

JOSÉ RICARDO MARCONDES RAMOS

O INIMIGO NO DIREITO PENAL
ANÁLISE DOS PROCESSOS MIGRATÓRIOS DE FORMAÇÃO DO INIMIGO E OS
DESAFIOS DA EXECUÇÃO PENAL

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR ASSOCIADO ALVINO AUGUSTO DE SÁ

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2016

JOSÉ RICARDO MARCONDES RAMOS

O INIMIGO NO DIREITO PENAL
ANÁLISE DOS PROCESSOS MIGRATÓRIOS DE FORMAÇÃO DO INIMIGO E OS
DESAFIOS DA EXECUÇÃO PENAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob orientação do Professor Associado Alvino Augusto de Sá.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2016

O INIMIGO NO DIREITO PENAL
ANÁLISE DOS PROCESSOS MIGRATÓRIOS DE FORMAÇÃO DO INIMIGO E OS
DESAFIOS DA EXECUÇÃO PENAL

JOSÉ RICARDO MARCONDES RAMOS

DATA: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA:

1º EXAMINADOR: _____

Professor Associado Alvino Augusto de Sá

2º EXAMINADOR: _____

3º EXAMINADOR: _____

O Vira-Lata

**Quando em noites nostálgicas de lua
Passeio a sós pela madrugada
Vejo sempre um cachorro pela rua
Virando a lata a tanto custo achada**

**Sem compaixão da grande mágoa sua
Não falta quem lhe atire uma pedrada
E ele humilde o caminho continua
Deixando a lata imunda na calçada.**

**Ao ver-te assim em pleno abandono
A roer ossos sem ninguém, sem dono
Tenho pena de ti, cão vagabundo**

**Pois eu sou como tu desde menino
A receber pedradas do destino
Virando a grande lata deste mundo!**

(Paulo Francisco Cunha Marcondes)

Para Karla e Vinícius,
por terem mudado a minha vida
E por terem feito tudo valer a pena.

AGRADECIMENTOS

O meu primeiro agradecimento não poderia ser para outra pessoa, senão o Prof. Alvino Augusto de Sá. Durante a elaboração da minha pesquisa, o Prof. Alvino foi-me muito mais do que apenas o orientador. Além de ter sido um farol acadêmico que não me deixou perder o rumo, mesmo nos mais nebulosos dos momentos, e além de ter explicado pacientemente um sem número de vezes as suas teorias e escritos, também mostrou compreensão e afeto que somente um verdadeiro mestre pode carregar. Muito obrigado, Alvino. Sem você esta pesquisa não teria sido possível.

Agradeço também à Professora Associada Ana Elisa Bechara e à Professora Ana Gabriela Mendes Braga que, em diferentes oportunidades, indicaram diferentes caminhos acadêmicos que me ajudaram durante a pesquisa e mesmo fora dela. Aproveito para fazer um agradecimento especial à Professora Ana Elisa por não me permitir desistir do Direito Penal e da academia.

Faço também um agradecimento ao meu amigo e companheiro de academia Pedro Iokoi por ter mantido viva em mim a chama da pesquisa mesmo quando parecia impossível. Seu apoio foi fundamental para que eu pudesse atravessar períodos de importância e dificuldades ímpares.

Agradeço também aos meus amigos Lucas, Kin, Tiago, Paschoal, Riccardo, Rafael, Eric, Rodolfo, Alessandro, Pedro, Caio, Bruno Gregório, Jéssica e Renato, pelo companheirismo e pela compreensão das minhas ausências ao longo deste período de pesquisa, assim como pelo apoio indispensável em todos os momentos importantes da minha vida.

À minha mãe, Thereza Christina, e aos meus irmãos, Alessander, Marcello e Luis Fernando, faço também um agradecimento muito especial, pelo amor incondicional mesmo enfrentando a distância física e temporal, mas nunca sentimental. Devo a vocês a base do meu desenvolvimento pessoal e jurídico que me trouxe até aqui. Esta pesquisa tem partes de cada um de vocês.

Não posso deixar de agradecer à minha tia Virgínia, Dinda de todos, por todas as orientações formais e informais, debates acadêmicos, estratégias de estudo... enfim!, por ter sido um dos importantes pilares para o desenvolvimento da minha pesquisa. Agradeço até mesmo pelos puxões de orelha e pelos choques de realidade, mas principalmente pelo apoio e pelo incentivo.

Ao meu primo-irmão Caio e ao meu Tio Julio e às minhas primas Thais e Luísa, que sempre compreenderam as minhas ausências e estiveram comigo silenciosamente.

Ao meu avô, Paulo Marcondes, o Velho Poeta! Eu agradeço por todas as doses de poesia que me deu não apenas durante o mestrado, mas durante toda a minha vida. Nós dois sabemos que eu também fui como tu desde menino, recebendo pedradas do destino, virando a grande lata deste mundo!

Agradeço também à minha nova família, William, Julieta, Ellye, Celso e Mayumi, por todas as vezes em que tive que ficar com portas fechadas e olhos nos livros. Saibam que livros e portas nunca nos separarão.

Por fim, preciso fazer aquele que deve ser sempre o mais especial dos agradecimentos, àquela que, além de ser esposa, confidente e melhor amiga, foi sempre a minha companheira de aventuras. Agradeço à minha mulher, Karla, por todos os momentos em que estive ao meu lado, por todos os debates intensos e discussões fervorosas, por todas as noites mal dormidas e todos os finais de semana de estudo. Cada página, cada linha e cada palavra desta pesquisa tem o seu toque especial, a sua contribuição, a sua crítica. Espero que, assim como esta pesquisa, eu possa carregar comigo em cada aspecto da minha vida a sua presença e o seu amor. Este é apenas, de tantos outros projetos que vamos compartilhar juntos.

RESUMO

RAMOS, José Ricardo Marcondes. O Inimigo no Direito Penal: Análise dos Processos Migratórios de Formação do Inimigo e os Desafios da Execução Penal. 2016. 185 p. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Durante toda a história do direito penal ocidental sempre houve ao menos uma categoria social identificada como inimiga, sendo a imagem de inimigo uma constante na realidade operativa do sistema punitivo, criada através da identificação e do incentivo de um determinado fato político suficientemente forte para a criação de uma oposição entre amigos e inimigos. A formação desta imagem de inimigo decorre de dois processos migratórios pelos quais um indivíduo é identificado como inimigo coletivo e, em um segundo momento, como ser diferente. Uma vez atravessados os dois primeiros processos migratórios, tem-se como consequência quase inevitável a ocorrência de um terceiro processo, em que este indivíduo cria uma autoimagem de inimigo. A passagem por estes processos migratórios leva à criação de um sistema punitivo que atua como fator criminógeno e de prisionalização. Para fazer frente a esta realidade, a execução penal deve atuar de forma a não se compatibilizar com estes processos migratórios e, em última análise, revertê-los de forma a atuar efetivamente como instrumento de pacificação social. Neste cenário, a responsabilidade histórica da criminologia, especialmente em sua vertente clínica, é inegável uma vez que fornece uma estrutura de argumento com aparência de cientificidade utilizado para justificar os discursos que levam à criação da imagem de inimigo. Assim, a presente pesquisa fará uma análise destes processos migratórios de formação da imagem de inimigo, de suas causas e consequências, bem como das estruturas de argumento utilizadas nestes processos com a finalidade de compreendê-los para que se possa atuar em sua desconstrução.

Palavras-chave: Criminologia Clínica, Imagem de Inimigo, Inimigo no Direito Penal, Predeterminação, Execução Penal.

ABSTRACT

RAMOS, José Ricardo Marcondes. *The Enemy in the Criminal Law: Analysis of The Migratory Processes of Creation of Enemy Image and The Challenges of The Penal Execution*. 2016. 185 p. Master Degree –Law College, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

Throughout the history of western criminal law, there has always been at least one social category identified as enemy, making the enemy's image a constant in the operative reality of the punitive system, created through the identification and encouragement of a politic fact strong enough to create an opposition between friends and enemies. The creation of the enemy's image stems from two migratory processes by which one individual is identified as a collective enemy and, secondly, as a different being. Once crossed the two firsts migratory processes, an inevitable third process takes place in which this individual creates a self image of enemy. The transition throughout those migratory processes takes to the creation of a punitive system that operates as a criminal and prisional factor. To face this reality, the penal execution needs to operate in order not to conform with those migratory processes and, finally, to reverse them to operate as a social pacification instrument. In this scenario, it is undeniable the historical responsibility of the criminology, especially in its clinical slope, once it provides an argument structure with scientific appearance that takes to the creation of the enemy's image. Thus, the present research will analyze of those migratory processes, its causes and consequences, as well as the argument structure in those processes to comprehend them so the criminal system can operate to its deconstruction.

Key-Words: Clinical Criminology, Enemy's Image, Enemy in the Criminal Law, Predetermination, Penal Execution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1. A CRIAÇÃO DO PUNITIVISMO: DA HUMANIZAÇÃO DAS PENAS AO ESTADO PENAL	21
1.1. Da Ostentação dos Suplícios à Humanização das Penas: a Queda do Antigo Regime e a Formação da Racionalidade Penal Moderna	21
1.2. A Escola Positiva e o Novo Paradigma Social Europeu Pós Revolução Francesa.....	33
1.3. O Nascimento da Criminologia no Brasil e a Formação da Identidade Nacional Republicana.....	39
1.4. Sistema Penal Atual: do Estado Providência ao Estado Penal.....	48
CAPÍTULO 2. PROCESSOS MIGRATÓRIOS DE FORMAÇÃO DA IMAGEM DO INIMIGO NO DIREITO PENAL	57
2.1. Existência e Utilidade do Inimigo.....	57
2.2. Essência e Conceituação do Inimigo	61
2.2.1. Primeiro Processo Migratório de Formação do Inimigo: Passagem do Inimigo Individual ao Inimigo Coletivo	65
2.2.1.1. O Papel da Imprensa na Criação do <i>Hostis</i>.....	71
2.2.1.2. A Formação da Imagem do Inimigo no Julgamento Formal do Judiciário	77
2.2.2. Segundo Processo Migratório de Formação da Imagem do Inimigo: Passagem do Inimigo Coletivo Para o Ser Diferente	85
2.2.3. Terceiro Processo Migratório de Formação da Imagem do Inimigo: a Criação da Autoimagem de Inimigo.....	91

CAPÍTULO 3. O PAPEL DA CRIMINOLOGIA CLÍNICA NA CONSTRUÇÃO DA IMAGEM DO INIMIGO	95
3.1. A Criminologia Como Saber Destinado ao Poder ou Saber Científico	95
3.2. O Papel da Criminologia na Construção da Imagem do Inimigo	98
3.2.1. Modelo Médico-Psicológico da Criminologia Clínica.....	100
3.2.2. O Papel da Criminologia na Desconstrução da Imagem do Inimigo	115
3.3. O Modelo de Argumento Clínico-Criminológico Positivista nos Discursos Jurídico-Penais	118
CAPÍTULO 4. CONSEQUÊNCIAS DA CRIAÇÃO DA IMAGEM DO INIMIGO E OS DESAFIOS DA EXECUÇÃO PENAL.....	133
4.1. Consequências da Formação da Imagem de Inimigo no Direito Penal: O Tratamento Penal Diferenciado.....	138
4.1.1. Tratamento Penal Diferenciado na Fase Pré-Processual.....	135
4.1.2. Tratamento Penal Diferenciado na Fase Processual	145
4.1.3. Tratamento Penal Diferenciado na Fase de Execução da Pena.....	153
4.2. Os Desafios da Execução Penal	160
Conclusões	169
Referências Bibliográficas.....	176

INTRODUÇÃO

Na mesma noite do dia 20 de outubro de 2015, o Delegado de Polícia responsável pela 103^a Delegacia de Polícia de São Paulo autuou dois indivíduos em flagrante delito, uma vez que chegara ao seu conhecimento a notícia de que teriam cometido crimes graves. O primeiro indivíduo foi preso porque era suspeito de ter usado uma arma de brinquedo para roubar R\$ 60,00 (sessenta reais) em um assalto a uma loja de sapatos da região.

