha aberta pelos trabalhos de Foucault, da *História da loucura a Vigiar e punir*. O campo, como espaço absoluto de exceção, é topologicamente distinto de um simples espaço de reclusão.

Discorda-se disso porque, ao observar a história da prisão no Brasil, é possível admitir a existência de exemplos em que o ordenamento foi definitivamente rompido, ainda que no espaço de reclusão. Isso porque, a faceta de depositário humano excedente, peculiar ao sistema penitenciário brasileiro, faz também do cárcere, muitas vezes, espaço da exceção. Não custa anotar, a título de exemplo, o triste episódio conhecido como Massacre do Carandiru, em que, por ordem política, tropas da Polícia adentraram no famoso presídio do estado de São Paulo, com salvo-conduto para matar e, assim, conter uma rebelião.

Outro ponto importante levantado pelo filósofo é a intenção de mostrar que alguns eventos fundamentais da história política da modernidade (dentre eles a declaração dos direitos humanos), entre outras inserções da vida na ordem política, somente adquirem seu

verdadeiro sentido quando observados pelo viés biopolítico (ou tanatopolítico), ao qual pertencem (AGAMBEN, 2010, p. 119).

Portanto, o mérito de Giorgio Agamben é perceber que se vive sob um estado de exceção permanente e que, como se verá a seguir, a tutela jurídica do cidadão divide espaço com a existencia do *homo sacer*, ou seja a vida sem qualquer valor. E isto ocorre porque, diante do que se estuda, a relação originária entre lei e vida não seria a aplicação, mas sim a inclusão que exclui.

Nascimento explica que sendo a exceção a estrutura da soberania, esta não poderá ser considerada fenômeno exclusivamente político, nem tampouco categoria exclusivamente jurídica. Também não se trata de potência externa, ou direito, ou norma suprema do ordenamento jurídico. A soberania constitui então “estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão” (NASCIMENTO, 2010, p. 95). Há soberania porque a vida é incluída no âmbito da tutela de direitos e, resguardando sua autonomia, a soberania se reafirma suspendendo os direitos.

### **1.3 A condição jurídica na contemporaneidade: entre o sujeito de direitos e o *homo sacer***

A proteção legal do homem na contemporaneidade condiz com o modelo de intervenção biopolítica, já nos termos de Agamben, uma vez que introduz a vida nua no âmbito de intervenção do poder, resguardando, não raro, a vida sob expressões generalizantes (“todo homem tem direito...”).

Diz Agamben:

As declarações dos direitos representam aquela figura original da inscrição da vida natural na ordem jurídico-política do Estado-nação. Aquela vida nua natural que, no antigo regime, era politicamente indiferente e pertencia, como fruto da criação, a Deus, e no mundo clássico era (ao menos em aparência) claramente distinta como *zoé* da vida política (*bíos*), entra agora em primeiro plano na estrutura do Estado e torna-se aliás o fundamento terreno de sua legitimidade e da sua soberania (2010, p. 124).

Observando o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1789, é possível perceber que é justamente a vida natural, consubstanciada no nascimento, que determina ser o homem portador de direito. Todavia, há de se ressaltar que: a vida colocada como valor supremo do ordenamento, “dissipa-se imediatamente na figura do cidadão, no qual os direitos são ‘conservados’” (AGAMBEN, 2010, p. 124).

Por fim, como já notado, o autor considera que uma das características da biopolítica moderna “é sua necessidade de redefinir continuamente, na vida, o limiar que articula e separa aquilo que está dentro daquilo que está fora”. Sendo a vida natural fundamento da Soberania, “ela se transforma ao mesmo tempo em uma linha em movimento que deve ser incessantemente redesenhada”. Dessa forma, a tendência será a constante modificação do limiar que determina qual é a vida a ser protegida e a vida passível de morte, forjando, na realidade, uma indeterminada categoria de vida, a vida sacra<sup>18</sup>, ou, em outras palavras, o morto vivente (AGAMBEN, 2010, p. 127-128).

A figura que melhor exemplifica o que ora se expõe é a do refugiado:

Se os refugiados (cujo número nunca parou de crescer no nosso século [século XX], até incluir hoje uma porção não desprezível da humanidade) representam, no ordenamento do Estado-nação moderno, um elemento tão inquietante, é antes de tudo porque, rompendo com a continuidade entre homem e cidadão, entre *nascimento* e *nacionalidade*, eles põem em crise a ficção originária da soberania moderna. Exibindo à luz o resíduo entre nascimento e nação, o refugiado faz surgir por um átimo na cena política aquela vida nua que constitui seu secreto pressuposto. Neste sentido, ele é verdadeiramente, como sugere Hannah Arendt, “o homem dos direitos”, a sua primeira e única aparição real fora da máscara do cidadão que constantemente o cobre. Mas, justamente por isto, a sua figura é tão difícil de definir politicamente (AGAMBEN, 2010, p. 128).

Nesse ponto, mais uma vez, acredita-se ser pertinente o exemplo do excluído socialmente, visto que, muito embora este esteja abarcado no conceito de cidadão, tem ele de constantemente reclamar sua condição. Ora, com a mesma perversidade com que o refugiado é retirado formalmente do âmbito de proteção legal do ordenamento jurídico, o excluído é privado materialmente de seus direitos reconhecidos por critérios políticos (ou biopolíticos).

O objetivo da pesquisa de Giorgio Agamben é, justamente, demonstrar que “a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário – ainda que encoberto – do poder soberano”, de forma que a estrutura da exceção torna-se “consustancial à política ocidental” (AGAMBEN, 2010, p. 14).

---

<sup>18</sup> Para fazer uso da expressão vida sacra, Giorgio Agamben recorre a uma figura enigmática do direito romano arcaico, o *homo sacer*. Aqui, o caráter da sacralidade liga-se à vida humana excluindo-a do mundo profano sem que a coloque no mundo divino. Trata-se de um limiar entre o profano e o sagrado, resultado da espécie de punição do direito romano que coloca o vivente em uma espécie de limbo jurídico, caracterizado pela impunidade de sua morte e pela vedação de seu sacrifício, de forma que paradoxalmente “o *homo sacer* pertence ao Deus na forma da insacriticabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. *A vida insacriticável e, todavia, matável, é a vida sacra*” (AGAMBEN, 2010, p. 84).

Essa reflexão suscita alguns questionamentos: Como encarar a proliferação dos instrumentos de proteção aos direitos humanos sem ignorar o noticiário de barbárie cotidiana comum em praticamente todo planeta? Como dar conta de proteger o “sujeito de direito” sem ignorar o invisível “sujeito da miséria”? Seria a proteção internacional dos direitos humanos o único caminho viável para se resgatar e proteger o verdadeiro valor da vida humana?

Importante destacar uma primeira premissa: a lei, isolada na ordem normativa abstrata, não consegue atingir a seara do real. O lapso entre o real e o concreto só se faz preenchido através de uma ordem daquela potência superior que institui a lei, qual seja, o soberano (ou quem detenha tal poder). Nesse ponto, correta está a concepção schmittiana,<sup>19</sup> vez que “o soberano nos compele a respeitar as leis precisamente, na medida em que ele é o ponto de sua suspensão” (CHUEIRI, 2005, p. 95). Implica dizer que a eficácia do direito é eminentemente dependente da decisão política.

Nessa discussão, vê-se como bem sucedido o pensamento de Giorgio Agamben, quando intenta demonstrar que não há mais de fato um “ser jurídico”, ao passo que tudo tende a se resumir no político, transformando-se o homem contemporâneo em um ser moldado pela biopolítica. Como salienta o italiano: houvera verdadeira politização da vida (2010, p. 116).

O que se pretende explicar, lançando mão agora da perspectiva de Hannah Arendt (2007, p. 300), é que a tutela jurídica do homem se transformou radicalmente a partir da assunção de um paradigma político de estado de exceção como regra, o qual se caracteriza primordialmente pelo fato de o poder de decidir sobre a vida deslocar-se da seara jurídica para o campo da política, ou seja, para a decisão soberana.

Sobre o primeiro pós-guerra, nas palavras da filósofa (2007, p. 300-301):

Ficou visível o sofrimento de um número cada vez maior de grupos de pessoas às quais, subitamente, já não se aplicavam as regras do mundo que as rodeava. Era precisamente a aparente estabilidade do mundo exterior que levava cada grupo expulso de suas fronteiras, antes protetoras, parecer uma infeliz exceção a uma regra sadia e normal, e que, ao mesmo tempo, inspirava igual cinismo tanto às vítimas quanto aos observadores de um destino aparentemente injusto e anormal. Para ambos, esse cinismo parecia sabedoria em relação às coisas do mundo, mas na verdade todos estavam mais perplexos e, portanto, mais ignorantes do que nunca.

---

<sup>19</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Em termos atuais, verifica-se que, desde a eleição dos primeiros apátridas, momento em que “o político” (ou biopolítico) se expande e adentra no campo do “jurídico”, a segurança jurídica e a eficácia do direito praticamente se esvaecem. Isto teria origem, na visão de Hannah Arendt, na “incapacidade constitucional dos Estados-nações europeus de proteger os direitos humanos dos que haviam perdido os seus direitos nacionais” (2007, p. 302).

Explica Agamben, observando o autoritarismo nazista:

Tome-se o caso do Estado nazi. Mal Hitler tomou o poder (ou, como talvez se deveria dizer com mais exactidão, mal o poder lhe foi entregue), imediatamente promulgou em 28 de Fevereiro o *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar referentes às liberdades individuais. Esse decreto nunca foi revogado, de forma que todo o III *Reich* pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, um estado de excepção que durou doze anos. Neste sentido, o totalitarismo moderno pode ser definido como a instauração, por meio do estado de excepção, de uma guerra civil legal, que permite a eliminação física não só dos adversários políticos mas de categorias inteiras de cidadãos que por qualquer razão não sejam integráveis no sistema político. A criação voluntária de um estado de emergência permanente (mesmo se eventualmente não declarado em sentido técnico) tornou-se, desde então, uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, mesmo dos chamados democráticos (2010-B, p. 13).

Nesse contexto, a decisão soberana sobre a vida em si é cada vez mais corriqueira, sendo ou não legitimada pela ordem jurídica. O *campo* e a *solução final* nazistas representaram a total sobreposição da política ao jurídico, tratando-se da tutela da vida humana. Ademais, o modelo então inaugurado se plenificou no decorrer do século passado, visto que de fato as tentativas de regularização e normalização atuais, do ponto de vista internacional, tornam-se infrutíferas quando não coadunam com as estratégias de poder soberano nacional.

Do ponto de vista latino-americano, mais especificamente do exemplo brasileiro, tem-se que o direito formal manteve historicamente, desde seu aparecimento no contexto pátrio, aspectos de excepção, ao passo que muito da política contemporânea provém da herança histórica.

Assim visualiza Luís Mir (2004, p. 35):

A imaginação de construção da nação brasileira ficou restrita à terra, à sua posse, à sua distribuição e ao seu usufruto por uma etnia dominante. Estavam dadas as bases do que seria um conflito étnico imutável e uma economia escravocata. A partir desse limite oblitera-se qualquer processo civilizador para as diversas etnias, e, por conseguinte, a consecução de uma nação integradora. Afastada a cooperação interétnica, surge a superioridade *racial*, e eclode violentamente a discriminação. O saldo dos três séculos de

colonização e quase dois como país livre: cidades balconizadas em guetos irreconciliáveis.

A vida do sujeito de direito, nesse contexto, assume sua condição mais precária, o que se convencionou denominar (ou resgatar o conceito) *vida nua*. Esclarece Nascimento (2010, p. 139):

[...] vida nua é hoje, reconhecido o estado de exceção permanente, tornada a forma de vida dominante e normal. Num sentido eminentemente jurídico, poderíamos ainda entender a vida nua como aquela despida de seu estatuto de direito, nua de personalidade, desprovida da capacidade de contrair direitos e obrigações.

O conceito de vida nua compreende o ingresso da vida natural do homem nas estruturas de poder e o anteparo da última expropriação da individualidade. Em última análise, a vida nua, a vida humana despida de sua personalidade jurídica, é aquela vida exposta à morte, embora não necessariamente oculta entre direito e violência (NASCIMENTO, 2010, p. 91).

O Direito positivo deixou de ser meio de garantia e regularização do ser vivente – inclusive em seu caráter punitivo – para, não raro, apresentar-se como mero instrumento legitimador da política de exceção permanente.

Dessa forma, a repressão estatal aparece no cenário da biopolítica como faca de dois gumes: produtor do *homo sacer*<sup>20</sup> “jurídico” (os encarcerados em penitenciárias lotadas e insalubres, os internos depositados e esquecidos em hospitais psiquiátricos e manicômios judiciários) e, por outro lado, como suporte da exceção, visto que viabiliza o poder soberano e o legitima a perseguir aquele que se rebela (NASCIMENTO, 2010, p. 145).

Assim, quando se fala em paradigma político de exceção, quer se referir à instauração de verdadeira indeterminação. Sob esta ótica não se distingue mais o que é estado normal do que é excepcional, o que é direito do que é abuso.

---

<sup>20</sup> Sobre esta figura romana explica Nascimento (2010, p. 129): “O *homo sacer* não possuía qualquer esperança de conseguir expiação pelo seu ato delituoso: estava perdido, desprezado. Sua pena era a mais grave que se podia imaginar e constituía o último grau de perseguição de humilhação: sua posição não decorria unicamente de uma privação que durava toda a vida, mas o que a agravava era o fato de ser para os deuses e para os homens um objeto de maldição, excreção e aversão. O *homo sacer* era um estigmatizado errante para fora do direito. Nem o direito penal insidia mais sobre ele [...]”. Para Agamben (2010, p. 84): “Aquilo que define a condição do *homo sacer*, então, não é tanto a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, quando, sobretudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto. Esta violência – a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele – não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem com execução de uma condenação e nem como sacrilégio. Subtraindo-se às formas sancionadas dos direitos humano e divino, ela abre uma esfera do agir humano que não é a do *sacrum facere* e nem a da ação profana [...]”.

A indeterminação, ou anomia, portanto, aniquila a confiança no jurídico, embora este cumpra importante função simbólica legitimadora do poder, conforme já destacado. O humano que perde a qualidade de vivente para entrar no cálculo do poder e da ação política tem sua condição jurídica reduzida à burocracia. Muitos sujeitos de direitos figuram tão-somente como elementos formais da estrutura estatal, sem qualquer expectativa legal ou moral.

Sob esse paradigma, os instrumentos e políticas públicas que visam resguardar os direitos humanos muitas vezes têm caráter paliativo, na medida em que asseguram a política do “fazer sobreviver”.<sup>21</sup> Levando-se em conta as desigualdades provindas do sistema econômico atualmente predominante, capaz de dividir cidadãos em classes, e no qual alguns podem gozar de direitos pela via econômica, não é imprudente concluir que, segundo os estudos de Giorgio Agamben, diversos dos referidos instrumentos seriam não mais que *fictio juris* (*mitologemas científicos*), ou seja, mecanismos por meio do quais o direito intenta incluir a sua ausência.<sup>22</sup>

### **1.3.1 Crítica aos direitos humanos (o fim dos direitos humanos)**

Não se pode deixar de reconhecer, em contrapartida ao que foi exposto até então, que o período pós-guerra também representa, ao menos do ponto de vista formal, o resgate da proteção dos direitos humanos. A preocupação em proteger a humanidade do genocídio fez com que o assunto voltasse à tona sob outra perspectiva: a ética universalizante dos direitos humanos.

Iniciada pela Declaração Universal de 1948, a internacionalização dos direitos humanos representa a tentativa de reconstrução do jurídico, fazendo de tais direitos “paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional” (PIOVESAN, 2010, p. 93). Segundo este novo modelo de proteção jurídica, o trato do Estado com o cidadão passa a ser regido também por estatutos supranacionais.

---

<sup>21</sup> “Na idade da biopolítica, o poder soberano de decidir sobre a exceção transforma-se em poder de decidir sobre o ponto em que uma vida cessa de ser politicamente relevante, sobre o valor e o desvalor da vida enquanto tal, sobre quem merece ou não merece viver, sobre quem pode ser eliminado. Essa decisão sobre o fazer viver ou morrer é tomada no cotidiano do hospital, do tribunal, do laboratório, do gabinete” (NASCIMENTO, 2010, p. 145).

<sup>22</sup> “A tentativa do poder estatal de anexar a anomia através do estado de exceção é desmascarada por Benjamin como aquilo que é: um *fictus juris* por excelência, que pretende manter o direito as sua própria suspensão como força-de-lei.” (AGAMBEN, 2010-B, p. 92).

Explica Flávia Piovesan (2010, p. 94):

Nesse contexto, a Declaração de 1948 vem a inovar a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos para observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com os catálogos de direitos sociais, econômicos e culturais.

Há, portanto, do ponto de vista prático, um amplo sistema internacional de proteção de direitos, o qual, na medida do possível, e lutando contra uma complexidade intrínseca, vem tentando se estabelecer.

Por outro lado, o direito em suas formas clássicas de intervenção e regulação, ao tentar se estabelecer na indeterminação do estado de exceção permanente, não é capaz senão de sustentar tal realidade, daí a impotência de qualquer ordenamento jurídico diante dos fenômenos sociais. Como alerta Agamben, o estado de exceção atingiu a sua máxima extensão planetária, de forma que “o aspecto normativo do direito pode assim ser impunemente obliterado e contraditado por uma violência governamental que, ignorando, no estrangeiro, o direito internacional, e produzindo, no interior, um estado de exceção permanente, pretende todavia estar ainda a aplicar o direito” (2010-B, p. 130). Entretanto, ao que tudo indica, e esse também é o pensamento de Laymert Garcia dos Santos (2007, p. 352), o próprio direito pouco pode fazer na resolução deste impasse.

Em âmbito nacional, o que se percebe é que os holofotes se voltam às chamadas políticas públicas, as quais se apresentam como salvadoras, já que são juridicamente e politicamente regulamentadas. Todavia, a política pública não supera a política de exceção, ao contrário, é permeada por ela e, por isso, na maioria das vezes não pode evitar a afronta aos direitos humanos.

A referida política excepcional permite a convivência entre os estatutos protetivos de cunho internacional e a exclusão interna. Não só a figura do refugiado (o principal atingido pela indeterminação jurídica) sofre com as políticas nacionais, como cada Estado trata de gerir seus excluídos mantendo ou ignorando-os em guetos, favelas, ou

negando-lhes acesso aos espaços públicos. Para além disso, sintetiza Nascimento (2010, p. 145):

Entre nós, outras figuras podem ser sugeridas: o doente na fila dos hospitais públicos, os encarcerados em penitenciárias lotadas e insalubres, os internos depositados e esquecidos em hospitais psiquiátricos e manicômios judiciários, os trabalhadores exaustos dos campos de extração de cana-de-açúcar, as crianças submetidas ao trabalho-escravo nos sertões do interior, os moradores de rua dos grandes centros urbanos. Na idade da biopolítica, o poder do soberano de decidir sobre a exceção transforma-se em poder de decidir sobre o ponto em que uma vida cessa de ser politicamente relevante, sobre o valor e o desvalor da vida enquanto tal, sobre quem merece ou não merece viver, sobre quem pode ser eliminado. Essa decisão sobre o fazer viver ou morrer é tomada no cotidiano do hospital, do tribunal, do laboratório, do gabinete.

Há, cada vez mais, no contexto social brasileiro, no sentido arendtiano, as denominadas populações supérfluas, tendo em conta que a exclusão, em meio ao desenvolvimento atrasado, não se resume mais apenas ao acesso à moradia e a alimentos. A exclusão que se nota nos dias atuais é, aliás, uma exclusão contaminada ainda pela perversidade do sistema econômico adotado pela maioria dos países. Não há outra definição senão esta, já que, programas “salvacionistas” tratam de incluir, até certo ponto, o cidadão marginalizado, mas tratam também, por outro lado, de impedi-lo de ultrapassar a barreira da emancipação.

A esse respeito, vale mencionar o estudo de Maria Célia Paoli (2007, p. 229). Para a pesquisadora, parte da gestão dos problemas sociais da cidade foi definitivamente e oficialmente transferida para entidades privadas e ONGs, de maneira que coube a tais organizações recriar o estilo de intervenção sobre as pessoas. Assim, superou-se a idéia da estruturação clássica baseada em classes sociais antagonicamente separadas, passando para um modelo de classificação, segundo o qual os grupos sociais se subdividem por critérios “de renda, faixa etária, etnia, gênero, patamar educacional e inserção no mercado de trabalho, e em toda parte cada um desses critérios se torna um grupo social”, e por encontrarem-se assim dispostos, cada um fará jus a uma “programação” específica, “adequada” à sua nova inserção limitada”.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Nas palavras de Paoli: “... programações uniformes e específicas para jovens, crianças, velhos, mulheres, adolescentes, negros, pobres paupérrimos, pobres mais ou menos, quase pobres, analfabetos como tal e analfabetos “funcionais”, desempregados, desanimados e desiludidos, cada um com seu mundo próprio -, como também foi necessário o reforço ou a invenção adequada de novos estereótipos que confirmassem o pertencimento amoldado ao que a cidade pode lhes oferecer” (2007, p. 229).

Diante das atuais técnicas de controle social, a capacidade política das pessoas se anula frente à impossibilidade de interação múltipla e à produção de uma ordem consensual, por meio da qual cada um passa a crer que está em seu devido lugar e a ter determinadas – e programadas – opiniões referentes ao seu estereótipo.<sup>24</sup>

Tal prática resultou em uma cidadania de emergência,<sup>25</sup> ou seja, populações e governantes só conseguem agir politicamente em situações isoladas e emergenciais. A descaracterização dos legítimos movimentos sociais e das verdadeiras práticas pluralistas torna a política ontológica dispersa e inexpressiva.

O que se pode considerar como política não passa de mera gestão da escassez, ao passo que a tutela dos direitos humanos se vê submetida a este gerir emergencial pragmático. Os instrumentos à disposição, embora figurem como inegável avanço, têm a aplicabilidade muitas vezes limitada pela ordem jurídica interna, resistente em dar efetividade aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, bem como por uma política estrutural de exceção permanente, a qual simplesmente divide cidadãos em categorias, negando-lhes sistematicamente direitos.

Outro problema de cunho jurídico causado pela exceção se localiza na banalização do instrumento do direito e na explosão legislativa, que figuram como último grito de salvação dos publicistas diante das cobranças sociais. Os direitos humanos passam a integrar a ordem formal de direitos fundamentais tutelados pelos Estados sem, todavia, assumirem de fato a posição hierárquica que merecem.

Nesse sentido, a tutela dos direitos humanos é equiparada à de todos os direitos fundamentais, que são regidos por critérios decisórios políticos. Daí a crítica do professor da Universidade de Lisboa, Paulo Otero, para quem a tendente fundamentalização dos direitos descambaria para uma democracia totalitária, levando ao progressivo esvaziamento do Estado de Direitos fundamentais.

---

<sup>24</sup> Também nesse sentido Morais, que argumenta que “deve-se reconhecer que o Estado Social não renega sua origem, mas apenas *domestica suas pulsões de morte*. E o faz por meio de políticas públicas compensatórias de carências, desde que isto não signifique a negação dos fundamentos de suporte do *núcleo econômico do liberalismo* – o capitalismo – que vem recompensando com a socialização dos custos de infra-estrutura econômica, de higiene para o trabalho e de um mercado consumidor em expansão, entre outros fatores”. Grifo no original. MORAIS, Luis Bolzan de. *O estado e seus limites*. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de [et al.] *vários organizadores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008, p. 190.

<sup>25</sup> Para Paoli: “a cidadania que se louva hoje é consensualmente não política e assumidamente emergencial, e as políticas privadas e públicas que ocorrem nesse meio são disputas pela eficiência entre os vários programas de socorro ou prevenção do transbordamento dos “problemas” sociais” (2007, p. 232).

Sobre tal panorama, diz o autor (2010, p. 154):

Numa perspectiva meramente conceptual, verifica-se hoje o culminar de um progressivo alargamento da noção de “fundamentalidade” dos direitos: ao lado dos direitos inerentes à pessoa humana – estes, indiscutivelmente, dotados na sua essência de uma “fundamentalidade” natural, enquanto expressão do indivíduo como pessoa física e como membro da sociedade –, começam a surgir direitos “fundamentais” de certas categorias particulares de indivíduos (v. g., “direitos dos trabalhadores, direitos dos estudantes), ampliando-se a titularidade de “direitos fundamentais” às pessoas colectivas e, dentro destas últimas, às próprias entidades públicas. (...) um tal alargamento do conceito de “direito fundamental”, fazendo englobar nessa categoria realidades tão diferentes entre si, acaba por comportar uma verdadeira debilitação ou adulteração da “fundamentalidade” do próprio conceito de direito fundamental.

Ainda a esse respeito, Marcelo Neves desenvolveu uma teoria que se enquadra perfeitamente ao contexto ora descrito, a qual intitulou *constitucionalização simbólica*.<sup>26</sup> Segundo Neves, há uma verdadeira “discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais” (2007, p.1). Para o autor, a desenfreada atividade legiferante do Estado dos dias de hoje teria três motivos, quais sejam: a intenção de confirmação de valores sociais; a demonstração da disposição do Estado em solucionar o conflito social (o que Neves chamou de legislação-álibi<sup>27</sup>); e, por fim, o adiamento da solução do conflito.<sup>28</sup>

O que se percebe é que o instituto do direito assumiu também um viés político-simbólico, o qual se encontra extremamente hipertrofiado. Na conclusão, Neves sugere que a constitucionalização simbólica, marcante na pós-modernidade do subdesenvolvimento, funciona como sistema “autopoietico”<sup>29</sup>, que se reproduz através de seus

---

<sup>26</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

<sup>27</sup> “a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica” (2007, p. 40).

<sup>28</sup> Nesse caso a lei faz o papel de “à longo prazo”. Diz o autor: “Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio de ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado” (2007, p. 41).

<sup>29</sup> Acerca do termo autopoiese destaco a lição de Marcelo Neves: “o conceito de autopoiese tem sua origem na teoria biológica de Maturana e Varela. Etimologicamente, a palavra deriva do grego *autós* (“por si próprio”) e *poiesis* (“criação”, “produção”). Significa inicialmente que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que ele constrói. Definem-se então os sistemas vivos como máquinas autopoieticas: uma rede de processos de produção, transformação e destruição de componentes que, através de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente essa mesma rede de processos, constituindo-a como unidade concreta no espaço em que se encontram, ao especificarem-lhe o domínio topológico de realização”. A recepção do referido conceito nas ciências sociais deu-se por Niklas Luhmann. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 60.

próprios códigos, afastando-se, ou ao menos se despreocupando, da realidade fática (2007, p. 142).

Nesse ambiente, como se nota, dentre outras consequências, ocorre uma transição no que tange ao apelo do Estado em direção à Jurisdição, “em razão da democratização no acesso, por um lado, e, para que aqui interessa, a insatisfação quanto à realização das promessas constitucionais” (MORAIS, 2008, p. 179).

Nas palavras de Moraes (2008, p. 183):

Neste contexto, a disputa pela efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário passa a ser uma das marcas da contemporaneidade. Experimenta-se um rearranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado com ele mesmo, da construção legislativa de promessas à disputa por sua concretização, em um primeiro momento no âmbito da administração (Executivo) envolta em projetos de *reforma do Estado* e, posteriormente, diante da insatisfação na sua (ir)realização, nos limites da jurisdição, em busca das *promessas perdidas*.

Reforça-se, portanto, a ideia de dilema, até de paradoxo, vivido pelo Estado contemporâneo. As crises de instâncias política e jurídica parecem não ser passíveis de solução diante da lógica do neoliberalismo, do consumismo, da pós-modernidade, enfim, de todo o contexto de subdesenvolvimento e exclusão social da periferia capitalista, como é o caso brasileiro.

Na atuação governamental interna, percebe-se a tentativa de se justificar muitas das mazelas sociais por meio de teorias jurídicas. Há, dessa forma, uma disputa autopoiética entre *mínimo existencial* e *reserva do possível*, “margeado pelo *fundamento da dignidade humana* no contexto de um Estado que, apesar de *social*, não rompeu com um modelo econômico cujo fundamento não é, por óbvio, o da inclusão social” (MORAIS, 2008, p. 183).

Portanto, não será rara a justificativa da situação da exceção pela teoria da reserva do possível, segundo a qual o Estado não pode realizar além de suas possibilidades orçamentárias. Também se justificará a inclusão limitada do assistencialismo, pela teoria do mínimo existencial, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.

Como bem argumenta Vera Karam de Chueiri (2006, p. 161), “o discurso constitucional pode ser referido a partir da inexorabilidade dos compromissos republicanos e democráticos que estão na sua base”.

Já na ordem internacional, o entrave se dá entre a *primazia* da Constituição perante os tratados internacionais e vice-versa. Embora, do ponto de vista formal, existam regras de alocação dos tratados na ordem jurídica interna e da jurisdição interna a uma pretensa ordem internacional, não é raro se deparar com decisões contraditórias<sup>30</sup> quanto ao tema.

Em última análise, uma ética universal de proteção aos direitos humanos, embora configure notável avanço quanto ao *status* jurídico do ser humano, não pôde ultrapassar a barreira do formal, visto que uma constante política de exceção tornou-se corriqueiro paradigma de governo na atualidade.

### 1.3.2 O discurso da crise política

Neste tópico, o instituto do discurso deve ter como ponto de partida o conceito de dispositivo no sentido foucaultiano,<sup>31</sup> ou seja, como instrumento de natureza estratégica, de manipulação e intervenção racional, capaz de orientar, bloquear ou fixar para utilizar as relações de força (AGAMBEN, 2009, p. 28).

Como se percebe, o discurso se caracteriza como elemento de sustentação da governabilidade, através do qual se neutralizam tensões e se viabiliza o poder. Há de se atentar, no entanto, que a intenção deste estudo é a de ir além da proposta de dispositivo de Foucault e considerar o discurso oriundo também de outras forças que não o poder. Nesse sentido, utilizar-se-á a concepção de dispositivo de Giorgio Agamben (2009, p. 40):

Generalizando posteriormente a já bastante ampla classe dos dispositivos foucaultianos, chamarei literalmente de dispositivo qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes. Não somente, portanto, as prisões, os manicômios, o Panóptico, as escolas, a confissão, as fábricas, as disciplinas,

---

<sup>30</sup> Ao julgar a ADPF nº 153/2008, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79) mantém sua validade jurídica. Tal decisão implica dizer que, uma vez anistiados, os crimes militares de cunho político não poderiam ser julgados agora. Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil decidiu que a Lei da Anistia fere gravemente os direitos humanos, representados principalmente pelo direito de memória, determinando que o Brasil conduza os processos perante a justiça ordinária. Embora não haja posicionamento definitivo sobre o caso, o descumprimento da decisão da Corte implicaria, em última análise, em reprovação diplomática.

<sup>31</sup> Embora Foucault não tenha elaborado propriamente uma definição, Agamben cita uma entrevista do autor definindo aproximadamente o tema: “aquilo que procuro individualizar com este nome é, antes de tudo, um conjunto absolutamente heterogêneo que implica discursos, instituições, estruturas arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais e filantrópicas, em resumo: tanto o dito como o não dito, eis os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se estabelece entre estes elementos [...]” (AGAMBEN, 2009, p. 28).

as medidas jurídicas etc., cuja conexão com o poder é num certo sentido evidente, mas também a caneta, a escritura, a literatura, a filosofia, a agricultura, o cigarro, a navegação, os computadores, os telefones celulares e – por que não – a própria linguagem [...].

Portanto, trata-se aqui de um discurso mais generalizado, resultante do e reproduzido pelo senso comum, por consequência, de maior alcance, de maior irradiação nos setores sociais, através dos mais variados dispositivos, mesmo porque, o próprio sistema capitalista é caracterizado por uma “gigantesca acumulação e proliferação dos dispositivos”,<sup>32</sup> os quais tendem a indicar, por meio dos modelos de linguagem, um mesmo caminho. Sendo assim, pode-se inferir que o discurso não se isola como dispositivo, mas penetra nos demais dispositivos.

Dentre as características dos dispositivos pós-modernos, e portadores do discurso da pós-modernidade, está a questão da “velocidade” e da “urgência”. O discurso da contemporaneidade é eminentemente calcado pela velocidade. A rapidez com que os fatos se sucedem e são informados é tamanha que delinea sujeitos desapegados. A vida em si torna-se líquida,<sup>33</sup> não há mais o que realmente choque, o que de fato revolte, não há mais tempo para isso. A fugacidade, incoerentemente, dá margem ao clamor repressivo, pretende-se agir com dureza e com urgência, antes de tudo estar perdido.

Outro aspecto importante é o da tecnologia, que se apropriou definitivamente do adjetivo da necessidade. O exacerbado desejo de consumo da tecnologia, de inserir-se no tecnológico, com a finalidade de evitar o tédio, favorece o processo de alienação e desapego do sujeito, inserindo-o na massa arendtiana, ou ao menos em uma das novas “classes” do atual estágio do capitalismo.<sup>34</sup>

O que se pode concluir é que os dispositivos, sob a ótica de Foucault, intentavam a produção de um determinado modelo de sujeito, como o clássico exemplo do dispositivo prisional, em que, no cárcere, o delinquente se tornava um sujeito novo, moldado sob as técnicas de governo. Entretanto, sob a visão de Agamben, os dispositivos da atual fase

---

<sup>32</sup> Para Agamben: “não seria provavelmente errado definir a fase extrema do desenvolvimento capitalista que estamos vivendo como uma gigantesca acumulação e proliferação de dispositivos. Certamente, desde que apareceu o *homo sapiens* havia dispositivos, mas dir-se-ia que hoje não haveria um só instante na vida dos indivíduos que não seja modelado, contaminado ou controlado por algum dispositivo” (2009, p. 42).

<sup>33</sup> No sentido de Bauman. BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

<sup>34</sup> Ilustra Giorgio Agamben: “aquele que se deixa capturar no dispositivo “telefone celular”, qualquer que seja a intensidade do desejo que o impulsionou, não adquire, por isso, uma nova subjetividade, mas somente um número pelo qual pode ser, eventualmente, controlado; o espectador que passa as suas noites diante da televisão recebe em troca da sua dessubjetivação apenas a máscara frustrante do *zappeur* ou a inclusão no cálculo de um índice de audiência” (2009, p. 48).

do capitalismo “não agem mais tanto pela produção de um sujeito quanto por meio de processos que podemos chamar de dessubjetivação” (2009, p. 47). Diz o autor (2007, p. 47):

[...] o que acontece agora é que processos de subjetivação e processos de dessubjetivação parecem tornar-se reciprocamente indiferentes e não dão lugar à recomposição de um novo sujeito, a não ser de forma larval e, por assim dizer, espectral.

Assim, o sujeito que se deixa levar, indiferentemente, pelos vários dispositivos pós-modernos, não consegue mais do que reproduzir o discurso – como dispositivo – de que o que está posto não é passível de mudança, que seria este sistema irreversível em todos os aspectos. Tal atitude representa a amputação das pernas e dos braços da política, que realmente não pode ser realizada, na sua essência, pelo ente alienado e massificado.

Nesse aspecto, argumenta Agamben (2009, p. 48):

As sociedades contemporâneas se apresentam assim como corpos inertes atravessados por gigantescos processos de dessubjetivação que não correspondem a nenhuma subjetivação real. Daqui o eclipse da política, que pressupunha sujeitos e identidades reais (o movimento operário, a burguesia etc.), e o triunfo da *oikonomia*, isto é de uma pura atividade de governo que visa somente à sua própria reprodução. Direita e esquerda, que se alternam hoje na gestão do poder, têm por isso bem pouco o que fazer com o contexto político do qual os termos provêm e nomeiam simplesmente dois pólos – aquele que aposta sem escrúpulos na dessubjetivação e aquele que gostaria, ao contrário, de recobri-la com a máscara hipócrita do bom cidadão democrático – de uma mesma máquina governamental.

Há, portanto, exagerado conformismo com as instituições postas. Sustentado pelo discurso, o modelo de gerir por meio da exceção se mantém, corroborando com as necessidades do modelo econômico capitalista neoliberal, que é, como se nota, eminentemente excludente.

Na filosofia de Agamben, utiliza-se da idéia de profanação para desativar os dispositivos. Segundo o autor, profanar significa trazer de volta ao mundo dos homens aquilo que um dia foi sacralizado, elevado ao divino.<sup>35</sup> O dispositivo – a exemplo do discurso – na forma de sacrifício, trata de separar e regular a passagem do profano para o sagrado (2009, p. 45).

Nesse sentido, o discurso da exceção tratou de elevar ao nível do sagrado o modelo de Estado hoje adotado, o modelo de combate ao crime e aos criminosos, a

---

<sup>35</sup> “A profanação é o contradispositivo que restitui ao uso comum aquilo que o sacrifício tinha separado e dividido” (AGAMBEN, 2009, p. 45).

necessidade de preservação das regras de moralidade, dentre outros aspectos que colaboram na preservação da exceção. Segundo este discurso, não estaria o homem apto a mudar esta realidade transformada e regulada pelo mercado.

E o discurso da perene emergência é o que legitimará a ação de controle de imigrante e, conseqüentemente, fomentará o isolamento de refugiados em campos de concentração. É o fundamento último do recrudescimento da legislação antiterrorista e, por fim, no agir mais corriqueiro do aparelho punitivo dos estados, assegura uma política de “combate” à criminalidade calcada na pura repressão violenta.

O discurso irradiado não poupa sequer os opositores da sistemática vigente. Não raro, a defesa dos direitos humanos, por exemplo, poderá reunir argumentos tanto a favor quanto contra a ação ostensiva.

Conforme as reflexões de Edson Teles (2012, p. 81):

Não se trata de uma ditadura em meio ao Estado de direito. É uma democracia que participa do consenso da política contemporânea, no qual o discurso social e dos direitos humanos legitima, diante das violências sofridas quanto à ação do Estado, o maior violador de direitos. Dessa forma, o militante e o ministro, o sem teto e a Polícia Militar e o destituído e a grande mídia fazem uso da mesma idéia de defesa de direitos sem, como vimos, necessariamente agir em favor do interesse público.

Advém daí a necessidade de profanar tal dispositivo e trazê-lo novamente à racionalidade humana. Como alerta Agamben (2009, p. 45):

O problema da profanação dos dispositivos – isto é, da restituição ao uso comum daquilo que foi capturado e separado nesses – é, por isso, tanto mais urgente. Ele não se deixará colocar corretamente se aqueles que dele se encarregam não estiverem em condições de intervir sobre os processos de subjetivação, assim como sobre os dispositivos, para levar à luz aquele Ingovernável, que é o início e, ao mesmo tempo, o ponto de fuga de toda política.

Esta também é a conclusão de Moraes (2008, p. 194), tendo agora sob análise a realidade do Estado brasileiro:

Será necessário *profanar* a idealização dos *ícones modernos* – Estado Nacional, Constituição, Estado de Direito etc – para poder reconstruir um projeto de sociedade que venha ao encontro, inclusive, dos projetos destes mesmos *sagrados*... uma vez que não há possibilidade alguma de se abrir mão daquelas que foram conquistas civilizatórias, mesmo em troca de promessas de um *mondo novo*. Grifos no original.

Assim, percebe-se que não há outra possibilidade senão a de desativar definitivamente o discurso neoliberal da exclusão e do consumo, e, a partir daí, acreditar na

possibilidade de reestruturação de um Estado realmente embasado na dignidade da pessoa humana, sob a ética da solidariedade e da libertação, em detrimento do consumismo, da alienação e do individualismo.

#### **1.4 O espaço da exceção: o campo e seus refugiados**

O campo de concentração é o espaço da exceção por excelência. A decisão sobre a exceção implica na decisão sobre o que é normal, e, nesse mesmo sentido, o campo permitirá “que se decida sobre o que é humano e o que não é, permite que se separe o muçulmano<sup>36</sup> do homem” (AGAMBEN, 2008, p. 56).

A experiência da “situação extrema”, o convívio com a aberrante exclusão, são peculiarmente traumáticos, seja a quem testemunha como segregado, seja como opressor. Classificar a situação limite como anormal (“isso é desumano!”) é precisamente o que faz daquilo parte (na forma de exclusão) da situação normal. Paradoxalmente, tratar o extremo como excepcional (“o mal necessário!”) é o que progressivamente fará dele habitual. O limiar precisa ser constantemente revisto o que induz a um exercício corriqueiro de delimitação do que é normal e do que é exceção.

Nesse sentido, veja-se o triste exemplo de Auschwitz:

Auschwitz é exatamente o lugar em que o estado de exceção coincide, de maneira perfeita, como a regra, e a situação extrema converte-se no próprio paradigma do cotidiano. Mas é precisamente esta paradoxal tendência que se transforma no seu contrário, tornando interessante a situação-limite. Enquanto o estado de exceção e a situação normal, conforme acontece em geral, são mantidos separados no espaço e no tempo, nesse caso, mesmo fundando-se reciprocamente em segredo, continuam opacos. Mas quando passam a mostrar abertamente a convivência entre si, conforme ocorre hoje de maneira cada vez mais freqüente, iluminam-se uma à outra, por assim dizer, a partir do interior. Isso implica, contudo, que a situação extrema já não pode servir de critério de distinção, como acontece em Bettelheim, mas que a sua lição é antes de mais a da imanência absoluta, a de ser “tudo em tudo”. Nesse sentido, a filosofia pode ser definida como o mundo visto em situação extrema que se tornou regra (AGAMBEN, 2008, 57-58).

Curiosamente, o local de aporia ética faz surgir um incrível e perverso fenômeno em que, devido a situação caótica e degradante, torna-se indecente manter a

---

<sup>36</sup> Muçulmano era como era chamado o “recluso” que por já não poder se manter em pé (biológica e moralmente) diante das condições do campo, passava o dia prostrado ao chão, curvado como um muçulmano a orar. Assevera Agamben: “ao lado dessa imagem biológica, põe-se imediatamente outra, que, aliás, parece conter o seu verdadeiro sentido. O muçulmano é não só, e nem tanto, um limite entre a vida e a morte; ele marca, muito mais, o limiar entre o homem e o não-homem”. (2008, p. 62).

decência, perto de tanta humanidade sacrificada. Como assevera Agamben, aqueles “que ainda acreditam que conservam dignidade e respeito de si sentem vergonha dos que de imediato a haviam perdido” (2008, p. 67).

Nesse espaço da exceção toda dignidade humana é posta em xeque, visto que a figura-limite, ainda que de uma espécie particular, de uma parcela específica da população de um país, revela não só a relativização de categorias de dignidade e respeito para consigo, mas até mesmo “a própria idéia de um limite ético” (AGAMBEN, 2008, p. 70). Trata-se da constatação de uma realidade cruel, como revela o pesquisador:

[...] Auschwitz marca o fim e a ruína e qualquer ética da dignidade e da adequação a uma norma. A vida nua, a que o homem foi reduzido, não exige nem se adapta a nada: ela própria é a única norma, é absolutamente imanente. E “o sentimento último de pertencimento à espécie” não pode ser, em nenhum caso, uma dignidade. [...] O muçulmano, que é a formulação mais extrema da mesma, é o guardião umbral de uma ética, de uma forma de vida, que começa onde acaba a dignidade. [...] O fato de que a morte de um ser humano já não possa ser chamada de morte (não simplesmente que não tenha importância – isso já havia acontecido –, mas que precisamente já não possa ser chamada com aquele nome) – é o horror especial que o muçulmano introduz no campo e que o campo introduz no mundo (AGAMBEN, 2008, P. 76-77).

E o filósofo vai além, quando percebe que tornando-se regra a exceção, o campo surgirá como paradigma oculto do espaço político da modernidade (2010, p. 119). E que os refugiados dos campos de concentração, desprovidos de toda subjetivização e proteção jurídica, ainda existem no panorama político de hoje, guardando mais ou menos semelhanças aos reclusos de Auschwitz.

A prisão de Guantánamo é, sem dúvida, o melhor exemplo do espaço declaradamente de exceção na contemporaneidade. Também os campos que “abrigam” imigrantes no norte da França e no leste da Grécia podem ser citados como campos em seu formato clássico, como espaço apartado fisicamente da normalidade, ou seja, que pretende apresentar claro limiar entre normalidade e exceção.

Todavia, no panorama urbano, ao menos em relação às megacidades subdesenvolvidas, será possível identificar o espaço da exceção difundido em diversos pontos da cidade. Ali, refugiados não se resumem aos cercadamente reclusos, mas reclusos de dignidade, como o muçulmano de Auschwitz, em que se incluem os vagabundos cobertos de papelão, os *nóias* rendidos ao “crack”, as prostitutas das madrugadas, a criança esmolando nos faróis das rápidas avenidas, os índios queimados, dentre tanta outras categorias de mera

vida, ou seja de vida nua. Sobre tais campos do subdesenvolvimento, cabe destacar a leitura de Daniel Arruda Nascimento (2010, p. 164), com a qual se concorda:

Entre nós, encontramos estruturas semelhantes a céu aberto nas favelas e assentamentos dos grandes centros urbanos e no confronto de camponeses e populações indígenas com policiais ou jagunços de fazendeiros e latifundiários do interior. Diante de um poder policial imensamente superior, a penumbra ou a distância do ambiente esmo infere ao cidadão comum um medo que somente pode ser aliviado pela convicção do sentimento ético daquele que o intercepta, ou expresso de outro modo, pela sorte. Somos no cotidiano surpreendidos por situações que podem se repetir tanto sob a abóbada do domínio totalitário quanto sob a égide da democracia.

Os refugiados dos campos difusos, muitas vezes, sequer adentram no cálculo biopolítico do poder. Em verdade, na maioria das vezes, somente são considerados pelo sistema repressivo, quando atrapalham, quando precisam ser removidos (assentados) para a periferia, livrando os centros urbanos da sujeira humana, formando assim uma orla de indesejáveis nos arredores dos grandes centros.

Mike Davis (2006, p. 55-56) foi contundente ao constatar em *Planeta favela*:

[...] a principal função da orla urbana do Terceiro Mundo continua a ser a de depósito de lixo humano. Em alguns casos, o lixo urbano e os imigrantes indesejados acabam juntos, como em “favelas-lixo” famosas como oportunamente batizada Quarantina, perto de Beirute, Hillat Kusha, em Cartum, Santa Cruz Meyehualco, na Cidade do México, a antiga Smoky Mountain (Montanha Fumegante) de Manila, ou Dhapa, imenso depósito de lixo e favela na franja de Kolkata.

A esse respeito, Giorgio Agamben conclui no sentido de que o campo não é um fato histórico isolado, uma anomalia, ainda que pontualmente presente, relegada ao passado. Para o filósofo, o campo, como matriz oculta, constitui o *nómos* do espaço político da modernidade (2010, p. 162). Isto porque este se expande na medida em que o estado de exceção torna-se regra. Sendo assim, o campo é na essência a materialização do estado de exceção (AGAMBEN, 2010, p. 165-166):

É preciso refletir sobre o estatuto paradoxal do campo enquanto espaço de exceção: ele é um pedaço de território que é colocado fora do ordenamento jurídico normal, mas não é por causa disso, simplesmente um espaço externo. Aquilo que nele é excluído é, segundo o significado etimológico do termo exceção, *capturado fora*, incluído através da sua própria exclusão. Mas aquilo que, deste modo, é antes de tudo capturado no ordenamento é o próprio estado de exceção. Na medida em que o estado de exceção é, de fato “desejado”, ele inaugura um novo paradigma jurídico-político, no qual a norma torna-se indiscernível da exceção. O campo é, digamos, a estrutura

em que o estado de exceção, em cuja possível decisão se baseia o poder soberano, é realizado *normalmente*.

Portanto, o estado de exceção permanente é marcado pela política que se revela biopolítica sobre a vida nua. Sendo o campo o espaço onde a biopolítica se desenvolve na plenitude, está para a exceção como a materialização do ilocalizável. Entretanto, como o estado de exceção progressivamente se generaliza, o campo passa a ser paradigma comum ao espaço político contemporâneo. Não mais fixo, extrapolando literalmente o espaço da normalidade, mas indiscernível como a própria exceção, fazendo-se visível com mais ou menos intensidade a depender do interesse soberano. A complexidade da ideia é sintetizada por Agamben (2010, p. 171):

O estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento, torna-se agora uma nova e estável disposição espacial, na qual habita aquela vida nua que, em proporção crescente, não pode mais ser inscrita no ordenamento. O deslocamento crescente entre o nascimento (a vida nua) e o Estado-nação é o fato novo da política do nosso tempo, e aquilo que chamamos de *campo* é seu resíduo. A um ordenamento sem localização (o estado de exceção, no qual a lei é suspensa) corresponde agora uma localização sem ordenamento (o campo, como espaço permanente de exceção). O sistema político não ordena mais formas de vida e normas jurídicas em um espaço determinado, mas contém em seu interior uma *localização deslocante* que o excede, na qual toda forma de vida e toda norma podem virtualmente ser capturadas. O campo como localização deslocante é a matriz oculta da política em que ainda vivemos, que devemos aprender a reconhecer através de todas as suas metamorfoses, nas *zones d'attente* de nossos aeroportos, bem como em certas periferias de nossas cidades.

A seguir, tratar-se-á de identificar a suspensão da lei, ou seja, a exceção, no agir repressivo do Estado Democrático, em especial o brasileiro. Crê-se que justamente o aparato punitivo estatal possibilitará a localização do excepcional (agindo seletivamente). Por outro lado, este representa o resgate de uma suposta segurança jurídica perdida, visto que a punição tem o viés de reafirmar a norma.

## **2 VIOLÊNCIA E FETICHISMO PENAL: CONTROLE SOCIAL E PUNIÇÃO GENERALIZADA**

Pelo que se desenvolveu na pesquisa, já é possível concluir que a violência, sob a perspectiva da teoria da soberania moderna, é instrumento instituidor e mantenedor da ordem jurídica vigente. Esta conclusão é o fatal resultado do diálogo entre Walter Benjamin e Carl Schmitt.

Assim, para bem situar o direito penal (aqui, especificamente, a expressão deve ser lida e compreendida da forma mais ampla possível, resumindo todas as formas de repressão institucional) na ordem jurídica, é preciso localizá-lo ao lado dos instrumentos à disposição do soberano para a manutenção da ordem posta.

O primeiro ponto a ser destacado, portanto, é que a violência estatal, ainda que legitimada pelo procedimento, está a serviço do soberano, ou seja, intenta resguardar a ordem por ele instituída violentamente (mesmo que no sentido figurado, guardando, entretanto, o caráter impositivo). Daí a crítica de Walter Benjamin à polícia (leia-se poder de polícia), que seria um poder para cumprir fins jurídicos preestabelecidos, mas também, e com amplos limites, para instituir tais fins jurídicos. Ali, na polícia, encontra-se suspensa a “separação entre poder instituinte e poder mantenedor do direito” (1986, p. 166).

Slavoj Žižek, ao estudar o tema da violência, parte de uma premissa muito interessante: “há qualquer coisa de intrinsecamente mistificador numa consideração directa: a alta potência do horror diante dos atos violentos e a empatia com as vítimas funcionam inexoravelmente como um engodo que nos impede de pensar” (2009, p. 11). Por outro lado, a frieza ao tratar do tema, pode perfeitamente significar a participação em seu horror, contribuindo não para o que denomina violência subjetiva, mas sim para a violência sistêmica.

Ao passo que a violência pode ter o viés revolucionário e vir a inverter a posição do poder ou ao menos colocá-la em xeque constantemente, isto é, por meio da violência é possível destituir uma ordem e instituir uma nova ordem (que, não diferentemente, será mantida mediante violência).

Ora, assegurar a ordem (hoje, assegurar a ordem democrática) é, por meio da violência (institucional), extirpar toda violência difusa no seio social. Portanto, o aparato repressivo estatal tem por finalidade primeira a manutenção do poder instituído.

Nota-se que, neste contexto, o poder deve ser constantemente autoafirmado. Na contemporaneidade isto ocorre de duas formas, sob o paradigma político do estado de exceção: a) procurando legitimar a existência e a atuação, não raro excepcional, do aparelho repressivo; b) na condição de único detentor da violência, elegendo o Estado o inimigo a ser combatido.

Diante disso, desconsiderando a violência extralegal,<sup>37</sup> é necessário dizer, sem muito aprofundamento, que o direito penal está legitimado, como caracteristicamente está o direito moderno ocidental, pela lógica do pacto social. Por mais que haja formas mais ou menos sofisticadas, a justificativa última do fundamento do direito estatal de punir é a proteção de bens jurídicos de cada cidadão, os quais cederam parte de sua liberdade para viver seguros em sociedade. O fundamento de existência do Direito Penal é de proteção à sociedade (tanto é que a vítima imediata de todo crime é a sociedade).

O segundo fato de autoafirmação é a constante necessidade de se conter situações e pessoas, em tese, atentatórias à sociedade. Precisamente neste ponto, ressalta-se que a violência urbana e a criminalidade de rua são tidas como dois imprescindíveis aspectos da realidade social a serem combatidos. No discurso político, estas são apresentadas sempre como causas da temeridade social, implicando na fragilidade da ordem e nunca – como se deduz – como resultado de uma estrutura eminentemente excludente.

De tais motivos advém a fetichização do sistema punitivo e do direito penal como um todo. Esconde-se sua efetiva e inquestionável potencialidade, qual seja, de instrumento de controle social e relega-se a este “ramo do direito” um poder que de fato não possui. Primeiramente, há notória difusão da crença retributiva. A repressão/punição, por si só, concretizariam a justiça, numa lógica de crime/castigo. O clamor genérico pela punição – algo que seria inerente ao ser humano – autorizaria uma função simbólica e preventiva do direito penal, de forma que o legislador moderno – sob influência cientificista – também depositou suas crenças na possibilidade de tipificar todas as condutas desinteressantes à sociedade, sempre acompanhadas da promessa de uma sanção.

Por sua vez, o pensamento progressista linear leva a crer que a sistemática aplicação da lei penal tende a diminuir a violência urbana. A indeterminação seria, então, fruto da não contundente aplicação da punição aos transgressores e não um fenômeno

---

<sup>37</sup> Aqui se fala da violência não relacionada ao âmbito institucional. Não guarda relação direta com as agências repressivas oficiais.

preexistente. Por isso o Direito Penal concretiza, por excelência, a ilusão da segurança jurídica.

O discurso humanitário liberal é dominado pelo sentimento de urgência (ŽIŽEK, 2009, p. 13). Pensando com uma boa dose de ceticismo, não é irrazoável concluir que a violência dita urbana, diante do atual contexto, não está nem perto nem longe de um fim, mas assegurada num sistema autopoiético, em que suas causas e efeitos se interpenetram.

O pano de fundo da violência urbana é a violência sistêmica, ou seja, “não só a violência física directa, mas também das formas mais subtis de coerção que sustentam as relações de dominação e de exploração, incluindo a ameaça de violência” (ŽIŽEK, 2009, p. 18). Sobre a violência do capitalismo, Žižek (2009, p. 21) assim a define:

A violência sistêmica ou «ultra-objectiva» que é inerente às condições sociais do capitalismo global, que implica a criação «automática» de indivíduos excluídos e dispensáveis, do sem-abrigo ao desempregado, e a violência «ultra-subjetiva» dos novos «fundamentalismos» emergentes de caráter étnico e/ou religioso e, em última análise, racistas.

Por tudo isso, o autor conclui que a comunidade ocidental tem por característica fundamental encontrar-se em constante estado de emergência (estado de exceção), em condições de ameaça permanente. É com base no medo que se ditam os rumos da política contemporânea e não será diferente com a política de segurança. Interessantes são suas inferências sobre a política do medo:

Hoje a variedade predominante da política é a *biopolítica pós-política* – impressionante exemplo de gíria teórica que, no entanto, podemos decifrar com facilidade: a «pós-política» é uma política que afirma deixar para trás os velhos combates ideológicos para se centrar, em alternativa, na gestão e da administração especializadas, enquanto a «bio-política» designa como seu objetivo principal a regulação da segurança e do bem-estar das vidas humanas. [...] a única maneira de introduzir paixão nesse campo, de mobilizar activamente as pessoas, é através do medo, um elemento constituinte fundamental da subjectividade de hoje. (ŽIŽEK, 2009, p. 6).

O direito de punir que hoje se tem foi delineado com o advento do capitalismo. Fruto do movimento de reforma do século XVIII, apresenta uma faceta de humanização dos castigos frente aos *suplícios* até então aplicados e, por outro lado, apresenta-se como generalização da punição, visto que práticas ilegais até então toleradas passam a ser substituídas, ou seja, as punições recebem mais afinco do ponto de vista quantitativo, e menos severidade (penas mais racionais) do ponto de vista qualitativo.

Michel Foucault argumenta que na passagem do século XVII para o século XVIII a criminalidade se transformou – passando de uma criminalidade inerente ao campo e relacionada aos direitos para uma criminalidade urbana e referente aos bens<sup>38</sup> – vindo os métodos e processos punitivos a se adaptarem à nova realidade. O filósofo refuta, portanto, a existência de um simples processo de humanização das penas. O direito penal chamado liberal é caracterizado por um método mais preciso, difundido e eficaz de punição (castigo) em relação aos cruéis métodos utilizados no “Antigo Regime”. Conforme suas reflexões:

O verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir a partir de princípios mais equitativos; mas estabelecer uma nova “economia” do poder de castigar, assegurar uma melhor distribuição dele, fazer com que não fique concentrado demais em alguns pontos privilegiados, nem partilhado demais entre instâncias que se opõem; que seja repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda parte, de maneira mais contínua e até o mais fino grão do corpo social. A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais detalhado em seus efeitos (FOUCAULT, 1987, p. 69).

Assim, o direito penal do Estado de Direito, o qual pressupõe a aplicação da justiça contratualista, traz em seu interior um aspecto fetichista, consistente na crença de uma possível pacificação social, enquanto esconde o sutil objetivo de controle social. A punição figura como “objeto-encantado”, guardando em si a fé cega de que os fins propostos serão, um dia, alcançados. O Direito Penal é por excelência o braço coercitivo do direito, expressão do caráter instrumental da violência, e visto, portanto, como calabouço último da segurança jurídica.

---

<sup>38</sup> A criminalidade do “Antigo Regime” como refere Foucault era uma criminalidade que se fundamentava numa ilegalidade mais vasta, à qual as camadas populares estavam ligadas como a condição de existência. Caracterizava-se pela ilegalidade fiscal e aduaneira, o contrabando, o saque, a luta armada contra os agentes do fisco, dentre outros ilícitos da mesma natureza. Por sua vez, com o fortalecimento das cidades e do comércio, o alvo principal da ilegalidade popular passa a ser os bens, aumentando o número de crimes contra o patrimônio. Assim, explica o autor: “A ilegalidade dos direitos, que muitas vezes assegurava a sobrevivência dos mais despojados, tende, com o novo estatuto da propriedade, a tornar-se uma ilegalidade de bens. Será então necessário puni-la. [...] É portanto necessário controlar e codificar todas essas práticas ilícitas. É preciso que as infrações sejam bem definidas e punidas com segurança, que nessa massa de irregularidades toleradas e sancionadas de maneira descontínua com ostentação sem igual seja determinado o que é infração intolerável, e que lhe seja infligido um castigo de que ela não poderá escapar. [...] Afirma-se a necessidade de se desfazer da antiga economia do poder de punir que tinha como princípios a multiplicidade confusa e lacunosa das instâncias, uma repartição e uma inevitável tolerância, castigos ostensivos em suas manifestações e incertos em sua aplicação. Afirma-se a necessidade de definir uma estratégia e técnicas de punição em que uma economia da continuidade e da permanência substituirá a da despesa e do excesso. Em suma, a reforma penal nasceu no ponto de junção entre a luta contra o superpoder do soberano e a luta contra o infrapoder das ilegalidades conquistadas e toleradas”. (FOUCAULT, 1987, p. 72, 73).

Latour explica que a palavra fetiche, embora cunhada primeiramente em francês, deriva da palavra portuguesa *fetisso* (sic), termo que, por sua vez, era utilizado por navegadores portugueses ao se referirem aos negros da Costa Ocidental da África, os quais tinham por objeto de adoração (coisas “encantadas” *feitas* pelo homem) algumas divindades que os europeus denominavam fetiches.

Dessa forma, o fetichista fabrica o objeto<sup>39</sup> com base em sua própria criatividade, e depois atribui a este objeto uma força que lhe seria genuína e autônoma. Para o que aqui se discute, implica dizer que a punição ou a força do sistema repressivo fora forjada, ou seja, cunhada, pelo homem e seus interesses (o direito penal que chamamos liberal fora, por exemplo, idealizado e constituído sob os ideais reformistas do Iluminismo). Implica ainda dizer que a punição não possui necessariamente a força que lhe é atribuída (lembre-se, aqui, das críticas feitas às funções retributivas e preventivas da pena) e, por outro lado, resguarda intenções não anunciadas, ou pior, dissimuladas.

Na concepção marxista, o fetiche da mercadoria, obscurece os problemas inerentes à sua produção, como, por exemplo, a exploração do trabalho. Assim como, na religião (exemplo utilizado por Marx), a divindade criada pelo homem goza de autonomia e vida própria, o produto fabricado, assim que constituído em mercadoria, passa a figurar como ser completamente autônomo, com valor próprio.

Destaca-se a célebre passagem de *O capital*:

É somente uma determinada relação social dos homens entre si que assume a forma fantasmagórica de uma relação entre as coisas. Para encontrar uma analogia para este fenômeno, temos de ir buscá-la na região nebulosa do mundo da religião. Aqui, os produtos do cérebro humano têm o aspecto de figuras autônomas, dotadas de vida própria, que mantêm relações entre si e com os homens. Dá-se o mesmo com os produtos da mão humana no mundo da mercadoria. É o que chamo por fetichismo, que adere aos produtos do trabalho, tão logo se apresentam como mercadorias, fetichismo inseparável deste modo de produção (Apud LATOUR, 2002, p. 28).

---

<sup>39</sup> “O fetichismo, segundo a acusação, estaria enganado sobre a *origem* da força. Ele fabricou o ídolo com suas mãos, com seu próprio trabalho humano, suas próprias fantasias humanas, mas ele *atribui* este trabalho, estas fantasias, estas forças ao próprio objeto por ele fabricado. O fetiche, aos olhos do menor dos antifetichistas, age, se assim podemos dizer, à maneira de um retroprojektor. A imagem é produzida pelo professor que colocou sua transparência no vidro fosco da lâmpada, mas ela “parece” jorrar da tela em direção ao auditório, como se nem o professor, nem o retroprojektor tivessem nada a ver com isso. Os espectadores, fascinados, “atribuem à imagem uma autonomia” que ela não possui. Derrubar o fetichismo equivale, portanto, a inverter a inversão, a retificar a imagem e restituir a iniciativa da ação ao seu verdadeiro mestre. No caminho, contudo, o verdadeiro mestre desapareceu no trajeto! O objeto que não era nada realiza algo. Quanto à origem da ação, eis que ela se perde em uma disputa terrivelmente emaranhada”. LATOUR, Bruno. *Reflexão sobre o culto moderno dos deuses fe(i)tiches*. Traduzido por Sandra Moreira. São Paulo: Edusc, 2002, p. 26.

Assim, o direito penal, em suas características clássicas, representaria para o direito e para a sociedade um objeto fetichizado, ao qual se institui força e função das quais não goza de fato – isto ao menos no plano teórico-legitimador – dissimulando, em contrapartida, força e função que, muito embora perceptíveis, são não raro diagnosticadas como mero excesso ou desvio e, conseqüentemente, reprimidas ou mesmo ignoradas. Não é a toa que a crítica da prisão é contemporânea à sua consolidação (BATISTA, 2006, p. 37-41), ou seja, o valor do fetiche supera qualquer inversão da origem da força.

Foucault (1987, p. 74), com base nos escritos de Rusche, bem delineou a perversidade inerente ao sistema penal de matiz burguesa, objeto que aqui se estuda:

A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. Divisão que corresponde a uma oposição de classes, de um lado, a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens – transferência violenta das propriedades; de outro a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de desviar seus próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação – margens previstas por seus silêncios, ou liberadas por uma tolerância de fato.

Destarte, a nova e mais sofisticada legislação criminal se caracteriza “por uma suavização das penas, uma codificação mais nítida, uma considerável diminuição do arbitrário, um consenso mais bem estabelecido a respeito do poder de punir (na falta de uma partilha mais real de seu exercício)”; por outro lado, “ela é apoiada basicamente por uma profunda alteração na economia tradicional das ilegalidades e uma rigorosa coerção para manter seu novo ajustamento” (FOUCAULT, 1987, p. 75).

O fetichismo penal evidencia-se por duas ordens: uma objetiva, na crença da potencialidade do exercício do poder de punir, por meio do sistema repressivo, como instrumento justo de aplicação de sanção ao transviante do pacto, e outra, do ponto de vista subjetivo como concretização mediata da reação instintiva de simpatia com a vítima da violência. Como explica Žižek (2009, p. 45):

Todos nós somos presas de uma espécie de ilusão ética, comparável às ilusões perceptivas. A causa fundamental destas ilusões é que, embora o nosso poder de raciocínio abstracto se tenha desenvolvido enormemente, as nossas respostas ético-emocionais continuam a ser condicionadas por antigas reacções instintivas de simpatia perante o sofrimento e a dor de que somos testemunhas directas.

A seguir, procurar-se-á traduzir a forma pela qual o direito se impõe e mantém por meio da violência, constituindo esta seu instrumento de resguardo, de blindagem.

Esta percepção, embora enfraquecida perante as teorias descendentes do ideal do pacto social, que fundam a ordem jurídica democrática na razão consensual, parece ser a chave da proposta de Giorgio Agamben ao apresentar sua leitura quanto à anatomia das democracias ocidentais. No entanto, como construção teórica, este caráter instrumental da violência pode ser encontrado já no pensamento de Friedrich Nietzsche.

## 2.1 O direito e seu “supereu obsceno”: o caráter instrumental da violência

O termo freudiano *supereu* (ideal do eu) constitui um modelo buscado pelo *eu* para recuperar a perfeição ingênua e narcisista perdida na infância. Em tese, o *supereu* teria duas funções: a de instrumento de auto-observação, delimitando os parâmetros de julgamento; e o julgamento moral propriamente dito. É, portanto, veículo do ideal do *eu*.

Ocorre que, o *supereu* pode ter um lado “obsceno” quando colocado em uma relação privilegiada com a pulsão de morte (Rudge, In: [www.scielo.br](http://www.scielo.br)):

Nessa vertente, acentua-se a irracionalidade e a crueldade que o supereu pode assumir, perdendo seus laços com os ideais e com a moralidade. Seus imperativos tornam-se impossíveis de serem atendidos, sua severidade cresce proporcionalmente às tentativas de obediências, atribuindo culpabilidade ao sujeito de forma inteiramente incontornável. A irracionalidade a que está sujeita a função do supereu evidencia-se, por exemplo, nos crimes que resultam do sentimento de culpa inconsciente e da busca de punição. Quanto mais se renuncia à agressividade, mais cresce a violência do supereu contra o eu. Paradoxalmente, os virtuosos serão as maiores vítimas do supereu.

Assim, o *supereu* “obsceno” do direito revela-se quando posto em risco: capaz de usar de toda violência para resguardar-se. Interessante lembrar que, como visto no primeiro capítulo, esta possibilidade de uso da violência é que constitui o próprio fundamento da soberania.

Dessa forma, quanto ao caráter instrumental da violência, é perfeitamente possível a utilização da genealogia de Nietzsche. O pensamento de Friedrich Nietzsche é um tanto desconhecido e julgado incipiente quando se refere ao Direito, entretanto, como ressalta Oswaldo Giacoia Junior, “a posição de Nietzsche em filosofia do direito é tão exigente, polêmica e radical quanto sua crítica da moral, da religião ou da modernidade política” (2005, p. 21).

Pois bem, para o filósofo alemão, que baseou sua teoria psicológica da vingança e do ressentimento refletindo sobre categorias jurídicas (propriamente o Direito

Penal), a lei é meio de manutenção de poder de uma potência superior. Veja-se interessante passagem de sua obra *Genealogia da Moral*:

Em toda parte onde se exerce e se mantém a justiça, vemos um poder mais forte que busca meios de pôr fim, entre os mais fracos a ele subordinados (grupos ou indivíduos), ao insensato influxo do ressentimento, seja colocando em lugar da vingança a luta contra os inimigos da paz e da ordem, seja imaginando, sugerindo ou mesmo forçando compromissos, seja elevando certos equivalentes de prejuízos à categoria de norma, à qual de uma vez por todas passa a ser dirigido o ressentimento. Mas o decisivo no que a autoridade suprema faz e impõe contra a vigência dos sentimentos reação e rancor – o que faz sempre, tão logo se sente forte o bastante –, é a instituição da *lei*, a declaração imperativa sobre o que a seus olhos é permitido, justo, e proibido e injusto [...]. (NIETZSCHE, versão digital).

Primeiro, Nietzsche fala em exercício da justiça. Isto porque para o pensador a justiça não pode ser nada diferente do que “a boa vontade, entre homens de poder aproximadamente igual, de acomodar-se entre si, de ‘entender-se’ mediante um compromisso – e, com relação aos de menor poder, forçá-los a um compromisso entre si”<sup>40</sup> (NIETZSCHE, *Genealogia da moral*, versão digital).

Portanto, em qualquer lugar que tal exercício se dê ou é mantido (esta composição autopoietica entre poderosos), ele ocorre caracterizado pela busca circular de uma “potência mais forte” por mecanismos que a mantenham sobreposta a uma categoria de indivíduos em princípio mais fraca.