O outro indivíduo, que já tinha sido responsável por sete homicídios e era réu em três processos criminais, foi acusado de crimes ainda mais graves: tortura, lesão corporal e abuso de autoridade. Além da palavra da vítima, que afirmou ter sido ameaçada de morte com uma faca e sofrido agressões com socos, pesava contra si o Laudo e Exame de Corpo de Delito, do Instituto Médico Legal, que identificou agressões com choques elétricos no pênis, bolsa escrotal, pescoço e pernas da vítima além de lesões corporais de natureza leve nas costelas, na nádega esquerda e nas coxas, causadas por agente contundente.

No dia seguinte, com a realização de audiência de custódia, ambos tiveram reconhecida a legalidade da prisão em flagrante e decretada a prisão preventiva. Com uma diferença: no caso do segundo indivíduo, em face de quem pesava a grave acusação de um crime hediondo, o membro do Ministério Público presente na audiência manifestou-se pelo relaxamento da prisão em flagrante e, subsidiariamente, pela concessão da liberdade provisória, contrariando a costumeira postura punitivista da instituição.

Além do apoio do Ministério Público, a diferença no trato dos acusados não parou por aí. Enquanto o acusado de roubo foi mantido preso, com base não na necessidade de sua contenção mas pela mera análise da regularidade de sua prisão em flagrante, passando a integrar os mais de 250 mil presos provisórios do país¹, o indivíduo sobre quem pesavam as graves acusações de tortura, lesão corporal e abuso de autoridade foi solto dois dias depois, por ordem do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Para justificar a soltura, argumentou-se que a palavra da vítima não teria sido confirmada pelo laudo pericial e que a não apreensão dos aparelhos

¹ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014**. Ministério da Justiça: Brasília, 2015, p. 20.

usados para a emissão de choques elétricos e da faca que teria sido usada para ameaçar a vítima colocaria em dúvida a existência de materialidade delitiva², em uma decisão que, estranhamente, analisou não a necessidade de sua custódia cautelar, mas aprofundou-se nos elementos de prova que pesavam contra o acusado.

O que justifica o tratamento diferenciado dos dois indivíduos é a condição pessoal dos envolvidos em cada processo que levou à identificação de um desses indivíduos como inimigo: enquanto o indivíduo sobre quem pesava a suspeita de tortura era o Sargento da Polícia Militar Charles Otaga, a vítima dessa prática era Afonso Carvalho Trudes, suposto criminoso que teria participado do assalto de uma loja de sapatos com a utilização de uma arma de brinquedo.

Estes, no entanto, não são casos isolados. Vale citar, por exemplo, a paradigmática manifestação do Promotor de Justiça Rogério Leão Zagallo, do 5º Tribunal do Júri de São Paulo/SP, no pedido de arquivamento do Inquérito Policial nº 887/2010, em que, não apenas deixou de investigar como *festejou* um homicídio perpetrado pelo Policial Civil Marcos Antônio Teixeira Marins, em negação frontal à atuação esperada de seu cargo:

a dinâmica dos fatos aqui estudados leva à conclusão que o presente caderno investigatório somente foi distribuído para este Tribunal do Júri em razão de ter Antônio Rogério Silva Sena, para fortuna da sociedade, sido morto. (...) Bandido que dá tiro para matar tem que tomar tiro para morrer. Lamento, todavia, que tenha sido apenas um dos rapinantes enviado para o inferno. Fica aqui o conselho para Marcos Antônio: melhore a sua mira...

O posicionamento do judiciário e do Ministério Público em ambos os casos não deixa dúvidas acerca da existência de um tratamento penal diferenciado, diante da influência da condição pessoal das partes envolvidas na interpretação dos fatos e no reconhecimento do injusto. Por sua vez, este posicionamento demonstra também uma ideologia segundo a qual indivíduos identificados como “criminosos” não mereceriam a proteção do direito, sendo reconhecidos como não-pessoas.

Por mais que o posicionamento adotado pelos Promotores nos casos acima pareça conflituoso com a função que deveria ser desempenhada pelo

² *Habeas Corpus* nº 0072381-84.2015.8.26.0000, 13ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator Desembargador Ronaldo Sérgio Moreira da Silva. Julgado em 23/10/2015. Disponibilizado no DJE em 27/10/2015.

Ministério Público, ela é fruto de uma ideologia social comungada por boa parte desta instituição que enxerga indivíduos identificados como “criminosos” como inimigos da sociedade. Por sua vez, esta ideologia não está restrita a determinados setores sociais e membros do *Parquet*, podendo ser identificada em outras instituições e setores da sociedade³.

Nesse sentido, é igualmente paradigmática a decisão proferida pela Juíza Adriana Marques Laia Franco, da 4ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro, que julgou improcedente uma ação civil pública proposta pela Defensoria Pública que requeria o atendimento de dois ginecologistas em cada uma das seis unidades prisionais femininas do Estado, sob o argumento de que a concessão acabaria por criar um *privilégio inaceitável* em violação ao princípio da isonomia: “A procedência do pedido (...) implicaria, na prática, a criação de um privilégio inconstitucional – por violar a isonomia – à população carcerária, em detrimento de todo o resto da sociedade livre”⁴.

Esta visão de criminosos como não-pessoas que não fariam jus à proteção do direito é facilmente reconhecível também na situação calamitosa em que se encontram as prisões brasileiras e, principalmente, na complacência dos poderes executivo e judiciário diante de uma realidade caótica e desumana. As condições prisionais a que são submetidos os reclusos no Brasil são de tal insalubridade que o próprio Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo declarou recentemente que os presídios brasileiros são “medievais” e que preferiria morrer a ter que cumprir uma pena longa no país⁵.

Com um total de 607.731 presos⁶, o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo em números absolutos (atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia) e vem caminhando a passos largos para tornar-se o terceiro colocado⁷. Além de possuir a segunda maior taxa de crescimento do aprisionamento entre

³ De acordo com pesquisa Datafolha encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 50% da população do país concorda com a frase “Bandido bom é bandido morto”. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015**. Ano 9. São Paulo, 2015, p. 07.

⁴ BACELAR, Carina. Juíza nega mais ginecologistas a presas e gera polêmica, 2015. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/blogs/estadao-rio/juiza-nega-mais-ginecologistas-a-presas-e-gera-polemica/>>.

Acesso em: 11 nov. 2015.

⁵ Em entrevista concedida em 13/11/2013, o Ministro José Eduardo Cardozo declarou “os presídios brasileiros precisam ser melhorados. Entre passar anos num presídio brasileiro e perder a vida, eu talvez preferisse perder a vida. Os seres humanos quando não são tratados como humanos eles se sentem injustamente violentados”. PRISÃO brasileira é medieval e viola direitos, afirma ministro da Justiça, 2012. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/11/1185345-prisao-brasileira-e-medieval-e-violados-direitos-afirma-ministro-da-justica.shtml?mobile>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

⁶ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014**. Ministério da Justiça: Brasília, 2015, p. 11.

⁷ O próprio Ministério da Justiça projeta que até 2018 o Brasil deve ultrapassar a população carcerária da Rússia, uma vez que a sua taxa de encarceramento vem sendo diminuída, assim como os Estados Unidos e a

os anos de 1995 e 2010 do mundo (136%, somente menor do que a Indonésia, que teve uma taxa de 145%), o Brasil possui um dos maiores níveis de superlotação com a ocupação do sistema prisional com um número 61% acima de sua capacidade, possuindo o maior déficit de vagas em números absolutos em todo o mundo: 231.062 vagas.

Por mais que a situação penitenciária do país seja amplamente conhecida e que a falência do sistema prisional brasileiro seja quase senso comum, existe uma aceitação complacente da violação sistêmica de direitos humanos da população carcerária brasileira. Para além do tratamento desumano não reconhecido oficialmente, de acordo com os dados oficiais do Departamento Penitenciário Nacional, aproximadamente 86% da população carcerária brasileira encontra-se em situação de superlotação carcerária, em que cada vaga é ocupada por, ao menos, dois presos⁸. Como se não bastasse, mais de 10% da população carcerária enfrenta a alocação de três ou mais presos para cada vaga.

São inúmeros os exemplos de violações cometidas dentro e fora dos cárceres brasileiros pelo reconhecimento de determinados indivíduos como inimigos, que não gozariam de proteção do direito e, portanto, deveriam ser tratados como não-pessoas. Este tratamento, como já colocado, é decorrência de uma ideologia que enxerga a figura nebulosa do *criminoso* como inimiga da sociedade e que, por isso, seria identificada como perigosa, estranha, diferente de *nós*, colocando em risco o *nosso modo de vida*, assim como todos os “cidadãos de bem”.

Essa ideologia leva a que o delinquente seja tratado apenas como alguém em face de quem seriam necessárias medidas de segurança social⁹. É desta forma que o criminoso é tido como diferente, estranho e, portanto, ameaçador à sociedade, aos seus valores, à sua integridade e, principalmente, aos indivíduos que a formam. É visto, então, como não-pessoa, como inimigo da sociedade e, como tal, não mereceria o

China: “Entre 2008 e 2013, os Estados Unidos reduziram a taxa de pessoas presas de 755 para 698 presos para cada cem mil habitantes, uma redução de 8%. A China, por sua vez, reduziu, no mesmo período, de 131 para 119 a taxa (-9%). O caso russo é o que mais se destaca: o país reduziu em, aproximadamente, um quarto (-24%) a taxa de pessoas presas para cada cem mil habitantes. Mantida essa tendência, pode-se projetar que a população privada de liberdade do Brasil ultrapassará a da Rússia em 2018”. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014**. Ministério da Justiça: Brasília, 2015, p. 15.

⁸ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014**. Ministério da Justiça: Brasília, 2015, p. 40.

⁹ Como destaca Zaffaroni, “a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao *inimigo* consiste em que o direito *lhe nega sua condição de pessoa*. Ele é considerado apenas sob o aspecto de *ente perigoso ou daninho*”. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Pensamento Criminológico, 2007, p. 18.

tratamento e as garantias legais e sociais previstas para o “cidadão comum”. Confere-se-lhe o tratamento de inimigo. Segundo Sá:

Enquanto inimigos e não-pessoas, eles não mais gozam das medidas protetoras da lei, já que passam a ser tidos como perigosos, como ameaças para a sociedade. Graças à ideologia, os inimigos “construídos” passam a ter uma identidade bem marcada, indelevelmente marcada, de forma a deixar convencidos de seu perigo todos os membros de todas as classes e a deixar à vontade aqueles que os submetem às opressões do poder punitivo.¹⁰

É justamente esta ideologia e este tratamento de uma categoria como inimiga da sociedade que leva à manutenção de uma guerra permanente e irregular travada no seio da sociedade, guerra esta “da qual não saem vencedores, porque ela não termina, não existe o mais forte”¹¹. Esta visão monolítica de inimigos, tratados como não-pessoas e encarados apenas como seres *perigosos* ao convívio social, leva a diversas consequências nefastas nesta guerra, entre as quais se pode destacar o recrudescimento penal e a demanda constante pela relativização de direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, em face da instituição de um elemento de merecimento à sua aplicação¹².

Como consequência, no âmbito das instituições penais oficiais tem-se a criação de um direito penal híbrido, no qual as medidas policiais e judiciais previstas para os comportamentos delinquentes de indivíduos identificados como iguais são *corretivas*, enquanto as medidas previstas para os inimigos são *neutralizantes* e *eliminatórias*. Da mesma forma, tem-se a desconsideração de garantias processuais tanto para a determinação da culpa quanto para a administração de medidas de contenção prévia, assim como para a aplicação de um direito penal subterrâneo violento e discriminatório¹³.

¹⁰SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 315-316.

¹¹SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 328.