E como isso se dá, ainda pensando nesse primeiro fragmento? Subtraindo das mãos do “ofendido” (excluído, etc.), o próprio objeto do ressentimento. Primeiro porque a vingança cabe exclusivamente à potência superior (o combate ao inimigo da paz e da ordem, que hoje se faz de forma institucional) e porque o delimita (o ressentimento), elevando como norma as lesões que serão tuteladas. Daí que o justo e o injusto provém de uma postura ativa, positiva e afirmativa – instituição da lei por parte de uma potência superior, qual seja, a autoridade política. (GIACOIA JR, 2005, p. 23).

Para sustentar sua tese, Nietzsche se põe a observar a pré-história da humanidade. Para o filósofo, a humanidade começa a se configurar quando do surgimento do sentimento de responsabilidade nascido da ideia de dívida e dever (a *obligatio* – que provém da possibilidade de promessa).

---

<sup>40</sup> Muito feliz também é a tradução dessa passagem realizada por Oswaldo Giacoia Júnior: “Justiça, nesse nível, é a boa vontade entre os de potência mais ou menos igual entrar reciprocamente em composição, de ‘pôr-se de acordo’ por meio de uma compensação – e, em relação aos de menor potência, de coagi-los a entrar em composição entre si” (GIACOIA JR, 2005, p. 28).

Nietzsche não é partidário da idéia que concebe o homem como sujeito de direitos, visto que ele considera que a primeira noção de responsabilidade era, na verdade, coletiva (utilizando-se de Friedrich Hermann Post e Josef Kohler, em detrimento da ideia de Ihering).

Explica Oswaldo Giacoia Jr (2005, p. 28-29):

[...] é legítimo pensar que Nietzsche tem em mente, quando trata dos inícios desse processo de constituição de um esquema rudimentar da práxis humana, uma conotação bastante tradicional do *ethos* como hábito: aquela que diz respeito “ao comportamento que resulta de um constante repetir-se dos mesmos atos [...].

O *ethos*, nesse caso, denota uma constância no agir que se contrapõe ao desejo (*órexis*, ou seja fazemos sem saber porque e sem questionar). Essa constância do *ethos* como disposição permanente é a manifestação e como que o vinco profundo do *ethos* como costume, seu fortalecimento e o relevo dado às suas peculiaridades.

E prossegue refletindo que: “o estabelecimento de um esquema permanente de usos e costumes implica, porém, na constituição de uma memória” (GIACOIA JR., 2005, p. 29). Implica dizer, destarte, que o direito é muito mais cultural que racional ou natural. O Direito é assimilado, memorizado, à custa da imposição violenta. Nas palavras de Nietzsche (*Genealogia da moral*, versão digital):

[...] talvez nada exista de mais terrível e inquietante na pré-história do homem do que sua *mnemotécnica*. “Grava-se algo a fogo, para que fique na memória: apenas o que não cessa de *causar dor* fica na memória” – eis uma axioma da mais antiga (e infelizmente mais duradoura) psicologia da terra.

Conclui, então, Oswaldo Giacoia Jr. que Nietzsche enxerga entre a *obligatio* de direito pessoal e a barbárie dos castigos primitivos “o solo antropológico de surgimento daquelas categorias e conceitos, de cujo aprofundamento e espiritualização emergirão as figuras que serão, mais tarde, o apanágio da sociabilidade e da moralidade, tais as categorias fundamentais do imaginário religioso, como também a noção moral de *culpa*, o sentimento do dever, a consciência da responsabilidade e da autonomia” (2005, p. 29-30).

Assim, fica evidente que as penas e os castigos são instrumentos de mnemotécnica, “por intermédio dos quais se consegue manter fixa, na lembrança da humanidade primitiva, os primeiros lineamentos da responsabilidade e da obrigação, isto é as formas mais elementares de *vínculo*, de responsabilidade e, portanto, de sociabilidade” (GIACOIA JR., p. 30).

Coube mais tarde a Walter Benjamin evidenciar com mais afinco o caráter instrumental da violência, dizendo ser essencial a relação entre esta e o direito, afirmando que “se a primeira função da violência passa a ser a instituição do direito, a segunda função pode ser chamada de manutenção do direito” (1986, p. 165). Para isso, o filósofo utiliza-se do exemplo da pena de morte como reafirmação da soberania:

Sentiam os críticos, talvez sem poder explicá-lo e sem querer senti-lo, que uma contestação da pena de morte não ataca uma medida punitiva, nem as leis, mas o próprio direito na sua origem. Pois se sua origem for a violência\*, a violência coroada pelo destino, não está longe a suspeita de que na instituição do poder\* supremo – o poder sobre a vida e a morte, o qual se apresenta na forma da ordem jurídica -, as origens do poder-violência interferem de maneira representativa na ordem existente e ali se manifestam de forma terrível. Coerentemente, em contextos jurídicos primitivos, a pena de morte é decretada também no caso de delitos contra a propriedade, em relação aos quais parece totalmente “desproporcional”. Seu sentido não é punir a infração da lei, mas afirmar o novo direito (1986, p. 166).

Se em Nietzsche o Estado é pensado como um aparato de instituições e procedimentos coercitivos, a lei deve resguardar este conteúdo violento. A intenção da Lei (do próprio Estado) é dar forma (por meio de sua coercitividade) à ordenação social. Diz Giacoia Jr. que “a obra própria do Estado consiste, pois, na criação da sociedade, transcendendo o círculo mais restrito das famílias e tribos, mediante a coerção e a violência, para promover a elevação de uma natureza bárbara: a transfiguração do animal instintivo em *zoon politikon*” (2005, p. 32).

Nessa configuração, a concepção de direitos e de deveres está ligada às relações de poder e sujeição, de forma que o “avançar”, ou somente o “modificar”, tratando-se de direitos individuais, é nada mais que a remodelação da equação entre direito e força.

A esse respeito, destaca-se:

Nesse particular, as noções de cálculo e equilíbrio desempenham um papel fundamental na instituição e reconhecimento de direitos e obrigações. “Nossos deveres – são direitos de outros sobre nós. De que modo eles os adquiriram? Considerando-nos capazes de fazer contrato e de dar retribuição, tomando-nos por iguais e similares a eles, e assim nos confiando algo, nos educando, repreendendo, apoiando. Nós cumprimos nosso dever – isto é: justificamos a idéia de nosso poder que nos valeu tudo o que nos foi dado, devolvemos na medida em que nos concederam (GIACOIA JR., 2005, p. 36).

E, citando Nietzsche:

Assim nascem os direitos: graus de poder reconhecidos e assegurados. Se as relações de poder mudam substancialmente, direitos desaparecem e surgem

outros – é o que mostra o direito dos povos em seu constante desaparecer e surgir (Apud GIACOIA JR., 2005, p. 37).

Por isso torna-se algo arriscado a elaboração de todas as críticas ao Direito Penal contemporâneo fundadas na teoria dos direitos humanos, visto que esta não supera a noção de direito, essencialmente violenta. Por mais que isso pareça constrangedor, há que se admitir que não há regulação jurídica sem violência, ainda que exista o clima de paz.

A lei, por conseguinte, pressupõe a violência real ou virtual presente nas relações de dominação e estabelece seus limites, como seu plano de regramento. Nesse sentido, a existência e a eficácia de direitos dependem, pois, do equilíbrio reconhecido entre múltiplas e variadas formas de correlação de forças. Isso porque, “ele não se efetiva na e pela representação de uma validade objetiva da lei, ou da natureza cogente das disposições normativas, menos ainda por um pretense consenso isento de coação”. (GIACOIA JR., 2005, p. 37).

A conclusão de Nietzsche é drástica, já antecipando que, “do mais alto ponto de vista biológico, os estados de direito não podem senão ser *estados de exceção*”, visto se resumirem em “restrições parciais da vontade de vida que visa o poder, cujos fins gerais se subordinam enquanto meios particulares: a saber, como meios para criar *maiores* unidade de poder”. (NIETZSCHE, *Genealogia da moral*, versão digital).

Em vista disso, há de se concordar com Žižek (2003, p. 98-99):

A democracia é hoje o principal fetiche político, a rejeição dos antagonismos sociais básicos: na situação eleitoral, a hierarquia social é momentaneamente suspensa, o corpo social é reduzido a uma multidão pura passível de ser contada, e aqui também o antagonismo é suspenso. (...) A idéia de uma “democracia honesta” é uma ilusão, assim como a noção da ordem do Direito sem o suplemento de seu supereu obscuro: o que parece uma distorção contingente do projeto democrático está inscrito na noção em si – ou seja, a democracia é *démocrassouille*.

Por tais motivos, observa-se a crítica ao direito penal, o qual, na *práxis*, extrapola os limites jurídicos que o legitimam, implica necessariamente a crítica ao próprio direito moderno. Fugindo de uma crítica dadaísta, a intenção é repensar o problema da violência e da criminalidade urbana tendo em vista este pessimista plano de fundo. Ressalta-se que o esforço em desconstruir pode dificultar a descoberta de saídas definitivas, porém, é o que assegura a formulação da crítica sincera. Nessa perspectiva, tratar-se-á de enfrentar o tema da violência e da criminalidade no contexto brasileiro.

### 2.1.1 Sobre a violência urbana e a criminalidade

Para além das diversas definições do termo violência, tome-se por base a rasa definição de violência urbana como aquela ocorrida não simplesmente nos limites da cidade, mas como característica do mundo urbanizado (em detrimento do mundo campestre medieval), fruto da hipotética não eficácia da norma, que coloca em risco a vida e o patrimônio. Somado a isto se instala uma malha de ilegalidade genericamente decorrente da categoria denominada “crime organizado” e do narcotráfico.

A violência no contexto social brasileiro tem como causas, não sendo possível precisar em que intensidade cada uma delas incide, o forte legado de desigualdade fruto do ideal escravocrata no qual o país se fundou; a concentração de renda e de riqueza; bem como a limitação dos recursos de toda ordem, simbólicos ou de poder (PINHEIRO, 2003, p. 29).

Consequentemente, a característica da violência urbana é o forte viés interpessoal. Primeiro, porque prepondera um peculiar revanchismo de classe entre dominados e dominantes. Segundo, porque a cultura arraigada do agir violento contra os marginalizados ainda persiste, revelando-se no trato truculento dos próprios agentes legais contra os cidadãos, de forma que a violência urbana não é estritamente extralegal, mas apresenta-se como uma complexa malha de ilegalidades e abusos legais.

Faz parte ainda do contexto urbano brasileiro, à luz do que concebe Slavoj Žižek, uma notável violência sistêmica, à qual está exposta a população já excluída socialmente. Na sociedade complexa, os conflitos sociais são mais acentuados. Assim explica Sérgio Adorno (2002, p. 87-88):

Neste contexto, a sociedade brasileira vem conhecendo crescimento das taxas de violência nas suas mais distintas modalidades: crime comum, violência fatal conectada com o crime organizado, graves violações de direitos humanos, explosão de conflitos nas relações pessoais e intersubjetivas. Em especial, a emergência do narcotráfico, promovendo a desorganização das formas tradicionais de socialidade entre as classes populares urbanas, estimulando o medo das classes médias e altas e enfraquecendo a capacidade do poder público em aplicar lei e ordem, tem grande parte de sua responsabilidade na construção do cenário de insegurança coletiva.

O cenário da criminalidade urbana, segundo Sérgio Adorno, revela-se em quatro tendências: “a) o crescimento da delinqüência urbana, em especial dos crimes contra o

patrimônio (roubo, extorsão mediante seqüestro) e de homicídios dolosos (voluntários); b) a emergência da criminalidade organizada, em particular em torno do tráfico internacional de drogas, que modifica os modelos e perfis convencionais da delinquência urbana e propõe problemas novos para o direito penal e para o funcionamento da justiça criminal; c) graves violações de direitos humanos que comprometem a consolidação da ordem política democrática; d) a explosão de conflitos nas relações intersubjetivas, mais propriamente conflitos de vizinhança que tendem a convergir para desfechos fatais. Trata-se de tendências que, conquanto relacionadas entre si, radicam em causas não necessariamente idênticas” (2002, p. 88).

Assim, tomando por base os crimes de homicídio, a expressão maior da violência urbana, pode-se verificar, ao analisar os dados obtidos pelo Mapa da Violência (2012) que no intervalo de 30 anos, o Brasil teve o incremento de 259% no número de casos (o número do crescimento populacional, para o mesmo período, foi de 60,3% (WAISELFISZ, 2011, p. 18-20).

O estado de Minas Gerais sofreu o espantoso crescimento de 213,9% do número de mortes violentas. No sul destaca-se o Paraná, com o incremento de 96,2%. Surpreendentemente, o estado de São Paulo reduziu em cerca de 50% seus números (dados resultantes da década 1997/2007). (WAISELFISZ, 2010, p. 19).

No cômputo geral, o número de vítimas diárias aproxima-se de 130 (WAISELFISZ, 2011, p. 20). Estes dados colocam o Brasil em um vexatório 6º lugar no mundo em relação ao número de homicídios (dado referente ao ano de 2005).

Importa dizer que tudo isto deve ser encarado levando-se em conta a “cifra negra” da criminalidade, a camuflar números e relativizar critérios das estatísticas disponíveis. De toda forma, os números do Brasil são tão aberrantes que, no período de 1980-2010, superam o número de mortes em diversos conflitos armados ao redor do mundo, envolvendo guerra civil, disputa territorial e movimentos emancipatórios (WAISELFISZ, 2011, p. 20).

Um relatório acerca da violência armada, mostra que o Brasil supera, em percentual, a soma das mortes dos 12 principais conflitos ocorridos entre 2004-2007, aqui incluídos Iraque, Sudão, Afeganistão, Índia, Paquistão e Israel/Palestina. Os doze conflitos tiveram média de 11,1 homicídios para cada 100 mil habitantes. No Brasil, no mesmo período, o índice foi de 25,7. (WAISELFISZ, 2011, p. 23). Segundo resume Julio Jacobo Waiselfisz (2011, p. 20):

Nos 12 maiores conflitos, que representam 81,4% do total de mortes diretas, nos 4 anos foram vitimadas 169.574 pessoas. Nesses mesmos 4 anos, no total dos 62 conflitos, morrem 208.349 pessoas. No Brasil, país sem disputas territoriais, movimentos emancipatórios, guerras civis, enfrentamentos religiosos, raciais ou étnicos, morreram mais pessoas (192.804) vítimas de homicídio, que nos 12 maiores conflitos armados no mundo. Mais ainda, esse número de homicídios se encontra bem perto das mortes no total dos 62 conflitos armados registrados nesse relatório.

Luís Mir (2004) acerta ao comparar o contexto urbano brasileiro ao de verdadeira guerra civil. Aos dados da violência conjuntural inclui-se o da violência fruto das próprias instituições estatais (mortes de policiais e causadas por policiais, por exemplo), o que leva a crer que a orientação das políticas de segurança, tanto mais as de caráter repressivo, necessitam de novos parâmetros.

Portanto, nota-se que o direito penal é falho em sua função preventiva e que, na função repressiva, comete excessos a incrementar a violência. E pior, como violência legítima, que se figura principalmente como instrumento de controle social da população marginalizada.

Para Paulo Sérgio Pinheiro (2003, p. 13): “a violência traz como resultado a desordem e o caos, impossibilitando a criação do espaço público para a ação política”. No contexto da exceção permanente, caracterizada pela indeterminação quanto ao direito, somado à realidade caótica e violenta, o direito penal não pode figurar senão como instrumento de controle social. Na perspectiva da biopolítica, o aparato repressivo precisa selecionar, estigmatizar e agir diretamente sobre as vidas que não tanto interessam ao poder constituído, ou que o coloquem em risco.

### **2.1.2 O direito penal como instrumento de controle social**

Tendo em conta o caráter instrumental da violência, sendo o direito penal expressão máxima da utilização da força, via violência institucional legitimada, deve-se dividir a crítica ao direito penal em quatro ordens: a) a do *exercício real da repressão*, abrangendo o processo de criminalização secundária, mais amplo, e que implica na opressão do dominante sobre o oprimido; b) a *criminalização primária*, representada pela legislação repressiva ou penal; c) o *discurso jurídico-penal ou ideológico*; e, d) a *propaganda do sistema penal*, que se apresenta pela opinião pública (ZAFFARONI, 2010, p. 7-8).

Todavia, cabe adiantar que, para Eugenio Raúl Zaffaroni, o poder punitivo, em suas quatro facetas apontadas acima, se caracteriza pela constante busca pelo inimigo da sociedade (pelo desejo de combate ao Outro), de forma que é possível concluir, ainda que timidamente até este momento, que o direito penal sempre foi ao encontro do inimigo.

Baseado em uma concepção *schmittiana* do poder (o poder de identificar o inimigo), o autor não separa a permanente tarefa do poder punitivo em elencar o inimigo externo (que caracterizaria propriamente o direito de guerra) do idêntico fenômeno de se apontar no interior da sociedade aquele que deve ser combatido. Dessa maneira, ele explica (2010, p. 08):

Só desde uma perspectiva de conjunto que abarque os quatro níveis assinalados que se percebe o *curso do poder planetário como uma permanente procura do inimigo*, sem que o obstaculize a constante mudança de nível analítico, que é uma trapaça que impede compreender o fenômeno em sua totalidade. Mas, desde a perspectiva desta totalidade percebe-se que estas sociedades corporativadas se lançaram contra inimigos externos e internos: os externos foram os destinados a ser dominados; os internos foram todos os que debilitavam a alucinação do momento, constituída pela *emergência* de turno.

Acredita-se que tal constatação possa gerar um paradoxo quanto à tutela dos direitos humanos. Veja-se:

Para quem define o poder como poder de identificar o inimigo, não há possibilidade alguma de utilizar o poder para dar vigência aos direitos humanos, pois estes não têm inimigos, por abarcar a toda a humanidade, e seu uso não seria mais que a pretensão de deixar de fora da humanidade a quem os viola. Muito antes de Schmitt observa-se com acerto que *quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra*. (ZAFFARONI, 2010, p. 9).

Numa sucinta análise da evolução do poder de punir ocidental, considerando que o direito penal brasileiro tenha como raiz histórica o direito europeu de forma genérica, tem-se, segundo Zaffaroni, uma primeira etapa no período colonialistas e, a segunda, no neocolonialista.

A ideia principal é a de que o poder punitivo, no período colonialista se direcionou a eliminar aquele que estivesse impedindo este processo. De cunho eminentemente religioso, calcado no direito canônico e na inquisição, este visava atingir o “diabólico”, tal como ocorreu com no período da caça às bruxas.

No período neocolonialista, com a ascensão de uma classe (burguesa) que vinha sofrendo com a reprimenda penal, e que se voltou contra ela, o poder punitivo direcionou-se aos que a ciência apontava como seres inferiores. Segundo as palavras de Zaffaroni (2010, p. 12-13):

O poder punitivo cumpriu um papel central neste momento planetário. A Igreja Romana tinha perdido a hegemonia discursiva; a reforma preparou o capitalismo, aceitando que o diabo era dono deste mundo e que só a fé podia salvar no próximo. Os filósofos e os juristas legitimaram discursivamente a redução do poder punitivo sobre a nova classe em ascensão, e por último os policiais e os médicos, baseados no progresso permanente e em disparates biológicos, tinham proporcionado o novo discurso hierarquizante, claramente racista, paternalista, organicista, misógino, discriminador, cuja consequência última levava à eliminação dos inferiores (p. 12 e 13).

Já no século XX europeu prevaleceu o Autoritarismo Penal: a frontalidade mítica, visto que a própria lei garantiu a atrocidade. Neste período, o poder repressivo foi exercido de maneira genocida, sem nenhuma base legal, a não ser a palavra (decisão) do próprio soberano. É o momento que marca a adoção do “estado de exceção” como paradigma da política. Isto porque, “as leis penais destes autoritarismos mostravam só a cara visível do sistema penal formal, e algo do sistema penal paralelo, enquanto por debaixo funcionava o subterrâneo, sem lei e sem limites” (ZAFFARONI, 2010, p. 16).

Uma observação importante consiste no fato de que sempre houve um discurso que legitimou cada uma das etapas da repressão penal como já visto acima, como há também o discurso que legitima o direito penal do estado de exceção permanente, qual seja, o discurso do terror e da emergência.

Foi o que ocorreu nas sociedades colonizadas, como o Brasil: “apesar de o poder punitivo ou repressivo ser o instrumento verticalizador das sociedades colonialistas e neocolonialistas, nas colonizadas foi empregado para convertê-las em imensos campos de concentração para os nativos (dado que todos eram considerados inferiores biológicos)” (ZAFFARONI, 2010, p. 20).

No contexto das ditaduras latino-americanas, o poder também se apoiou nas *emergências legitimantes*, com fundamento na doutrina da *segurança nacional*, caracterizando momento em que o poder punitivo regeu-se pela política do estado de exceção permanente, sendo as medidas de exceção utilizadas ilimitadamente. Com a finalidade de se superarem governos populistas, instauraram-se diversas ditaduras apoiadas pelos Estados Unidos. Sobre isso, veja-se:

Para eliminar os últimos vestígios das políticas populistas, sua definição de inimigo não se deteve nos integrantes dos grupos armados minoritários, senão que em alguns casos extinguiu fisicamente uma geração de dirigentes atuais e potenciais. [...] Para isso exerceram um formidável poder punitivo ilimitado. Estabeleceram um sistema penal paralelo pervertendo as medidas de exceção das constituições, impuseram penas sem processo e submeteram civis a tribunais e comissões militares. [...] Em que pese esta atrocidade real, o discurso jurídico-penal seguiu alimentado pelas teorias alemãs, e nem sequer se teorizou um direito penal de segurança nacional, salvo alguma exceção isolada. (ZAFFARONI, 2010, p. 23- 24).

Merece destaque, por fim, o recente fenômeno denominado por Zaffaroni de autoritarismo penal *cool* latino-americano, o qual representa a compra do modelo norte-americano devido à pressão publicitária. Explica-se:

O discurso do autoritarismo norte-americano é comum com relação ao que se instala no resto da América, mas sua funcionalidade é tão diferente como a realidade do poder repressivo. Enquanto os Estados Unidos fazem deste uma empresa que ocupa milhões de pessoas, ou seja, que desloca recursos da assistência social ao sistema penal e resolve o problema do desemprego; na América Latina o sistema penal, longe de proporcionar empregos, serve para controlar os excluídos de empregos, torna-se brutalmente violento, e as polícias *autonomizadas* e *em dissolução* dão lugar aos poderes políticos. (ZAFFARONI, 2010, p. 31 e 32).

Nesse ponto das discussões, pensa-se na possibilidade de identificar no direito penal brasileiro, tendo por base os quatro pontos mencionados por Zaffaroni, algumas características que fazem desse sistema punitivo como um todo, um sistema cuja real função (de repressão e controle social) é dissimulada.

#### **a) Quanto ao exercício real da repressão:**

Aqui tratar-se-á da criminalização secundária, isto é, do efetivo processo repressivo de “combate” ao crime nas ruas e do processamento e execução das penas.

Impossível, portanto, desconsiderar, o diagnóstico da *Criminologia Crítica* no tocante à seletividade do sistema penal, bem como em relação à teoria do *labeling approach*. O *labeling approach*, recepcionado como “etiquetamento”, tem “se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade” (BARATTA, 2002, p. 86). A repressão se dá contra aquele que já possui o “rótulo de criminoso”, de forma que muitos, ainda que praticantes do mesmo comportamento punível, não serão alcançados. Assim, a referida teoria tem por objeto principal o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos acusatórios

e dos juízes. O sistema penal, teoricamente preocupado com a ressocialização, passa a ser reprodutor da criminalidade.

Explica Yasmin Maria Rodrigues Madeira da Costa (2005, p. 96):

A teoria do “labeling approach” se situa criticamente diante do princípio da prevenção ou do fim, um dos sustentáculos ideológicos do segmento penitenciário mais especificamente, e, em geral, do sistema penal. Em suma, coloca que a ideologia da ressocialização ao sair do mundo das idéias para o da realidade fática transforma-se em produção da criminalidade. O sistema penal passará então, sob essa ótica, a ser útil instrumento de controle de uma classe social privilegiada sobre as demais.

A seletividade do sistema penal é fruto da incapacidade do próprio sistema em identificar, processar, julgar e executar a pena de todos os crimes ocorridos no território brasileiro. Desconsiderando-se as leis especiais a criminalizar condutas, tais como o Código Brasileiro de Trânsito (Lei nº 9.503/97) e a Lei Anti-tóxicos (Lei nº 11.343/06), só o Código Penal enumera mais de duzentos e cinquenta condutas delituosas. Muitos dos crimes ocorridos não deixam rastros, outros não são levados ao conhecimento da autoridade policial e, dos que são, muito têm investigações infrutíferas, encerradas sem a identificação da autoria do delito. O processo penal não é garantia de penalização, já que muitos prescrevem, ou, simplesmente, não se reúnem provas para eventual condenação. Por fim, a condenação também não implica necessariamente na correta aplicação da pena, considerando-se os casos de fuga, e a inexistência, principalmente tratando-se dos regimes aberto e semiaberto, de locais apropriados para o efetivo cumprimento da sanção.

Para Michel Foucault (1987, p. 234):

Não há uma justiça penal destinada a punir todas as práticas ilegais e que, para isso, utilizasse a polícia como auxiliar, e a prisão como instrumento punitivo, podendo deixar no rastro de sua ação o resíduo inassimilável da “delinqüência”. Deve-se ver nessa justiça um instrumento para o controle diferencial das ilegalidades. Em relação a este, a justiça criminal desempenha o papel de caução legal e princípio de transmissão. Ela é um ponto de troca numa economia geral das ilegalidades, cujas outras peças são (não abaixo dela) a polícia, a prisão e a delinqüência.

Por ser assim, todo o aparelho repressivo tende a operar sobre determinados crimes, a dizer, observando-se a atual realidade: crimes contra o patrimônio, em geral, e o tráfico ilícito de entorpecentes. Seus autores, na maioria dos casos, pertencem às classes menos abastadas e, costumeiramente, os crimes têm a investigação deflagrada pela prisão em flagrante e admitem a prisão preventiva. Este tipo de seleção encontra-se legitimado porque a

atuação (o agir) policial é sensível aos olhos, o que torna a ação espetacularizada, apoiada na lógica de que a cada suspeito preso a sociedade encontra-se mais segura.

Da mesma forma, as agências repressivas atuam perseguindo e controlando o sujeito estigmatizado, ou seja, o suspeito em potencial, pré-definido. É o que apregoa a teoria do *labelling approach*. Como a vigilância se dá de forma mais rigorosa ante os cidadãos, em tese, mais vulneráveis (moradores de bairros pobres e favelados) tem-se a impressão de que essas pessoas sejam mais propensas ao crime e, conseqüentemente, esses lugares são tidos como mais perigosos.

### **b) Criminalização primária**

A criminalização primária, representada pela legislação penal *lato sensu* ou repressiva, constitui o arcabouço jurídico a sustentar e legitimar a atuação excessiva e seletiva das diversas instâncias de enfrentamento do crime.

Há uma forte crítica acerca da incoerência sistêmica da distribuição das penas em relação aos bens jurídicos tutelados, de forma que a proteção ao patrimônio sobressai ante bens jurídicos de igual ou maior relevância. Todavia, a crítica mais influente vai mais fundo, objetivando esclarecer o papel constitutivo do controle social na construção seletiva da criminalidade.

Assim, como explica Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 205), “o desvio – e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é de processos formais e informais de definição e seleção”.

Isto quer dizer que “o caráter criminal de uma conduta e a atribuição de criminoso a seu autor depende de certos processos sociais de ‘definição’, que atribuem à mesma um tal caráter, e de ‘seleção’, que etiquetam um autor como delinqüente” (ANDRADE, 2003, p. 205). Daí a necessidade de se tratar da criminalidade como criminalização e do criminoso como criminalizado.

Outro ponto de igual importância para a crítica, quiçá a parte mais sensível do processo de criminalização, é a sujeição dos legisladores e, conseqüentemente, da legislação penal aos clamores públicos e midiáticos, depositando no Direito Penal, e na

severidade da pena, a fé em solucionar problemas de segurança cuja causa vai muito além da simples previsão legal.

Como já referido, a legislação neste caso é mero álibi do Poder Legislativo para com os cidadãos, sem qualquer resultado prático comprovado (se considerada isoladamente) na ocorrência de delitos.

### **c) O discurso jurídico-penal ou ideológico**

No que se refere à dogmática jurídico-penal, há de se ressaltar a prevalência de conceitos e parâmetros gerais oriundos das reformas de cunho iluminista ocorridas no século XVIII, as quais, muito embora apresentem o viés humanístico, trazem em si, de forma perniciososa, a ideologia e os valores burgueses, ou seja, interesses da classe burguesa que ascendia. Esta constatação foi feita primeiramente por Georg Rusche.

Como se verá adiante, a necessidade de resguardar o patrimônio e a propriedade da nova classe que surgia, assim como de delimitar o poder punitivo do soberano constituem aspectos da primeira fase de formação do direito penal clássico. Posteriormente, constata-se esta necessidade em relação ao controle da massa de trabalhadores excedente, bem como na necessidade da produção do homem dócil.

No Brasil, guardadas as semelhanças com o desenrolar punitivo europeu, o controle sempre foi preponderante sobre uma população específica (de origem indígena e negra), não só excedente no mercado de trabalho (levando-se em conta o período pós-escravidão), mas excedente do próprio corpo social.

Hoje, o paradigma é de beligerância, calcado no encarceramento simbólico do perigo. Este paradigma, de Defesa Social, em que o crime é uma realidade intrínseca do comportamento, cujos efeitos afetam toda a sociedade, é norteado por cinco princípios: princípio da legitimidade, princípio do bem e do mal; princípio da culpabilidade, princípio do fim ou da prevenção e princípio da igualdade (MADEIRA DA COSTA, 2005, p. 102). Resumindo tais reflexões, a autora supracitada argumenta:

Note-se que a ideologia da Defesa Social logra manter-se no tempo até a atualidade sob a premissa do Sistema Penal Igualitário, que advoga que o Direito Penal, por meio das agências de controle que lhes são próprias, protege igualmente todos os cidadãos contra as ofensas aos bens considerados essenciais por consenso da maioria, vale dizer, universais e

monolíticos, compartilhados pela sociedade, sendo todos igualmente vulneráveis a lhes receber o látego das penas. (2005, p. 105).

Salienta-se que a crítica, como já apresentada, é no sentido de que, sendo o sistema penal parte integrante do sistema geral de justiça, não se pode desconsiderar que ele reflete estruturas de uma sociedade que forma a comunidade internacional. Portanto, o que ora se discute é o sistema visto como portador do discurso jurídico-penal, do ponto de vista da dogmática, repressivo e sancionador.

#### **d) A propaganda do sistema penal**

Por fim, não se pode ignorar que o sistema penal é prometido e difundido como meio eficaz, quiçá o único, para a pacificação social. E o clamor midiático e popular assinam políticas reprodutoras do sistema já definido.

Do ponto de vista histórico, Zaffaroni (2001, p. 223) identifica a origem da estrutura verticalizante do sistema penal reproduzida até hoje na questão da afirmação do monopólio da violência pelo Estado soberano. Assim, o Estado absolutista, para legitimar o aparato repressivo que lhe resguardaria, utiliza-se da deslegitimação da guerra. Implica dizer que o direito penal cunhou-se como instrumento para se evitar uma suposta *bellum onium contra omnes*, hipótese esta não verdadeira, de forma que se pretendeu, por meio do monopólio da força, impor a paz. Esta argumentação, ainda que transformada e constantemente adaptada, persiste até os dias atuais.

Na prática o que se vê é um debate público que beira a negociação entre o criminalizar e o descriminalizar como mercadoria política, já que em virtude do positivismo jurídico, a regulação passou a ser o paradigma dominante. O sistema penal fica a mercê das campanhas eleitorais e de movimentos reivindicatórios que têm como causas questões relacionadas à criminalidade, porém sem qualquer compromisso empírico em relação ao problema da violência urbana e da real finalidade do sistema penal, a não ser a crença fetichizada na solução repressiva.

Explica Claudio Beato (2012, p. 37):

Os atores centrais são os empresários morais, grupos de pessoas que se encarregam de movimentos políticos e de mobilização da opinião pública, no sentido de criminalizar alguns eventos. Esse tipo específico de empreendedorismo moral é bastante conhecido na história brasileira recente e está presente em diversos movimentos que atuam na direção da diminuição

da idade de responsabilidade penal, na criação da legislação de crimes hediondos, da criminalização do aborto e da proibição de drogas, da responsabilização de usuários de drogas pela violência, da criação de delegacias de mulheres e uma infinidade de outros movimentos.

Esta propaganda do sistema penal solucionador, legitimado, permite a fruição até o esgotamento do que está por detrás do comercial. Como atuação do sistema penal é seletiva, e recai sobre cidadãos estereotipados, a propagação do discurso revela-se constante eleição de *inimigos públicos*, fazendo com que haja, nos moldes de verdadeira guerra, rompimento social entre Estado e diversos grupos, fazendo surgir antagonismos insuperáveis no seio da própria sociedade, surtindo efeitos inclusive no que se denomina revanchismo social, como a seguir veremos.

## **2.2 Exclusão social e criminalidade, uma genealogia: a sociedade, o crime e o criminoso**

Essa discussão inspira-se em dois principais momentos da história do Brasil, os quais teriam delineado os padrões da exclusão social, bem como da seletividade do sistema penal: a Colônia e o Império escravocratas e a República das insurreições.

Num primeiro momento que compreende o Brasil Colônia e o Brasil Imperial desenhou-se uma sociedade de cunho caracteristicamente excludente e segregacionista, dividindo-se em uma classe abastada e dominante de origem indo-europeia e, antagonicamente, outra categoria da população radicalmente marginalizada, constituída por negros, mestiços e indígenas.

Assim, desde a divisão deste país e seu loteamento em capitânicas hereditárias, distribuídas pelo critério de títulos nobiliárquicos, é que se tem caracterizada a história de sua formação social sempre vinculada à ideia da exclusão, das desigualdades, da concentração do poder e da riqueza e, em consequência, da privação de bens e direitos a um expressivo segmento do composto social, justamente o situado em seus escalões inferiores.

Por isso mesmo é que se costuma atribuir a uma certa *sociologia da história lenta*, expressão sugerida por José de Souza Martins, uma espécie de mediação que freia o processo histórico de modo a torná-lo lento, permitindo descobrir e integrar na interpretação,

estruturas, instituições, concepções, e valores enraizados em relações sociais que tinham pleno sentido no passado, e que, de certo modo, e só de certo modo, ganharam vida própria.<sup>41</sup>

O segundo momento destacado é o Brasil da República Velha, quando o aparato estatal repressivo se fez sistematicamente utilizado na contenção de insurreições populares, podendo-se identificar ali a origem do que se poderia considerar um recorrente método de contenção e controle social do excluído.

### **2.2.1 A Colônia escravocrata e o Império das elites: a origem da exclusão social brasileira.**

A colonização brasileira ocorreu sobre alicerces bem peculiares e marcantes, dentre os quais se destacam dois: o regime e a economia escravocrata, bem como, no termo utilizado por Luís Mir (2004), a ocupação balcanizada,<sup>42</sup> ou seja, uma ocupação que dividiu o país em facções, segundo o interesse de uma pequena elite rural, por meio do modelo das capitanias hereditárias.

Assim, a montagem do Estado brasileiro, a partir mesmo de sua forma embrionária, como colônia portuguesa, foi fortemente caracterizada pelo extremo separatismo social, tendo em vista que a posse do território e o controle dos instrumentos de poder se restringiram a poucos indivíduos de origem indo-europeia.

Do mesmo modo, o Brasil como Império, portanto oficialmente Estado independente, estruturou-se preponderantemente a partir de sua identidade geográfica, ou seja, fundou-se um novo Estado com a preocupação de resguardar a integridade territorial, em

---

<sup>41</sup> Bem explica o autor: “Quando se reconhece que a sociedade brasileira, como outras sociedades de origem colonial, com problemas similares, é uma **sociedade de história lenta** e se toma essa constatação como perspectiva de interpretação da realidade social, os resultados são diferentes dos que se consegue por outro meio. A perspectiva do que posso chamar de uma **sociologia da história lenta** permite fazer uma leitura dos fatos e acontecimentos orientada pela necessidade de distinguir no contemporâneo a presença viva e ativa de estruturas fundamentais do passado”. MARTINS, José de Souza: *O poder do atraso: ensaios de sociologia da história lenta*. Editora Hucitec, SP, 1994, p. 14.

<sup>42</sup> Segundo o mencionado historiador, o termo balcanização tornou-se expressão comum para designar o caos, o diapasão e a guerra, em detrimento radical à ideia de cooperação pacífica entre várias regiões. Diz: “Balcanização é um termo cunhado pelos socialistas alemães do século XIX, em represália à ação do czar da Rússia nos Bálcãs, quando este apoiou a constituição de uma pluralidade de unidades políticas, pequenas, separadas e hostis. Passou a denotar o projeto estabelecido por uma potência hegemônica numa determinada zona, para que esta pudesse influenciar decisivamente; de acordo com o aforismo, dividir para reinar. A expressão vai ser retomada em 1918, ao qualificar o modelo de divisão estadual consagrado pelo Tratado de Brest-Litovsk. Voltou a ser aproveitada para a divisão africana posterior à descolonização. Uma variante da balcanização é a libanização, expressão dos anos oitenta, nada mais que a divisão em muitas facções armadas hostis” (2004, p. 42).

detrimento da cooperação interétnica. Com a ressalva já feita, nas palavras de Luís Mir (2004, p. 34): “a imaginação de construção da nação brasileira ficou restrita à terra, à sua posse, à sua distribuição e ao seu usufruto por um etnia dominante”.<sup>43</sup>

Ocorre que o núcleo do país, legado da cultura escravocrata, de opressão e humilhação dos povos de origem africana, indígena e mestiça, não se alterou mesmo com a institucionalização e desenvolvimento sobre a base iluminista refletida em seu texto constitucional de 1824.

Diante disso, uma situação paradoxal caracterizou (curiosamente repetida, com a Constituição de 1988) pelo texto que assegurava direitos fundamentais a todos os cidadãos, mas que, imune à realidade excludente, tratava de assegurar também o *status quo* da elite dominante.

Para o professor Reinéro Antonio Lérias (2008, p. 200):

O art. 179 da Constituição discorria sobre os chamados direitos fundamentais, conquanto em se mantendo a escravidão, negava-se dois dos principais deles: o direito à vida e à liberdade. Mas no plano do discurso e do papel, à guisa de alguns exemplos, lá estavam eles registrando: nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; todo cidadão tem em sua casa um lugar inviolável, ninguém pode ser preso sem culpa, exceto nos casos declarados pela lei [...].

Mesmo na questão da cidadania propriamente dita, o que se pode afirmar é que a parcela privilegiada da população utilizou-se do poder jurídico-administrativo, constituindo-se cidadãos de direito ante a ordem recém-criada para resguardar seus interesses. Sem que isso represente, necessariamente, uma identificação patriótica ou um compromisso de cooperação. Vale destacar a síntese de Fernando de Brito Alves (2003, p. 278):

A história da cidadania no Brasil é um construto teórico-pragmático que se inicia na primeira metade do século XIX, com a proclamação da emancipação política e sua independência de Portugal. Na contramão do que ocorreu nos Estados Unidos – que refletia as conjunturas históricas das conquistas de direitos e da derrocada do *antigo regime* – no Brasil não houve nenhuma Carta de Direitos que limitasse a atuação do Estado, impondo-lhe prestações negativas para salvaguardar as liberdades individuais e os direitos fundamentais. Tal circunstância era reflexo de séculos de colonização: não havia, como bem diz José Murilo de CARVALHO, à época da independência, nem cidadãos brasileiros, nem pátria brasileira.

---

<sup>43</sup> Em outra passagem o autor destaca (MIR, 2004, p. 45): “Arquitetado a partir do cume da elite, surge o Estado Imperial, legitimado para indicar os tempos e os pactos forçosos para selar as dimensões da relação das etnias e a que graus devem ser realizados. O novo poder conglobera e abriga os setores que menos temeridades resultem ao novo poder. Removem-se as maiorias e coloca-se na direção o grupo étnica e economicamente dominador, mesmo em minoria, para evitar que a etnia indo-européia na nova composição política tenha que abrir mão de um pouco de poder em favor de alguns setores aliados”.

O modelo socioeconômico persistente (levando-se em consideração que a escravidão perdurou por quase todo período imperial) consolidou e reproduziu a ideia de uma superioridade racial e uma atuação violenta e discriminatória por parte dos detentores do poder, aos quais coube delinear a estrutura e os mecanismos de controle estatal, inclusive penal. Para Mir (2004, p. 35), “o saldo dos três séculos de colonização e quase dois como país livre” é senão as cidades balcanizadas em guetos irreconciliáveis.

A história da escravidão, da abolição e pós-libertação foi uma luta contínua pela etnia dominante para evitar, em qualquer grau ou acordo, a reconciliação com as etnias subjugadas. Ela sempre temeu cair na armadilha de uma redistribuição étnica e econômica das riquezas do país ou de quaisquer outras formas de dominação, inclusive a intelectual; o questionamento sobre a permanência do jugo reducionista (isto é, reduzir a escravatura a um simples conjunto de respostas puramente bárbaras); e, por último, a ideia e prática escravocratas pressupunham um universo onde não havia lugar para o outro, não havia lugar para semelhante que possuísse uma “vontade”, no sentido que mais tarde adquiriria esta palavra (MIR, 2004, p. 39).

O desafio dos pais fundadores do Brasil Imperial era conciliar os ideais modernos da *Ilustração* – de uma sociedade formada por cidadãos iguais em direitos – com o regime excludente de exploração escravocrata, restringindo os direitos à etnia dominante. Para tanto, o mecanismo utilizado é o mais perverso possível: o abandono da população oprimida à violência e à guerra civil.<sup>44</sup>

Como destaca José Murilo de Carvalho (2002, p. 50), “a escravidão era considerada obstáculo à formação de uma verdadeira nação, pois mantinha parcela da população subjugada a outra parcela, como inimigas entre si.” Neste passo, segundo o teórico, a *Guerra do Paraguai* (1864-1870), por exemplo, teria servido para evidenciar que “a escravidão impedia a integração social e política do país e a formação de forças armadas poderosas” (CARVALHO, 2002, p. 50).

Todavia, na prática, a população recém-liberta não ingressaria na ordem social como cidadãos de plenos direitos e iguais privilégios em relação à população dominante, para realizar, assim, a esperada integração social e política. O que houve, na verdade, foi a transição da sociedade escravocrata e disciplinadora colonial e imperial para a

---

<sup>44</sup> “Para manter a marginalização definitiva das etnias que já eram mantidas à margem durante o período colonial, adotou-se como norma e prática a guerra civil. Significa a incapacidade ou a falta de intenção de alguns pensadores políticos do século XIX de elaborar, em termos teóricos e realizar na prática, um plano de bom governo, capaz de instituir políticas que levassem a uma transformação real, não fictícia, da sociedade brasileira colonial, escravocrata e diferencialista” (MIR, 2004, p. 70).

sociedade de controle e coerção étnica descompromissada com a ralé que se perenizava no cenário brasileiro (MIR, 2004, p. 46).

Por tudo isto, afastou-se a possibilidade de formação de um país multiétnico e multicultural, tendo em vista que o novo Estado seria “geneticamente totalitário”, inclusive caracterizado pelo excessivo poder nas mãos do Executivo e por um parlamento de matiz nobiliárquica, e que assumiria em seu poder as “formas de coação e genocídio herdadas da metrópole, reciclando a máquina filosófica e intelectual colonial que lhe permitirá manter a escravatura e reproduzi-la” (MIR, 2004, p. 46).

Pode-se afirmar, então, que o Brasil se fundou sob um projeto de cidadania etnicamente excludente, cuja exterioridade revela que os grupos dominados – africanos, índios e mestiços – ainda que fossem maioria, foram impedidos de ascender social e economicamente, de representar ou participar da estruturação do novo país. Entregues à violência urbana, eram tidos como pessoas violentas e, por consequência, sujeitas ao controle repressivo-penal.

Na ausência de uma cidadania ativa, a fragmentação territorial e social da população e a ausência do que poderia ser um sentimento nacional criaram o fenômeno constante de violência para manter a união territorial e a segregação, agora neocolonialista (MIR, 2004, p. 48).

Assim, em termos *foucaultianos*, a “sociedade disciplinar” brasileira se modelaria muito mais calcada na violência e na repressão institucionais do que por qualquer outro instrumento de normalização.<sup>45</sup> Como se verá a seguir, o período da República caracterizou-se por ostensiva ação do Estado (composto pela elite rica do país) sobre a população excluída.

### **2.2.2 A República das insurreições: o Brasil nos trilhos da exceção.**

---

<sup>45</sup> A ressalva é de Luciano Oliveira, para quem o Brasil não pode ser considerado uma sociedade disciplinar nos termos de Michel Foucault. Para o autor, a sociedade disciplinar se caracterizaria pela difusão de técnicas mais sutis e medicalizadas de dominação em detrimento da repressão violenta direta pura e simples. Assim, destaca: “em resumo, na sociedade escravocrata que continuamos sendo século XX adentro, as práticas punitivas oficiais, emanadas de um estado muito pouco eficiente nos mais variados domínios, continuaram, quando ocorriam, repercutindo simplesmente a brutalidade dos controles sociais e domésticos típicos de uma sociedade hierarquizada e autoritária. (...) Ainda assim, vale a pena realçar certos traços da realidade brasileira que só robustecem tal evidência. Um deles – certamente o mais perverso – é o fato de que a adoção de princípios modernos pela cultura jurídica e mesmo pelo legislador brasileiro foi – e em boa medida continua sendo – algo irrelevante frente aos usos e costumes vigentes no mundo da repressão penal no nosso país, onde a violência escancarada sempre foi o método por excelência de investigação policial e de punição”. OLIVEIRA, Leonardo. *Relendo “Vigiar e punir”*. In DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 4, n. 2, 2011, p. 322 e 323.

Do Império à República o quadro pouco se alterou, tendo em vista a perniciosa estratégia de controle das revoluções e reformas que se anunciavam. O sistema escravocrata, completamente desgastado, foi substituído por uma espécie de *apartheid* econômico embasado nos ideais civilizatórios do Ocidente, quais sejam: liberdade, democracia, direitos fundamentais, combate aos preconceitos étnicos, religiosos, econômicos, etc.

Com a abolição da escravatura, negros, índios e mestiços tornaram-se mão de obra excedente no regime econômico brasileiro. Como um país de economia eminentemente rural, e que buscava a consolidação e de uma nação branca de matiz indo-europeia, tratou-se de incentivar a política de imigração. Reinéro Antonio Lérias (2008, p. 208) acrescenta que o fim da escravidão representava o início de uma luta:

A verdade é que o estatuto da escravidão não se sustentava mais no Brasil. Veio o 13.05.1888 e com ele o fim das maiores bestialidades feitas pelo homem desde tempos imemoráveis. Mas também o início de uma luta contra a segregação, o racismo e a marginalidade a ser enfrentadas pelos egressos da escravidão. Luta que se trava ainda nos dias de hoje, nas favelas, nos baixos salários, nas cidades e penitenciárias.

A chegada dos imigrantes europeus ao Brasil – em sua maioria agricultores e trabalhadores braçais – significava ao país passo certo e necessário à modernização. Já aos negros recém-libertos restou a punição, na lógica percebida por Rusche (2004), citado na síntese de Juarez Cirino dos Santos (1981, p. 42):

A teoria do projeto [...] afirma que o mercado de trabalho é o determinante fundamental do sistema de justiça criminal, e a categoria principal para explicar o sistema penal. Esse conceito se desdobra em duas hipóteses: se a força de trabalho é insuficiente para as necessidades do mercado, a punição assume a forma de trabalho forçado, com finalidades produtivas e preservativas da mão-de-obra; se a forma de trabalho é excedente das necessidades do mercado, a punição assume a forma de penas corporais, com destruição ou extermínio da mão-de-obra: a abundância torna desnecessária a preservação.

O caráter elitista da nova República se sustentaria porque a condição de marginalizado de boa parte da população já estava consolidada. O “*outro*”, o que não era tão igual, teria sua condição sustentada por argumentos constantemente renovados. Como argumenta o historiador Luís Mir (2004, p. 54), “os primeiros a passar a essa outra categoria [de não-cidadãos] foram os escravos, depois os loucos, as mulheres, etc”.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> “A argumentação para essas anomalias era única: aos escravos se lhes negava a capacidade de reflexão necessária para atuar como cidadãos. Todos eles, que não eram independentes economicamente, não estariam,

Tidos historicamente como intelectualmente inferiores, aos negros a liberdade não significou reparação, pelo contrário, assumiram o papel do patologicamente criminoso, ideia essa importada do pensamento positivista eugenista em vigor na Europa da época.

Conforme outrora apontado: (SILVA, HANSEN, 2010, p. 174):

Fortemente associado à doutrina do positivismo de Comte, o pensamento político brasileiro do fim do século XIX, início do século XX enxergava no evolucionismo social a resposta ao atraso brasileiro, e todas as forças que fossem contra a maré da evolução estariam fadando toda a sociedade ao eterno subdesenvolvimento. (...) Assim sendo, os “cientistas” buscavam entender quais eram os atores que impediam uma evolução mais rápida ao positivo (sociedade burguesa industrial), e a resposta veio contundente: os mestiços. Uma política de eugenia racial instaurava-se no Brasil.

As insurreições contra o governo da época foram abafadas ou controladas de forma insistentemente sangrenta (como exemplo: *Canudos*, *Contestado*, *Revolução Federalista e Revolta da Vacina*) e por meio de perversa estratégia. Uma vez que boa parte da população já possuía um consolidado status de marginalidade, a opressão, via de regra, se dava contra um objeto unificado por algum padrão abstrato (sob o estigma de criminosos e desordeiros) que retira a humanidade das vítimas (SEVCENKO, 2010, p. 11).

A *Revolta da Vacina*, tomando-a como exemplo, conforme destaca Nicolau Sevcenko (2010, p. 12), “nos fornece uma visão particularmente esclarecedora de alguns elementos estruturais que preponderam em nosso passado recente – repercutindo até mesmo nos dias atuais”. Talvez o elemento mais consistente seja a reiterada utilização da violência institucional como meio de controle da parcela marginalizada da população, inibindo qualquer tipo de revolução social. Outro elemento seria o re-mapeamento da exclusão, a qual não se caracterizaria tão-somente pelo abandono, mas também por uma sólida exclusão territorial.<sup>47</sup>

Aqui, cabe um parêntese, talvez, para um vínculo com a origem ou inspiração republicana do país. Num viés crítico, uma nova ordem das coisas, não raras vezes instalada no regime de lutas, quando derivada de envolvimento real do povo na sua

---

por consequência, em condições de decidir livremente. Era preciso determinar quem seria igual o suficiente para ser governado por seus iguais” (MIR, 2004, p. 54).

<sup>47</sup> No caso da referida revolta, destaca Sevcenko: “Pode-se deduzir, portanto, que a transformação do desenho urbano da capital obedeceu a uma diretriz claramente política, que consistia em deslocar aquela massa temível do Centro da cidade, eliminar os becos e vielas perigosos, abrir amplas avenidas e asfaltar as ruas. E, com efeito, a medida mostrou-se adequada: a Revolta da Vacina foi o último motim urbano clássico do Rio de Janeiro. Se o remédio foi eficaz, o diagnóstico foi exemplar” (SEVCENKO, 2010, p. 81).

implantação, e não por meio de uma mobilização meramente simbólica, como às vezes se dá no Brasil, reclama heróis. Neste sentido, pontua José Murilo de Carvalho (2009, p. 55):

A luta em torno do mito de origem da República mostrou a dificuldade de construir um herói para o novo regime. Heróis são símbolos poderosos, encarnações de idéias e aspirações, pontos de referência, fulcros de identificação coletiva. São, por isso, instrumentos eficazes para atingir a cabeça e o coração dos cidadãos a serviço da legitimação de regimes políticos. Não há regime que não promova o culto de seus heróis e não possua seu panteão cívico.

E nada mais artificial que tentar associar a base ética que inspirou o levante político, duramente reprimido à época, à gênese da história de nossa formação cultural, ligada às desigualdades sociais, sempre estigmatizadas pelos poderosos instrumentos de controle.

As revoltas do período da *Primeira República* consagraram o modelo de controle e coerção social que seria paradigma inquestionável dali em diante e característica fundamental da exclusão social brasileira. Seja no centro do Rio de Janeiro do início do século XX, seja na “*Cracolândia*” ou no Bairro do Pinheirinho de São Paulo de 2012, a cena é a mesma: o uso indiscriminado da violência institucional contra grupos generalizados (“viciados” e “invasores”) e já marginalizados.

Na descrição de Sevcenko (2010, p. 82):

As vítimas são fáceis de identificar: toda a multidão de humildes, dos mais variados matizes étnicos, que constituíam a massa trabalhadora, os desempregados, os subempregados e os aflitos de toda espécie. A ação do governo não se fez somente contra os seus alojamentos: suas roupas, seus pertences, sua família, suas relações vicinais, seu cotidiano, seus hábitos, seus animais, suas formas de subsistência e de sobrevivência, sua cultura. Tudo, enfim, é atingido pela nova disciplina espacial, física, social, ética e cultural imposta pelo gesto reformador. Gesto oficial, autoritário e inelutável, que se fazia, como já vimos, ao abrigo de leis de exceção que bloqueavam quaisquer direitos ou garantias das pessoas atingidas. Gesto brutal, disciplinador e discriminador, que separava claramente o espaço do privilégio e as fronteiras da exclusão e da opressão.

Libertos, os escravos não passaram a ser cidadãos, assim como população pobre não o era, mas sim o grande entrave à homogeneização cultural do Brasil. Com a sólida exclusão justificada politicamente, as massas foram abandonadas ao latente revanchismo social permanente, cujo efeito é uma realidade de intensa criminalidade e informalidade, justificando-se assim, a seletividade do sistema penal. O aparato estatal representaria o escudo dos “cidadãos de bem” contra os “cidadãos do mal”. O resultado disso pode ser visto na síntese de MIR (2004, p. 56-57):

O edifício filosófico e ideológico que produziu o extremismo étnico, matriz hegemônica do predomínio indo-europeu nos séculos passados e que se prolonga até o presente, tão densamente enraizado ainda dentro do Estado, ruiu definitiva e contemporaneamente sem estrondo ou aviso. O resultado é calamitoso – uma realimentação da luta encarniçada, renovada por novas formas de disputa econômica entre as etnias segregadas – pode ser o roubo generalizado e possível do patrimônio dos dominadores até uma economia informal e criminosa à sombra do Estado. O debate sobre as culpas e os responsáveis por essa implosão não consentida e lenta continuará a alimentar as seduções pelo uso da guerra como instrumento de normalização e retrocesso à velha ordem.

A semente da discriminação, da segregação e do separatismo entre parcelas da população, já bem cultivada e desenvolvida, deu origem a uma exclusão social que seria crônica e cronológica, sustentada também por meio da repressão institucional, por intermédio de um sistema penal seletivo que, uma vez modelado, se manteria praticamente intacto.

Disso tudo, pode-se concluir que a exclusão social e a seletividade do sistema penal mantêm um gene em comum e persistente, o qual, em termos de evolução, se mostrou muito bem sucedido, já que se fez presente em todos os momentos da história brasileira. Mesmo hoje, por mais sofisticados que sejam os argumentos e os fundamentos teóricos a justificarem os dois fenômenos, há sempre a remissão ao passado sangrento.

### **2.3 Hipertrofia das funções repressivas e a função simbólica do direito penal**

Uma das funções inquestionáveis do sistema penal, tida como exitosa, é o exercício de coerção simbólica proporcionado pela norma penal. O que cabe dizer é que inclusive esta força simbólica, se existir de fato, se coaduna com a constatação *foucaultiana* da punição generalizada, ou seja, mesmo a hipótese abstrata de aplicação da pena está limitada a (e a serviço de) uma lógica de repressão dominante.

Explica Massimo Pavarini (2006, p. 113) que a função simbólica do direito penal é atributo do direito penal clássico e atua conforme suas características:

Es cierto que el derecho penal moderno procura asumir el papel de una moral substitutiva, pero no está demostrado que lo logre. Pienso, en efecto, que la naturaleza simbólica y la consiguiente eficacia estigmatizadora de la censura penal sean atributos exclusivos del derecho penal «clásico», o sea del derecho penal que criminaliza conductas socialmente advertidas como merecedoras de pena y que castiga a los actores reconociéndoles y, portanto, estigmatizándoles como pertenientes a clases peligrosas. En suma, la función simbólica del derecho penal descende del lugar que ocupa el sistema de justicia penal clásico en la reproducción de las diferencias sociales, es decir, en la conservación de la realidad social desigual.

Para o italiano, a função simbólica do direito penal se produz socialmente, como reflexo de sua função originária, qual seja, de instrumento de produção e reprodução de diferenciação social (2006, p. 113). Pensar nessa função simbólica, portanto, significa dizer que o Direito Penal pode vir a realizar, por meio da aplicação da norma, outras funções instrumentais diversas das declaradas, entretanto, convencendo nos termos da promessa inicial (ANDRADE, 2003, p. 293). Dessa forma, assegura Vera Regina Pereira de Andrade (2003, p. 293):

Afirmar assim que o Direito Penal é simbólico não significa afirmar que ele não produza efeitos e que não cumpra funções reais, mas que as funções latentes predominam sobre as declaradas não obstante a confirmação simbólica (e não empírica) destas. A função simbólica é assim inseparável da instrumental a que serve de complemento e sua eficácia reside na aptidão de produzir um certo número de representações individuais ou coletivas, valorizantes ou desvalorizantes, com função de “engano”.

Todavia, alguns autores argumentam que a crença ímpia na função simbólica do direito penal, que desconsidera a perversidade que nesta se oculta, coloca em xeque todo o discurso punitivo moderno. Isso porque relegar ao sistema penal a função (por meio de seu simbolismo) de transformação social é também o que permite com que este figure como instância decisiva na conservação da realidade social (PAVARINI, 2006, p. 114).

Na prática, a crença obcecada no poder dessa faceta do direito penal por parte das instâncias política, jurídica e, porque não, acadêmica, teria gerado um fenômeno denominado hipertrofia das funções repressivas, caracterizado pela progressiva adoção de técnicas agressivas de segurança – basicamente sofre influência da “tolerância zero” norte-americana – e pela implacável punição dos delitos menores – também inspirada em teorias estadunidenses tais como a “broken windows theory” e a “three strikes and you’re out”. Além da sofisticação do aparato repressivo (tendente ao militarismo), há constante inovação na seara legislativa penal, fazendo surgir inúmeras leis e tipificações, quase sempre à luz do discurso do “eficientismo” ao flexibilizar as garantias clássicas (ARGÜELLO, 2005, p. 23).

Como assevera Katie Silene Cáceres Argüello (2005, p. 06), há, na verdade, ampla estratégia de criminalização das classes “potencialmente” perigosas, “a fim de garantir a contenção das desordens geradas pela exclusão social, desemprego em massa, imposição do trabalho precário e retração da proteção social do Estado”.

Em vista disso, pretende-se questionar, sob este plano de fundo, se é possível que os direitos humanos sejam objeto e limite da lei penal. Alessandro Baratta

visualiza no conceito de direitos humanos duas funções: objeto do direito penal mínimo e limite de atuação do direito penal.

O autor acredita que um conceito histórico-social dos direitos humanos oferece, em ambas as funções, “o instrumento teórico mais adequado para a estratégia da máxima contenção da violência punitiva”. Para ele, lutar pela contenção da violência estrutural é o mesmo que lutar pela afirmação dos direitos humanos (2003, p. 623-650).

Deve-se ter cuidado, evitando-se obviedades. A respeito da subsidiariedade do direito penal, por exemplo, as reflexões de Pavarini parecem surpreendentes e necessárias:

En efecto, así no es: por cuanto es evocada a menudo, la subsidiaridad es un atributo del derecho penal moderno sólo en el sentido de reconocer la obviedad, o sea que no existe más una reserva *a priori* y de «contenido» del dominio penal y no ciertamente en el sentido más decisivo de excluir de la hegemonia del penal todo aquello que puede ser de outro modo disciplinado más útilmente. (2006, p. 115).

Portanto, nota-se que a reforma do sistema penal não é uma alavanca suficiente – ainda que necessária, juntamente com as outras medidas – para “governar” a repressão, seja a favor de mais ou de menos severidade, ou mesmo para dar ênfase particular a algum comportamento ilícito de determinados atores criminosos. Consequentemente, a pena concretizada constitui, em grande parte, a vontade do soberano a curvar-se ao povo, isto é, constitui-se fruto da demanda social por punição e como esta é capaz de determinar a seletividade no processo de criminalização secundária (PAVARINI, 2006, p. 116).

Parece ser, no mínimo, ineficaz, tomar por parâmetro do direito penal os direitos humanos em sua atual configuração, se prevalece o raciocínio marginalista de responsabilidade pessoal pelo ato criminoso (as causas coletivas de cunho sociológico seriam meras “desculpas”). Significa dizer que todo desmazelo do Estado na seara caritativa (aqui se inserem verdadeiros desrespeitos aos direitos humanos) é assimilado e disfarçado pela lógica individualista (WACQUANT, 2007, p. 35 e 110).

Conforme explica Loïc Wacquant (2007, p. 35):

As estruturas sociais e econômicas desaparecem para dar lugar a um raciocínio de tipo marginalista, que situa as causas coletivas no patamar das “desculpas”, a fim de melhor justificar sanções individuais. Implementadas sem exercer nenhuma pressão durável sobre os mecanismos geradores da conduta delinqüente, essas sanções não podem ter outra função senão a de sublinhar, no plano simbólico, a autoridade do Estado (com vistas aos dividendos eleitorais) e de reforçar, no plano material, seu setor penal em detrimento do seu setor social.

Para o autor, o declínio do Estado caritativo implica no avanço do Estado Penal. Ele denominou tal fenômeno de *política estatal de criminalização dos efeitos da pobreza*, exemplificando com o modelo norteamericano neoliberal: “na medida em que a rede de segurança do Estado caritativo se desfazia, a malha do Estado punitivo foi chamada a substituí-la e a lançar sua estrutura disciplinar nas regiões inferiores do espaço social estadunidense como uma forma de conter a desordem e o tumulto causados pela intensificação da insegurança e da marginalidade sociais” (2007, p. 110).

A gene desse exercício substitutivo (do social pelo penal) no contexto brasileiro encontra-se no período das insurreições da velha república. Todavia, no contexto democrático recente não é difícil enxergar a criminalização da pobreza e do excluído socialmente.

Assim, para além de mero limite do direito penal democrático, vislumbra-se a utilização do arcabouço dos direitos humanos, muito mais para se justificar a necessidade da reconstrução do sistema criminal sob o viés efetivamente democrático, ou seja, provindo imediatamente da seara pública, onde se encontra o excluído e, conseqüentemente, criminalizado.<sup>48</sup>

#### **2.4 A negação do “Outro”: o processo de criminalização do excluído**

Nessas alturas da pesquisa, pensa-se que já se pode concluir que a sociedade brasileira constituiu-se geneticamente excludente. E que a exclusão social, em si, ultrapassa o preconceito, a discriminação e a opressão exercidos pela parcela poderosa e privilegiada da população em detrimento daquela historicamente vulnerável. Trata-se, primeiramente, no modelo brasileiro, de um *apartheid* social estratificado subsistente à cultura escravocrata.

---

<sup>48</sup> Esta também é a conclusão do professor Eliezer Gomes da Silva, porém, à luz das teorias de Jürgen Habermas e Marcelo Neves. Destaca-se: “A dinâmica das relações sociais e a fragmentação e disputa de valores e princípios éticos (como vimos na seção anterior) exige que os princípios substantivos do Direito sejam trazidos a debate público, com diferentes autores, ferramentas e contextos. O Direito somente pode obter legitimidade se seus elementos morais e políticas estiverem alicerçados num largo espectro de debates na esfera pública. E não há nada de utópico, abstrato ou romântico nessa orientação. As três instâncias de poder (legislativo, executivo e sistema de justiça) devem oferecer condições para que não apenas seus fundamentos normativos sejam transparentemente trazidos ao escrutínio público, quanto se abram à intercessão crítica da sociedade civil (sendo igualmente válida a recíproca). Exemplificativamente, com maior transparência das discussões e decisões internas dos órgãos governamentais, audiências públicas como subsídios para tomada de decisões, controles autônomos e independentes das ações governamentais, a intensificação dos Conselhos Comunitários”. *Sistema penal, democracia e direitos humanos: conexões locais e globais entre direito, poder e discurso na modernidade tardia*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza-CE, em Junho de 2010.

À primeira vista, pode-se dizer que a exclusão social no século XXI liga-se, principalmente, à incapacidade do sistema capitalista de dividir a riqueza econômica para que todos possam participar da lógica do consumo, bem como à incapacidade do Estado de prover toda a população dos serviços sociais básicos para a subsistência. Portanto, tudo parece fortemente ligado à pobreza no sentido material.

Entretanto, se possível uma genealogia da exclusão social brasileira, deve-se remeter sua raiz fundamentalmente à inadmissibilidade da elite privilegiada em aceitar os negros, índios e mestiços como iguais. A exclusão social também reflete a ostentação de privilégios e a utilização sistemática da máquina repressiva de maneira ilegítima para assegurar o modelo estratificado da sociedade brasileira.<sup>49</sup>

De uma maneira genérica, trata-se da privação crônica de direitos na ordem social. Das senzalas para os morros, na periferia, os excluídos estariam primeiramente privados da cidade. No mercado de trabalho só seriam aceitos nas posições mais subalternas. Ademais, teriam de arcar com a presunção de suspeitos, sempre tidos como perigosos e inimigos da ordem.

O desenho de Gilberto Freyre, inalterado, reflete a atual conjuntura da exclusão social. As favelas, os guetos e os bairros pobres em geral estão apartados do “mundo civilizado”, e são tidos culturalmente como locais propícios à contumaz criminalidade. No senso comum, são locais onde, de fato, a atuação de controle e vigilância deve ser mais rigorosa e rotineira.

Mesmo não se levando em consideração a proliferação das favelas nas megacidades ao redor do mundo, o que se caracteriza como paradigma urbanístico do século

---

<sup>49</sup> Obviamente, questões sociológicas influenciarão na definição de exclusão social por cada sociedade. Em verdade, a definição de exclusão não prescinde de especificidades locais, além de que se deve levar em conta também o que cada grupo social entende por integração ou inclusão social. Gilberto Dupas, tratando da exclusão social e do fenômeno da globalização, apresenta como aspecto subjacente ao surgimento do conceito de exclusão: “a elevação das aspirações de consumo de grande parte da população mundial”. E segue explicando que: “o encurtamento das distâncias entre os diversos países do mundo e a exacerbação da mídia global fizeram com que o modo de vida das sociedades de consumo ocidentais, apesar de não estar acessível a todos nem nos países ricos, fosse tomado como padrão”. Para o autor em questão, a amplitude de dimensões do conceito faz com que “em termos individuais podemos estar excluídos em algumas delas e não em outras”. Como exemplo cita-se a exclusão do mercado de trabalho, mas não a possibilidade de garantir a sobrevivência, já que esta pode ser suprida por ações do *welfare state*. Por esta razão, prefere-se utilizar o termo genericamente no sentido de que a exclusão social representa a privação crônica de direitos na ordem social. DUPAS, Gilberto. *Economia Global e Exclusão Social: pobreza, emprego, estado e o futuro*. 3ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 20.

XXI,<sup>50</sup> cuja responsabilidade deve-se, em muito, às políticas neoliberais extremadas no final do século XX, nota-se que a favela sempre foi considerada local de declínio moral. Fato, este, sintetizado por Mike Davis (2006, p. 33):

É claro que, para os liberais do século XIX, a dimensão moral era decisiva e a favela era vista, acima de tudo, como um lugar onde um “resíduo” social incorrigível e feroz apodrecia em um esplendor imoral e quase sempre turbulento; na verdade, uma vasta literatura excitava a classe média vitoriana com histórias chocantes do lado negro da cidade.

No Brasil, seja privando os pobres do centro da cidade, seja abandonando-os em áreas desprovidas de serviços funcionais, a exclusão territorial reveste-se de caráter segregacionista, ainda que o movimento dê-se ao contrário, isto é, quando o privilegiado se retira aos condomínios fechados. Como exemplifica Davis (2006, p. 23):

Muitas vezes, como no antigo bairro elegante de Campos Elísios em São Paulo ou em partes da paisagem colonial de Lima, bairros burgueses inteiros transformaram-se em favelas. No famoso bairro à beira-mar de Bab-el-Qued, em Argel, pelo contrário, os nativos pobres substituíram os operários estrangeiros. Embora o padrão dominante global seja a expulsão dos pobres do centro, algumas cidades do Terceiro Mundo reproduzem a segregação urbana à moda dos Estados Unidos.

Segundo dados do Censo 2010,<sup>51</sup> realizado pelo *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)*, 11,4 milhões de brasileiros vivem em aglomerados subnormais.<sup>52</sup> Pode-se dizer que negros são maioria nas favelas brasileiras,<sup>53</sup> tendo em vista que, segundo pesquisa divulgada pelo *IPEA* (PINHEIRO, 2011), em 2008, 40,1% dos domicílios urbanos em favelas eram chefiados por homens negros e 26% por mulheres negras, enquanto 21,3% eram chefiados por homens brancos e 11,7% por mulheres brancas. São os negros e mestiços também as maiores vítimas da violência. No ano de 2007, 30.193 (trinta mil, cento e noventa e três) pessoas negras foram vítimas de homicídio, enquanto o número de mortos da cor branca foi de 14.308 (quatorze mil, trezentos e oito).<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> A constatação é do arquiteto e teórico alemão Thomas Sieverts, para quem o urbanismo difuso (*Zwischenstadt* – “cidade intermédia”), está se tornando a paisagem que define o século XXI, tanto nos países ricos quanto nos pobres. DAVIS, Mike. *Planeta Favela*. Tradução de Beatriz Medina, São Paulo: Boitempo, 2006, p. 20.