¹² Consubstanciado na máxima longamente explorada dos “direitos humanos para humanos direitos”, que contraria a própria doutrina de direitos humanos que garante direitos fundamentais mínimos aos seres humanos pelo simples fato de sê-lo. Nesta máxima, existe o reconhecimento da existência de direitos fundamentais, mas existe o estabelecimento de um elemento de “merecimento” ao seu portador.

¹³ De acordo com Zaffaroni, o sistema penal subterrâneo procede “à eliminação direta por morte e ao desaparecimento forçado, sem nenhum processo legal”. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 51.

Neste cenário de tratamento penal diferenciado, esta relativização de garantias e esta retórica de recrudescimento penal baseadas em uma presunção de periculosidade não são aplicáveis a todos, mas apenas àqueles identificados com a imagem do inimigo. A formação desta imagem é fruto de dois processos migratórios que levam, em um primeiro momento, a que o inimigo individual seja reconhecido como inimigo coletivo e, em um segundo momento, este inimigo coletivo passe a ser identificado como um *ser diferente* de nós¹⁴.

No primeiro processo migratório de formação da imagem de inimigo, tem-se a transformação do inimigo individual de uma vítima (*inimicus*) em inimigo coletivo (*hostis*), o que ocorre no julgamento informal da opinião pública e, também, no julgamento formal do judiciário¹⁵. Este processo tem como base a existência de reações emocionais e passionais de identificação com a vítima que leva à criação de uma relação vingativa contra um *inimicus*, justificada sob o manto de “razões e justificativas provenientes da relação defensiva e preventiva”¹⁶ diante deste inimigo coletivo.

Uma vez consolidada a passagem do inimigo individual para o inimigo coletivo, tem-se a ocorrência de um segundo processo migratório, em que ocorre a criação da imagem deste inimigo como *ser diferente*, em decorrência de elementos ideológicos a partir dos quais o delito, que levou à passagem de inimigo individual a inimigo coletivo, é enxergado como sintoma de uma dissidência social intrínseca ao delinquente. Neste processo migratório, tem-se a passagem da figura romana do *hostis judicatus*, declarado inimigo pelo senado pela identificação de uma dissidência política, para a figura do *hostis alienígena*, o estrangeiro considerado inimigo coletivo por não fazer parte do sistema social instituído e, por isso, ser considerado potencialmente perigoso. Como esclarece Sá:

¹⁴ Como explicitado por Sá, “em nosso ordenamento jurídico não se admite expressamente a existência do direito penal do inimigo. Entretanto, na informalidade do julgamento público e nas razões implícitas dos posicionamentos e julgamentos informais, há que se reconhecer a existência de dois processos migratórios: o primeiro, do *inimicus* para o *hostis judicatus* e, o segundo, do *hostis judicatus* para o *hostis alienígena*”. SÁ, Alvin August de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 215-238.

¹⁵ De acordo com o teórico do Estado Carl Schmitt, no direito romano era feita uma distinção entre *inimicus* e *hostis*, para diferenciar, respectivamente, o inimigo individual, adversário privado por quem se tem sentimentos de antipatia, e o inimigo coletivo em relação a quem existe ao menos a possibilidade de Guerra. “Inimigo é somente o inimigo *público*, pois tudo o que se refere a um conjunto de pessoas, especialmente a todo um povo, se torna, por isso, *público*. Inimigo é *hostis*, não *inimicus* em sentido amplo” SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 30.

¹⁶ SÁ, Alvin August de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 218.

A ideologia tende a transferir para o *hostis judicatus* o estigma, os traços do *hostis alienígena*: perigoso, coloca em risco o equilíbrio do Estado e da sociedade, é alguém predisposto a afrontar o ordenamento jurídico e a atacar todo aquele que se opuser.¹⁷

Como esta seleção de inimigos é feita a partir de bases ideológicas e não científicas, a existência de um direito penal plural e de um tratamento diferenciado baseia-se na utilização de um modelo de argumento baseado em um discurso pseudo-científico de justificação. Neste contexto, é inegável a responsabilidade histórica da Criminologia Clínica, notadamente em sua vertente médico-psicológica, uma vez que fornece argumentos de aparente racionalidade e cientificidade que justificam uma política criminal contra estes inimigos com a ampliação da demanda de direitos da sociedade sobre o delinquente, a valorização de um direito penal de periculosidade em detrimento da culpabilidade, a busca desmedida pela defesa da sociedade e a concepção de pena como corretiva ou neutralizadora.

Diante de um discurso com aparente cientificidade que consolida uma ideologia social, tem-se a criação da imagem de um inimigo que passa a ter uma identidade indelevelmente marcada e identificada pelo perigo que supostamente ofereceria aos membros de todas as classes. Com disso, cria-se uma base de guerra e de vingança para a submissão do inimigo às opressões do poder punitivo, uma guerra “que ultrapassa a barreira do político (...) aquela que transforma o inimigo em ser imoral, feio, monstruoso, etc.”¹⁸.

Ocorre, porém, que após a passagem por estes dois processos migratórios e pela deflagração desta guerra contra uma categoria social identificada como inimiga da sociedade, o diálogo com estes inimigos torna-se impossível, o que leva a uma ruptura social. Com isso, torna-se inevitável um terceiro processo migratório pelo qual o indivíduo apontado como inimigo integraliza esta imagem em si mesmo, formando uma autoimagem de inimigo. Em outras palavras, como o corpo social vira as costas para o criminoso, enxergando-o como inimigo, o criminoso vira também as costas para a sociedade, passando a atuar como o inimigo que a sociedade vê nele¹⁹.

¹⁷ (Itálicos do autor). SÁ, Alvinho Augusto de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 316.

¹⁸ SÁ, Alvinho Augusto de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 327.

¹⁹ É como ensina Sá: “declarada a Guerra, surge então o inimigo, que também é declarado (*hostis judicatus*) e, conseqüentemente, ‘construído’. Diante desta declaração, só resta ao jovem traficante a alternativa de

Assim, fica claro que os processos migratórios de formação da imagem do inimigo criam um contexto de cisão e oposição entre duas parcelas da sociedade. Comumente, o inimigo é identificado na tenebrosa imagem do *estereótipo do criminoso* encontrado na parcela encarcerada da população e reconhecida como estranha, perigosa e diferente de *nós*, o que cria uma oposição com a parcela não encarcerada. Por sua vez, como consequência do terceiro processo migratório de formação da imagem do inimigo, a parcela da população identificada como inimiga acaba por identificar-se com aquele estereótipo, buscando aproximar-se o tanto quanto possível da imagem de inimigo como diferente e perigoso.

É por isso que, como destaca Sá, “o grande desafio da execução penal é o enfrentamento desses processos migratórios de criação do inimigo, pelo menos no sentido de não se deixar compatibilizar com tais processos”. Como cabe aos operadores do direito no âmbito da execução penal a responsabilidade e o desafio de enfrentar os processos migratórios de formação da imagem do inimigo, a criminologia, na condição de saber científico, tem o desafio ainda maior de compreender estes processos e possibilitar um conhecimento para a desconstrução desta imagem de inimigos.

Diante deste cenário, o presente trabalho tem como objetivo identificar as características dos processos migratórios de formação da imagem de inimigos e, a partir destes referenciais, identificar as formas de enfrentamento destes processos migratórios. Para tanto, a pesquisa será dividida em quatro partes em que serão analisadas as características do tratamento penal diferenciado a que são submetidos os indivíduos reconhecidos como inimigos, os processos de formação desta imagem de inimigo, o papel desempenhado pela criminologia nestes processos e, finalmente, as formas possíveis de seu enfrentamento.

No primeiro capítulo, será feita uma análise acerca da criação do contexto punitivista que permeia o direito penal ocidental moderno e o sistema de pensamento que Álvaro Pires denomina racionalidade penal moderna, pelo qual deve existir uma justaposição necessária de uma norma de sanção (pena) a uma norma de comportamento (lei penal) e uma pena necessariamente aflitiva, única capaz de transmitir o valor da norma de comportamento. Este capítulo analisará também o nascimento do positivismo criminológico diante do novo paradigma social europeu pós-Revolução

entrar na guerra e se comportar como inimigo”. (Itálicos do autor) SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 328.

Francesca e a influência desta escola de pensamento na determinação da política criminal atual. Por fim, analisará a importância do estabelecimento de uma onda neoliberal que levou à crise do Estado de Bem-Estar Social e à formação do Estado Penal.

No segundo capítulo será feita, inicialmente, uma análise acerca da utilidade da existência de uma imagem de inimigo com a posterior conceituação da essência desta imagem. Posteriormente, serão analisados os três processos migratórios de formação da imagem do inimigo, com ênfase especial para o papel desempenhado pela imprensa na criação do *hostis* e a formação da imagem do inimigo no julgamento formal do judiciário.

Ainda na esteira dos processos migratórios de formação da imagem do inimigo, o terceiro capítulo terá como foco de análise o papel desempenhado pela criminologia na construção desta imagem de inimigo, notadamente o modelo médico-psicológico da Criminologia Clínica e o modelo de argumento clínico-criminológico utilizado para justificar uma ideologia de tratamento específica, baseada no causalismo determinista e na negação do livre-arbítrio, que levaria à concepção de reação penal a uma entre duas possíveis: tratamento ou a neutralização.

Finalmente, no quarto e último capítulo, será feita uma investigação acerca das consequências da formação da imagem de inimigo, através do estudo do tratamento penal diferenciado nas fases pré-processual, processual e de execução da pena. Em seguida, com o exame da situação carcerária do Brasil, serão analisados os desafios da execução penal diante dos processos migratórios de formação da imagem do inimigo e das possíveis formas de combate destes processos no âmbito da execução penal, com base em uma possível atuação da criminologia na desconstrução desta imagem de inimigo.

CAPÍTULO 1

A CRIAÇÃO DO PUNITIVISMO: DA HUMANIZAÇÃO DAS PENAS AO ESTADO PENAL

1.1. Da Ostentação dos Suplícios à Humanização das Penas: a Queda do Antigo Regime e a Formação da Racionalidade Penal Moderna

Analisando-se a maneira de pensar do sistema penal ocidental moderno percebe-se que a mesma constitui uma organização sistêmica distinta de outros sistemas de pensamento, instituindo um subsistema jurídico específico com traços de identidade próprios. Este sistema de pensamento caracteriza um conjunto de práticas institucionais jurídicas relacionadas à justiça criminal e possui uma lógica própria essencialmente punitiva que influencia instâncias de controle, o tipo e a severidade das penas aplicadas, os critérios levados em consideração para a seleção das condutas a serem tipificadas e mesmo os procedimentos de execução da pena¹.

Como decorrência desta lógica punitiva interna que influencia o conjunto de práticas institucionais, o sistema penal assume uma série de características que o distinguem de outros sistemas, notadamente pela existência de uma estrutura normativa que prevê a justaposição necessária de uma norma de sanção obrigatoriamente aflitiva (pena) a uma norma de comportamento (lei penal). Este sistema de pensamento constitui o que Álvaro Pires denomina racionalidade penal moderna²,

¹ Como destaca Sá, “dentro desse seu complexo lastro de atividades, funções e objetivos, o sistema punitivo (que inclui a racionalidade do direito penal e da execução penal), vem se mostrando resistente a mudanças que atinjam a estrutura de sua lógica, que é uma lógica essencialmente punitiva”. SÁ, Alvinho Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 227.

² Pires caracteriza a racionalidade penal moderna como um sistema de pensamento próprio “ligado a um conjunto de práticas institucionais jurídicas que se designa como ‘justiça penal’ ou ‘criminal’”, que é relativamente independente de causalidades externas (transformações na sociedade), na medida em que “se constitui como um subsistema do sistema jurídico, no âmbito de um processo em que o direito se diferencia *no interior* do direito” (itálico do autor). PIRES, Álvaro. Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, março de 2004. p. 40.

caracterizado por um ideal punitivista de penas aflictivas necessárias como o único meio de defesa da sociedade em face de comportamentos socialmente problemáticos³.