<sup>51</sup> IBGE, *Censo 2010*. Disponível em: <[www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)>, acesso em 15 de dezembro de 2011.

<sup>52</sup> Davis alerta sobre a dificuldade de se conseguir estatísticas exatas, “pois é comum a população pobre e favelada ser subcalculada, de forma deliberada e às vezes maciça, pelos órgãos públicos” (2006, p. 36).

<sup>53</sup> A referida pesquisa utiliza a expressão “negros” para referir-se à parcela da população constituída por pretos e pardos.

<sup>54</sup> WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2010: anatomia dos homicídios no Brasil*. Instituto Sangari. Disponível em <<http://www.sangari.com/midias/pdfs/MapaViolencia2010.pdf>>. Acesso em 15 de dezembro de 2011.

Entretanto, a condição de marginalizado, do ponto de vista sociológico, por si só, não pode ser tida como causa direta da criminalidade. Pelo contrário, não há uma comprovação lógica da ligação entre pobreza e crime,<sup>55</sup> no entanto, a exclusão crônica pode levar à revolta, à revanche e, aí sim, ao crime. O excluído está sujeito a uma malha de informalidade e ilegalidade, sujeito aos rearranjos do poder, à aquisição de segurança por meio de propinas, sobrevivendo em um contexto fundamentalmente conflituoso e, não raro, tem suas condutas usuais criminalizadas.

Conforme destaca Luiz Fernando Kazmierczak (2010, p. 23):

É evidente que nem todo crime nasce da exclusão social, inclusive nem se pretende justificar esta tese neste capítulo. No entanto, hoje, os excluídos são tratados como se criminosos fossem, sendo a miséria criminalizada pelas agências estatais de controle.

Enfim, dentro de realidades locais diversas, pois sabe-se que este fenômeno não é exclusivo de países pobres, nota-se que algumas pessoas são excluídas da lógica global, ou seja, da lógica do consumo. O padrão de normalidade aceito nesta época (aquele medido pelo poder de consumir e de manter-se produtivo) está muito aquém do que o próprio capitalismo permite, aliás, pode-se dizer que a exclusão constitui característica deste modelo. O sistema capitalista, por sua natureza, é eminentemente excludente, além disso, o processo de globalização serviu para maximizar este efeito.

Portanto, não se pode ligar a prática de crimes unicamente à condição econômica (pobre ou rico). Sabe-se que o crime é difuso, todavia, prisões de todo mundo estão preenchidas por marginalizados e excluídos socialmente. Este fenômeno ocorre porque os delitos cometidos por esta massa são aqueles correspondentes à dita criminalidade urbana (furtos, roubos, dentre outros) e são, portanto, crimes a respeito dos quais a elite dominante,

---

<sup>55</sup> O sociólogo Michel Misse analisa: “O fato de que, historicamente e até hoje, as penitenciárias e cadeias brasileiras tenham uma população carcerária quase totalmente constituída de *pobres* (as taxas variam entre 90% e 95%) *não* significa: a) que a maioria dos criminosos brasileiros seja de pobres; b) que a pobreza é a principal causa da criminalidade em geral. *Mas também não significa*: a) que a maioria dos incriminados *não seja* de pobres; b) que a privação relativa *não seja* uma causa importante da criminalidade; c) que a relação pobreza-crime seja *apenas* um estereótipo social; d) que a reprodução desse estereótipo seja a *principal causa* da associação pobreza-crime. *Porque pode significar*: a) que os aparelhos de resposta ao crime selecionam mais certos tipos de ação e de agente, do que outros; b) que os crimes selecionados são também os que provocam maior reação moral e social; c) que os crimes que provocam maior reação moral e social são os chamados *crimes violentos*, i. é, aqueles cujos agentes, dispondo ou não de outros meios de poder, utilizam-se da coação física imediata (ou sua ameaça), ou que executam o aniquilamento físico do outro em seu desenvolvimento; d) que os agentes “pobres” (ou com poucos recursos alternativos) que operam diretamente a ação criminosa, por *limitação social* na escala de seleção de meios e de preferências criminais, mas também por outras razões, tendem a estar mais sujeitos ao emprego da violência com meio criminal.” MISSE, Michel. *Crime e violência no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 23.

assim como a mídia, e por fim até mesmo o Estado, pedem a severa punição, com a maior rapidez possível.

Como observa Michel Misse (2006, p. 22):

O crime pode ocorrer em qualquer classe, estrato ou fração estamental, mas existem diferenciais históricos de designação e perseguição de certas ações como criminais, como também da orientação dos aparelhos que cuidam de sua detecção e resposta punitiva, que podem ser determinados, numa medida significativa, em correlação com as posições de classes, estrato ou de frações estamentais.

Estas pessoas, desprovidas de poder econômico, chegam mais facilmente ao sistema penal, já que quase sempre não têm serventia na lógica do capital (argumento já destacado na crítica de Rusche e Kirchheimer). Por isso mesmo, suas garantias são facilmente quebradas e as injustiças ocultadas pelo discurso repressivo.

A explicação, segundo a Criminologia Crítica, encontra-se no fato de que a própria atuação das instâncias oficiais, bem como a mídia formadora do senso comum, constituem-se elementos criminalizantes. Dessa forma, a realidade social é representada pela percepção seletiva dos fenômenos, refletindo assim os interesses hegemônicos. Segundo o mecanismo de ação de tais instâncias (BARATTA, 2002, p. 179):

[...] se traduz no recrutamento de uma circunscrita população criminal, selecionada dentro do mais amplo círculo dos que comentem ações previstas na lei penal e que, compreendendo todas as camadas sociais, representa não a minoria, mas a maioria da população. Tal distribuição desigual, em desvantagem dos indivíduos socialmente mais débeis, isto é, que têm uma relação subprivilegiada ou precária com o mundo do trabalho e da população, ocorre segundo as leis de um código social (*second code*) que regula a aplicação das normas abstratas por parte das instâncias oficiais. A hipótese da existência deste *second code* significa a refutação do caráter fortuito da desigual distribuição das definições criminais, e fornece um novo princípio condutor, que já tem dado ótimos frutos, para a pesquisa sociológico-jurídica. Esta é chamada a evidenciar o papel desenvolvido pelo direito, e em particular pelo direito penal, através da norma e da sua aplicação, na reprodução das relações sociais, especialmente na circunscrição e marginalização de uma população criminosa recrutada nos setores socialmente mais débis do proletariado.

Teresa Pires do Rio Caldeira (2000, p. 09) alerta que o discurso do medo “com frequência, diz respeito ao crime e especialmente ao crime violento. Mas eles também incorporam preocupações raciais e étnicas, preconceitos de classe e referências negativas aos pobres e marginalizados”. Desta forma, o “*combate ao crime*” não representa necessariamente a perseguição pelo cometimento do fato típico, mas sim pelo controle de uma população específica e de suas condutas estereotipadas.

A autora em questão (2000, p. 79-83), ao diagnosticar o crime e a segregação que ocorre na cidade de São Paulo, por meio de entrevistas com moradores de diversas classes sociais, concluiu que:

O crime e os criminosos são associados aos espaços que supostamente lhes dão origem, isto é, as favelas e os cortiços, vistos como os principais espaços do crime. [...] Como seria de esperar, os habitantes desses espaços são tidos como marginais. A lista de preconceitos contra eles é infinita. São considerados intrusos, [...] são também considerados socialmente marginais, [...] condena-se seu comportamento [...] e assim por diante. De certo modo, tudo o que quebra os padrões do que se considera boa conduta pode ser associado a criminosos, ao crime e a seus espaços. O que pertence ao crime é tudo o que a sociedade considera impróprio.

A passagem acima demonstra bem quem são os criminosos de hoje. Contudo, estas pessoas, em situação de exclusão social e muitas vezes sofrendo também segregação espacial, são úteis ao sistema de produção global enquanto estão normalizadas. Se fora dos padrões de conduta, estes serão os primeiros receptores das estratégias de controle, inclusive do sistema penal.

Boa parte do aparato de controle social, bem como do sistema penal está direcionado a estas pessoas que, além de sofrerem os efeitos da exclusão, são também tidas como propensas à criminalidade, portanto criminalizadas. Na perversa lógica percebida por Alessandro Baratta (2002, p. 179), “a constituição de uma população criminosa como minoria marginalizada pressupõe a real assunção, em nível de comportamento, de papéis criminosos por parte de um certo número de indivíduos, e a sua consolidação em verdadeiras e próprias carreiras criminosas”.

Observando os dados do *InfoPen*<sup>56</sup> (Sistema Integrado de Informações Penitenciárias), do Ministério da Justiça, nota-se gritante diferença de encarcerados com ensino fundamental incompleto (212.216) em 2011, e o número de presos com ensino superior completo (579). Outro dado importante é a quantidade de crimes contra o patrimônio (furto simples e qualificado, roubo simples e qualificado), cometidos pela chamada criminalidade pobre, que chegam a uma condenação, em comparação aos crimes contra o sistema financeiro e fiscal. Aqueles são responsáveis por quase metade das condenações (233.926), estes, sequer aparecem nos cálculos.

---

<sup>56</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen, Referência 06/2011. Disponível em: <portal.mj.gov.br>. Acesso em 15 de dezembro de 2011.

Assim, pode-se assegurar que há preferência ao combate de determinados tipos penais, além disso, a ação repressiva tende a reafirmar um processo de criminalização bem delineado pelas demais instâncias oficiais, bem como pelo senso comum. A atuação da agência judicial, propriamente dita, figura tão-somente como a última das instâncias, a quem cabe decidir pela suspensão da ação criminalizante ou pelo sacramento do processo.

Como afirma Eugenio Raúl Zaffaroni (2001, p. 246):

O poder seletivo do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização, desencadeia o processo de sua criminalização e submete-o à decisão da agência judicial, que pode autorizar o prosseguimento da ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma. A escolha, como sabemos, é feita em função da pessoa (o “bom candidato” é escolhido a partir de um estereótipo), mas à agência judicial só é permitido intervir racionalmente para limitar essa violência seletiva e física, segundo certo *critério objetivo próprio e diverso* do que rege a ação seletiva do restante exercício de poder do sistema penal, pois, do contrário, não se justificaria a sua intervenção e nem sequer a sua existência (somente se “explicaria” funcionalmente).

Neste contexto, cabe avaliar o processo penal brasileiro a partir da lógica da exclusão social e da criminalização do excluído e, em especial, o instituto da prisão, principalmente em seu caráter cautelar, já que cárcere representa o carimbo definitivo de criminoso. Diante de uma novíssima legislação acerca do tema (Lei nº 12.403/11), da qual se espera a capacidade de dotar de maior legitimidade o regimento das medidas cautelares, verifica-se que o rompimento definitivo com o malvisto processo talvez ainda não se tenha anunciado. É o que se verá a seguir.

#### **2.4.1 O processo penal estigmatizante**

A esta altura já é possível afirmar a existência de um pernicioso e dissimulado movimento de criminalização do excluído. Isso se dá não só por questões de preconceito e discriminação de uma elite privilegiada economicamente para com a parte pobre da população, mas por meio da ação repressiva do Estado, que prefere controlar prioritariamente os comportamentos de pessoas já estereotipadas.

Nesse contexto, o processo penal pode representar o ingresso definitivo do sujeito criminalizado no rol dos irreparáveis. Esta é a faceta oculta do processo penal, em que se observa a tendência de prevalecer e de confirmar a lógica excludente que antecede esta punição procedimental. Ao adentrar oficialmente no sistema punitivo estatal por meio do processo penal, os cidadãos, muitas vezes já excluídos, levarão para sempre, e com uma carga

maior de preconceito, o estigma de criminoso. Para os já estigmatizados socialmente, uma primeira entrada no sistema penal significa total perda de credibilidade como cidadão.

Maria Lúcia Karam (2004, p. 348) sintetiza o que aqui se argumenta:

Da mesma forma que criara o delito no primeiro momento do processo de criminalização, ao assim qualificar determinadas situações conflituosas ou fatos socialmente negativos, o sistema penal cria o delinqüente, neste outro momento daquele processo, com a interiorização por aquele que é condenado – ou, antes disso, desde o primeiro contato com o sistema penal e social [...] com o prolongamento deste tratamento no tempo, a pessoa acaba por se comportar conforme o papel que lhe foi dado, isto é, como se fosse aquela determinada coisa, com o que termina efetivamente sendo.

Portanto, considerando essa realidade, não se pode admitir que toda e qualquer ação seja levada ao sistema penal e que, uma vez iniciada, sejam respeitadas rigorosamente as garantias processuais, como última forma de se legitimar o poder punitivo e evitar, na medida do possível, a estigmatização definitiva do sujeito previamente criminalizado.

Em contrapartida, cumpre ressaltar que há pelo menos duas décadas vem se expandindo o ideal descarcerizador, seja pela constatação da inefetividade da proposta ressocializadora do cárcere, seja para se evitar ao máximo o estigma da prisão.

Explica o professor Gilberto Giacoia (2012, p. 105):

El descrédito de la pena privativa de libertad ha preocupado a los criminólogos y penalistas, según las varias referencias relatadas, que sugieren su substitución por sanciones alternativas y hay muchos ordenamientos jurídico-penales – para no decir todos -, que, en la actualidad, adoptan tales medidas como preferenciales. Por otro lado, hay en algunos países, en ámbito procesal penal, clara tendencia de substituir la prisión preventiva por otras medidas restrictivas de libertad o de derechos.

Até então, a atitude mais efetiva, talvez, seja a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, que dispõe sobre as novas medidas cautelares no processo penal. Refletindo a tendência de se evitar o cárcere, a nova lei pretende dotar a sistemática processual penal de mais lógica, razoabilidade e humanidade.

Entretanto, não só os aspectos benéficos devem ser apontados, mas também alguns outros, que, a depender do ponto de vista, podem representar retrocesso quanto ao tema que ora se discute e, por isso, figurar como mais um fator de manutenção do processo penal estigmatizante e excludente, sob a ótica exposta até então.

Uma das primeiras ressalvas foi destacada por Fernando Carnelutti em *As misérias do processo penal* (Editora Minelli, 2006). Carnelutti reflete no sentido de que o processo penal figura como verdadeiro espetáculo de diversão e abstração da opinião pública (daí o grande sucesso das páginas policiais):

O mau é que assiste-se ao processo da mesma maneira que se goza do espetáculo cinematográfico, o qual, no demais, finge com muita frequência tanto o delito como o processo correspondente; mas posto que atitude do público acerca dos protagonistas do drama penal é a mesma que tinha em um tempo a multidão frente aos gladiadores que combatiam no circo, e tem, todavia, em certos países do mundo, frente às corridas de touros, o processo penal não é, infelizmente, outra coisa além de uma escola de incivilidade. (2006, p. 8).

Nesse sentido, como já sustentado anteriormente, percebe-se que o problema é ainda mais intenso, visto que com a sua atual estrutura prática, o processo penal mostra-se também como um exímio mantenedor das relações de desigualdade social e afirmação dos interesses da elite dominante.

O referido autor ressalta que aquele que se coloca a assistir ao processo penal como espetáculo não se considera um indivíduo como aquele que enfrenta a persecução criminal. Tal qual o gladiador era considerado coisa, e por isso se justificava a ausência de qualquer civilidade para com sua pessoa, o acusado também é encarado com o mesmo grau de dessubjetivação, o que ocorre, como acima demonstrado, com o excluído socialmente.

Sobre isso, observe-se:

Considerar ao homem como uma coisa: pode haver uma fórmula mais expressiva de incivilidade? No entanto, é o que ocorre, infelizmente, nove de cada dez vezes no processo penal. Na melhor das hipóteses, os que se vão a ver, cerrados na jaula como animais no jardim zoológico, parecem homens fictícios mais que homens de verdade. E se algum se dá conta de que são homens de verdade, lhe parece que se trata de homens de raça ou, poderíamos dizer, de outro mundo. Este que assim pensa não se lembra, quando assim sente, a parábola do publicano e do fariseu,<sup>57</sup> e não suspeita que sua mentalidade seja propriamente a do fariseu: eu não sou como este (CARNELUTTI, 2006, p. 10).

---

<sup>57</sup> Em Lucas cap 18: 9: Propôs Jesus esta parábola a uns que confiavam em si mesmos, como se fossem justos, e desprezavam os outros. Subiram dois homens ao templo para orar: - um fariseu, e outro publicano. O fariseu orava de pé, e dizia assim: Graças te dou, ó meu Deus, por não ser como os outros homens, que são ladrões, injustos e adúlteros. E não ser também como é aquele publicano. Eu, por mim, jejuo duas vezes por semana e pago o dízimo de tudo quanto possuo. Apartado a um canto, o publicano nem sequer ousava erguer os olhos para o céu; batia no peito, e exclamava: Meus Deus apiedai-vos de mim, pecador. Digo-vos, acrescentou Jesus, que este voltou justificado para sua casa, e o outro não, porque todo aquele que se exalta será humilhado, e todo aquele que se humilha será exaltado.

E continua Carnelutti com a seguinte observação: “o que é necessário, ao contrário, para merecer o título de homem civil, é inverter tal atitude, somente quando chegemos a dizer, sinceramente, eu sou como este, então seremos verdadeiros dignos de civilidade” (2006, p. 10).

Trata-se, dessa forma, de um sério equívoco equiparar a figura do preso à do delinquente. O delinquente como tal, solto, é um ser capturável pelo sistema penal, mas que, uma vez capturado, retoma seu status de homem e como tal deve ser tratado.

Todavia, como já mencionado inicialmente, a prisão (e a conseqüente instauração de um processo penal) em si representa a consagração última de uma estrutura de perseguição social excludente já bem desenvolvida, de forma que, evitar o cárcere (principalmente tratando-se de medidas cautelares) significa evitar o carimbo definitivo que qualifica o cidadão como criminoso, sendo, portanto, tarefa imprescindível.

Nesse sentido, argumenta Alessandro Baratta (2002, p. 166):

O aprofundamento da relação entre direito penal e desigualdade conduz, em certo sentido, a inverter os termos em que esta relação aparece na superfície do fenômeno descrito. Ou seja: não só as normas do direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes, mas o direito penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdade. Em primeiro lugar, a aplicação seletiva das sanções penais estigmatizantes, e especialmente o cárcere, é um momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade.

Dessa forma, pode-se dizer que o direito e o processo penal, em regra, coincidem com um movimento externo a eles. Movimento tal que uma Constituição de cunho democrático e de conteúdo transformador intenta aniquilar. Conclui Baratta (2002, p. 167):

O cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa.

Note-se que, o legislador, sob esse aspecto específico, lançou mão do princípio da homogeneidade, de forma que a medida cautelar passou a manter coerência com a pena de prisão. Ao passo que se não se espera pena de prisão com o fim do processo, não há razão para que o indivíduo seja preso cautelarmente. Dessa forma, percebe-se que a margem de quatro anos é coincidente com as hipóteses de cumprimento de pena em regime aberto, bem como as de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Para além da difícil coexistência entre a presunção de inocência e as prisões cautelares, há problemas de ordem teórica em relação à regulação desta modalidade de encarceramento. Destaca-se o fato de as prisões cautelares descenderem de fundamentos e conceitos importados do processo civil, superados, presume-se, muito recentemente.

Grande parte da doutrina identificava como requisitos da prisão cautelar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o que não poderia ser mais equivocado. Quanto ao equívoco, assim se manifestou Aury Lopes Jr. (2006, p. 200):

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o **requisito** para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Já em relação ao *periculum in mora*, e neste ponto o referido autor se reporta a Calamandrei, tem-se, preliminarmente, que não se trata de segundo requisito das cautelares, mas de seu verdadeiro fundamento. Seria errôneo focá-lo na demora, uma vez que o risco não se relaciona ao fator temporal.

Tal raciocínio é acertado em se tratando da tutela cautelar cível, visto que a efetivação do direito pode comprometer-se com o exagerado decurso de tempo na prestação jurisdicional, ocorrendo, por exemplo, a dilapidação do patrimônio do réu. Em contrapartida, quando se trata do processo penal o sentido é outro:

Aqui **o fator determinante não é o tempo**, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta de prova). (LOPES JR., 2006, p. 201).

Está-se, dessa maneira, diante de verdadeiro *periculum libertatis*, uma vez que o perigo está diretamente ligado ao estado de liberdade do imputado. Portanto, sendo este o fundamento e não o requisito das prisões cautelares, inexistindo perigo de fuga, destruição de provas ou demais riscos (garantia da ordem pública ou da ordem econômica), não há razão para que o acusado seja privado de sua liberdade, independentemente de a pena em abstrato do delito ultrapassar ou não quatro anos ou de o réu ser reincidente. Saliente-se que tanto a nova quanto a antiga regulação das prisões cautelares colidem com esse pensamento, embora a margem de quatro anos guarde coerência sistêmica. Nesse sentido:

Para a decretação de uma prisão cautelar, diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de **probabilidade**, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o preço do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do acusado (LOPES JR., 2006, p. 202).

As medidas cautelares têm por finalidade o resguardo do processo, na medida em que “buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar” (LOPES JR., 2006, p. 199). Daí o posicionamento de parte da doutrina processualista no sentido de que a prisão cautelar fundamentada na garantia da ordem pública ou ordem econômica seria substancialmente inconstitucional.

De fato, tais fundamentos se distanciam da finalidade imediata da medida cautelar (instrumento do instrumento), entretanto, estão intimamente ligados a outros interesses constitucionais, aos quais o processo penal também serve. O processo em si é meio de apaziguamento social, portanto, a serviço da ordem pública.

A medida de prisão nunca perderá, entretanto, a natureza excepcional, reforçada pela introdução de novas medidas cautelares no sistema processual brasileiro, devendo sempre ser decidida com fulcro na razoabilidade e proporcionalidade e muito bem fundamentada, independentemente do intento de tutelar a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. Ressalta-se que, qualquer que seja a medida cautelar exigida ou imposta, determinados princípios devem ser respeitados. São eles: jurisdicionalidade, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade.

A observância de tais princípios é o que garante a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a presunção de inocência, justificando-se assim a estigmatização do até então não-condenado. Nesse sentido, a jurisdicionalidade, consagrada no art. 5º, LXI da CF, consiste no fato de que “toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada” (LOPES JR., 2006, p. 206).

Já o princípio da provisionalidade se caracteriza pela natureza situacional das medidas cautelares (regra válida para qualquer das cautelares, lembrando que com o surgimento de medidas cautelares que mantêm o réu, em tese, em liberdade, não será tolerado que ele passe anos cumprindo desnecessariamente uma medida), sendo que “uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão” (LOPES JR., 2006, p. 207).

Por outro lado, o princípio da provisoriedade exigiria que toda medida cautelar fosse temporária, o que não ocorreu com o novo regramento, persistindo a possibilidade da cautelar se manter durante todo o processo, constatada sua necessidade.

O princípio da excepcionalidade, por sua vez, como explica Aury Lopes Junior, deve ser lido “em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenhamos que tolerar a impunidade de algum culpado, pois tão grande como é a segurança dos delitos o é o das penas arbitrárias” (2006, p. 209).

Por fim, o princípio da proporcionalidade vem ditar a intensidade da medida cautelar. Com a reforma e o aparecimento de medidas cautelares novas, ou seja, diferentes de prisão, esta se tornou rigorosamente excepcional (previsão expressa do art. 282 do CPP e incisos). Assim, existindo outra medida cautelar, dentre aquelas do art. 399 do CPP, suficiente aos seus fins e diferente da prisão provisória, deverá ser decretada em detrimento desta última (isolada ou cumulativamente, conforme o caso concreto).

Veja-se o que Aury Lopes Júnior já alertava em 2006 (p. 212):

A adequação informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins. Logo, se houver alguma outra medida (inclusive de natureza cautelar real) que se apresente igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como ultima ratio do sistema.

Igualmente interessante é o posicionamento de Cláudia Marlisse Alberton (2006, p. 184), em estudo anterior à Lei nº 12.403/11:

Diante dos exíguos mecanismos disponibilizados pela lei, o Juiz criminal, em muitas hipóteses, se vê diante da dicotomia do “prender” ou “não prender”, o que, como consequência, ou o leva a decretar prisões cautelares desarrazoadas ou, ao contrário, a assistir, passivamente, o esvaziamento do processo, não obstante estar diante de real necessidade de garantir a aplicação da lei penal, a instrução criminal ou mesmo a ordem pública.

Nota-se que o sistema antigo era conhecido como sistema binário, por meio do qual ou era cabível a prisão cautelar (temporária ou preventiva) ou o réu permaneceria solto no decorrer do processo sem qualquer medida cautelar. O sistema novo é o multicautelar. O juiz, antes da prisão cautelar, tem que examinar se as alternativas são cabíveis (previstas no art. 319 do Código de Processo Penal).

Dentre as razões do surgimento da nova lei está o fato de que 44% dos reclusos brasileiros estarem presos cautelarmente, bem como a intenção de cumprir a Constituição Federal, fazendo da pena de prisão medida extremamente excepcional.

Por fim, cabe dizer que houve a supressão da possibilidade de se fundamentar a preventiva na vadiagem do imputado (art. 313 do Código de Processo Penal), modificação que visa, seguramente, inibir a racionalidade preconceituosa e a atuação seletiva do sistema penal.

O art. 311 do Código de Processo Penal prevê as hipóteses de prisão preventiva e enumera os legitimados para requerê-la. O juiz ainda pode decretar preventiva de ofício, porém, agora somente na fase judicial. Não significa, todavia, a inexistência da conversão do flagrante em preventiva de ofício, o que de fato continua sendo o procedimento normal. A intenção da mudança é a de manter o juiz equidistante.

Diante de tão drásticas inovações e de sua recente vigência, seria pretensiosamente temeroso um diagnóstico definitivo quanto às novas medidas cautelares. Todavia, há de se adiantar que o alargamento do poder estatal sob o réu que se presume inocente não pode ser visto como avanço inquestionável da legislação.

O estado de inocência, bem respeitado, é aquele sob o qual não incida qualquer restrição de liberdade do acusado. Assim, aqui se aponta a grande vantagem da nova lei: o respeito, em maior grau, à inocência do réu que, ao invés de responder ao processo preventivamente preso, receberá, em substituição, uma das outras medidas cautelares.

No entanto, espera-se um cuidado em relação à não banalização das medidas cautelares, posto que, não raro, o réu figurava solto sem qualquer pesar. O novo regramento da fiança, bem como do monitoramento eletrônico, por exemplo, deve ser encarado com o máximo bom senso.

A exclusão social e a lógica da seletividade do sistema penal antecedem a ação da agência judicial. Entretanto, ainda que o Judiciário não disponha de suficiente poder para eliminar totalmente a violência na fase seletiva (ZAFFARONI, 2001, p. 246), cabe-lhes como órgão competente, não só para autorizar o poder de punir estatal, mas também para determinar a justiça no caso concreto, dirimir os efeitos da perversa estrutura legada pela história de nossa formação cultural.

Para tanto, torna-se imprescindível o respeito à equidade e à razoabilidade na utilização do aparato repressivo, e tanto mais na utilização nos institutos processuais penais estigmatizantes. O cárcere, rótulo definitivo ao sujeito criminalizado, deve ser evitado ao máximo possível e ser sempre legitimamente aplicado. No caso da prisão cautelar, vigora a total excepcionalidade, devendo, também na medida do possível, prevalecer a presunção de inocência.

## 2.5 Direito penal do inimigo: teorização da exceção

Como já adiantado, parte-se do pressuposto de que o poder punitivo estatal nunca prescindiu da eleição e da perseguição de inimigos. Significa dizer que, a verticalização social<sup>58</sup> proporcionada pelo uso da força fundou-se em uma política legitimada pela necessidade de eliminar o sujeito não pertencente à ordem dos cidadãos. Nesse passo, o direito penal liberal, de garantias, aparece como tentativa de racionalizar e limitar o uso do poder punitivo estatal.

Mesmo na Grécia Antiga, a defesa da democracia e, conseqüentemente, do Estado contra a tirania, legitimou uma série de injustiças contra minorias eleitas por grupos dominantes politicamente (DAL RI JÚNIOR, 2006, p. 36). Na cultura política da Roma Antiga, o processo não foi muito diferente, a evolução do crime de lesa-majestade demonstra como, em nome do Estado e da ordem política, se elegiam determinados cidadãos, tidos como tiranos e inimigos. (DAL RI JÚNIOR, 2006, p. 81).

Arno Dal Ri Júnior assim se refere ao tratamento dos romanos para com os cristãos:

Por fim, diversos escritos do período imperial narram a violenta perseguição realizada pelas autoridades romanas aos adeptos de uma seita do judaísmo que se reuniam em catacumbas – os famigerados cristãos -; não era outra a justificativa para semelhantes massacres senão o fato de a doutrina por eles professada levá-los a cometer sistematicamente os crimes de *sacrilegium* e de *laesae maiestatis*. Não admitindo a autoridade divina do imperador nem seu respectivo culto, os prosélitos seguidores desta seita, por se negar a jurar

---

<sup>58</sup>Explica Eugenio Raúl Zaffaroni: “O exercício do poder planetário sempre precisou, certa forma, de poder interno nas potências dominantes, pois não se pode dominar sem organizar-se previamente em forma dominante. Por aquilo, a Europa, para iniciar o processo de mundialização do poder, necessitou antes reordenar suas sociedades em forma de alta hierarquização, muito semelhante a uma organização militar (corporativização das sociedades, para qual retomou um poder interno que tinha sido exercido pela grande potência conquistadora (Roma), e cuja queda tinha desaparecido: o poder punitivo.” Conclui: “Esse formidável instrumento de verticalização social dotou as sociedades européias da férrea organização econômica e militar (e da homogeneidade ideológica, indispensáveis ao sucesso do genocídio colonialista”. (2010, p. 6).

em nome do Imperador – considerado o símbolo do Estado romano –, eram condenados aos mais variados suplícios sem a mínima possibilidade de defesa. (2006, p. 81).

Passado um longo período em que a estrutura hierarquizada do poder se fragilizou, o período colonialista representa sua retomada histórica definitiva, já que, depois disto, a estrutura do poder punitivo pouco se alterou. Neste período colonialista, o poder punitivo se direcionou a eliminar aquele que estivesse impedindo seu processo. A repressão alternava entre o religioso, visando atingir o “diabólico”, tal como ocorreu no período da caça às bruxas e, por outro lado, tratava de depreciar as populações nativas das colônias, tratando-as, não raro, ora como coisas – sem qualquer tratamento jurídico – ora como inimigos.

Como já mencionado no item 2.1.2, o estágio neocolonialista da sociedade europeia é caracterizado pela ascensão da classe burguesa que, sofrendo com a reprimenda penal, tratou de reformulá-la, haja vista que neste período passaram a deter o poder político e, conseqüentemente, o legal. No período das luzes, o poder punitivo dirigiu-se aos seres humanos inferiores, assim definidos pela ciência que passava por intensas revoluções.

Já no século XX, o poder repressivo foi exercido de maneira genocida, sem nenhuma base legal a não ser a palavra (decisão) do próprio soberano. É o momento que marca a adoção do “estado de exceção” como paradigma da política. Isto porque, “as leis penais destes autoritarismos mostravam só a cara visível do sistema penal formal, e algo do sistema penal paralelo, enquanto por debaixo funcionava o subterrâneo, sem lei e sem limites”. (ZAFFARONI, OLIVEIRA, 2010, p. 16).

A estratégia latente de eliminação de determinadas categorias de indivíduos, definidos por critérios étnicos, religiosos e sexuais, fez com que o ordenamento jurídico de direitos e garantias não suportasse tamanha opressão sem que perdesse completamente a lógica e se desprendesse da ética vigente até então. Isto significou, inclusive, a suspensão da lei penal liberal em relação a estas pessoas, contra quem o tratamento punitivo tornou-se estritamente policialesco. Segundo explica Hannah Arendt:

O Estado-Nação, incapaz de prover uma lei para aqueles que haviam perdido a proteção de um governo nacional, transferiu o problema para a polícia. Foi essa a primeira vez em que a polícia da Europa ocidental recebeu autoridade para agir por conta própria, para governar diretamente as pessoas; nessa esfera da vida pública, já não era um instrumento para executar e fazer cumprir a lei, mas se havia tornado autoridade governante independente de governos e de ministérios. A sua força e a sua independência da lei e do governo cresceram na proporção direta do influxo de refugiados. Quanto maior era o número de apátridas e de apátridas em potencial – e na França

antes da Segunda Guerra Mundial esse grupo atingiu 10% da população total –, maior era o perigo da gradual transformação do Estado da lei em Estado policial. (2007, p. 321).

Todavia, mesmo tal estrutura que, aparentemente, deixava à mostra sua perversidade, fundava a exceção implantada na busca pelo inimigo, levando ao extremo os mitos cientificistas, agora sob o fundamento de resguardar os Estados Nacionais (período marcado pelos regimes totalitários de cunho nacionalista). Nesse momento, o ser humano descartável<sup>59</sup> foi abertamente trazido à ordem jurídica como forma de exceção às leis formais, as quais se aplicavam a esta categoria de pessoas suspendendo-se.

Na América, e principalmente na América Latina, o fenômeno implantou-se de maneira pouco diferente. Em um primeiro momento, no estágio colonial, o poder punitivo atuou basicamente na criação de verdadeiros campos de concentração de nativos, considerados naquele momento seres inferiores,<sup>60</sup> como já referido. (ZAFFARONI, OLIVEIRA, 2010, p. 20).

Mesmo após a independência dos países colonizados na América, tal qual o Brasil, o sistema repressivo de total exceção perdurou por décadas, visto que era controlado por oligarquias desprovidas de regimes legais. Como resposta a este período de desordem legal é que surgem as constituições e códigos penais liberais.

Superada esta fase, no entanto, os países americanos logo trataram de se espelhar nos avançados europeus e norte-americanos, culminando na adoção da então imperante política da exceção permanente (política adotada principalmente pelos regimes autoritaristas europeus), por meio da qual se busca legitimar o uso do poder repressivo ilimitadamente.

Posteriormente, com a finalidade de superar governos populistas, instauraram-se diversas ditaduras apoiadas pelos Estados Unidos da América, perseguindo o então inimigo: o comunismo. Zaffaroni descreve o momento histórico (2010, p. 23):

---

<sup>59</sup> “Efetivamente: os perigosos foram parasitas para os soviéticos, sub-humanos para os nazistas e inimigos do Estado para os fascistas, todos submetidos a um sistema penal paralelo, a tribunais inquisitoriais/ policiais. Por suposto que na realidade foram bem mais cruéis os nazistas, mas isso não exclui outras atrocidades nem obsta a que no fundo houvesse uma base ideológica comum ou tribunal penal, que era o perigo médico/ policial (racismo) proveniente do século XIX”. (ZAFFARONI, OLIVEIRA, 2010, p. 16).

<sup>60</sup> “O discurso penal tratou os nativos como inimputáveis (assimilando lambrosianamente as crianças e os selvagens) e os mestiços como loucos morais em potencial. Deste modo racionalizava-se sua exclusão e convertia-se os mais rebeldes em inimigos (selvagens, inimigos da civilização, do progresso etc.)”. (ZAFFARONI, OLIVEIRA, 2010, p. 21). Grifos no original.

Para eliminar os últimos vestígios das políticas populistas, sua definição de inimigo não se deteve nos integrantes dos grupos armados minoritários, senão que em alguns casos extinguiu fisicamente uma geração de dirigentes atuais e potenciais. (...) Para isso exerceram um formidável poder punitivo ilimitado. Estabeleceram um sistema penal paralelo pervertendo as medidas de exceção das constituições, impuseram penas sem processo e submeteram civis a tribunais e comissões militares. (...) Em que pese esta atrocidade real, o discurso jurídico-penal seguiu alimentado pelas teorias alemãs, e nem sequer se teorizou um direito penal de segurança nacional, salvo alguma exceção isolada.

Aqui fica claro que um “direito penal do inimigo”, de exceção, fora implantado sem qualquer previsão legal, como ocorrera em diversos outros períodos. O cunho político (e atualmente calcado na política da exceção permanente) da atuação do poder punitivo é de tamanha monta que a tentativa de instituir uma nova teoria, em decorrência de ataques terroristas, ou do surgimento de novos bens jurídicos, está fadada ao insucesso, caso pretenda figurar como um paradigma político novo, visto que se trata de um paradigma predominante ao longo da história do poder repressivo.

Ao que parece, a busca incessante pela classificação do sujeito na categoria de cidadão ou de inimigo provém de uma falta de rigor racional impulsionada por teorias hobbesianas que trataram de levar a racionalidade contratualista às últimas consequências. É o que indica Otfried Höffe:

Na guerra civil se vivencia diretamente com uma implacabilidade palpável, porque são necessárias as instituições políticas fundamentais. Direito e Estado são necessários para garantir a paz e possibilitar a sobrevivência, a liberdade e a felicidade dos homens. Uma filosofia que olha paralisada para o perigo da guerra civil (em tempos recentes com menos dramaticidade para o risco da ingovernabilidade) pensa em categorias de amigo-inimigo, de decisão e sua efetivação, de comando e obediência e tende a uma absolutização do direito positivo e do Estado. (2005, p. 11).

Outrossim, uma atenciosa análise leva a perceber que a perseguição de inimigos encontra-se no âmago do poder punitivo desde seu aparecimento na história. Entretanto, tomando por base a modernidade, observa-se que a margem cinzenta entre o direito de guerra e o direito de garantias encontrava-se acompanhada e controlada pelo direito penal liberal, o qual fora dominado por uma completa indeterminação totalitária.

No contexto da legitimação, a teoria do direito penal do inimigo, diferentemente de outrora, não intenta tão-somente viabilizar a criminalização de condutas de minorias e estranhos ao sistema dominante. Pelo contrário, representa, sob a perspectiva que se aborda, a legitimação da política de exceção permanente, ou seja, da indeterminação. Do

ponto de vista teórico, porque se nutre de um contratualismo extremista e, do ponto de vista prático, porque incapaz de diferenciar precisamente cidadãos de inimigos.

### a) A teorização da exceção

Para o renomado professor Günther Jakobs, um direito penal do inimigo, teorizado e definido, seria mais seguro e democrático do que simplesmente se aceitar a aplicação do direito excepcional de guerra ou de emergência ou o direito penal clássico para combater crimes e criminosos de gravidade extrema. Portanto, ele defende a possibilidade da existência de um direito penal do inimigo não autoritário.

Outra premissa: para o teórico, nem todo cidadão pode ser considerado humano pelo simples fato de estar vivo. De raiz evidentemente contratualista, a teoria de Jakobs segue no sentido de que o sujeito só deve ser *tratado* como pessoa (de direito) se fiel ao ordenamento jurídico. Veja-se:

[...] a proposição "no Direito, todo ser humano tem o direito de ser tratado como uma pessoa" é incompleta; ademais, há que se determinar quem deve procurar quais as condições para tornar efetiva esta personalidade, e neste contexto deve ser claro que a responsabilidade de um apoio suficiente cognitivo deve ser observado na própria pessoa, pelo menos no que diz respeito à norma, de confiança, em termos gerais, de fidelidade ao ordenamento. Por conseguinte, a correta formulação da proposta é a seguinte: "quem é fiel à lei (ao ordenamento jurídico) com alguma segurança, tem o direito de ser tratado como uma pessoa" e quem deixa de respeitar este mandamento, será heteroadministrado, o que significa que não será tratado como uma pessoa (2006, p. 83). Tradução livre.<sup>61</sup>

À primeira vista, tal discurso aparenta ser prudente e aceitável democraticamente, porém como pensam os críticos à teoria de Jakobs, cujo raciocínio ora se segue, não o é, a começar pela questão da *polaridade*<sup>62</sup> inerente ao direito penal. Para Jakobs,

---

<sup>61</sup> No original em espanhol: "...La proposición "en Derecho, todo ser humano tiene derecho a ser tratado como persona" es incompleta; además, há de determinarse quién debe procurar cuáles de las condiciones para convertir en realidad esa personalidad, y en este contexto debería resultar evidente que la responsabilidad de un suficiente apoyo cognitivo queda anotado en el debe de la propia persona, al menos en lo que se refiere a la prestación, fiable a grandes rasgos, de fidelidad al ordenamiento. En consecuencia, la formulación correcta de la proposición es la siguiente: "todo aquel que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como persona", y quien no lleve a cabo esta prestación, pues será heteroadministrado, lo que significa que no será tratado como persona." (JAKOBS, 2006, p. 83).

<sup>62</sup> "Jakobs afirma que o poder punitivo cumpre a função simbólica de reafirmar a vigência da norma – sua conhecida teoria da pena – no direito penal do cidadão, tanto que no direito penal do inimigo opera como mero impedimento. Não obstante, sustenta que ambas funções encontram-se presentes sempre, pois a respeito do terrorista também a contenção serve para reafirmar a vigência da norma, e, no ladrão comum, esta reafirmação se traduz em um privação de liberdade, importa um impedimento de reiterar o comportamento durante o tempo

o direito penal em última análise intenta resguardar a norma: para o cidadão comum, com a retribuição, punindo-o com a privação de sua liberdade (forma de reafirmação da norma); no caso do terrorista, impedindo seu ato e a conseqüente transgressão da norma.<sup>63</sup>

Esta polaridade, de certa forma, entre *culpabilidade e periculosidade*, para Jakobs está na essência do direito penal, ao passo que para Zaffaroni é “o problema central, e nunca resolvido, de todas as teorias que legitimam o poder punitivo”. (2010, p. 117).

Dessa forma, cabe destacar a crítica de Zaffaroni (2010, p. 117):

A ratificação da vigência da norma não passa de ser uma metafunção (ou parafunção) de toda coerção legítima do estado: a sanção civil, por exemplo, cumpre uma função restitutiva ou reparadora, mas não se pode negar que, ao mesmo tempo, também ratifica a vigência de uma norma e tem efeitos preventivos.

Portanto, nota-se que o teórico alemão se utiliza de uma faceta da força normativa da lei, qual seja, a reafirmação de sua vigência por meio da aplicação da sanção, para fundamentar sua proposição de que o direito penal intenta resguardar a norma. Ao fazê-lo, entretanto, acaba por negar totalmente qualquer possibilidade existencial de um direito de resistência, por exemplo. Retira também toda dinamicidade de direito, ao passo que o normativo precede o social e o político. Contudo, tais críticas são tão-somente exemplificativas, visto que esta não é a intenção primordial deste estudo, e ao que parece, este assunto também não é o foco principal de Günther Jakobs.<sup>64</sup>

O que se intenta demonstrar é que tal teoria não pode mais do que trazer à seara jurídica algo que já permeia o campo político há séculos. A conclusão, embora pessimista, parece se encaminhar no sentido de que toda a história do sistema punitivo estatal caracteriza-se por legitimar e sistematizar o direito penal autoritário, ao passo que o

---

de prisão. O professor de Bonn se queixa de que a doutrina contemporânea não faz cargo desta polaridade.” (ZAFFARONI, 2006, p. 116).

<sup>63</sup> Para o teórico: “El fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, sino la vigencia real del ordenamiento jurídico, y, en la época moderna, la vigencia real de un Derecho que hace posible la libertad. En este contexto, la vigencia real debe tomarse como contraposición a una vigencia tan sólo postulada, y no impuesta, es decir, de una vigencia que no dirige la orientación. Esta prestación de orientación puede mantenerse incluso en caso de producirse un quebramiento de la norma: si ese quebramiento de la norma, precisamente, es tratado como quebramiento de la norma, la norma sirve como esquema de orientación y está realmente en vigor”. (JAKOBS, 2006, p. 80).

<sup>64</sup> Jakobs extrapola o campo teórico para assumir uma postura muito mais constatativa. De fato, o autor consegue ser muito prático ao demonstrar que o direito penal vem se transformando e abandonando seus conceitos clássicos ao criar cada vez mais leis de combate, também denominadas leis frontalistas, as quais têm por características a intenção de eliminar determinadas categorias de criminosos, utilizando de meios não consagrados constitucionalmente.

liberalismo penal, de cunho iluminista, aparece como crítica e contenção deste modelo imperante, ainda que incapaz de transformá-lo.

Ao estudar o inimigo na obra de Carl Schmitt, Zaffaroni argumenta:

*São várias as observações reveladoras para um direito penal do inimigo a partir de Schmitt. Em princípio, é importante assinalar que sua teoria não se constrói frente a um inimigo concreto, senão que a elabora em um nível mais abstrato que todas as outras e, por isso, sua menção é ineludível. Neste plano abstrato sustenta que na política sempre deve haver um inimigo, ou seja, que se não há para que tenha política, deve-se construir ou encontrar um inimigo, o que parece confirmar-se historicamente quanto ao poder punitivo, que leva 800 anos buscando inimigos quando pretende liberar-se de todo limite, ou seja, que a afirmação de Schmitt é verdadeira no sentido de que o estado autoritário – não toda a política – sempre requer um inimigo. (2010, p. 125).*

E assim conclui:

*A síntese da tese schmittiana poderia ser a de que fora do estado autoritário, construído sempre frente a um inimigo, não há política. Daí se deduziria que frente ao direito penal autoritário tampouco haveria um direito penal liberal, senão uma simples crítica liberal ao anterior. Bastaria invocar a necessidade de defender a Constituição frente a um inimigo para que cessassem automaticamente os limites liberais ao poder punitivo. Como não pode haver política sem inimigo a Constituição seria um mito, pois o estado constitucional não poderá eliminar a política e, por fim, também teria inimigos, dos quais não poderia defender-se dentro da própria Constituição. (ZAFFARONI, 2010, p. 126).*

Destarte, justamente esta natureza eminentemente política é que inviabiliza qualquer teoria de um direito penal do inimigo democrático, ao passo que, os eleitos a inimigos do Estado sempre seriam, como demonstra a história, os estranhos e oprimidos. Além disso, o próprio Jakobs admite ser possível existir uma zona de indistinção entre o cidadão e o inimigo, admitindo inclusive o inimigo parcial,<sup>65</sup> fato que desabona ainda mais a pretensão de isolar esta modalidade do direito penal, visto que todo direito penal autoritário instala-se como exceção, todavia, não tardando para ordinarizar-se. (ZAFFARONI, 2010, p. 131).

Sobre o tema, eis como se posiciona Oswaldo Giacoia Júnior:

---

<sup>65</sup> “Con frecuencia se me reprocha que esta determinación del enemigo es más o menos imprecisa. La constatación es correcta, pero a título de reproche, se encuentra erróneamente formulada: el “ciudadano” o el “Derecho penal del ciudadano” y el “enemigo” o “Derecho penal del enemigo” son tipos ideales que no existen en la práctica em configuración pura. Lo práctico siempre está em la zona intermedia y lleva por ello el estigma de todos los tipos mixtos es decir, el de la imprecisión. De hecho, no me he inventado las caracterizaciones del enemigo, sino que he inventado destilarlas de las leyes que el legislador llamado de combate y de otros preceptos. Y si entonces – por permanecer em la imagen – se mezclan alcoholes puros com sustancias propias de un garrafón, ello se debe a la masa de destilación de la ley no a quien destila.” (JAKOBS, 2006, p. 105).

Essa talvez seja a tendência mais preocupante da *New Penology* que atualmente firma-se no cenário internacional, recorrendo a métodos estatísticos, indicadores quantitativos para subsidiar prognósticos de periculosidade tendo em vista grupos ou classes de sujeitos (*low risk offenders, medium risk offenders, high risk offenders*) – uma espécie de justiça penal aturial, ou gerencial-administrativa, com a tecnologia probabilístico-quantitativa de uso cotidiano nas grandes companhias de seguro. (2008, p. 30).

Dessa forma, assiste-se complacentemente a excepcionalidade do tratamento aos considerados inimigos ganhar corpo na legislação penal, tornando-se uma perigosa onda punitiva capaz de estender, sobre parcelas cada vez maiores de cidadãos, os tentáculos de um direito penal repressivo e totalitário.

Essa tendência legislativa, iniciada sob regime de exceção, começa a ganhar corpo e tornar-se uma política criminal desejada e aplaudida pela população, que é manipulada por meio de uma mídia sensacionalista e exploradora da criminalidade. No entanto, essa massa manipulada não se dá conta de que a exceção hodierna tem grandes possibilidades de travestir-se em regra de persecução num futuro próximo, solapando as garantias do acusado no sistema penal.

Com isso, conclui-se que a teorização do tratamento excepcional do inimigo é perigosa e insidiosa, um mitologema jurídico com intuito de legitimar a exceção permanente, capaz de levar a efeito um sistema em que se afastam as garantias do acusado, com o fim de proporcionar uma falsa ideia de segurança, quando, na verdade, a insegurança jurídica provocada pela aniquilação de direitos e garantias fundamentais é a pior das mazelas que pode se abater sobre a sociedade contemporânea.

### 3 SEGURANÇA PÚBLICA E POLÍTICA CRIMINAL EM TEMPOS DE EXCEÇÃO PERMANENTE: LIMITES E ALCANCE

Desfetichizado o objeto,<sup>66</sup> coloca-se em xeque não só a legitimidade do Direito Penal, mas também de todo o Direito do Estado Democrático,<sup>67</sup> fazendo com que um vazio, uma desesperança, prepondere em relação às possibilidades de superação deste contexto de violência urbana e criminalidade.

Primeiro porque o direito, como caracterizado e normalmente produzido, não seria capaz, por si só, de prever quais medidas seriam eficientes para solucionar o problema, sejam estas preventivas, sejam repressivas. Segundo porque, ao enumerar propostas dentro deste mesmo padrão – a democracia representativa calcada no princípio majoritário – não estaria isento da crítica feita anteriormente, ou seja, limitar-se-ia às políticas reprodutoras da lógica de desigualdade preestabelecida.

Mas, o que fazer com esse objeto desfetichizado? Impossível seria conceber neste curto espaço, na imaturidade acadêmica, uma nova teoria do direito, da justiça ou dos direitos fundamentais, que superasse todas as críticas acima. O que se pode fazer é, com base na constatação feita, ou seja, tendo por plano de fundo a crítica feita, não a desmerecendo, tentar transformar o direito vigente, extraindo deste possibilidades ainda não exploradas. Como propõe Giorgio Agamben (2009, p. 44): desativa-se o dispositivo, preservando-se sua

---

<sup>66</sup> Latour apresenta o dilema: “o pensador crítico não sabe jamais *a quem* restituir a força, atribuída, por erro, aos fetiches. É necessário devolvê-la ao indivíduo, senhor de si como do Universo ou a uma sociedade de indivíduos? Caso responda-se que é preciso devolver à sociedade o que a ela pertence, perde-se novamente o domínio. A herança dos fetiches, agora recuperada, dispersa-se em uma nuvem de herdeiros, todos eles, legítimos. Após ter invertido a inversão da idolatria, após ter “retroprojetado” a retroprojeção da força, não é comigo, o indivíduo trabalhador, que se pode deparar-se de imediato, mas com um grupo, uma multidão, uma coletividade. Sob a fantasia do fetiche, agora dissipada, o humano esclarecido percebe que, por isso, não está mais sozinho, que divide sua experiência com uma multidão de *agentes*. O *alien* que se acreditava eliminado, retorna sob a forma terrivelmente complicada da multidão social. O ator humano nada fez senão trocar uma transcendência por outra, como se vê bem em Durkheim, nas mãos do qual, o social aparece um pouco menos opaco que a religião que explica e que ofusca” (p. 27-28).

<sup>67</sup> Lembrando a síntese de Nascimento (2010, p. 177): “A reflexão encaminhada por Agamben nos levou ao diagnóstico do declínio do direito nacional e internacional, ou do uso tático desse mesmo direito, produzido por uma forma de soberania relativamente nova, apoiada no estado de exceção permanente e na fragilidade da vida nua. [...] O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito. [...] Isto não significa entretanto que certas medidas adotadas pelos regimes políticos do nosso tempo tenham a tendência de realizar por si só o fim do jurídico; elas apenas revelam um processo antigo e demorado, ou melhor, processos graduais de diferentes naturezas, que ocorrem de modo concomitante ou intrincado, que de alguma maneira cooperam para amarrar sempre mais as malhas do poder. O que se pode notar com maior clareza no nosso tempo é apenas a intensa submissão do político e do jurídico aos interesses econômicos, o impacto que a necessidade econômica exerce sobre todas as outras áreas da vida humana”.

potencialidade,<sup>68</sup> isto é, reconhece-se a potência da lei, desativando a forma como ela vem sendo utilizada, para explorar novos campos.

Dessa forma, neste terceiro capítulo abordar-se-á, primeiramente, as matrizes cognitivas das políticas públicas em segurança no Brasil, com a finalidade de se identificar o que há de equivocado na elaboração das políticas públicas nessa matéria, que vem inviabilizando a efetivação do direito à segurança e de uma política criminal mais coerente com o Estado Democrático. Coloca-se neste ponto, quais são os principais fatores.

Em um segundo momento, cabe evidenciar o ranço do autoritarismo herdado do período ditatorial, ainda não superado nos dias de hoje. Na sequência, a crítica se direciona à política de segurança seletiva e à segregação do espaço público, o que induz à crença de que os marginalizados são privados do espaço público e, conseqüentemente, do espaço da política.

Tudo isso implica pensar em uma nova leitura do direito à segurança pública, abandonando-se o foco unicamente no caráter repressivo ou no preventivo, consubstanciado somente na prevenção geral da pena, para imaginar um programa de política pública, fundado na participação cidadã e na desconcentração da política de segurança e da seara criminal. Imagina-se uma política de segurança não relacionada apenas ao sistema criminal de justiça.

Por fim, interessa apontar uma saída para a questão da cidadania. Como superar a exclusão social gerada pelo sistema capitalista vigente e a seletividade do sistema repressivo? É o que se tenciona propor no último item deste capítulo, cujo título compreende a proposta “do *homo sacer* ao cidadão total”. O que se pretende dizer, levando em consideração as críticas referidas, é que a cidadania também deve ser encarada sob uma nova perspectiva, qual seja, cidadania consistente na participação política e não somente como status no estatuto jurídico. Assim, a cidadania da contemporaneidade seria fruto do agir comunitário, por meio dos movimentos sociais, responsáveis pela interação entre os cidadãos. Extraindo-se, destes movimentos, a política em sua essência, fazendo do vivente, cidadão, e permitindo uma interação mais radical, mais contundente, entre sociedade e Estado.

### **3.1 Matrizes cognitivas das políticas públicas em segurança no Brasil**

---

<sup>68</sup> “Na raiz de todo dispositivo está, deste modo, um desejo demasiadamente humano de felicidade, e a subjetivização deste desejo, numa esfera separada, constituem a potência específica do dispositivo”. “A profanação é o contradispositivo que restitui ao uso comum aquilo que o sacrifício tinha separado e dividido” (2009, p. 45).

No contexto de exceção permanente, a política por excelência se constitui biopolítica, caracterizada pelo controle social da população. Com a política em segurança pública não será diferente. Assim, o campo de aplicação dessas políticas, não raro se limitará “aos aspectos mais estritos de criminalidade e violência tal como definido por lei, e que são objeto de atuação das organizações que compõem nosso sistema de Justiça criminal: polícias civis e militares, Ministério Público, juízes e o sistema prisional” (BEATO, 2012, p. 26).

Para além de um ou de outro dado estatístico, há um consenso em relação à problemática e insuficiente elaboração de políticas comprovadamente eficazes. Para Claudio Beato (2012), parte do problema se localiza nas bases teóricas e conceituais empregadas no desenvolvimento da política em segurança.

O plano de fundo em que o problema é enfrentado revela um tom de desesperança e pânico coletivos, altamente comprometedor a um projeto democrático duradouro. Explica Carlos Roberto Siqueira Castro (2010, p. 263) que esta histeria a preconizar a pena de morte para todo e qualquer criminoso e legitimar operações militares violentas e indiscriminadas em favelas e núcleos de pobreza, banalizando a utilização das providências extraordinárias para a garantia da ordem pública (estado de exceção), revela a expansão do movimento de Lei e Ordem, em detrimento de todo tecido social.

É certo que o montante de evidências empíricas se acumula na proporção em que as pesquisas realizadas na área de violência se expandem. Todavia, tais resultados, por si só, não indicam a medida mais correta para o “enfrentamento” da criminalidade e da violência urbana. Tal temática é costumeiramente observada de duas perspectivas:

[...] na perspectiva de uma teoria macrossocial da criminalidade e violência, o interesse recai sobre os fatores de risco que predispõem ao crime, tais como a concentração da pobreza, as estruturas de oportunidade à disposição de populações excluídas, o declínio do capital social ou a socialização de gênero. [...] Paralelamente aos desenvolvimentos da teoria social, abordagens oriundas da psicologia social e da biologia, como a psicologia, as neurociências e a própria genética, têm se interessado pelas características individuais como fatores predisponentes. Assim, são observados fatores como temperamento, respostas sociais apreendidas, percepções de recompensa e punição, preferências sexuais violentas, habilidades cognitivas e comunicativas, autodefinição de identidade, traços genéticos ou o uso crônico de medicamentos (BEATO, 2012, p. 28-29).

No entanto, como ressalva Beato (2012, p. 29), reformas no âmbito individual não são comuns como fundamento de políticas públicas. As medidas adotadas com frequência “são aquelas que se dão no plano institucional e no âmbito da Justiça Criminal,

visando restringir a violência através de reformas nas organizações do sistema penal, da política da legislação penal e do aumento do número de prisões, bem como do incremento na severidade das penas”. Em resumo: aumenta-se o caráter punitivo das normas penais e libera-se o processo penal de garantias investigatórias e processuais asseguradas constitucionalmente (CASTRO, 2010, p. 265).

Dessa maneira, cumpre indicar quais seriam as bases cognitivas nas discussões brasileiras. A primeira tese a ser destacada é a possibilidade do problema da criminalidade violenta se dar em virtude da grande impunidade (estendida a todas as camadas da sociedade) existente no Brasil. De fato, os números apontam que boa parte dos crimes investigados no Brasil não chegam a uma sentença definitiva. Em dados mantidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), tomando por base inquéritos remanescentes instaurados até 2007, percebe-se que o estoque atual é de 91.817 inquéritos que investigam homicídios no Brasil.<sup>69</sup>

A impunidade, em tese, impede que a pena cumpra sua função. Tendo por base a concepção durkheimiana, destaca Beato que “ao assistir a um julgamento, o público vê a lei e complexo de valores morais personificarem-se no seus protagonistas”, daí a utilidade do crime: por meio da pena há a ritualização da consciência coletiva. (2012, p. 31).

Já a teoria social subsequente cunhou-se em outro paradigma. De uso também recorrente, concebe a idéia de crime “como estratégia de sobrevivência das classes subalternas” (BEATO, 2012, p. 33), uma vez relegadas a um estado de desorganização social. Aqui, o crime é meio de subsistência frente à incapacidade do mercado de trabalho de assimilar toda população e a personalidade criminosa é desenvolvida pelo contexto da comunidade em que se esteja inserido.

Trata-se de uma resposta individual normal a situações específicas marcadas pela disjunção entre metas culturalmente estabelecidas e os meios legítimos de atingi-las. Curiosamente, esse é um tipo de proposição familiar ao nosso senso comum que, recorrentemente, nos diz que indivíduos cometem crimes para realizarem aspirações que não lhes foram propiciadas socialmente. [...] Todo o discurso acerca do desemprego, da urbanização e das condições socioeconômicas e de mobilidade social desfavoráveis levando à criminalidade encontra nessa perspectiva seus mais persuasivos argumentos, pois referem-se a condutas racionais diante de sociedades desarticuladas em relação aos seus fins últimos. (BEATO, 2012, p. 32).

---

<sup>69</sup> Dados disponíveis em <<http://aplicativos.cnmp.gov.br/inqueritometro/>>. Acesso em 09 de junho de 2012.

Esta teoria sofre duas objeções praticamente intransponíveis: a primeira é a ideia de que as aspirações sejam universais. Critica Beato: “A reificação e homogeneização dos valores culturais é um suposto controverso da abundante literatura acerca das subculturas desviantes” (2012, p. 33). A segunda refere-se à crença de que os meios para se tornar criminoso estejam disponíveis universalmente (BEATO, 2012, p. 33). Faz crer que o simples contato com pessoas que violam a lei leva à assimilação de seus valores.<sup>70</sup> A respeito dessa argumentação, embora comum, não se deve deixar de considerar os estudos da *Criminologia crítica*, principalmente as evidências da teoria do etiquetamento (*labeling approach*).

Consequentemente, as intervenções baseadas nessa concepção tem por intenção a reformulação de valores culturais, ou seja, procuram instalar verdadeiros processos civilizatórios.

A globalização como fenômeno econômico teria contribuído também para o aumento da criminalidade de massas, visto que faz surgir uma classe de subproletariados, que é comumente responsabilizada pelo incremento da delinquência patrimonial de pequena e média gravidade. Nesta concepção, a tendência é a de que a classe sistematicamente marginalizada faça do crime, profissão. Trata-se, principalmente, da criminalidade identificada na pessoa do imigrante, seja entre Estados nacionais, seja entre estados ricos e pobres de um mesmo país (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 100).

Jesús-María Silva Sánchez (2002, p. 100) elucida acerca do fenômeno, o qual também implica no clamor pelo recrudescimento do sistema punitivo:

Como resulta evidente, essa criminalidade não se diferencia substancialmente da criminalidade tradicional. Mas sua intensidade e sua extensão se vêm incrementadas pela marginalidade a que estão relegados aqueles que, dentro das sociedades pós-industriais, vivem à margem de relações laborativas estáveis. E, ainda assim, pelos choques sociais e culturais que a imigração produz entre as camadas inferiores da sociedade receptora e os grupos imigrantes. Não parece caber dúvida acerca de que isso – projetado sobre as considerações gerais efetuadas no início em torno da autocompreensão do cidadão das sociedades contemporâneas – redunde em demandas em prol de uma mais intensa intervenção do Direito Penal e abona o punitivismo como forma específica de expansão.

Mais recentemente, ao que parece, as teorias dos direitos humanos, embasadas nas concepções da *Criminologia Crítica*, passaram a influenciar definitivamente a

---

<sup>70</sup> Claudio Beato identifica o presente conservadorismo dessas impressões nas generalizantes expressões “cultura da delinquência”, “classes perigosas”, “passageiros da agonia”, “malandros” e “traficantes”, “meninos do tráfico”, “movimento”, dentre outras, expressões estas comuns na literatura mais recente acerca da segurança pública.

pauta das políticas de segurança pública. Os movimentos envolvidos com a questão dos direitos humanos, considerando que as condutas sejam, na verdade, criminalizadas por uma classe dominante contra uma dominada, se preocupam com os crimes cometidos pelo próprio Estado, a começar pela tortura realizada por seus agentes. Dessa forma, colocam em xeque estatísticas oficiais, deixando claro que o contexto de violência urbana e criminalidade é também patrocinado diretamente pelo Estado. Todavia, essa constatação, ainda que pertinente, seria insuficiente. Explica Beato (2012, p. 35-36) que:

Não obstante o enfoque alternativo oferecido por essas perspectivas, elas não conseguiram desenvolver uma agenda consistente que servisse de base para uma estratégia de segurança pública que partisse de estudos empíricos. Ao descartar as estatísticas oficiais como bases possíveis para análise, sem desenvolver outras estratégias plausíveis de coleta de dados, terminou-se por cair num niilismo empírico de curto alcance teórico. Esse *handicap* cognitivo é um aspecto frustrante nas administrações da esquerda brasileira nos últimos anos.

O convívio de teorias tão divergentes resultou, no caso brasileiro, na elaboração de políticas de segurança pública, cujo teor demonstra um “movimento pendular, oscilando entre a reforma social e a dissuasão individual” (BEATO, 2012, p. 39). Claudio Beato argumenta que a questão da reforma social tem por fundamento a crença de que o crime é resultado da ação daqueles que não têm a sua disposição meios e oportunidades legítimas para ganhar a vida. Significa dizer que a diminuição da criminalidade dependerá do melhoramento das condições e oportunidades sociais. Aqui incluem-se as políticas assistencialistas de todos os gêneros (combate à fome e à miséria, geração de empregos) além daquelas que intentam inculcar valores em jovens potenciais candidatos ao crime, tais como o incentivo à prática de esporte, o ensino profissionalizante, dentre outras. Falhando todas as políticas assistenciais, os indivíduos envolvidos com a prática de crimes devem ser ressocializados por meio do sistema penal (BEATO, 2012, p. 39).

Paralelamente, concorre a crença de que a criminalidade é fruto do desvio individual e de que crimes são cometidos quando é baixa a incidência da norma, ou seja, é baixo o respeito individual à norma. Como consequência, as políticas públicas assumiram a faceta repressiva do Estado. O argumento será em prol de uma ação mais incisiva das forças policiais, do Poder Judiciário e outras instâncias de controle social (BEATO, 2012, p. 39).

### **3.1.1 O ranço do autoritarismo**

Como visto até este ponto, diversos dos principais traços dos regimes totalitários sobrevivem nas democracias contemporâneas. O estado de exceção, fundamento da soberania, é paradigma da política ocidental de hoje. Entretanto, especificamente no caso brasileiro, há certos hábitos, legados do regime autoritário anterior, que foram assimilados às concepções democráticas como se naturais fossem. Não se trata do uso reiterado de medidas autoritárias a resguardar a ordem jurídica, mas sim de práticas expurgadas do ordenamento jurídico, porém mantidas em determinadas instituições, projetadas/criadas naquele período e que não sofreram a necessária reestruturação.

As agências de segurança pública, com ênfase às polícias (Militar e Civil), herdaram o método de atuação repressivo reproduzido sem muito pudor até os dias atuais, com, muitas vezes, o aval político e da opinião pública. Isto porque, além de adotarem a concepção de combate (amigo *vs.* inimigo), estão, tradicionalmente – como mecanismos de defesa da ordem e da moral – a serviço de uma categoria privilegiada de cidadãos em detrimento de certos indivíduos marginalizados.

A origem do problema remete-se à transição consensual entre a Ditadura Militar e a ordem constitucional democrática que se instaurou em 1988. Diz Edson Teles (2010, p. 308):

A transição brasileira começou a ser formulada pelos militares já em 1974, com o início da presidência do general Ernesto Geisel (1974-1978), por meio de uma *abertura lenta, gradual e segura*. Estava em questão o estatuto político da nova democracia e, principalmente, que se mantivesse o poder político e o controle das Forças Armadas sobre o sistema de segurança pública e policial.

Pode-se dizer que, no Brasil, há tolerância com a prática da tortura e mesmo com a impunidade de agentes responsáveis pela segurança dos cidadãos quando estes extrapolam seus poderes. Isto porque, tais práticas não foram banidas da formação desses agentes, ainda que criminalizadas. A violência dos órgãos repressivos lhes é tão peculiar e antiga quanto a reação das vítimas privilegiadas por esse sistema. O período da Ditadura Militar representou o gozo pleno dos poderes absurdos, os quais de certa forma se mantiveram, pois foram negociados. O estado de exceção permanente se manifesta no ato institucional de tortura. Como expressa Edson Teles, tais agressões representam os valores herdados, os quais são subtraídos da razão política:

Resta algo da ditadura em nossa democracia que surge do Estado de exceção e expõe uma indistinção entre o democrático e o autoritário no Estado de direito. A violência originária de determinado contexto político mantém-se

seja nos atos ignóbeis de tortura ainda praticados nas delegacias, seja na suspensão dos atos de justiça contida no simbolismo da anistia, aceita pelas instituições do Estado como recíproca, agindo em favor das vítimas e dos opositores, bem como dos torturadores. A memória de tais atos, por terem sido silenciados nos debates da transição, delimita um lugar inaugural de determinada política e cria valores herdados na cultura e que permanecem, tanto objetivamente quanto subjetivamente, subtraídos dos cálculos da razão política (2010, p. 316-317).

A política contemporânea, e aqui se inclui a política de segurança pública, encontra-se permeada pelo ranço ditatorial, visto que:

Fatos da democracia como a impunidade gerada pela Lei da Anistia, a insuficiência de leis posteriores de reparação ou de indenização para fazer justiça, a não abertura dos arquivos militares surgem como paradigmas silenciosos do espaço político e da memória, dos quais nos é profícuo aprender a reconhecer os limites e alcances da ação política contemporânea. (TELES, 2010, p. 317).

O referido autor se pergunta: se “em uma sociedade carente de vários direitos (saúde, alimentação digna, educação de qualidade, água etc.) e repleta de vítimas das mais variadas violências por parte do Estado, a incerteza coloca em dúvida a própria ação política: o agir é um ato de transformação social ou torna-se apenas uma terapia para suprir carências básicas?” (2010, p. 319 e 318). A resposta parece ser positiva e a repressão seria o meio por excelência de manutenção desse insuficiente paradigma. E a transição do regime autoritário para o regime democrático não significou uma ruptura com o modelo até então vigente. Explica Jorge Zaverucha (2010, p. 45) que:

A nova constituição descentralizou poderes e estipulou importantes benefícios sociais similares às democracias mais avançadas. No entanto, uma parte da Constituição permaneceu praticamente idêntica à Constituição autoritária de 1967 e à sua emenda de 1969. Refiro-me às cláusulas relacionadas com as Forças Armadas, Polícias Militares estaduais, sistema judiciário militar e de segurança pública em geral.

Para citar um, dentre os vários exemplos apontados pelo mencionado autor, indica-se o fato de o texto constitucional de 1988 reunir no mesmo Título V (“Da Defesa do Estado e das Instituições”) três capítulos, sendo o primeiro “Do Estado de Defesa e do Estado de Sítio”, o segundo “Das Forças Armadas” e, por fim, “Da Segurança Pública”. Conclui (ZAVERUCHA, 2010, p. 55):

Nossos constituintes não conseguiram se desprender do regime autoritário recém-findo e terminaram por constitucionalizar a atuação de organização militares em atividades de polícia (Polícia Militar) e defesa civil (Corpo de Bombeiros), ao lado das polícias civis. As polícias continuaram constitucionalmente, mesmo em menor grau, a defender mais o Estado que o cidadão.