Esta estrutura de pensamento é a base para criação e justificação de teorias aflictivas da pena de dissuasão e retribuição, teorias dominantes que consideram os meios penais negativos a única ou melhor forma de proteção da sociedade, assim como estabelece uma ilusão de simplicidade do trabalho do legislador e do juiz na escolha da sanção devendo-se privilegiar a eleição de uma pena aflictiva. Ao caracterizar-se por esta lógica punitivista, no entanto, o sistema penal não se mostrou suficientemente eficaz para atuar como meio de controle social diante de comportamentos socialmente problemáticos e, em última análise, atuar como meio de promoção de paz social e para a convivência social⁴.

Ao contrário. Em decorrência desta organização sistêmica de pensamento em que crime e pena são vistos de forma monolítica e necessária, criou-se uma forma de afirmação das normas de comportamento de viés hostil, abstrato, negativo e atomista⁵, o que levou a reação penal a atuar apenas como meio de segregação social e fator criminógeno na sociedade. Assim, a atuação do sistema punitivo acaba levando ao agravamento dos conflitos que levaram a um comportamento socialmente problemático em primeiro lugar, a partir de uma reação que leva apenas à exclusão e à segregação entre setores da sociedade⁶.

³ De acordo com Álvaro Pires, este sistema projeta um auto-retrato identitário essencialmente punitivo, “em que o procedimento penal hostil, autoritário e acompanhado de sanções aflictivas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime”. PIRES, Álvaro. Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, março de 2004. p. 43.

⁴ De fato, por mais que a doutrina penal dominante na atualidade entenda como função do Direito Penal a proteção subsidiária de bens jurídicos (nesse sentido, ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General**. Tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997, p. 84; MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal Fundamentos e Teoria do Delito**. São Paulo/Barcelona: Revista dos Tribunais, 2007, p. 62; e BUSTOS RAMÍREZ, Juan. A Pena e Suas Teorias. Tradução de Cândida Silveira Saibert e Odone Sanguiné. **Fascículos de Ciências Penais**, Ano 5, Vol. 5, n. 3, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 94) a presente pesquisa compartilha o entendimento mais amplo de Sá segundo o qual “a finalidade do direito criminal não é punir nem excluir, mas contribuir para a paz social e para a convivência social”. SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 227.

⁵ Conforme explicita Pires, o modo hostil é decorrência do reconhecimento do transgressor como inimigo de todo o grupo social e do grau de sofrimento que lhe deve ser infligido, necessariamente equivalente ao valor reconhecido pela sociedade ao bem violado. É abstrato uma vez que por mais que a pena seja aplicada concretamente a um indivíduo, tem efeitos abstratos em todo o grupo social pela reafirmação de valores, intimidação de homens perigosos, fortalecimento de inocentes, etc. A afirmação dos valores é negativa porque não se aceitam sanções com qualquer caráter positivo, que são entendidos como incentivo ao crime, ao contrário de penas aflictivas. Por fim, tem caráter atomista uma vez que a pena “não deve se preocupar com os laços sociais concretos entre as pessoas a não ser de forma secundária e acessória”. PIRES, Álvaro. Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, março de 2004. p. 43.

⁶ Este tema será tratado em detalhe nos pontos 4.1.3. e 4.2. da presente pesquisa.

Este sistema de pensamento dominante na realidade operativa ocidental atual foi inaugurado no século XIX⁷ a partir da queda do Antigo Regime e da reelaboração teórica do sistema penal aos moldes hoje dominantes. Além de representar uma importante quebra no funcionamento do sistema punitivo então existente e levar à humanização das penas pela extinção dos suplícios e o estabelecimento da pena de prisão como pena por excelência, este novo sistema punitivo representou uma nova economia do poder de castigar na busca não de punir mais, mas de punir melhor.

Considerando que as bases de funcionamento do sistema penal atual guardam raízes no movimento de reforma penal decorrente da queda do Antigo Regime, a compreensão de suas características passa necessariamente pela análise das particularidades do poder punitivo naquele período. Para tanto, adotar-se-á como base a obra de Michel Foucault *Vigiar e Punir*⁸, em que são analisadas as transformações das práticas punitivas na França entre o século XVIII e XIX, quando entra em cena o papel da prisão, instituição que melhor personifica as tecnologias de poder utilizadas pelo Estado no estabelecimento daquilo que Foucault chama de sociedade disciplinar⁹.

Durante o Antigo Regime, as punições aplicadas pelo Estado refletiam o poder absoluto do Rei tendo-se no suplício público, ostensivo e exagerado a marca de uma tecnologia de poder comumente aplicada e um estilo penal próprio¹⁰. Neste

⁷ De se mencionar que tanto Michel Foucault quanto Álvaro Pires tratam da reforma penal que inaugurou os traços principais do atual sistema de pensamento da ciência penal. Mesmo assim, enquanto Foucault entende que a reforma nas práticas penais deu-se apenas no século XIX, Pires estabelece como marco temporal para a reorganização sistêmica do sistema de pensamento a segunda metade do século XVIII.

⁸ A escolha da obra base de análise deu-se diante de sua importância na análise da temática do controle social e das instituições sociais, até porque, como destaca Alvarez, “os estudos de Foucault já se voltavam, em grande medida, para as práticas e instituições sociais que, na aurora da modernidade, configuram novos espaços de exclusão ou de normalização de determinadas formas de comportamento e subjetividade” (ALVAREZ, Marcos César. Controle Social – Notas em Torno de Uma Noção Polêmica. **São Paulo em Perspectiva**, 18(1), 2004, p. 171), diante do que, a abordagem de Foucault implicará uma nova agenda para a pesquisa no campo da punição (ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; e GAUTO, Maitê. A Contribuição de David Garland: a Sociologia da Punição. **Tempo Social**, Revista de Sociologia da USP, v. 18, n. 1, junho, 2006, p. 336).

⁹ Vale pontuar que a abordagem de Foucault deixa para trás tanto a abordagem liberal, pela qual o surgimento da prisão é visto como avanço diante da humanização das penas até então brutais, assim como deixa uma abordagem marxista pela qual a pena é tida como instrumento de dominação de classe. Mesmo assim, vale citar que o próprio Foucault, no início de sua obra, resgata o “grande livro de Rusche e Kirchheimer”, do qual extrai “algumas referências essenciais”: o autor traça as principais características da análise marxista feita pelos autores que “estabeleceram a relação entre os vários regimes punitivos e os sistemas de produções em que se efetuam”. Mesmo assim, Foucault vê a obra *Punição e Estrutura Social* como parcial e deficiente por entender que na questão da punição “é sempre do corpo que se trata – do corpo e de suas forças, da utilidade e da docilidade delas, de sua repartição e de sua submissão”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 24-25.

¹⁰ Segundo análise de Alvarez, Salla e Gauto, acerca da obra de Michel Foucault, “ao contrapor o suplício – pena utilizada no Antigo Regime – à prisão moderna, com sua rígida organização do tempo e distribuição dos corpos, Foucault argumenta que ambos definem diferentes estilos penais, próprios de cada período. A análise

período, o suplício não se tratava apenas de uma vingança institucional selvagem e desumana contra quem tivesse cometido um determinado delito¹¹, constituindo as penas corporais ostensivas, ao mesmo tempo, uma técnica e uma liturgia punitiva¹². O suplício era utilizado não apenas como sanção, mas como parte do cerimonial judiciário de busca da verdade em um *jogo judiciário estrito*¹³ que compunha um complexo sistema de provas legais que tendia à confissão¹⁴. Ao integrar essa aritmética probatória específica, o suplício funcionava dualmente como meio de obtenção da verdade e, ao mesmo tempo, como punição pela verdade (e, conseqüentemente, a culpa) já obtida.

O papel desempenhado pela tortura e pelos suplícios públicos, durante muitos anos fez parte do contexto político-social do Antigo Regime sendo longamente aceito pela sociedade e até mesmo pelos próprios supliciados¹⁵. Mesmo

se voltará, desse modo, para a especificidade desses diferentes estilos penais”. ÁLVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; e GAUTO, Maitê. A Contribuição de David Garland: a Sociologia da Punição. **Tempo Social**, Revista de Sociologia da USP, v. 18, n. 1, junho, 2006, p. 336. Da mesma forma, analisando a temática da sociologia da punição e a noção de controle social, Alvarez bem esclarece que “ao contrapor o suplício – pena utilizada no Antigo Regime – e a prisão moderna, com sua rígida organização do tempo e distribuição dos corpos, Foucault busca argumentar que ambos definem diferentes estilos penais, próprios de cada período”. ALVAREZ, Marcos César. Controle Social – Notas em Torno de Uma Noção Polêmica. **São Paulo em Perspectiva**, 18(1), 2004, p. 171.

¹¹ De acordo com Foucault, uma punição, para ser reconhecida como suplício, deve obedecer a três critérios: (i) deve produzir uma certa quantidade de sofrimento que possa ser hierarquizada, apreciada e comparada (“gradação calculada de sofrimentos”, “arte quantitativa do sofrimento”); (ii) deve relacionar as características do sofrimento com a gravidade do crime cometido (notadamente a qualidade, a intensidade e o tempo); e, finalmente, (iii) deve fazer parte de um ritual, sendo um elemento de liturgia punitiva, que deve ser marcante para o supliciado (deixando uma cicatriz que o torna infame) e constatado por todos. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 31-32.

¹² Quanto a este ponto, Foucault leciona que “o suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei” FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 31. Da mesma forma, Alvarez, Salla e Gauto mencionam que “as práticas do suplício, longe de serem apenas atos selvagens, revelam uma lógica específica: elas são, a um só tempo, um procedimento técnico e um ritual”. ÁLVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; e GAUTO, Maitê. A Contribuição de David Garland: a Sociologia da Punição. **Tempo Social**, Revista de Sociologia da USP, v. 18, n. 1, junho, 2006, p. 337.

¹³ De acordo com Foucault, “o interrogatório não é absolutamente a louca tortura dos interrogatórios modernos; é cruel, certamente, mas não é selvagem. Trata-se de uma prática regulamentada, que obedece a um procedimento bem definido, com momentos, duração instrumentos utilizados, comprimentos das cordas, peso dos chumbos, número de cunhas, intervenções do magistrado que interroga, tudo segundo os diferentes hábitos, cuidadosamente codificado”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 36.

¹⁴ Segundo Foucault, os suplícios processuais tenderiam à confissão por dois motivos principais: em primeiro lugar, porque a confissão é uma prova de tal forma forte que dispensa a necessidade de conjugação de outros elementos probatórios e, em segundo lugar, porque a confissão, ainda que conseguida por meio de tortura, representa uma vitória sobre o acusado, que integraliza em si mesmo a culpa pelo crime. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 34.

¹⁵ Nas descrições das torturas não é raro encontrar passagens pelas quais os supliciados aceitavam as suas penas, mesmo durante os sofrimentos de suas execuções. Na execução de *Damiens*, descreve-se que “embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios”. Da mesma forma, tem-se o caso do “bom condenado” François Billard que, em 1772 assassinou a mulher, e, quando o carrasco tentou esconder-lhe o rosto para defendê-lo dos insultos da população, manifestou-se contra: “não me infligiram, disse ele, essa pena que mereci para não ser visto pelo público (...) O cartaz que levava no

assim, nas cerimônias de suplícios públicos o povo era personagem central e, uma vez que sua presença era essencial para a sua realização, desempenhava uma função ambígua nesse cerimonial. Se, por um lado, o povo era chamado não apenas para conhecer, mas para presenciar e ver as punições aplicadas em nome do Rei, garantindo a ocorrência da punição; por outro lado, tomava parte do cerimonial para que também tivesse medo da punição e, em última análise, do poder implacável e absoluto do Rei¹⁶.

Boa parte da legitimidade e da força demonstrada pelo Rei na liturgia punitiva vinha justamente da aceitação e do apoio do povo durante as execuções públicas. A economia geral dos suplícios previa a participação do povo e tolerava certas manifestações de violência como forma de fidelidade ao poder real, mas determinava limites à violência de forma a manter o monopólio dos próprios privilégios. Mas é justamente nessa gestão dos ilegalismos¹⁷ relacionados com a economia geral dos suplícios que houve a abertura de brechas para que o povo precipitasse a sua recusa ao poder punitivo, gerada por “pequenas mas inúmeras ‘emoções de cada falso’”¹⁸.