Assim, é comum observar, na política de segurança pública, a prevalência da garantia da ordem,<sup>71</sup> da proteção da sociedade, dentre outras perspectivas também generalizantes. O espaço da política – melhor dizendo o espaço em que se faz política, ou seja, o espaço público – é controlado e limitado tendo como diretriz os preceitos ostensivos de controle sob a ideologia e com base em estereótipos criados no período ditatorial. Advém daí o motivo de as instituições policiais estão prontas para reprimir qualquer alteração no padrão político imposto. Não é raro assistir-se a movimentos de greve ou reivindicações controladas e reprimidas pelo aparato policial. Movimentos Sociais são controlados como facções golpistas, a exemplo do MST (Movimento Sem Terra), que teve oito membros denunciados pelo Ministério Público Federal, em 2008 por “integrarem agrupamentos que tinham por objetivo a mudança do Estado de direito, a ordem vigente no Brasil, praticarem crimes por inconformismo político”, crimes da Lei de Segurança Nacional (ZAVERUCHA, 2010, p. 69).

Do ponto de vista orgânico, a Polícia, diga-se repressiva, continua a ser braço submetido ao exército, isto é, mantém o caráter Militar. Embora estruturada em Polícias estaduais, está hierarquicamente vinculada ao Exército. Em contrapartida, tem sido comum a presença do Exército em áreas urbanas, na medida em que segurança pública e segurança nacional são vistas como sinônimos. Recentes “ocupações” em morros da cidade do Rio de Janeiro foram realizadas com o auxílio do Exército (embora a grande ameaça à soberania nacional esteja na região amazônica). (ZAVERUCHA, 2010, p. 71). Vale destacar:

Deste modo, os bens do Estado são mais importantes do que a vida e os bens do cidadãos que sustentam o Estado com seus impostos. Frise-se que, quinze anos depois, ainda não foi regulamentado o §7º do artigo 144, que disciplina o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública. As corporações policiais ainda estão sujeitas às suas antigas legislações e expostas a choques e conflitos de competência decorrentes tanto da falta de clareza do texto constitucional como das próprias legislações específicas. Tanto é que as Polícias Militares e Cíveis padecem de leis orgânicas. (ZAVERUCHA, 2010, p. 55).

Por tudo isso, o autor considera que a consolidação do Estado de direito Democrático encontra-se atravancada, “pois as instituições coercitivas são constitucionalmente incentivadas a aplicar a lei de um modo semelhante ao que faziam em um contexto autoritário”. Outro detalhe, a Constituição de 1988 conservou um modelo pouco usual nas democracias modernas, qual seja, a não separação clara entre a força responsável

---

<sup>71</sup> Explica Jorge Zaverucha (2010, p. 49) que “ordem não é um conceito neutro e sua definição operacional, em todos os níveis do processo de tomada de decisão política, envolve escolhas que refletem as estruturas política e ideológica dominantes. Portanto, a noção de (des)ordem envolve julgamentos ideológicos e está sujeita a estereótipos e preconceitos sobre a conduta (in)desejada de determinados indivíduos”.

pela guerra externa e a polícia encarregada da manutenção da ordem interna. (ZAVERRUCHA, 2010, p. 69). O professor José Murilo de Carvalho sintetiza o que ora se argumenta com reconhecível precisão (2002, p. 213):

A Constituição de 1988 apenas tirou do Exército o controle direto das polícias militares, transferindo-o para os governadores dos estados. Elas permaneceram como forças auxiliares e reservas do Exército e mantiveram as características militares. Tornaram-se novamente pequenos exércitos que às vezes escapam ao controle dos governadores. Essa organização militarizada tem-se revelado inadequada para garantir a segurança dos cidadãos. O soldado da polícia é treinado dentro do espírito militar e com métodos militares. Ele é preparado para combater e destruir inimigos e não para proteger cidadãos. Ele é aquartelado, responde a seus superiores hierárquicos, não convive com os cidadãos que deve proteger, não os conhece, não se vê como garantidor de seus direitos. Nem no combate ao crime as polícias militares têm-se revelado eficientes. Pelo contrário, nas grandes cidades e mesmo em certos estados da federação, policiais militares e civis têm-se envolvido com criminosos e participado de um número crescente de crimes. Os que são expulsos da corporação se tornam criminosos potenciais, organizam grupos de extermínio e participam de quadrilhas. Mesmo a polícia civil, que não tem treinamento militarizado, se vem mostrando incapaz de agir dentro das normas de uma sociedade democrática. Continuam a surgir denúncias de prática de tortura de suspeitos dentro das delegacias, apesar das promessas de mudança feitas pelos governos estaduais. São também abundantes as denúncias de extorsão, corrupção, abuso de autoridade feitas contra policiais civis.

Mesmo Antonio Carlos Carballo Blanco, major da Polícia Militar do Rio de Janeiro e pesquisador do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESEC) da Universidade Candido Mendes, adverte que as instituições policiais brasileiras estão fortemente vinculadas à doutrina militarista, de forma que a ação repressiva constitui fator de incremento do sentimento de medo e insegurança. Destaca:

Talvez, no âmbito da cultura organizacional das nossas instituições policiais, a sua dimensão totalizadora, com acentuada ênfase orientada para a reprodução e difusão dos valores pertinentes à doutrina militarista e ao academicismo jurídico, seja alguns dos principais fatores capazes de explicar a intensidade do fenômeno do medo e da insegurança. A típica postura reativa da ação policial repressiva, que irrompe nos variados cenários do cotidiano urbano, também constitui fator de incremento desse sentimento de medo e insegurança nas relações sociais (2002, p. 77).

Portanto, as matrizes cognitivas utilizadas na elaboração das políticas públicas e o ranço do autoritarismo, ainda não extirpado do agir das instituições envolvidas com a segurança pública e a política criminal, inviabilizam a superação desta realidade violenta. O efeito prático mais notável nos dias de hoje é a política de segurança seletiva, caracterizada pelo segregacionismo e pela limitação do espaço da política.

### 3.1.2 Política de segurança seletiva: segregacionismo e limitação do espaço da política

O espaço público clássico – constituído por parques e áreas verdes, dentre outras áreas de convívio comum no centro da cidade – vem sendo sacrificado por medidas de segurança pública que se pretendem imprescindíveis. A proliferação de duras medidas reflete a tendente adoção estatal de uma política repressiva de *tolerância zero*,<sup>72</sup> que se alastra pelo mundo. De fato, une-se o discurso do combate à criminalidade com a pretensão mascarada de extinguir desses locais aqueles cidadãos indesejados, tais como mendigos, prostitutas, sem-tetos, etc., pessoas estas que levam o estereótipo de perigosos, quando não de criminosos, sem necessariamente o ser.

Em contrapartida, a política de segurança pública é formulada à sombra da problemática da violência urbana alarmante, conforme os números já apontados acima, os quais colocam o Brasil em um patamar de guerra civil. O absurdo número de homicídios, furtos e roubos nas grandes cidades (crimes, frequentemente cometidos à luz do dia em áreas públicas), embora detenham as mais diversas motivações e localizações, quando noticiados em estatísticas e postos na pauta do poder público, acabam gerando a sensação de que a criminalidade e a violência assumiram patamares tão elevados, que o Estado deve proteger os seus cidadãos dos “Outros” (os criminosos) a todo custo.

Porém, outro aspecto que se deve levar em conta é que boa parcela da criminalidade urbana ocorre nas zonas periféricas da cidade – locais onde os serviços públicos são demasiadamente precários, incluindo a prestação da segurança – ou em áreas de completa informalidade e não nos centros ricos ou bairros nobres. Em relação a isso, e especialmente sobre a ocorrência de assassinatos, Sérgio Adorno (2002, p. 07) relata:

Em todo o país, o alvo preferencial dessas mortes são adolescentes e jovens adultos masculinos das chamadas classes populares urbanas, tendência que vem sendo observada nos estudos sobre mortalidade por causas externas (violentas). Na Região Metropolitana de São Paulo, registros de mortes violentas revelam maior incidência nos bairros que compõem a **periferia urbana**, onde as condições sociais de vida são acentuadamente degradadas. Grifo nosso.

Assim, acredita-se não ser errôneo concluir que a política de segurança pública restritiva de espaços de livre convívio, funciona mais como tentáculo da lógica segregadora – instaurada e reafirmada historicamente por parte de poderes hegemônicos na

---

<sup>72</sup> Pensamento forjado nos Estados Unidos de cunho ultra-repressivo. In WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

constituição urbana da cidade – do que no próprio combate ao crime, uma vez que a violência não é necessariamente uma característica dessas localidades.

A cultura higienista e segregadora é marcante na modernidade e utilizada na maioria das grandes metrópoles mundiais. No Brasil, a técnica perversa de expulsar indesejados de áreas nobres e centros financeiros pode ter como referência histórica os acontecimentos em torno da Revolta da Vacina no Rio de Janeiro<sup>73</sup> e a construção das vilas operárias em São Paulo.<sup>74</sup> Tanto uma quanto outra política – que formalmente transformariam essas grandes cidades em centros modernos – tinha, como plano de fundo a expulsão, do centro da cidade, de desempregados, subempregados, mendigos, prostitutas, bêbados, etc.

Essa lógica utilitarista, que bem corresponde aos interesses financeiros da atual ordem econômica mundial, revela o interesse na manutenção de uma estética comum às grandes cidades ricas, de uma paisagem interessante aos investimentos monetários em detrimento do uso livre do espaço público. Espaços tradicionalmente públicos, parques e áreas verdes, embora ainda se façam presentes no centro da cidade, são progressivamente transformados em *não-lugares*, em lugares de mera passagem de executivos, de mero cenário entre os grandes edifícios comerciais e que, ao entardecer, fecham-se aos cidadãos para, no dia seguinte, voltarem a figurar na paisagem urbana.

Lucas Melgaço (2010) pesquisa o conceito de arquiteturas “anti-indesejáveis”. São estruturas utilizadas para impedir a presença dos indesejáveis nos espaços públicos, tais como espetos em degraus e escadarias, grades que fecham pequenas muretas,

---

<sup>73</sup> Nicolau Sevckenko bem argumenta que o então Presidente da República Rodrigues Alves pretendia uma remodelação da cidade do Rio de Janeiro, a qual passava por fortes problemas sanitários. Além da necessária modernização da capital, outra medida era necessária: deslocar a massa para a periferia da cidade. Sintetiza o autor: “as vítimas são fáceis de identificar: toda a multidão de humildes, dos mais variados matizes étnicos, que constituíam a massa trabalhadora, os desempregados, os subempregados e os aflitos de toda espécie. A ação do governo não se fez somente contra os seus alojamentos: suas roupas, seus pertences, suas famílias, suas relações vicinais, seu cotidiano, seus hábitos, seus animais, suas formas de subsistência e de sobrevivência, sua cultura. Tudo, enfim, é atingido pela nova disciplina espacial, física, social, ética e cultural imposta pelo gesto reformador. Gesto oficial, autoritário e inelutável, que se fazia, como já vimos, ao abrigo de leis de exceção que bloqueavam quaisquer direitos ou garantias das pessoas atingidas. Gesto brutal, disciplinador e discriminador, que separava claramente o espaço do privilégio e as fronteiras da exclusão e da opressão”. SEVCENKO, Nicolau. *A Revolta da Vacina: mentes insanas em corpos rebeldes*. São Paulo: Casac Naify, 2010, p. 82.

<sup>74</sup> O processo de construção de vilas operárias ocorreu na cidade de São Paulo no início do século passado. O processo de horizontalização da cidade fora vendido com um viés progressista: atrairia investimentos de grandes indústrias que cuidariam da infra-estrutura, além de remover a massa trabalhadora que se empoleirava no centro da cidade. No entanto, alerta Paulo Endo: “ao que parece essa parcela da população urbana de São Paulo jamais usufrui dos benefícios da urbanidade. Na há, até hoje, no cotidiano do trabalhador pobre, o bem público de qualidade, partilhado como um benefício comum, que a condição de cidadão lhe confere. A cidade refaz-se numa partilha injusta e espoliadora, que lança populações urbanas inteiras à decrepitude, em espaços em ruínas, onde o único alento e, frequentemente, representado pelos movimentos sociais, realizados pelas pessoas que os habitam”. ENDO, Paulo. *Corpo, espaço e cidade: tensão e violência na formação da cidade de São Paulo*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 17, n. 81. Nov-dez/2009, p. 283.

pedras despejadas sob viadutos e até mesmo bancos desconfortáveis, tudo para evitar a permanência de pessoas tidas como inconvenientes àquela localidade.<sup>75</sup> Diz o autor (2010, p. 122):

Paisagens urbanas de diversos lugares do mundo têm sido alteradas por objetos que, numa análise apressada, serviriam para promover segurança, mas que, quando vistos em detalhe, revelam que seu real objetivo é o de impedir ou inibir a presença de pessoas que são, para alguns, inconvenientes. Mais conhecidos como arquiteturas anti-mendigos, muitas vezes esses objetos são verdadeiras *arquiteturas anti-indesejáveis*, pois mesmo que utilizados para afugentar mendigos, têm também a função de espantar outros grupos sociais “malquistos” como usuários de drogas, vendedores ambulantes, prostitutas e bandos de jovens.

A política de segurança pública, portanto, corresponde com a lógica excludente da cidade como um todo. De cunho já seletivo, o agir repressivo estatal visa garantir, por meio dessa normalidade cercada, uma aparente ordem pública, de forma que a ação de completa negação do direito fundamental de ir e vir, de manifestação e do princípio da isonomia é legitimada por uma grande parcela da população que se julga desprotegida. Tal fato é sintetizado por Teresa Pires do Rio Caldeira (2000, p. 27):

O medo e a fala do crime não apenas produzem certos tipos de interpretações e explicações, habitualmente simplistas e estereotipadas, como também organizam a paisagem urbana e o espaço público, moldando o cenário para as interações sociais que adquirem novo sentido numa cidade que progressivamente vai se cercando de muros. A fala e o medo organizam as estratégias cotidianas de proteção e reação que tolhem os movimentos de pessoas e restringem seu universo de interações.

O medo da população não só favorece o abandono de alguns lugares estereotipados (“o parque público não é seguro durante a madrugada”), como permite e legitima a adoção de medidas públicas restritivas genéricas e indiscriminadas. Não é incomum o severo controle de pessoas indesejadas em áreas públicas sob a alegação das contravenções penais de vadiagem, embriaguez e desordem, atitudes ínfimas se comparadas aos crimes de extrema violência que de fato afligem a população.

A adoção da política de segurança de tolerância zero é marcada por este disparate: a manutenção de uma estética elitista e higienista por meio do combate de comportamentos inexpressivos à manutenção da ordem social como um todo. Seguindo bem a

---

<sup>75</sup> O autor confirma sua tese por meio de diversas fotografias contidas em seu trabalho entre as páginas 122 e 131.

ótica da teoria das janelas quebradas (*broken windows theory*),<sup>76</sup> prefere-se o visual em detrimento das reais causas da violência urbana. Nesse sentido, destaca-se a visão de Loïc Wacquant (2001, p. 19):

De Nova York, a doutrina da “tolerância zero”, instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda - a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente de incômodo tenaz e de inconveniência -, propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante. E com ela a retórica militar da “guerra” ao crime e da “reconquista” do espaço público, que assimila os delinquentes (reais ou imaginários), sem-teto, mendigos e outros marginais a *invasores estrangeiros* - o que facilita o amálgama com a imigração, sempre rendoso eleitoralmente.

Ocorre assim, a metamorfose da destinação do espaço público, de local de uso comum, criativo, em que flui a espontaneidade política dos cidadãos para o simples lugar de passagem (*não-lugar*), ou de paisagem no centro da cidade (um local necessário para que a cidade esteja catalogada entre as grandes cidades, completamente restritivo, seletivo e monitorado).

Jane Jacobs (2000, p. 14) pensa nesse fenômeno como o triunfo do senso comum no planejamento urbanístico, que induz ao planejamento de uma ordem inata e funcional, elevando a aparência a objetivo primordial. O gerir da cidade moderna é permeado de ideias ortodoxas, as quais tornam-se mais prejudiciais por serem encaradas como naturais.

Um grande equívoco ressaltado pela autora encontra-se justamente no tocante à segurança pública. Na complexidade das cidades, o espaço público vazio e controlado não é, necessariamente sinônimo de segurança. Pelo contrário, existem áreas de intensa densidade populacional onde a criminalidade é relativamente bem controlada, enquanto áreas de menor índice demográfico são muitas vezes cenários recorrentes de crime. Segundo Jacobs, “o principal atributo de um distrito urbano próspero é que as pessoas se sintam seguras e protegidas na rua em meio a tantos desconhecidos” (2000, p. 20) e não apenas na privacidade do lar. Para tanto, a segurança é proporcionada não pela mera atividade ostensiva policialesca, mas “pela rede intrincada, quase inconsciente, de controles e padrões

---

<sup>76</sup> Essa teoria baseia-se no ditado popular “quem rouba um ovo, rouba um boi”. Segundo a teoria a situação de abandono de um casarão com uma janela quebrada, com o qual ninguém se importa, incentiva que o restante das janelas sejam quebradas e assim a criminalidade se alastra. Wacquant argumenta sobre a teoria: “essa teoria, jamais comprovada empiricamente, serve de alibi criminológico para a reorganização do trabalho policial [...]. O objetivo dessa reorganização: refrear o medo das classes médias e superiores – as que votam – por meio da perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus e metrô, etc.)”. (2001, p. 16).

de comportamento espontâneos presentes em meio ao próprio povo e por ele aplicados” (2000, p. 32).

Nessa linha de raciocínio, dentre os fatores que caracterizam um bom espaço público encontra-se, justamente, a complexidade, resumida na diversidade de usos, bem como na riqueza de sua configuração espacial.<sup>77</sup> Assim, tanto da perspectiva urbanística quanto da jurídica e da segurança pública, a restrição pura e simples do espaço público se releva incabível.

Do ponto de vista do Direito Constitucional a progressiva restrição de direitos fundamentais dos cidadãos aponta para um fortalecimento desproporcional do Estado, alimentando assim o que se denomina *democracia totalitária*, conforme o constitucionalista português Paulo Otero. Em nome de um direito (de segurança pública) apodera-se o Estado de tal forma que com suas ações acaba por debilitar ou destruir os demais existentes (OTERO, 2010, p. 157).

O citado autor fundamenta sua crítica ao apoderamento do Estado justamente na questão da fundamentalidade dos direitos.<sup>78</sup> Entretanto, há de se reconhecer aqui o real conflito entre verdadeiros direitos fundamentais, em que um – a segurança pública – vem, de forma desarrazoada, suprimindo por completo o outro – o direito ao espaço público.

Portanto, a calibragem do direito à segurança pública (supervalorizado) em detrimento do direito ao espaço público não é legítima, visto que, como demonstrado, a limitação desses lugares não implica necessariamente no êxito da política de segurança pública, a qual, por sua vez, reproduz um atuar seletivo e excludente.

### **3.2 Limites e alcances das atuais orientações da política criminal e da política de segurança pública**

De acordo com Oliveira (2010, p. 427) deve-se tomar política criminal como estratégia de resolução do problema criminalidade, de forma que não se restrinja

---

<sup>77</sup> Argumenta Jane Jacobs acerca do uso dos parques públicos: “a variedade de usos dos edifícios propicia ao parque uma variedade de usuários que nele entram e dele saem em horários diferentes. Eles utilizam o parque em horários diferentes porque seus compromissos diários são diferentes. Portanto, o parque tem uma sucessão complexa de usos e usuários” (2000, p. 105).

<sup>78</sup> Reflete o autor sobre a tendência totalitarista do Estado de Direito: “num tal cenário, bem vistas as coisas, a absolutização do Estado regressará pela mão manipuladora dos direitos por si qualificados fundamentais: sendo ele próprio dotado de direitos fundamentais e gozando de uma capacidade ilimitada de criar tantos novos direitos fundamentais que debilite ou destrua os existentes, o Estado voltará a tornar-se senhor dos direitos fundamentais”. (2010, p. 157).

unicamente ao campo penal, mas que ocupe espaço no âmbito da política geral. Supera-se, portanto, a divisão restrita de Von Liszt, cujo pensamento é marcado caracteristicamente pela total separação entre o direito penal (carta de garantia do delinquente) e a política criminal (métodos racionais de combate à criminalidade). Este pensamento é resumido por Klaus Roxin (2000, p. 2):

À política criminal assinalava ele os métodos racionais, em sentido global, do combate à criminalidade, o que na sua terminologia era designado como a tarefa social do direito penal, enquanto ao direito penal, no sentido jurídico do termo, competiria a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado “Leviatã”.

A política criminal, segundo Edmundo Oliveira (2010, p. 427) é a “ciência que observa como verdadeiramente os diferentes países organizam a luta contra o crime, ou seja, a arte ou a estratégia com vistas a tornar eficaz essa reação contra a criminalidade. Essa arte ou essa estratégia implica uma série de opções, de escolhas racionais entre soluções ou mesmo atitudes diferentes”.

Assim, não é mais possível restringir a finalidade da política criminal, como ocorria até um passado não muito distante, à de controlar a criminalidade, ou seja, de reduzir o número de infrações. No pensamento mais recente, inclusive em razão dos avanços dos estudos na seara da vitimologia, passou a ser finalidade da política criminal, para além da prevenção, o controle das consequências do crime (BARATTA, 2004, p. 152).

Importa dizer que política criminal também não está necessariamente relacionada à política de segurança. Isto porque pode compreender políticas de prevenção da criminalidade, políticas de segurança como proteção aos habitantes de uma cidade de potenciais delinquentes, ou ainda uma política de proteção de direitos fundamentais, dirigida a transformar a situação de desvantagem social. Tudo a depender da intenção subjetiva dos atores que a colocam em prática,<sup>79</sup> como assegura Alessandro Baratta (2004, p. 154):

Encontra-se aí o fundamento da crítica desse autor (2004, p. 156) em relação à política de segurança que, como toda política, sempre embute uma ideologia.

---

<sup>79</sup> Massimo Pavarini enxerga o mesmo problema e alerta que a questão da segurança deveria ser governada em termos não ideológicos ou, pelo menos, menos ideológico. Explica: “quero decir que muchas cuestiones de desorden social son producidas o amplificadas por el proceso definitorio que las coloca em el área de la ilegalidad. Los grandes mercados ilegales de la droga, de la prostitución, del juego de azar, se han convertido en emergências de seguridad sólo porque se há querido que así fuese. Y por igual voluntad, pero en sentido opuesto, tales emergencias no existirían” (2006, p. 239).

Praticamente todas colocam a segurança em um grau de generalidade em que é impossível delimitar a incidência das políticas em cada sujeito. Veja-se:

Observemos qué ocurre em nuestro caso. A propósito de la política criminal, al sustantivo “seguridad” se agregan, implícita o explícitamente, los adjetivos “nacional”, “pública”, “ciudadana”. Se trata siempre de connotaciones colectivas, no personales, de la seguridad; es decir, no se trata propiamente de la seguridad de los derechos de los sujetos individuales, cualquiera que sea su posición em lo contexto social, sino de la seguridad da la nación, de la comunidad estatal, de la ciudad.

Mesmo a política de segurança cidadã, calcada na ação conjunta dos cidadãos na elaboração e aplicação das medidas em prol da segurança é insuficiente. Entende Baratta (2004, p. 157) que ainda neste caso o adjetivo estrangula o substantivo. Em um Estado (para não dizer no Mundo) em que todos possuem direitos fundamentais universais, a política de segurança do cidadão pressupõe a existência de não-cidadãos.

Assim, explica Alessandro Baratta (2004, p. 157):

Sin embargo, en este último caso, al igual que en los otros dos, el adjetivo estrangula, por así decirlo, al sustantivo. Desde el punto de vista jurídico, pero asimismo desde el psicológico, “seguros” podrían y deberían estar, sobre todo, los sujetos portadores de derechos fundamentales universales (los que no se limitan a los ciudadanos), y éstos son todas y cada una de las personas físicas que se encuentran en el territorio de un Estado, de una ciudad, de un barrio o de outro lugar público, de una casa o de otro edificio o espacio privado. “Seguros” em relación con el disfrute y la protección efectiva de aquellos derechos frente a cualquier agresión o incumplimiento por parte de otras personas físicas que actúan en el ámbito de competencias, poderes de derecho o de hecho que esas personas tengan, como funcionarios o particulares, en alguno de los distintos ámbitos territoriales.

Por outro lado, um segundo ponto destacado por Alessandro Baratta refere-se à relação entre política criminal e política social. A política social, neste contexto, tem por objeto (e não sujeito) as pessoas vulneráveis, provenientes de grupos marginalizados e tidas como perigosas. Ocorre que as ações sociais não visam suprir insegurança em relação a seus direitos fundamentais, mas sim a aumentar o nível de segurança das potenciais vítimas. A inversão que precisa ser feita é no sentido de que a política social traga em si a ideia de segurança como segurança dos direitos das pessoas físicas (BARATTA, 2004, p. 158-160).

Por fim, a constatação mais radical do autor segue no sentido de que o sistema penal em si está incapacitado de garantir as condições de segurança, o que limita bem o alcance da política criminal como meio de redução da criminalidade. Indicam-se quatro aspectos: em primeiro lugar, o controle penal pode intervir unicamente sobre os efeitos, em

detrimento das causas da violência e da violação de direitos; em segundo lugar, o sistema penal atua contra as pessoas e situações – trata-se de uma garantia, o direito penal do fato, baseado na culpabilidade; em terceiro lugar, atua de maneira reativa e não preventiva, ou seja, quando as consequências já ocorreram; por último, o sistema penal protege, mais que as vítimas potenciais e reais, a validade das normas (BARATTA, 2004, p. 161).

Massimo Pavarini também é incisivo em sua crítica à política de segurança pública. Para o autor, o passo mais importante seria as pessoas se conscientizarem em cometer o menor número de erros possíveis, uma vez que a segurança não é um problema passível de solução (2006, p. 238). Na mesma linha de Alessandro Baratta, Pavarini conclui que “la seguridad puede ser entendida y gobernada como bien público sólo en la producción de mayor seguridad de los derechos de todos” (2006, p. 238).

Assim, o autor visualiza uma atuação em sentido contrário ao do governo da segurança privada, isto é, trabalhando na ampliação dos espaços onde fluem os direitos, os espaços públicos da política.<sup>80</sup> A idéia é poder lidar melhor com os riscos e não simplesmente procurar refutá-los.

Uma solução sugerida por Baratta é a renovação das práticas de segurança pela via da *prevenção proativa* (para distingui-la da prevenção reativa, própria da pena) plural e de cunho eminentemente extrapenal. Conforme o autor, os elementos que caracterizam esta renovação são:

[...] por un lado, el ingreso de la comunidad local en esta estrategia y, consecuentemente, la pluralidad de organismos que participan en el nivel local y nacional. Esto significa que el liderazgo no corresponde automáticamente a los cuerpos de policía, aunque este nuevo movimiento ha surgido, en parte desde una reflexión en el interior de aquélla. Por otro lado, la extensión de las acciones preventivas no está limitada a las variables situacionales e sociales de infracciones a la ley penal, sino que también se dirige, por lo menos de modo potencial, hacia conductas y situaciones no formalmente delictivas que se pueden calificar, utilizando un término francés, como *incivilités* (conductas invilizadas). (2004, p. 162):

Mesmo reconhecendo que tais práticas têm também o viés de sofisticação dos métodos punitivos, de forma mais aprimorada, o que pode, muito bem, representar uma expansão do sistema penal ou ainda vir a incorrer nos mesmos vícios do sistema existente, ou

---

<sup>80</sup> “Si la política de la seguridad como bien privado convence de reducir nuestros derechos para correr menos riesgos, la política de la seguridad como seguridad de los derechos de todos, convence de correr más riesgos para garantizar el ejercicio de nuestros derechos” (PAVARINI, 2006, p. 239).

mais, reproduzindo-o, Baratta vê, esperançoso, mais pontos positivos que negativos. Conclui (2004, p. 166):

No obstante, hay potencialidades de desarrollo más positivo, en el sentido de una defensa de los más débiles contra los más fuertes, de un control democrático de las situaciones problemáticas; potencialidades que quizá se pueden rescatar, especialmente si los esfuerzos realizados em pro de una nueva prevención se orientan hacia el modelo antes denominado “francés”, privilegiando la prevención soivial com respecto a la situacional y buscando también, y sobre todo em la prevención social, un alto grado de especificidad. La especificidad no es necesariamente exclusiva de la prevención situacional, y la generalidad no es inevitable en la prevención social em términos muy específicos.

Um controle alternativo da violência, na visão de Alessandro Baratta, seria aquele baseado em uma estratégia global levando-se em conta toda a fenomenologia da violência. Além disso, o controle precisa basear-se nos princípios da igualdade e da legalidade, o que significa dizer que deve evitar estrategicamente a criminalização dos mais vulneráveis e a impunidade dos mais fortes. Deve, ainda, ser um controle eficaz e não simbólico e, para tanto, dirigir-se às causas e não somente às manifestações dos conflitos e da violência; e ainda mais, ter por objeto situações e não somente os comportamentos, além de ser ainda um controle ativo e contextual à agressão (2004, p. 351-352).

O que se chama de *nova prevenção* superaria, inclusive, a relação bem difundida entre condições sociais e índice de criminalidade. Não se ignora, portanto, que em países tidos como desenvolvidos socialmente a criminalidade ainda pode apresentar-se em números consideráveis. Propõe-se, dessa forma, a redução da criminalidade sem recorrer ao sistema penal, verificando-se empiricamente o objetivo alcançado, isto é, não se baseando em convicções difundidas (PAVARINI, 2006, p. 243). A proposta ora discutida está abalizada em alguns parâmetros: a) na sobreposição da dimensão “local”, em detrimento do “global”, com o maior nível de desconcentração possível; b) pressupõe a mobilização da população, ou seja, em torno da ação de prevenção é necessário um amplo consenso social; e c) a vigilância policial se põe ao lado dos serviços sociais. (PAVARINI, 2006, p. 246-247).

Pensa-se que a ênfase dada ao “local” contra o “nacional” origina-se da ideia de que a questão da segurança pública não é tarefa monopolizada pelo Estado, tendo em vista, inclusive, que sua capacidade na solução dos problemas encontra-se questionada pela denominada crise de governabilidade, de forma que a ação extraestatal restringe-se quase que necessariamente em nível local.

Todavía, o risco da política local ser mera reprodutora da perversa política acima descrita é considerável. Como também já referido, o êxito da política criminal e da política de segurança pública está muito mais relacionado a uma nova concepção de bem-estar, que assegure ao máximo possível o gozo de direitos. Em âmbito local, a legitimação democrática pode atingir níveis mais interessantes e a opinião pública é mais clara em pontuar os problemas. Além disso, a possibilidade de real integração comunitária entre polícia, agências de prevenção social e cidadãos também é maior.

Como assevera Pavarini (2006, p. 259):

En efecto, la necesidad de seguridad de los ciudadanos no es solamente una necesidad de protección frente a la criminalidad, o bien, para los sujetos desventajados, una necesidad de protección de los procesos de criminalización y/o victimización. Y las investigaciones sobre la opinión pública e sus sentimientos de pánico social confirman esta convicción. El bien público de la seguridad corresponde a la necesidad de estar y de sentirse seguros y garantizados en el ejercicio de todos los derechos propios: derecho a la vida, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y de las propias capacidades, derecho de expresión y de comunicación, derecho a la calidad de vida, así como también el derecho a controlar e influir realmente en las condiciones de las que depende, en concreto, la existencia de cada uno.

Dessa forma, concorda-se com Pavarini<sup>81</sup> no sentido de ser improvável que o governo da segurança se realize em sua completude, pois isso pressupõe a máxima efetivação dos exercícios dos direitos mencionados. Também é possível que as políticas locais não superem o mero controle administrativo da criminalidade, porém, essas ideias apresentam-se como alternativa viável para a transformação do cenário da violência e da criminalidade, num futuro próximo.

### **3.3 A segurança pública como segurança dos direitos**

Eduardo Pizato (2012, p. 64) propõe um enfoque para além da perspectiva criminal da segurança, buscando fundamentos hermenêutico-constitucionais para um novo paradigma. Pois bem, para o autor, a segurança insere-se no rol dos direitos sociais fundamentais, atrelada à proteção integral de direitos.

---

<sup>81</sup> Pessimista o autor conclui: “no cultivo ninguna fe a priori en la capacidad de gobierno democrático de la seguridad por parte de las administraciones locales, pero, al mismo tiempo, no veo tampoco con qué otro recurso se puede contar, asumiendo que el proceso de imputación de responsabilidad para el gobierno de de la seguridad a nivel local no parece objetivamente eludible” (2006, p. 264).

Portanto, acima do direito à segurança pública está o direito à segurança social. O direito à segurança apresenta, dessa forma, duas facetas: por um lado exige prestações positivas de cunho material, destinadas à toda a população, e, por outro, prestações positivas de ordem legal, que consistem no incremento dos direitos e garantias do imputado. Trata-se da combinação de medidas preventivas e repressivas “expressas respectivamente nos modelos de *segurança dos direitos*, de caráter democrático-emancipatórios, associados ao direito fundamental à segurança social, e de *direito à segurança*, de ordem tecnocrático-regulatório, imbricado com o direito fundamental à segurança pública”. (PIZATO, 2012, p. 66).

Segundo a reflexão desse autor, a municipalização da segurança pública é caminho viável para cumprir ambas as vertentes da segurança pública:

À evidência, não se intenta com essa digressão sobre a extensão do conceito de segurança previsto no rol dos direitos sociais estipulados pelo art. 6º da Constituição Federal, estabelecer uma aporia entre prevenção e repressão, segurança e direitos humanos, técnica e política, emancipação e regulação. Acredita-se, isto sim, que a interpretação da segurança na perspectiva de um direito social fundamental permita consubstanciar, no plano constitucional, a atual tendência à municipalização da segurança pública, operada mediante a participação da cidadania, através do estabelecimento de uma gestão compartilhada, primeiro, entre os entes federados e suas respectivas agências de segurança (União, Estados e Municípios), depois, destes, sobretudo o poder local, com diversos atores e segmentos sociais. (PIZATO, 2012, p. 66).