No mesmo caldo de cultura social que questionava as bases do Antigo Regime e os poderes absolutos do Rei, passou-se a também questionar o poder

peito estava torto, notaram que ele mesmo o arrumava, sem dúvida para que pudesse ser lido mais facilmente”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 09 e 39.

¹⁶ As execuções eram públicas e comumente entretinham grandes audiências, que tomavam parte das execuções. No caso do próprio François Billiard, diz-se que ao ser subtraído à multidão, houve grande confusão e “... se não estivesse bem escoltado, teria sido difícil defendê-lo dos maus tratos da população que queria justicá-lo”. Por isso, “as pessoas não só têm que saber, mas também ver com seus próprios olhos. Por que é necessário que tenham medo; mas também porque devem ser testemunhas e garantias da punição, e porque até certo ponto devem tomar parte nela” FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 49.

¹⁷ Em entrevista a Roger-Pol Droit, Foucault ensina que a gestão dos ilegalismos é a “... latitude para poder burlar a lei, para se acomodar aos costumes, deslizar entre as obrigações, etc.” e era manifesta na existência “entre a legalidade e a ilegalidade [de] uma perpétua transação que era uma das condições de funcionamento do poder nesta época”. Segundo o autor, nesse período, “o Antigo Regime arrastava consigo centenas de milhares de ordens jamais aplicadas, direitos que ninguém exercia, regras às quais massas de pessoas escapavam”. FOUCAULT, Michel. Gerir os Ilegalismos. Entrevista a Roger Pol-Droit. In: **Michel Foucault: Entrevistas**. Trad. Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. Rio de Janeiro: Graal, 2006, p. 45-46. Para ilustrar o funcionamento da gestão dos ilegalismos no Antigo Regime, Foucault leciona que até a metade do século XVIII, “os diferentes estratos sociais tinham cada um sua margem de ilegalidades tolerada; a não aplicação da regra, a inobservância de inúmeros editos ou ordenações eram condição de funcionamento político e econômico na sociedade”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 70. Foucault também se refere à gestão dos ilegalismos neste período como “ilegalidade necessária”.

¹⁸ Segundo Foucault, “é nesse ponto que o povo, atraído a um espetáculo feito para aterrorizá-lo, pode precipitar sua recusa do poder punitivo, e às vezes sua revolta”. Diante disso, “impedir uma execução que se considera injusta, arrancar um condenado às mãos do carrasco, obter à força o seu perdão, eventualmente perseguir e assaltar os executores, de qualquer maneira maldizer os juizes e fazer tumulto contra a sentença, isso tudo faz parte das práticas populares que contrariam, perturbam e desorganizam muitas vezes o ritual dos suplícios”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 50.

punitivo em revoltas sociais cada vez mais constantes que invertiam os papéis e enxergavam os criminosos como heróis e, nos juízes e carrascos, os verdadeiros criminosos. Os espetáculos de punição transformaram-se em agitações contra a prática punitiva, eis que se desenvolveu no povo um sentimento de solidariedade para com os supliciados, assim como contra as mazelas do Regime e a nova gestão dos ilegalismos, que passou a perseguir toda uma camada de pequenos delinquentes com que o povo também guardava solidariedade¹⁹.

Como a partir da segunda metade do século XVIII ocorreu um aumento geral da riqueza e um grande crescimento demográfico, aliados ao fortalecimento da burguesia e às novas formas de acumulação de capitais, houve a separação em duas formas diversas de ilegalidades geridas: a de direitos e a de bens. Considerando que a ascensão da burguesia estava ligada ao acúmulo de capital e à propriedade, esta passou a exigir do Rei uma nova gestão dos ilegalismos, demandando a aceitação ampla da ilegalidade de direitos, enquanto condenava fortemente a ilegalidade de bens, em face da qual era exigida uma reação penal obrigatória²⁰.

Com o desenvolvimento da sociedade capitalista e a separação da ilegalidade dos bens e da ilegalidade de direitos, houve uma oposição entre classes – já que a ilegalidade mais acessível às classes populares era justamente a dos bens, por meio dos delitos patrimoniais – tendo a burguesia reservado para si “o campo fecundo da ilegalidade dos direitos”, tais como fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares, etc., para as quais se previam institutos benéficos como transações, acomodações e multas atenuadas. Paralelamente, nos tribunais, houve uma especialização dos circuitos judiciários para as ilegalidades de bens, para as quais eram previstos os

¹⁹ Neste momento, as manifestações de poder tornaram-se um tiro pela culatra, uma vez que “... em nenhuma outra ocasião do que nesses rituais, organizados para mostrar o crime abominável e o poder invencível, o povo se sentia mais próximo dos que sofriam a pena; em nenhuma outra ocasião ele se sentia mais ameaçado, como eles, por uma violência legal sem proporção nem medida. A solidariedade de toda uma camada da população como os que chamaríamos pequenos delinquentes (...) se manifestou com muita continuidade; atestam esse fato a resistência ao policiamento, a caça aos denunciadores, os ataques contra as sentinelas ou os inspetores”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramalheite. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 52.

²⁰ “Se uma boa parte da burguesia aceitou, sem muitos problemas, a ilegalidade dos direitos, ela a suportava mal quando se tratava do que se considerava seus direitos de propriedade (...) 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”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramalheite. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 72.

tribunais ordinários e os castigos mais graves, o que já deu os primeiros traços da seletividade penal existente até hoje²¹.

Este contexto levou à promoção de uma reforma em um momento em que, de um lado, o povo passou a recusar seu importante papel nas cerimônias de suplício, precipitando sua recusa ao poder punitivo diante da nova gestão de ilegalismos; e, por outro, com a evolução do capitalismo e o fortalecimento da burguesia, esta passou a exigir do soberano uma maior rigidez na gestão de ilegalidade de bens, o que atingia mais fortemente o povo e agravava a sua recusa ao poder punitivo²².

A crise de legitimidade do poder punitivo tinha como ponto central a má economia de poder²³, decorrente tanto dos excessos punitivos quanto da indulgência decorrente de um poder lacunoso e confuso²⁴ e, diante destas críticas, os reformadores, impulsionados pelo pensamento iluminista, buscam estabelecer uma nova economia do poder de castigar em que se pudesse não punir mais, mas punir melhor. Por isso,

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 bem detalhado em seus efeitos; enfim, que aumentem os efeitos diminuindo o custo econômico (...) e seu custo político²⁵.

²¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 74.

²² Foucault identifica que as transformações decorrentes da reforma penal foram resultado de “vários processos que lhe armam uma base; e, em primeiro lugar, como nota P. Chaunu, de uma modificação no jogo das pressões econômicas, de uma elevação geral do nível de vida, de um forte crescimento demográfico, de uma multiplicação das riquezas e das propriedades e ‘da necessidade de segurança que é uma consequência disso’”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 65.

²³ “A má economia de poder e não tanto a fraqueza ou a crueldade é o que ressalta da crítica dos reformadores”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 68.

²⁴ Por um lado, criticava-se o poder excessivo das jurisdições inferiores que levavam a sentenças arbitrárias, diante de uma acusação com poucos limites e de juízes “às vezes severos demais, às vezes, por reação, indulgentes demais”; por outro lado, criticava-se a paralisia da justiça ligada ao ‘superpoder’ monárquico que levava a uma distribuição mal regulada do poder, a uma concentração em determinados pontos e a conflitos de continuidade daí decorrentes. Segundo explica Foucault “é por ter posto a justiça em concorrência com um excesso de procedimentos de urgência (jurisdições dos prebostes ou dos chefes de polícia) ou com medidas administrativas, que ele paralisa a justiça regular, que a torna às vezes indulgente e incerta, mas às vezes precipitada e severa”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 68.

²⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 69.

Neste cenário, a crítica dos suplícios ganha importância nos discursos da reforma penal uma vez que a humanização das penas leva à limitação do poder do soberano – que não mais teria poder punitivo ilimitado –, assim como também permite a fixação de limites às ilegalidades necessárias do povo – pois ao se ter o *homem* como limite das penas, tem-se uma maior aceitação de uma menor gestão de ilegalismos. No entanto, se a reforma teve como ponto de convergência estes dois ideais, a gestão diferencial das ilegalidades tornou-se um *imperativo essencial*, que tornou a reforma possível²⁶.

Com o deslocamento de objetivos e a necessidade de modificação da economia de poder inerente ao poder punitivo, houve inicialmente a necessidade de modificar a justificação principiológica do poder de punir, adotando, para isso, as teorias contratualistas decorrentes do pensamento iluminista a partir das quais a punição decorreria não da violação do poder do Rei de origem divina, mas do pacto social aceito por todos e do qual toda a coletividade faz parte. O crime, portanto, não mais atingiria o Rei, mas a coletividade, o que cria um discurso de defesa social para legitimar o poder punitivo.²⁷

A modificação principiológica permitiria também a desproporcionalidade de castigos, uma vez que o crime seria a negação do pacto que mantém a sociedade, sendo o criminoso, desta forma, inimigo de todo o corpo social. Os reformadores perceberam, no entanto, que a desproporcionalidade de reação penal tinha sido um dos fatores relevantes que levaram à corrosão da economia de poder então vigente, diante do que se colocou o problema da medida da punição na economia de poder, com o objetivo de reduzir-se as consequências negativas da punição desmedida no grupo social, criando-se um “controle necessário dos efeitos de poder”²⁸ e uma racionalidade econômica que media a pena e prescrevia as técnicas punitivas. A isto se deu o nome de humanização das penas.

²⁶ “(...) se, aparentemente, a nova 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), ela é apoiada basicamente por uma profunda alteração na economia tradicional das ilegalidades e uma rigorosa coerção para manter seu novo ajustamento. Um sistema penal deve ser concebido como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las todas”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 75.

²⁷ “A infração lança o indivíduo contra todo o corpo social; a sociedade tem o direito de se levantar em peso contra ele, para puni-lo. (...) O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 76.

²⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 77.

Para melhor aceitação desta humanização, o princípio da moderação das penas é invocado pelos reformadores em primeira pessoa, encontrando o limite possível de reação não no corpo e no sofrimento do criminoso que deve ser punido, mas no homem que aceitou e participa do pacto social. Além disso, mais do que respeitar o limite intransponível da humanidade do criminoso, a reforma buscou limitar os efeitos e consequências do *ius puniendi* e, desta forma, a diminuir má economia de poder²⁹.

Nesse momento de reelaboração teórica da lei penal, a nova economia de poder levou à perda de força do martírio do corpo, fazendo também com que ganhasse espaço a pena de prisão, logo tornada a pena por excelência, apesar de não constar entre os tipos de punição defendidos pelos reformadores, quais sejam, a deportação, a exclusão interna por meio da vergonha ou humilhação, os trabalhos forçados e a pena de talião³⁰. Como ressalta Foucault, “esses projetos bem precisos de penalidade foram substituídos por uma pena bem curiosa de que Beccaria havia falado ligeiramente e que Brissot mencionava de forma bem marginal: trata-se do aprisionamento, da prisão”. Quanto ao estabelecimento da prisão vale salientar que

se a prisão permanece é porque, apesar das críticas que lhe são dirigidas desde o início (como não diminuir a taxa de criminalidade, provocar a reincidência, fabricar delinquentes), ela desempenha funções importantes na manutenção das relações de poder na sociedade moderna – na verdade, a principal função desempenhada pela prisão é que ela permite gerir as ilegalidades das classes dominadas, criando um meio delinquente fechado, separado e útil em termos políticos. De forma muito simplificada, a prisão transformaria a criminalidade em uma das engrenagens essenciais da maquinaria de poder disciplinar que permearia a sociedade moderna³¹.

²⁹ “‘Humanidade’ é o nome respeitoso dado a essa economia e a seus cálculos minuciosos”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 77.

³⁰ Em *A Verdade e as Formas Jurídicas*, Foucault analisa as alterações no modo de se aplicar a lei penal na Inglaterra e na França, no século XVIII, e já adianta que nesse momento a reelaboração teórica da lei penal – encontrada em Beccaria, Bentham, Brissot e em legisladores da reforma do Código Penal Francês na época revolucionária – previa quatro tipos possíveis de punição: (1) a deportação, que visava excluir o desviante do corpo social, já que este quebrou suas regras; (2) a pena como meio de exclusão interna, por meio de mecanismos de vergonha ou humilhação, como forma de excluir o desviante sem retirá-lo fisicamente da sociedade, mas fazendo com que ele fique isolado do espaço moral e psicológico; (3) reparação do dano social pelo trabalho forçado, exercendo uma atividade útil para o Estado; e (4) a pena de talião, espécie de prevenção geral e especial negativa e tida por alguns teóricos como o único meio de se obter a pena justa para que o dano não seja mais cometido e para que o indivíduo não mais tenha vontade de causar dano à sociedade. FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 84.

³¹ ÁLVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; e GAUTO, Maitê. A Contribuição de David Garland: a Sociologia da Punição. **Tempo Social**, Revista de Sociologia da USP, v. 18, n. 1, junho, 2006, p. 338. Da mesma forma, vale salientar que Zaffaroni bem explica que “(...) embora a prisão tenha substituído, em muitos casos, a morte e formalmente tenha-se convertido na coluna vertebral do sistema penal, ela

O triunfo da pena de prisão sobre as demais formas de punição encontra-se também no contexto da humanização das penas e do deslocamento do ponto de aplicação do poder de punir³². Se antes o ponto de aplicação era o corpo, dentro do jogo ritual de suplícios públicos e marcas ostensivas, depois da reforma o foco torna-se a punição da alma do criminoso, com um jogo de representações e sinais que circulariam discretamente no espírito de todos³³.

Além do ponto de aplicação, o poder de punir teve modificado também o campo temporal, diante do que a pena não se manifestaria mais como uma vingança do soberano com os olhos no passado, mas como uma forma de proteção do corpo social com os olhos no futuro. A melhor pena deverá ser calculada não com base no prejuízo do crime passado, mas buscando a reação ideal para evitar a desordem no futuro, o que representa uma modificação da vingança ilimitada do soberano para a proteção da sociedade. Mesmo assim, pela racionalidade penal inaugurada, somente uma pena aflitiva seria capaz de transmitir o valor de uma norma de comportamento violada e, assim, promover a defesa da sociedade. Diante disso, criou-se no sistema penal um “auto-retrato identitário essencialmente punitivo”³⁴.

Outra consequência desta nova economia de poder decorrente da racionalidade penal moderna foi a modificação da gestão dos ilegalismos para a criação de um sistema de punição com maior continuidade, diante do que a punição passou a ser vista como uma obrigação ou uma necessidade. Se durante o Antigo Regime o Rei tinha autorização para punir ilimitadamente, com a reforma do sistema criou-se uma cultura de obrigação de punir limitadamente. Assim, passou-se a defender que a certeza de punição,

significava uma verdadeira pena de morte aleatória nas metrópoles, da mesma forma que a pena de deportação, substituta do *recrutamento* e das *galés*, quando estes se tornaram insustentáveis em razão da profissionalização dos exércitos e da introdução da navegação a vapor”. (Itálicos do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 45.

³² Conforme destaca Shecaira, “o surgimento da prisão enquanto pena explica-se menos pela existência de um propósito humanitário e idealista de reabilitação do delinquente, e mais pela necessidade emergente de se ter um instrumento disciplinador da mão de obra, tão necessária nos primórdios do regime capitalista”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Exclusão Moderna e Prisão Antiga. In: SÁ, Alvinho Augusto de; TANGERINO, Davi; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 03.

³³ De acordo com Foucault, as velhas anatomias punitivas perdem espaço para uma nova semiótica de castigos incorpóreos, na busca não de punir mais, mas punir melhor: “através dessa técnica dos sinais punitivos, que tende a inverter todo o campo temporal da ação penal, os reformadores pensam dar ao poder de punir um instrumento econômico, eficaz, generalizável por todo o corpo social, que possa codificar todos os comportamentos e consequentemente reduzir todo o domínio difuso das ilegalidades”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 79.

³⁴ PIRES, Álvaro. Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, março de 2004, p. 43.

ainda que mais branda, traria mais efeitos do que a punição ilimitada, mas descontínua. Diante disso, muda-se o direito de punir para a obrigação de punir, o que levou a que crime e pena passassem a ser vistos de forma monolítica e necessária, sendo que normas de sanção e normas de comportamento seriam reconhecidas como igualmente obrigatórias³⁵

Essa modificação filosófica decorre principalmente da má economia de poder presente no Antigo Regime e aparece como uma evolução em relação à política criminal anterior, principalmente pela necessidade de limitação do *ius puniendi*. No entanto, tem como primeira consequência o estabelecimento da sanção criminal como *ratio* necessária, retirando-se, na prática, a efetividade do princípio da *ultima ratio*, que passará a ser visto mais como um princípio político do que jurídico, uma vez que ficará restrito à seleção política dos eventos ou comportamentos considerados proibidos pelo legislador ordinário. Assim,

os tribunais e o saber jurídico-penal são destituídos de obrigações para com esse princípio na realização da justiça. Ele será banido, por assim dizer, das operações próprias ao sistema penal. Sua função nesse sistema torna-se assim mais retórica do que decisória: ele justifica a escolha legislativa de criminalizar com penas afliativas e conforta a identidade punitiva da racionalidade penal moderna.³⁶

No entanto, essa racionalidade leva a uma armadilha cognitiva que levou à construção de uma relação paradoxal e conflitante entre direitos humanos e direito penal: por constituir um sistema de pensamento trans-político, isto é, independente de visões políticas de mundo, a pena afliativa e necessária é vista como a única forma de promoção de direitos humanos, diante do que a melhor afirmação de direitos humanos seria uma “pena exemplar”, o que ensejaria uma reação penal de violação de direitos do ofensor. Assim, as teorias da pena afliativa levam à reinterpretção do humanismo pelo qual a tolerância para com o criminoso seria vista com maus olhos e a complacência beiraria a cumplicidade. Como afirma Pires,

o sentimento de humanismo com relação ao culpado e às penas afliativas seria a expressão de uma fraqueza, de um humanismo desorientado, um

³⁵ Segundo Pires, “a combinação entre a estrutura normativa telescópica e essa linha de pensamento que valoriza a pena afliativa dará a impressão de que a norma de comportamento e a pena afliativa formam um todo inseparável”, o que levou a “uma imediata dogmatização da relação crime/pena (afliativa)”. PIRES, Álvaro. Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, março de 2004, p. 41.

³⁶ PIRES, Álvaro. Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, março de 2004, p. 45.

pseudo-humanismo: o verdadeiro humanismo estaria dirigido aos cidadãos honestos, à vítima e à humanidade abstratamente considerada.³⁷

Por fim, o derradeiro objetivo dos reformadores na criação de uma economia de poder sem gasto inútil de energia e poder foi a elaboração teórica da necessidade de individualização das penas em conformidade com as singularidades de cada infrator, não mais com os elementos que permitiam classificar o ato³⁸. Com esta modificação, o objeto da intervenção tornou-se o *criminoso* e não mais apenas o crime, a partir do que a individualização das penas deve levar em consideração “o grau presumível de sua maldade (...) [e] uma modulação que se refere ao próprio infrator, à sua natureza, a seu modo de vida e de pensar, a seu passado, à ‘qualidade’ e não mais à intenção de sua vontade”³⁹.

Para além de introduzir uma nova abordagem ao poder punitivo, esta mudança de foco do fato para o indivíduo – no contexto do deslocamento do ponto de aplicação do poder – abriu um vácuo de conhecimento instrumental e essencial acerca do infrator. Neste momento, apesar de o criminoso ser considerado um *inimigo de todos* pelo rompimento do pacto social, ainda não era identificado como *Homo criminalis*, isto é, diferente dos demais e passível de análise por um campo de conhecimento definido⁴⁰. Mesmo assim, esta mudança de abordagem criou já uma figura nebulosa no imaginário social e o espaço para o florescimento deste campo de conhecimento, o que acontecerá apenas algumas décadas depois.

³⁷ PIRES, Álvaro. Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, março de 2004, p. 47.

³⁸ Ainda segundo Foucault, antes da reforma “a modulação provinha de uma ‘casuística’ em sentido lato”, isto é, com referência apenas no crime, o que decorria de uma prática penitenciária cristã, que usava duas séries de variáveis para ajustar o castigo: a circunstância e a intenção. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 83.

³⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 83.

⁴⁰ Como destaca Foucault, “a objetivação do criminoso fora da lei, como homem da natureza, não passa ainda de uma virtualidade, uma linha de fuga, onde se entrecruzam os temas da crítica política e as figuras do imaginário. Será necessário esperar muito tempo para que o *homo criminalis* se torne um objeto definido num campo de conhecimento”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 83.

1.2. A Escola Positiva e o Novo Paradigma Social Europeu Pós Revolução Francesa

A partir da segunda metade do século XVIII, ocorreram na Europa diversas modificações nos contextos econômico e social, com o aumento geral da riqueza, a ocorrência de um grande crescimento demográfico, o surgimento de novas formas de acumulação de capital e o fortalecimento da burguesia. Nesse momento de desenvolvimento e estabelecimento dessa nova classe social de comerciantes e industriais em clara concorrência com as classes já estabelecidas da nobreza e do clero, o tom adotado pelos discursos reformistas era o da Escola Clássica de limitação do poder punitivo, uma vez que este constituía uma das principais armas utilizadas contra a burguesia ascendente. Como consequência, “esse esforço traduziu-se num discurso penal redutor e, subsidiariamente, em mudanças na realidade operativa do poder punitivo, que não deixou de ser exercido de forma seletiva mas tornou-se funcional ao crescimento e à expansão da nova classe social”⁴¹.

Após a queda do Antigo Regime, na transição para o século XIX, nasce uma sociedade com uma complexidade sem precedentes, com novos conflitos sociais decorrentes do processo de industrialização e urbanização – consequências da revolução industrial –, dentro do processo de construção de uma nova ordem social pós Revolução Francesa⁴². Com a apropriação do poder pela burguesia, esta passou a utilizar-se das agências de controle social para moldar a sociedade à produção industrial, tendo como alvos principais as classes populares e o controle de seus ilegalismos. Conforme descreve Zaffaroni,

quando, ao intermediar o século XIX, a burguesia europeia assentou-se no poder, o discurso liberal deixou de ser funcional a seus interesses; necessitava outro que legitimasse sua hegemonia mas que, ao mesmo tempo, consolidasse a nova agência que tinha surgido com a revolução industrial: a polícia. (...) Na luta das corporações por apoderar-se da

⁴¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 43.

⁴² Como destaca Shecaira, “derrotado o antigo regime, feita a Revolução Industrial e dado o maior passo para o desenvolvimento tecnológico desde que até então se tivera notícia na história da humanidade, vários problemas começaram a surgir. A criminalidade cresce diretamente proporcional ao aumento da miséria. A migração de milhares de camponeses para as grandes urbes cria problemas até então não vivenciados por uma sociedade monolítica e conservadora. A solução desses problemas passa a demandar um novo paradigma. Nasce o paradigma científico”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 116-117.

questão criminal, a hegemonia discursiva no saber criminológico, que até então tinham tido as corporações de juristas e filósofos, passou à de médicos e policiais.⁴³

Como o crime e a criminalidade aparecem para as agências de controle social como “os índices principais da crise moral que parecia ameaçar a sociedade da época e como objetos a serem melhor compreendidos e dominados”⁴⁴, criou-se um terreno fértil para a alteração da tônica da doutrina jurídico-penal, mudando-se o foco de abordagem para a inquirição das causas do crime⁴⁵, o que levou à ideia do *Homo criminalis*, isto é, de que o criminoso seria um fenômeno natural cientificamente identificável na multidão e, portanto, passível de controle, teoria facilmente aceita pela capacidade de fornecer uma explicação com bases pseudo-científicas e suficientemente tranquilizadora quanto à desordem social e moral aparentemente existentes⁴⁶.