Carlos Roberto Siqueira Castro (2010, p. 273), vislumbrando a abertura constitucional,<sup>82</sup> atenta também para a necessidade de se conjugar a atividade repressiva com estratégias de libertação e emancipação social dos oprimidos. De fato, o conteúdo normativo

---

<sup>82</sup> Quanto à temática, explica Carlos Roberto Siqueira Castros, “Vale lembrar, de acordo com essa visão ampliada e sociologicamente aberta da Constituição dos nossos dias, que se apresenta obsoleta e sem maior serventia à noção clássica de constituição material, utilizada para contrastar a idéia de constituição formal, na perspectiva de que já não mais prevalece uma definição unívoca e universal do que sejam matérias constitucionais. A experiência constituinte das últimas décadas (...) arrola, com as naturais variantes culturais e geopolíticas, uma verdadeira miríade de questões, que desafia qualquer classificação temática criteriosa e imbuída de satisfatória cientificidade. O vetusto sentido material da constituição, tão festejado pelos doutrinadores do fim do século 19, e que coincidia, desde a antiguidade, com a idéia reducionista da organização política do Estado, positivamente não mais corresponde à agenda política da atualidade. A idéia de abertura constitucional ganha corpo na doutrina publicista dos anos 90, tendo como referência maior os penetrantes estudos de HÄBERLE desenvolvidos vinte anos antes na Alemanha acerca da constituição aberta, a sua vez inspirados na obra sociológica de KARL POPPER sobre a sociedade aberta. Transcreve-se, aqui, a descrição de tal entendimento, consoante procedida por PABLO LUCAS VERDU, que enfatiza os dados de ambiência sócio-cultural e dos valores assimilados (e assimiláveis) pelas comunidades políticas, como determinantes do fenômeno da abertura constitucional: ‘*a mi juicio, la abertura constitucional quiere decir que las Constituciones actuales de los Estados democráticos se abren a otros contenidos, tanto normativos (derecho canónico, derecho comunitario), como extra-normativos (usos y convenciones, normas de corrección constitucional), como metanormativos (valores, postulados morales y de justicia material, magnitudes socioeconómicas).*’ (2010, p. 29-30).

da norma constitucional depende não só da intenção subjetiva daqueles a quem cabe efetivar o direito, mas de condições fáticas, que também são muito necessárias. Uma delas seria a existência de um contexto livre do revanchismo social entre as classes. A esse respeito, Castro argumenta que:

Uma concepção democrática de segurança coletiva haverá, indispensavelmente, de abrir o debate da conflitualidade social, substituindo o tratamento puramente repressivo que tem sido dado aos comportamentos infracionais por novas formas de composição de conflitos e de suprimento das necessidades humanas. Por essa nova enriquecida perspectiva de pacificação da sociedade, a atividade de repressão da delinquência haverá de estar conjugada com estratégias de libertação e de emancipação social dos oprimidos. Sobressai nessa democrática contextualização da segurança pública a participação do cidadão, a integração da comunidade na gestão das instituições policiais e carcerárias, a ênfase na atuação preventiva, as propostas de solução inspiradas na visão globalizante de cada foco de criminalidade, a acessibilidade de todo o povo aos serviços policiais, o desestímulo, a punição e a reparação das práticas policiais abusivas, além do respeito aos direitos humanos e constitucionais de todas as pessoas, sobretudo sem exclusão daqueles que sobrevivem em níveis de miséria e de subcidadania, simbolizados nas populações dos guetos de orfandade social das favelas e do cárcere (CASTRO, 2010, p. 273).

Este modelo interdisciplinar de gestão pública da segurança encontra-se inquestionavelmente delineado na Constituição Federal de 1988, tanto porque estabelece no art. 144, que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, quanto pelo fato de conceber um sistema voltado à efetivação de direitos e garantias fundamentais do cidadão, com mais ênfase ao cidadão sujeito ao sistema penal. Tanto é verdade que 26 dos 78 incisos do artigo 5º da Constituição (Dos direitos e deveres individuais e coletivos) versam sobre a validade da prisão, a possibilidade de *habeas corpus*, a vedação da tortura, das penas cruéis, a necessidade de individualização das penas, o devido processo legal, a duração razoável do processo, dentre muitos outros que, na prática, somam um terço dos direitos ali elencados.

Gomes Canotilho (2007, p. 478) ao refletir acerca do artigo 27º da Constituição Portuguesa, que assegura a todos o direito à liberdade e à segurança, explica que o *direito à segurança* “significa essencialmente garantia de exercício seguro e tranquilo dos direitos, liberto de ameaças ou agressões”. A segurança constitui dessa forma mais uma garantia de direitos do que um direito autônomo, dividindo-se, de qualquer maneira, em duas dimensões: a primeira negativa, resumindo-se no direito de defesa perante as agressões dos poderes públicos e, a segunda, no direito de não ser agredido por outrem. A Constituição Portuguesa ainda assegura, em seu artigo 63º, o direito à segurança social. Segundo

Canotilho, o “direito à sobrevivência e à garantia de condições materiais para uma existência compatível com a dignidade da pessoa humana coloca a questão de saber se, para além do dever dos poderes públicos em garantir os pressupostos mínimos para uma existência humana digna, existe um verdadeiro **direito subjetivo público** por parte dos que não conseguem, de forma autónoma, alcançar esses pressupostos” (2007, p. 814).

Dentre os constitucionalistas pátrios, cabe destacar o que preceitua José Afonso da Silva, o qual discute a ideia de que a Constituição de 1988 privilegiou um conceito de segurança pública como manutenção da ordem pública. E que, em nome da manutenção da ordem pública, conceito demasiadamente genérico, mas que representa em verdade a “situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes” (2010, p. 779), comete-se inúmeros abusos. Para o autor também é chegada a hora de uma revisão acerca da matéria. Argumenta:

Mas a segurança pública não é só repressão e não é problema apenas de polícia, pois a Constituição, ao estabelecer que a *segurança é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos* (art. 144), acolheu a concepção do *I Ciclo de Estudos sobre Segurança*, segundo a qual é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e população. Daí decorre também a aceitação de outras teses daquele certame, tal como a de que “se faz necessária uma nova concepção de ordem pública, em que a colaboração e a integração comunitária sejam os novos e importantes referenciais” e a de que, dada “a amplitude da missão de manutenção da ordem pública, o combate à criminalidade deve ser inserido no contexto mais abrangente e importante da proteção da população”, o que se requer a adoção de outro princípio ali firmado de acordo com o qual é preciso “adequar a polícia às condições e exigências de uma sociedade democrática, aperfeiçoando a formação profissional e orientando-a para a obediência aos preceitos legais de respeito aos direitos do cidadão, independentemente de sua condição social”. (2010, p. 780).

Assim, concorda-se com a tese de que a segurança deve ser primeiramente encarada como segurança dos direitos e, a partir daí, deve-se conceber não só um novo conceito de ordem pública, mas práticas possíveis de viabilizá-lo. A proposta de interiorização das políticas públicas de segurança parece um primeiro importante passo nessa caminhada, assim como o é a garantia do espaço público em que se dê o debate, ou seja, a política. A seguir, analisar-se-á a possibilidade de fazer fluir a cidadania nesse contexto, pelo viés comunitário.

### **3.4 Em busca da cidadania perdida: do *homo sacer* ao cidadão total**

A antítese do *homo sacer*, o ser simplesmente matável, é a figura do cidadão total, o cidadão que tem todos os seus direitos assegurados e, boa parte deles, respeitados e efetivados. O cidadão total, na atual conjuntura, existe, mesmo no cenário brasileiro, porém trata-se daquele que, devido à condição social que ocupa, não sofre os efeitos nefastos da violência (em um sentido amplo) e da criminalidade.

Esta classificação dos cidadãos em categorias, resultado do sistema econômico capitalista predominante nas democracias ocidentais, não pode simplesmente ser superada. Não há medida que assegure a simples inversão deste fenômeno. A cidadania – diga-se, a efetivação dos direitos fundamentais – é progressiva, menos ou mais concretizada a depender de diversas instâncias (estatais e sociais) capazes de respeitar e efetivar direitos civis, políticos e sociais.

Nessa perspectiva, tomando-se por base o exemplo brasileiro, considerando o recente período pós-ditadura, é possível dizer que houve grande avanço, de maneira geral, na concretização da cidadania. Do ponto de vista jurídico, a Constituição de 1988 (intitulada “cidadã”) tratou de assegurar os mais fundamentais dos direitos do cidadão, em todas as dimensões clássicas. Também é notável a consequente expansão do acesso à justiça, por meio do Poder Judiciário. Na seara do político, se comparada com a época anterior imediata, houve praticamente plena abertura ao pluralismo de partido, garantindo-se também o sufrágio universal, sendo facultativo o voto dos analfabetos. Salienta-se que o índice de analfabetismo reduziu-se drasticamente nas últimas décadas, período no qual a qualidade de vida do brasileiro também aumentou, levando-se em conta o acesso progressivo aos serviços sociais, as melhorias na área de educação, empregos, etc.

Impressiona então como tais sensíveis avanços não são notados na questão da segurança pública, visto que os índices de violência, de forma genérica, cresceram no mesmo período referido acima. Parte do problema pode ser remetido ao longo caminho que ainda se tem de percorrer para alcançar a cidadania plena. Por outro lado, parece que não houve a superação da lógica que exclui – que produz o excluído – tampouco a da repressão violenta por meio do sistema criminal. Somado a isto, obviamente, figuram diversos fatores culturais associados à violência.

Porém, quando o assunto se refere à classificação dos cidadãos e à atuação das agências de segurança, é tocante a persistência do cidadão de terceira classe, desprovido quase totalmente de seus direitos e, conseqüentemente, da cidadania. No Brasil, mesmo em

2012, os cidadãos ainda podem ser divididos em classe, isto na ordem interna. Veja-se, por exemplo, a classe dos “elementos”:

Finalmente, há os "elementos" do jargão policial, cidadãos de terceira classe. São a grande população marginal das grandes cidades, trabalhadores urbanos e rurais sem carteira assinada, posseiros, empregadas domésticas, biscateiros, camelôs, menores abandonados, mendigos. São quase invariavelmente pardos ou negros, analfabetos, ou com educação fundamental incompleta. Esses "elementos" são parte da comunidade política nacional apenas nominalmente. Na prática, ignoram seus direitos civis ou os têm sistematicamente desrespeitados por outros cidadãos, pelo governo, pela polícia. Não se sentem protegidos pela sociedade e pelas leis. Receiam o contato com agentes da lei, pois a experiência lhes ensinou que ele quase sempre resulta em prejuízo próprio. Alguns optam abertamente pelo desafio à lei e pela criminalidade. Para quantificá-los, os "elementos" estariam entre os 23% de famílias que recebem até dois salários mínimos. Para eles vale apenas o Código Penal. (CARVALHO, 2002, p. 218-217).

Além do cidadão de terceira classe encontra-se o *homo sacer*, para quem sequer as normas do Direito Penal incidem. São verdadeiramente descartáveis, invisíveis. São aqueles cuja morte não tem qualquer valor ou significado. Como já apontado na primeira parte deste trabalho, pode-se, paradoxalmente, percebê-los na invasão da polícia militar paulista na Casa de Detenção do Carandiru, que para interromper um conflito, matou 111 presos. Na ação de policiais mascarados que massacraram 21 pessoas em Vigário Geral, no Rio de Janeiro. No episódio conhecido como Chacina da Candelária, em que sete menores, moradores de rua, foram fuzilados por policiais militares. Em Eldorado do Carajás, onde policiais militares do Pará mataram 19 trabalhadores sem-terra (CARVALHO, 2002, p. 214). E, mais recentemente, na “limpeza” da chamada Cracolândia em São Paulo, bem como na desapropriação do Bairro do Pinheirinho.

A saída teórico-jurídica para tanto desrespeito à cidadania vem sendo insistentemente procurada pela ética dos direitos humanos, que possibilitará a existência do cidadão cosmopolita. Em linhas gerais, todo ser vivente é possuidor de direitos universais, contra e acima de qualquer Estado. Assim também entende Milton Santos:

O simples nascer investe o indivíduo de uma soma inalienável de direitos, apenas pelo fato de ingressar na sociedade humana. Viver, tornar-se um ser no mundo, é assumir, com os demais, uma herança moral, que faz de cada qual um portador de prerrogativas sociais. Direito a um teto, à comida, à educação, à saúde, à proteção contra o frio, a chuva, as intempéries; direito ao trabalho, à justiça, à liberdade e a uma existência digna. (SANTOS, 2007, p. 19).

O geógrafo tem uma concepção muito próxima da ética dos direitos humanos, ao passo que não lhe é difícil concluir que a cidadania é inerente a qualquer ser vivente. Veja-se:

O respeito ao indivíduo é a consagração da cidadania, pela qual uma lista de princípios gerais e abstratos se impõe como corpo de direitos concretos individualizados. A cidadania é uma lei da sociedade que, sem distinção, atinge a todos e investe cada qual com a força de ser respeitado contra a força, em qualquer circunstância. (SANTOS, 2007, p. 19).

Em contrapartida, esta ética vem funcionando muito mais como instrumento de resistência dos bem intencionados – de inegável valor – do que instrumento de efetiva transformação, visto que ainda concorre com estratégias que fazem dos direitos humanos instrumentos de legitimação da conquista imperial capitalista.

Pensa-se que a saída prática, espontânea, vem ocorrendo na resistência dos movimentos sociais, os quais, mesmo sob forte tendência de criminalização, conseguem impor-se perante o governo e a sociedade excludente, lutando por direitos ao exigirem o simples cumprimento da Constituição Federal. Tome-se por exemplo o Movimento dos Sem Terra, destacado por José Murilo de Carvalho (2002, p. 202-203):

No que se refere à prática democrática, houve frustrações mas também claros avanços. Um dos avanços tem a ver com o surgimento do Movimento dos Sem Terra (MST). De alcance nacional, o MST representa a incorporação à vida política de parcela importante da população, tradicionalmente excluída pela força do latifúndio. Milhares de trabalhadores rurais se organizaram e pressionam o governo em busca de terra para cultivar e financiamento de safras. Seus métodos, a invasão de terras públicas ou não cultivadas, tangenciam a ilegalidade, mas, tendo em vista a opressão secular de que foram vítimas e a extrema lentidão dos governos em resolver o problema agrário, podem ser considerados legítimos. O MST é o melhor exemplo de um grupo que, utilizando-se do direito de organização, força sua entrada na arena política, contribuindo assim para a democratização do sistema.

Na área da segurança pública, ao que parece, o agir coletivo comunitário representa a resistência não só à violência sistêmica, que paira sob a sociedade, mas também ao agir institucional que não satisfaz à população que sofre com a violência. Diferentemente da ação individual, os movimentos são sistemas de ação operando em um campo sistêmico de possibilidades e limites. A organização tem um ponto crítico de observação certo, níveis de análise predefinidos, bem como meio e modo de atuação organizados, vinculados às orientações do movimento. Os movimentos são construções sociais (BEIRAS, 2006, p. 80).

Iñaki Rivera Beiras assevera que “comportamientos colectivos y movimientos sociales constituyen tentativas sobre un conjunto de valores tendentes a redefinir la forma de la acción social y de influenciar sus consecuencias” (2006, p. 80-81). Comportamentos coletivos e movimentos sociais agem segundo o grau e o tipo de mudança que intentam provocar no sistema e segundo os valores e o nível de integração interna própria (BEIRAS, 2006, p. 81).

No Brasil, a própria crítica à ação repressiva institucional e à precariedade do sistema penal como um todo (a evidenciar-se no sistema carcerário) faz surgir movimentos com vistas a contribuir na elaboração e efetivação de políticas públicas na área de segurança. O surgimento de organizações não governamentais e programas comunitários é tendente. Além disso, movimentos já consagrados persistem como o Movimento Nacional de Direitos Humanos e as pastorais da Igreja Católica. Estes figuram lutando por uma série de direitos ainda não efetivados, pela lenta transição entre o autoritarismo e a democracia, como listados por Mariano (2009, p. 45):

o principal papel dos movimentos sociais na transição democrática, no que tange ao setor de segurança pública, é não perder de vista, por exemplo, o fortalecimento das ouvidorias de polícia, como órgão autônomo e independente de controle social e fiscalização da atividade policial. Não perder de vista a necessidade de amplas reformas estruturais no sistema de segurança pública, tais como: a) revisão do inquérito policial, sobretudo o poder inquisitorial da polícia, de indiciar pessoas; b) revisão dos regulamentos disciplinares das polícias militares; c) desvinculação da polícia como força auxiliar e reserva do Exército; d) extinção dos foros privilegiados para julgar policiais militares estaduais; e) instituição de corregedorias autônomas e independentes das direções policiais; e f) inclusão dos municípios como cogestores da política de segurança pública, ampliando o campo da prevenção da violência e da criminalidade. Nesta perspectiva de inclusão do poder local no sistema de segurança pública, é fundamental ampliar o debate sobre a regulamentação das guardas civis municipais como polícias preventivas e comunitárias. Nós temos um legado no Brasil de policiamento ostensivo de caráter repressivo. Aprofundar o perfil de uma futura agência municipal de segurança pública, preventiva e comunitária, é imperativo para oxigenar o sistema. (MARIANO, 2009, p. 45).

Reconhece-se, portanto, que a cidadania pode se efetivar e fluir pelo viés comunitário. O agir organizado de movimentos sociais pode, de forma concreta, contribuir para a transformação do sistema vigente, de maneira a diminuir a violência (seja no viés sistêmico, seja na prevenção de crimes violentos). Raramente se vê movimentos verdadeiramente organizados, cuja atuação seja em prol do agir repressivo, ou seja, da

radicalização do sistema atual. As circunstâncias fazem aparecer movimentos legítimos e por isso mesmo, com fins legítimos.<sup>83</sup>

O cidadão total é aquele que pode e age politicamente e, para tanto, necessita do espaço público seguro. A segurança pública e a política criminal não é matéria restrita à pauta da Polícia e do sistema criminal. Pelo contrário, devem iniciar-se, se pretendem ter, de fato, efeitos na prevenção de delitos e na criação de um espaço efetivamente seguro, na compreensão das causas da violência, e em suas soluções.

---

<sup>83</sup> Mesmo o PCC (Primeiro Comando da Capital) surgiu com a finalidade de fazer garantir os direitos dos presos no sistema carcerário paulista. Desvirtuado de sua proposta inicial, tornou-se a organização criminosa mais temida do país. Note-se que o Estado paga por seu próprio excesso.

## CONCLUSÃO

Sem a pretensão de haver esgotado o tema, pode-se concluir, num primeiro momento, que o Estado contemporâneo se funda em uma forma muito peculiar de soberania, qual seja, aquela que se apoia no estado de exceção permanente e na fragilidade da vida nua. Na prática, referido contexto se apresenta como indeterminação e vazio jurídico, isto é, de acordo com esta perspectiva não há mais que se falar em segurança jurídica, já que todo e qualquer direito pode ser suspenso, independentemente das formalidades legais em torno da decisão soberana.

A radicalidade dessa constatação deve ser encarada com ressalvas, a fim de se evitar o completo impasse teórico quanto à visualização de saídas para a problemática. Todavia, a necessidade de ir tão fundo fez-se imperativa, visto que as dificuldades normalmente identificadas pela crítica do direito penal e da criminologia podem ter raízes bem mais profundas e necessariamente intrincadas com a estrutura do direito como é posto atualmente.

Obviamente que, com a construção filosófica aqui realizada, pretendeu-se apresentar uma nova leitura para a crise do direito contemporâneo. Assim sendo, não se trata de rechaçar completamente o direito moderno no mundo ocidental, mas sim de ter uma visão mais apurada de seus muitos pontos falhos, para então enfrentar a questão da violência e da criminalidade com mais lucidez.

Portanto, não se pode desconsiderar que, no dito estado de exceção permanente, a política também se caracteriza por uma forma peculiar: a biopolítica, que é a política sobre a vida. Michel Foucault já teria identificado que tal política se exerce sobre uma forma muito característica de vida, qual seja: a vida nua, melhor dizendo, a vida desprovida de qualquer estatuto jurídico. Os estudos de Giorgio Agamben demonstraram que a biopolítica moderna, ou ao menos aquela do século XX, não se restringiu à promoção da vida, pelo contrário, tem por principal predicado a decisão sobre a morte, implica dizer, sobre qual vida interessa, ou não, ao Estado. A biopolítica possui uma faceta obscura consistente na tanatopolítica. Supera-se o binômio fazer viver/deixar morrer para dar espaço ao fazer sobreviver. Este seria o ápice do processo de politização da vida.

Diante disso, surge, mesmo no cenário do Estado Democrático, a figura do *homo sacer*: o cidadão cuja vida e morte não interessa ao Estado nem afeta ninguém. A

existência desta figura revela a condição jurídica na contemporaneidade. Uma condição frágil, calcada na ética universal dos direitos humanos, a qual se mostrou insuficiente em relação aos abusos cometidos pelos Estados nacionais, ou mesmo pela genérica exposição à morte nos dias atuais.

Essa forma de vida, desprovida de qualquer segurança, cuja morte não importa, embora coloque em xeque todo o ordenamento, pode ser vista em locais específicos e normalmente é identificada em pessoas excluídas socialmente, ou seja, pessoas de qualquer forma estigmatizadas na sociedade (mendigos, prostitutas, loucos, presidiários, etc.). Portanto, paradoxalmente, tais pessoas podem ser identificadas e os lugares onde elas são costumeiramente abandonadas também podem ser delineados, embora a exceção permanente seja ilocalizável, ou seja, paire sobre toda sociedade.

Giorgio Agamben utiliza o exemplo do campo de concentração nazista transferido aos atuais campos de refugiados, mas acredita-se não ser equivocado colocar neste rol, também as favelas brasileiras e os bairros pobres sujeitos à violência de todo gênero.

Implica a conclusão de que o Brasil não só se enquadra no conceito de estado de exceção permanente, como sua história revela que aqui, guardadas as peculiaridades, os exemplos do agir excepcional são muito mais corriqueiros do que no próprio contexto norte-americano e europeu, para onde Giorgio Agamben direcionou seu olhar.

Assim sendo, considerou-se que a violência é característica inerente ao Direito; isto implica dizer que o Direito Penal é o meio por excelência de fazer prevalecer a norma. Pelo fato de apresentar esta faceta, toda a segurança perdida genericamente no império do estado de exceção permanente é cobrada do Estado e proporcionada por ele na forma do agir repressivo. A este movimento deu-se o nome de fetichismo penal.

No contexto brasileiro não se pode perder de vista que, em toda sua história, foi reproduzida uma lógica excludente e repressiva contra cidadãos de origem africana, indígena ou mestiços, de forma que a exceção permanente para este povo sempre existiu. Nos dias atuais o Brasil sofre os mesmos efeitos da hipertrofia das funções repressivas ocorrida em todo o mundo, porém, sobre esta mesma classe. Em termos psicanalistas, tal fato representa, no interior da sociedade, a negação do “Outro” que compõe a própria sociedade, consubstanciada na criminalização do excluído. Portanto, há uma ligação muito peculiar entre

a seletividade do sistema penal e o paradigma político vigente de estado de exceção e de decisão sobre a vida nua.

O “direito penal do inimigo”, neste contexto, figura como a teorização da exceção permanente; convivendo com outras teorias expansivas, esta ganhou significativo destaque no Brasil, já que coincide com a lógica vigente e com o surgimento de organizações criminosas a embaterem fortemente contra o Estado. Ocorre que, tendo em vista toda a lógica exposta, pensa-se não ser errôneo concluir que esta teoria corrobora – embora haja espaço para uma expansão legítima – com a atuação excludente já identificada.

Depois de feita a crítica, a saída seria a busca por um novo paradigma jurídico-político, entretanto, não é tão fácil propor um modelo radicalmente diverso. Por esta razão, preferiu-se identificar, dentro do contexto posto, as possibilidades de transformação do cenário da violência e da criminalidade. Para tanto foram expostas algumas matrizes cognitivas consideradas errôneas na elaboração da política de segurança pública e na própria política criminal. Também se identificou que o ranço do autoritarismo não foi completamente eliminado da lógica da atuação das instituições responsáveis pela segurança pública, lógica esta que leva ao segregacionismo e à limitação do espaço da política por excelência, o espaço público.

Por fim, percebeu-se que a política criminal clássica não está apta a transformar a presente realidade. E, na questão da cidadania, vislumbrou-se que, somente por meio de um novo viés – não só baseado no sufrágio universal da democracia representativa, com fulcro no princípio majoritário – haverá efetiva mudança do contexto. A fórmula mais adequada para o atual contexto seria uma cidadania baseada no agir comunitário, por meio dos movimentos sociais.

A crença depositada nessa forma de agir político funda-se na espontaneidade com que tais movimentos surgem e atuam, consistindo em resistência natural ao excessivo, ao violento. Em tais ações, há verdadeira prática do direito e não o simples estudo ou contemplação. Portanto, questionando radicalmente o Estado e o direito, não se vislumbra o regaste de um direito romântico, mas sim que se autorize a fruição de novas formas de ação política. Ao desmistificar, desfetichizar, abre-se campo para que a utopia deixe de ser o irrealizável para figurar como possibilidade.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *Crime e violência na sociedade brasileira contemporânea*. *Jornal de Psicologia-PSI*, n. Abril/Junho, p. 7-8, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Traduzido por Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

\_\_\_\_\_. *Estado de Exceção*. Traduzido por Miguel Freitas da Costa. Lisboa PT: Edições 70, 2010-B.

\_\_\_\_\_. *O reino e a glória: uma genealogia teológica da economia e do governo: homo sacer II*. Traduzido por Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011.

\_\_\_\_\_. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Traduzido por Henrique Burigo. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

\_\_\_\_\_. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha Homo Sacer III*. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

\_\_\_\_\_. *O que é o contemporâneo? e outros ensaios*. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó, SC: Argos, 2009.

ALBERTON, Cláudia Marlise. *Tutelas de urgência, emergência e evidência: a questão da sumarização frente ao processo penal garantista*. In CARVALHO, Salo de (org). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

ALVES, Fernando de Brito. *História da cidadania no Brasil: uma abordagem político-jurídica*. In ARGUMENTA, Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, n. 3. Jacarezinho, 2003.

ALVES, Giovanni. *Ocupar Wall Street... e depois?* In HARVEY, David [et. al]. *Occupy*. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

\_\_\_\_\_. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. *Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem*. Artigo produzido para a conferência “Do estado social ao estado penal”, proferida no “1º Congresso Paranaense de Criminologia”, realizado em novembro de 2005, em Londrina.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos, 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

\_\_\_\_\_. *Princípios do direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal*. Tradução de Francisco Bissoli Filho. In *Doctrina Penal. Teoria e prática en las ciencias penais*. Ano 10, n. 87, p. 623-650. Florianópolis, 2003.

\_\_\_\_\_. *Criminología y sistema penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF, 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. *A questão criminal no Brasil contemporâneo*. In *Revista Margem Esquerda: ensaios marxistas*, nº 8. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006.

\_\_\_\_\_. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BEATO, Claudio. *Crime e cidades*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

BEIRAS, Iñaki Rivera. *¿De qué (y quiénes) hablamos cuando nos referimos a los movimientos sociales?* In BERGALLI, Roberto. BEIRAS, Iñaki Rivera. *Emergencias urbanas*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2006.

BENJAMIN, Walter. *Teses sobre o conceito da História*. In *Obras escolhidas*. Tradução de Sergio Paulo Rouanet. São Paulo, Brasilense, 1985, v. I.

\_\_\_\_\_. *Crítica da violência – crítica do poder*. In *Documentos de cultura, documento de barbárie: escritos escolhidos*. Tradução de Celeste H. M. Ribeiro de Souza (et. al.). São Paulo: Cultrix: Editora da USP, 1986

BERCOVICI, Gilberto. *Carl Schmitt e a tentativa de uma revolução conservadora*. In ALMEIDA, Jorge de. BARDER, Wolfgang Bader (orgs). *Pensamento alemão no século XX: grandes protagonistas e recepção das obras no Brasil*. Volume 1. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

BLANCO, Antonio Carlos Carballo. *Prevenção primária, polícia e democracia*. In *Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança*. Caderno do ILANUD, 2002.

BRASIL. Ministério da Justiça. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen, Referência 06/2011. Disponível em: <portal.mj.gov.br>. Acesso em 15 de dezembro de 2011.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34/ Edusp, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Volume 1. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra PT: Coimbra Editora, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Sorocaba, SP: Editora Minelli, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

\_\_\_\_\_. *A formação das almas* – imaginário da República do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico*. In FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

\_\_\_\_\_. *O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo*. In: Ricardo Marcelo Fonseca. (Org.). *Direito e discurso: discursos do Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DAVIS, Mike. *Planeta Favela*. Tradução de Beatriz Medina, São Paulo: Boitempo, 2006.

DUPAS, Gilberto. *Economia Global e Exclusão Social: pobreza, emprego, estado e o futuro*. 3ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

ENDO, Paulo. *Corpo, espaço e cidade: tensão e violência na formação da cidade de São Paulo*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 17, n. 81. Nov-dez/2009.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

\_\_\_\_\_. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Traduzido por Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guillhon Abulquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

\_\_\_\_\_. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.

GIACOIA JR., Oswaldo. *Nietzsche e a genealogia do direito*. In FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

\_\_\_\_\_. *Avatares da penologia em tempos de bio-política*. In ALVES, F. B. CAMBI, E. KLOCK, A. B. *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

GIACOIA, Gilberto. HAMMERSCHMIDT, Denise. *La cárcel en España, Portugal y Brasil: la experiencia histórica bajo las perspectivas criminológica*. Curitiba: Juruá, 2012.

HOBBS, Thomas. *Leviathan: or the matter, forme and power of a commonwealth ecclesiasticall and civil*. New York: Touchstone, 1997.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução de Ernildo Stein. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

IBGE, *Censo 2010*. Disponível em: <www.ibge.gov.br>, acesso em 15 de dezembro de 2011.

JACOBS, Jane. *Morte e vida de grandes cidades*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

JAKOBS, Günther. *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*. In MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Volumen 2. Madri: Edisofer S. L., 2006, p. 93-116.

\_\_\_\_\_. *¿Terroristas como personas en Derecho?* In MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Volumen 2. Madri: Edisofer S. L., 2006, p. 77-92.

KARAM, Maria Lúcia. *Pela abolição do sistema penal*. In PASSETTI, Edson. *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito penal constitucional e exclusão social*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

LATOUR, Bruno. *Reflexão sobre o culto moderno dos deuses fe(i)tiches*. Traduzido por Sandra Moreira. São Paulo: Edusc.

LÉRIAS, Reinéro Antonio. *As Constituições brasileiras: direitos fundamentais e cidadania*. In CAMBI, Eduardo. KLOCK, Andrea Bulgakov. ALVES, Fernando de Brito. *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

MADEIRA DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

MARIANO, Benedito Domingos. *O papel dos movimentos sociais nos governos de transição democrática*. In Cadernos Temáticos da CONSEG: Coordenação Geral da 1ª Conferência Nacional de Segurança Pública. Ministério da Justiça, Brasília, 2009.

MARTINS, José de Souza: *O poder do atraso: ensaios de sociologia da história lenta*. Editora Hucitec, SP, 1994.

MELGAÇO, Lucas. *Securização urbana: da psicoesfera do medo à tecnoesfera da segurança*. Tese apresentada ao Departamento de Geografia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Geografia. 2010.

MIR, Luís. *Guerra civil: estado e trauma*. São Paulo: Geração Editorial, 2004.

MISSE, Michel. *Crime e violência no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

MORAIS, Luis Bolzan de. *O estado e seus limites*. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. In OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de [et al.] *vários organizadores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

NASCIMENTO, Daniel Arruda. *Do fim da experiência ao fim do jurídico: percurso de Giorgio Agamben*. Tese de doutorado apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2010.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. Companhia de Bolso, versão digital.

OKSALA, Johanna. *Violence and the biopolitics of modernity*. In Foucault Studies, n. 19, pp-23-43, November 2010. Disponível em: <[www.rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/index](http://www.rauli.cbs.dk/index.php/foucault-studies/index)>.

OLIVEIRA, Leonardo. *Relendo "Vigiar e punir"*. In DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 4, n. 2, 2011.

OTERO, Paulo. *A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Cascais: Princípia Editora, 2010.

PAOLI, Maria Célia. *O mundo do indistinto: sobre gestão, violência e política*. In OLIVEIRA, Francisco de. RIZEK, Cibele Saliba. *A Era da Indeterminação*. São Paulo: Boitempo, 2007.

PAVARINI, Massimo. *Políticas de seguridad y conflictos metropolitanos*. Algunas reflexiones críticas sobre la experiencia italiana (vivida de cerca e intensamente). In BERGALLI, Roberto. BEIRAS, Iñaki Rivera. *Emergencias urbanas*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2006.

\_\_\_\_\_. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. 1ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Violência urbana*. São Paulo: Publifolha, 2003.

PINHEIRO, Luana [et. al.]. *Retrato das Desigualdades de gênero e raça*. 3. ed. Brasília: Ipea: SPM: UNIFEM, 2008. Disponível em: <[www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br)>. Acesso em: 15 de dezembro de 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. In TELES, Edson. SAFATLE, Vladimir. *O que resta da ditadura*. São Paulo: Boitempo, 2010.

PIZATO, Eduardo. *Do direito à segurança à segurança dos direitos: uma análise sociopolítica e criminológica acerca dos sentidos da participação na gestão de políticas municipais de segurança na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

ROXIN, Klaus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUDGE, Ana Maria. *Versões do supereu e perversão*. In Psicologia: reflexão e crítica. Revista do curso de pós-graduação em psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>.

RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. 7ª ed. São Paulo: EdUSP, 2007.

SANTOS, Laymert Garcia dos. *Brasil contemporâneo: estado de exceção?* In OLIVEIRA, Francisco de. RIZEK, Cibele Saliba (orgs.). *A Era da Indeterminação*. São Paulo: Boitempo, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia radical*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Editora Vozes, 1992.

\_\_\_\_\_. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006,

SEVCENKO, Nicolau. *A Revolta da Vacina: mentes insanas em corpos rebeldes*. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

SILVA, Eliezer Gomes da. *Sistema penal, democracia e direitos humanos: conexões locais e globais entre direito, poder e discurso na modernidade tardia*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza-CE, em Junho de 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010

SILVA, Lucas Soares e. HANSEN, Thiago Freitas. *Heranças da “Era da Ciência”: a seletividade penal disfarçada (1870-1938)*. In Argumenta: Revista do programa de mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, n. 13 (julho/dezembro). Jacarezinho, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TELES, Edson. *Entre justiça e violência: estado de exceção nas democracias do Brasil e da África do Sul*. In TELES, Edson. SAFATLE, Vladimir. *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

\_\_\_\_\_. *Democracia, segurança pública e coragem para agir na política*. In HARVEY, David [et. al]. *Occupy*. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2012.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2010: anatomia dos homicídios no Brasil*. Instituto Sangari. Disponível em <<http://www.sangari.com>>. Acesso em 15 de dezembro de 2011.

\_\_\_\_\_. *Mapa da violência 2012: os novos padrões da violência homicida no Brasil*. Instituto Sangari. Disponível em < <http://www.sangari.com>>. Acesso em 18 de junho de 2012.

WACQUANT, Loïc. *Os condenados da cidade: estudos sobre marginalidade avançada*. Tradução de João Roberto Martins Filho... et al. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

\_\_\_\_\_. *As prisões da miséria*. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

\_\_\_\_\_. *O inimigo no direito penal*. 2 ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

ZAVERUCHA, Jorge. *Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988*. In TELES, Edson. SAFATLE, Vladimir. *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

ŽIŽEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do Real! : cinco ensaios sobre o 11 de Setembro e datas relacionadas*. Traduzido por Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

\_\_\_\_\_. *Violência: seis notas à margem*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Portugal: Relógio D'Água Editores, 2009.