É nesse contexto que surgem e ganham espaço os teoremas da escola positiva italiana, capitaneada principalmente por Cesare Lombroso, Rafael Garófalo e Enrico Ferri, em contraposição à chamada Escola Clássica, então dominante, que viabilizou e consolidou a reforma penal⁴⁷. Com a sua formação em Medicina e não em

⁴³ ZAFARRONI, Eugênio Raul. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 188.

⁴⁴ ALVAREZ, Marcos César. O Homem Delinquente e o Social Naturalizado: Apontamentos Para uma História da Criminologia no Brasil. **Teoria e Pesquisa**, n° 47, julho/dezembro de 2005, p. 81.

⁴⁵ De acordo com Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, “durante este século [XIX] o clima político-intelectual do estudo do crime havia-se transformado profundamente. Assistiu-se, por um lado, à falência das expectativas otimistas depositadas nas reformas penais e penitenciárias que o Iluminismo estimulara: não só elas não haviam conseguido reduzir a dimensão da criminalidade, como esta aumentara e se diversificara, revelando altas taxas de reincidência”. Como consequência, houve uma alteração da tônica de abordagem do sistema legal para o delinquente e a penitenciária “a qual, por sua vez conduziu a que se inquirisse agora da natureza e das *causas* do crime”. (Itálico do autor) DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 11.

⁴⁶ Como destaca Luis Carlos Valois, neste momento histórico, “o capitalismo surgia baseado no livre mercado, sem o poder despótico do rei, e uma ciência de controle de massas era bem vinda”. VALOIS, Luis Carlos. **Conflito Entre Ressocialização e o Princípio da Legalidade na Execução Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 40.

⁴⁷ Conforme ilustra Alvarez, a cisão entre escola clássica e escola positiva, “ainda presente na criminologia do século XX, indica duas formas de abordar o problema do crime: de um lado, a *Escola Clássica* define a ação criminal em termos legais ao enfatizar a liberdade individual e os efeitos dissuasórios da punição; de outro, a *Escola Positiva* rejeita uma definição estritamente legal, ao destacar o determinismo em vez da responsabilidade individual e ao defender um tratamento científico do criminoso, tendo em vista a proteção da sociedade”. (Itálicos do autor). ALVAREZ, Marcos César. A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 45, n° 4, 2002, p. 678/679. Da mesma forma, Shecaira diferencia as duas escolas explicando que “a escola Clássica enraíza suas ideias exclusivamente na razão iluminista e a Escola Positiva, na exacerbação da razão confirmada por meio da experimentação. Clássicos focaram seus olhares no fenômeno e encontraram o crime; positivistas fincaram suas reflexões nos autores desse fenômeno, encontrando o criminoso”. E conclui: “Clássicos e positivistas, na

ciências humanas, e influenciado por teorias materialistas, positivas e evolucionistas, Lombroso ganhou destaque ao defender a existência do “criminoso nato”, na expressão cunhada por Ferri, pela qual os comportamentos humanos seriam biológica e previamente determinados⁴⁸. Assim, os criminosos seriam, na verdade, indivíduos física e mentalmente primitivos, portadores de um atavismo anatomicamente identificável.⁴⁹

Diante da modificação do público selecionado para as casas de correção, a partir da concepção do encarceramento como método de punição e reintegração social, consequência direta da reforma penal⁵⁰, Lombroso pôde desenvolver uma pesquisa de método experimental na população carcerária, o que lhe rendeu uma grande quantidade de dados antropométricos a partir dos quais traçou um perfil anatômico e hereditário do criminoso. Ainda que Lombroso seja reconhecido pela maior parte da doutrina como o fundador da criminologia moderna⁵¹, é sabido que não foi o primeiro a

realidade, são distintas faces da mesma moeda iluminista”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 89-90.

⁴⁸ Apesar da harmonia de pensamento, Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade destacam que “as obras dos três grandes do positivismo italiano divergem consideravelmente, tendo-se gerado entre eles inclusivamente divergências, por vezes violentas”. Essas diferenças seriam decorrência da formação de cada um: “há toda uma diferença de caminhos entre um ex-médico militar que foi Lombroso e os homens públicos que, cada um a seu modo, foram Ferri e Garófalo. Daí que ao primado atribuído por Lombroso ao factor *antropológico*, Ferri tenha contraposto condicionantes *sociológicas*, enquanto Garófalo pôs em relevo o elemento *psicológico*”. (Itálicos dos autores). DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE; Manuel da Costa, **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 15.

⁴⁹ “A tese central da teoria lombrosiana é a do *atavismo*: o criminoso atávico, exteriormente reconhecível, corresponderia a um homem menos civilizado que os seus contemporâneos, representando um enorme anacronismo”. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 16. No mesmo sentido: ALVAREZ, Marcos César. A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 4, 2002, p. 678-679. ALVAREZ, Marcos César. O Homem Delinquente e o Social Naturalizado: Apontamentos Para uma História da Criminologia no Brasil. **Teoria e Pesquisa**, nº 47, julho/dezembro de 2005, p. 79-80.

⁵⁰ Como destaca Shecaira, “nunca é demais lembrar que suas pesquisas foram em grande parte feitas em hospitais, manicômios e penitenciárias”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 108. Ademais, segundo lembra Ishiy, “no século XVIII, as casas de correção aceitavam condenados, vadios, órfãos, velhos e loucos, sem qualquer distinção, possibilitando o encarceramento de todos os que fossem considerados indesejáveis na sociedade urbana, com o intuito de defender a sociedade isolando o malfeitor, evitar o contágio do mal e corrigir o delinquente para reintegrá-lo à sociedade”. Foi apenas com a modificação da seletividade do encarceramento aos ‘criminosos’ que Lombroso pôde realizar sua pesquisa. ISHIY, Karla Tayumi. **A Desconstrução da Criminalidade Feminina**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 51.

⁵¹ Alvarez refere-se a Lombroso como “herói fundador” do conhecimento criminológico moderno. ALVAREZ, Marcos César. O Homem Delinquente e o Social Naturalizado: Apontamentos Para uma História da Criminologia no Brasil. **Teoria e Pesquisa**, nº 47, julho/dezembro de 2005, p. 79. Mesmo assim, Shecaira destaca que a doutrina não é unânime na determinação do momento histórico que deu início ao estudo da criminologia, por serem diversos os pontos de referência e os critérios de classificação da criminologia como ciência autônoma. O autor destaca que o próprio Lombroso não se reconhecia como criminólogo, intitulando-se membro da Escola Antropológica. Ainda assim, Shecaira menciona que “para a maioria dos autores, Cesare Lombroso foi o ‘fundador da criminologia moderna’, com a edição do *Homem*

defender a negação do livre-arbítrio, a predeterminação de comportamentos e a teoria do criminoso hereditária e biologicamente determinado⁵². Nesse sentido, como destacam Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade,

contrariando o tradicional e pacífico reconhecimento de Lombroso como “pai da criminologia científica”, já tentou falar-se de um “mito lombrosiano”, com base na existência de investigações criminológicas anteriores à escola positiva. Tinham sobretudo em vista os estudos de índole *sociológica* e *cartográfica* da escola *franco-belga* e da *escola ecológica de Londres*, da primeira metade do século XIX.⁵³

Na Idade Média e no início da Idade Moderna destacam-se os estudos da chamada criminogênese, que estudava fatores que poderiam influenciar a conduta criminosa, por meio de pseudociências. Vale mencionar os estudos da oftalmoscopia e da metoscopia, que buscavam encontrar, respectivamente, o caráter do homem pela observação de seus olhos e das rugas de sua fronte; bem como da quiromancia, que pretendia descobrir o futuro de uma pessoa com base no passado, analisando as linhas das mãos⁵⁴.

No entanto, conforme leciona Shecaira⁵⁵, a mais relevante das pseudo ciências pré-lombrosianas é a fisionomia, cuja origem remeteria a Hipócrates, primeiro pesquisador a relacionar a aparência de uma pessoa a uma enfermidade. Os estudos dos fisionomistas teriam sido os primeiros a relacionar a aparência externa de um indivíduo com seus caracteres psíquicos e seu aspecto moral. Destacam-se os trabalhos de Giovanni Battista Della Porta Vico, *De Humana Physiohnomia*, publicado em 1586, em Nápoles, em que defendia a correspondência perfeita entre a aparência externa e os aspectos interiores de cada um⁵⁶; e de Johan Casper Lavater, teólogo suíço autor de *L’art*

Delinquente, em 1876” (itálico do autor). SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 88.

⁵² “Além de contar com um clima filosófico e científico favorável, a antropologia criminal de Lombroso pôde se beneficiar dum conjunto diversificado de teorias precursoras, que tentaram encontrar as causas do crime nos estigmas individuais do delinquente”. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 13.

⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 12.

⁵⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 90-91.

⁵⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 91-93.

⁵⁶ “Refira-se, por ultimo, o nome de B. Della Porte, considerado o fundador da fisiognomia e autor dum livro justamente intitulado *A Fisionomia Humana* (1536), no qual – a partir da observação e estudo dos cadáveres de vários criminosos – concluiu pela existência de conexões entre as formas do rosto e o crime, assim abrindo a porta às teorias ‘craneoscópicas’ ou ‘frenológicas’ que mais tarde seriam defendidas”. DIAS, Jorge

d'étudier la Physionomie, publicado em 1776, em Leipzig, que estudava a craniometria – estudo das aparências externas do crânio – e defendia o julgamento pelas aparências⁵⁷. As teses defendidas pelos fisionomistas levaram ao surgimento de medidas jurídicas discriminadoras, como a criação do Edito de Valério, normativa utilizada pelo Marquês de Moscardi, que determinava que “quando se tem dúvida entre dois presumidos culpados, condena-se sempre o mais feio”⁵⁸.

Os estudos da fisionomia deram origem ao desenvolvimento da escola frenológica e da cranioscopia, por Franz Joseph Gall, por volta de 1800, que deu origem à frenologia, método que permitiria localizar em partes determinadas do cérebro os instintos e inclinações humanas, e cujo desenvolvimento poderia ser determinado pelo formato do crânio. O crime, na obra de Gall, era entendido como consequência de um desenvolvimento parcial e não compensado do cérebro, que levaria a uma hiperfunção de um determinado sentimento. Sua obra foi bastante criticada por religiosos e cientistas, porém, muito utilizada por governantes ingleses para justificar a inferioridade e servos coloniais. A obra foi seguida pelos trabalhos de Johann Caspar Spurzheim, autor de *The Physiohnomical System*, em que elaborou uma carta cranioscópica (espécie de carta cartográfica do crânio), e pelos trabalhos do espanhol Mariano Cubí y Soler, *Manual de Frenologia e Sistema Completo de Frenologia*, publicadas em 1844. Cubí y Soler foi um dos primeiros conhecidos a defender a teoria do criminoso nato, caracterizado como “subtipo humano”⁵⁹.

Entre os autores pré-lombrosianos que influenciaram o pensamento positivista, merece menção o trabalho dos antropólogos, que deram importante base para o desenvolvimento do conceito de atavismo hereditário e de impulsos criminosos presentes desde o momento do nascimento do indivíduo⁶⁰. Importante reconhecer,

de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 07.

⁵⁷ Segundo Shecaira, Lavater “acreditava que o caráter e o temperamento do homem poderiam ser lidos pelos contornos da face humana (...). Para ele, tanto a beleza quanto a feiúra eram reflexos da bondade ou da maldade da pessoa”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 92.

⁵⁸ “A pena que sempre aplicada era a de morte ou a perpétua, terminando sempre suas sentenças com o bordão: ‘ouvidas acusação e defesa e examinadas a cabeça e a face do acusado, condeno-o’”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 93.

⁵⁹ Como menciona Shecaira, “para ele, ‘há criaturas humanas que nascem com um desmedido desenvolvimento da destrutividade, acometividade ou combatividade, aquisitividade (...)cuja organização constitui relação naturalmente ao ladrão, ao violador, ao assassino, ao fraudador e outros tipos criminais’”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 94.

⁶⁰ Destacam-se as obras *Traité Philosophique et Physiologique de L'hérédité Naturelle*, de Lucas, publicado em 1847; e *Sulla Natura Morbosa del Delito*, de 1874, de Gaspar Virgílio, em que se refere à características

igualmente, a contribuição dos pensamentos lamarckista e darwinista. Embora fossem conflitantes, ambas as teorias passaram a traduzir passagens importantes das teorias defendidas pelo positivismo, como a herança dos caracteres adquiridos e a evolução das espécies decorrente da seleção natural. Se o pensamento de Lamarck permitia a defesa da hereditariedade do caráter criminoso de certos indivíduos, *A Origem das Espécies*, de 1859, deu base teórica suficiente para a compreensão do criminoso como tipo primitivo ou *subtipo humano*. Coube a Herbert Spencer trazer das ciências biológicas para o pensamento social a teoria darwinista, na defesa da existência de raças inferiores e raças superiores.

Mesmo que tenham sido diversas as obras pré-lombrosianas a defender as ideias da naturalização do crime e do criminoso nato, foi somente com a aparente desorganização social decorrente da nova ordem social vivida pela Europa no século XIX que se criou o contexto ideal para a emergência do pensamento positivista italiano. Ainda que não tenha sido o primeiro, o pensamento de Lombroso foi a consolidação de uma ideia que já vinha germinando e que ganhou fama e adeptos diante de uma *aparência de cientificidade* gerada pela grande quantidade de dados antropométricos colhidos para apoiar sua teoria.

Apesar de publicado pela primeira vez em 1876, o livro *O Homem Delinquente*, de Lombroso, somente ganhou notoriedade a partir da publicação de sua segunda edição, em 1878, e com a publicação da obra com traduções em francês e alemão, em 1887. O ápice da carreira de Lombroso deu-se em 1885, por ocasião da realização do primeiro Congresso de Antropologia Criminal, em Roma. Mesmo assim, foi também durante a realização desses Congressos que surgiram igualmente os principais críticos das ideias da escola positiva italiana. Entre outros, destacam-se os adeptos da escola sociológica de Lyon, cujo principal expoente foi Alexandre Lacassagne, que defendia o meio social como caldo de cultura para a ocorrência do crime; e Gabriel Tarde, que fez diversas críticas ao pensamento de Lombroso, contrapondo às ideias da Antropologia Criminal as leis da imitação e a identidade e a similaridade social como critérios de definição da responsabilidade penal⁶¹.

anormais de criminosos, utilizando o conceito de criminoso nato. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 96.

⁶¹ Nesse sentido: ALVAREZ, Marcos César. O Homem Delinquente e o Social Naturalizado: Apontamentos Para uma História da Criminologia no Brasil. *Teoria e Pesquisa*, n° 47, julho/dezembro de 2005, p. 81. E, ALVAREZ, Marcos César. A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais, *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 45, n° 4, 2002, p. 681. As críticas ao pensamento de Lombroso

Diante das críticas recebidas, o próprio Lombroso tenta complementar sua obra para tornar o seu modelo mais complexo, chegando a publicar em 1899 a obra *Le Crime: causes et remèdes*, em que dá atenção aos fatores socioeconômicos que influenciariam o crime, mas sua obra nunca se afasta da concepção naturalizada do crime e do criminoso. Com a morte de Lombroso, em 1909, acabam também os Congressos de Antropologia Criminal e sua obra entra em descrédito amplo nos meios acadêmicos europeus. Paradoxalmente, é justamente neste momento que a escola positivista italiana encontra, na América Latina, “verdadeiros eldorados da nova escola”⁶², vindo a influenciar fortemente as políticas criminais de países como o Brasil, conforme se verá adiante.

1.3. O Nascimento da Criminologia no Brasil e a Formação da Identidade Nacional Republicana

A ligação do Brasil e dos demais países latino americanos ao continente europeu, decorrente das relações de colonialismo, levou a que a Revolução Francesa tivesse resultados também longe de seu epicentro. No caso do Brasil, a mudança da família real e a constituição do Reino Unido de Portugal e Algarves, em 1808, com sede no Rio de Janeiro, trouxeram diversas modificações sociais, políticas e econômicas, entre as quais a mais notável foi a precipitação da independência do Brasil com relação a Portugal, em 1822.⁶³

Se a emancipação política depois de mais de trezentos anos de subordinação colonial levou a uma modificação quase imediata no cenário político brasileiro, o mesmo não se pode dizer da estrutura econômico-social dominante no país, essencialmente baseada na agricultura de exportação, sustentada por mão-de-obra

serão mais detalhadas no ponto 3.2.1. da presente pesquisa, em que será analisado o Modelo Médico-Psicológico da Criminologia Clínica.

⁶² Nesse sentido: ALVAREZ, Marcos César. O Homem Delinvente e o Social Naturalizado: Apontamentos Para uma História da Criminologia no Brasil. **Teoria e Pesquisa**, nº 47, julho/dezembro de 2005, p. 82. E, ALVAREZ, Marcos César. A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais, **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 4, 2002, p. 682.

⁶³ Nesse sentido, segundo Shecaira “a vinda da família real em 1808 marca o início de algumas mudanças que só se acentuarão com a independência conquistada em 1822, a Constituição de 1824 e o Código Criminal de 1830”. SHECARIA, Sérgio Salomão. Exclusão Moderna e Prisão Antiga. In: SÁ, Alvinio Augusto de, TANGERINO, Davi, SHECAIRA, Sérgio Salomão, (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 07.

escrava⁶⁴. Até os movimentos de independência, as colônias latino-americanas possuíam estruturas verticalizadas e discriminatórias voltadas ao controle e exploração da terra e dos nativos, predominando sempre os interesses europeus sobre os interesses locais⁶⁵. Mesmo após a independência, esta estrutura manteve-se por pelo menos mais algumas décadas, até meados do século XIX, sendo que “a independência significou muitas vezes apenas a ascensão da limitada classe dos brancos descendentes dos colonizadores” ao poder⁶⁶.

Ainda que assim seja, a emancipação política e o rompimento com as instituições da metrópole levaram à necessidade de o Brasil criar estruturas jurídico-políticas próprias, criando efetivamente sua independência de Portugal. A partir desta preocupação iniciam-se os debates que levaram à outorga da Constituição de 1824 e à criação do Código Criminal, de 1830, na busca de substituir o aparato legal e as instituições jurídicas herdadas das Ordenações Filipinas, então vigentes. O mesmo movimento levou à criação dos cursos de ciências jurídicas e das duas primeiras faculdades de direito do Brasil, em Olinda e São Paulo, em 1827⁶⁷.

O início do processo de construção da nova organização jurídico-política ainda foi composto por ideias predominantes na Europa e nos Estados Unidos, apesar de fortemente influenciadas por aspectos da herança colonial. O Código Criminal de 1830, por exemplo, trouxe a previsão da pena de prisão com trabalho, introduzindo uma concepção europeia de punição, mas ainda previa penas já consideradas arcaicas pelo pensamento europeu, como a pena de morte, as galés e a prisão perpétua⁶⁸.

⁶⁴ ÁLVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luis Antônio F. de. A Sociedade e a Lei: O Código Penal de 1890 e as Novas Tendências Penais na Primeira República. **Justiça e História**, Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003, p. 99.

⁶⁵ Nesse sentido, Zaffaroni sustenta que nas colônias europeias o poder punitivo “foi empregado para convertê-las em *imensos campos de concentração* para os nativos (dado que todos eram considerados biologicamente inferiores)”. Segundo o autor, “o desavergonhado lema escrito sobre as portas dos campos de concentração – *O trabalho liberta (Arbeit macht frei)* – era uma síntese grosseira das premissas colonialistas: *os colonizados deviam trabalhar e submeter-se para aprender a ser livres*”. (Itálicos do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 46-47.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 47-48. Zaffaroni ainda ressalta que “o exercício do poder repressivo nos países colonizados permaneceu sem grandes alternativas até muitas décadas depois da independência, ao amparo de repúblicas oligárquicas que mantiveram as maiorias em condições análogas à escravidão”. Idem, p. 47.

⁶⁷ Cumpre mencionar, como destaca Hugo Leonardo, que a fundação da faculdade de direito do Largo de São Francisco teve como principal função a “criação de uma elite intelectual capaz de propiciar um projeto para o País”. LEONARDO, Hugo. Recontando a História Racial no Brasil: o Pensamento Criminológico Positivista na Visão de Cândido Motta e sua Realocação Política como Pressuposto Histórico de Análise. In: SÁ, Alvinio Augusto de, TANGERINO, Davi, SHECAIRA, Sérgio Salomão, (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 80.

⁶⁸ ÁLVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luis Antônio F. de. A Sociedade e a Lei: O Código Penal de 1890 e as Novas Tendências Penais na Primeira República. **Justiça e História**, Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003, p. 99.

Por outro lado, como a organização social ainda deitava fortes raízes na estrutura colonial escravocrata, o poder das elites na manutenção da ordem exigia pouca atuação das agências de controle e, quando o fazia, encontrava-se legitimado legalmente nas antigas práticas de controle de escravos, notadamente os castigos corporais⁶⁹.

A partir do último quarto do século XIX, diante de um processo ainda limitado de abertura para a cidadania, com a difusão do pensamento republicano e a crescente crise do trabalho escravo, diante do fortalecimento de uma política abolicionista decorrente de pressões externas⁷⁰, começam a ser constantes as propostas de reorganização da justiça criminal. Nesse contexto, as elites brasileiras passaram a criticar o Código Criminal diante da inadequação de suas penas para fazer frente à nova ordem social pós-escravista⁷¹, o que, juntamente com outras críticas, levou à criação do Código Penal de 1890. Este novo código, assim, vem preencher o espaço deixado pela abolição da escravidão na administração da ordem social, ao suprimir as penas antes direcionadas especificamente aos escravos⁷², e instituir a universalidade da lei penal, o que gerou diversas críticas:

⁶⁹ Shecaira destaca que “o código criminal do Império deveria, ademais, ser uma legislação fundada nas bases da equidade e da justiça, contemplando o fim das penas de açoites e de todas as demais penas cruéis. No entanto, escravos continuavam a ser açoitados, nas senzalas e nas prisões”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Exclusão Moderna e Prisão Antiga*. In: SÁ, Alvinio Augusto de, TANGERINO, Davi, SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁷⁰ Essa política abolicionista teve, num primeiro momento, a Convenção de 1826, assinada entre D. Pedro I e o Rei Jorge IV, da Grã-Bretanha, proibindo o tráfico de escravos a partir de 1830. Após a independência, a primeira lei contra a escravidão foi aprovada em 1831, a chamada Lei Diogo Feijó, pela qual todos os escravos que ingressassem no país seriam livres. Posteriormente, em 1850, foi aprovada no Brasil a Lei Eusébio de Queiroz, que pôs fim ao comércio de escravos, que foi seguida pela Lei do Ventre Livre, de 1871, que concedia a liberdade aos filhos dos escravos nascidos a partir da promulgação da lei. No ano de 1885, houve a Lei dos Sexagenários, pela qual todos os escravos com idade superior a 60 (sessenta) anos seriam livres. Finalmente, foi apenas em 1888 que houve a abolição total da escravatura no Brasil, com a Lei Áurea, assinada pela Princesa Isabel. Vale notar que na segunda metade do século XIX, notadamente em seu último quarto, houve muita pressão pelo fim da escravatura no Brasil, o que repercutiu em diferentes áreas, do que é exemplo a terceira geração do romantismo brasileiro, conhecido como condoreirismo, que teve como nome forte o poeta Castro Alves e sua notável obra “O Navio Negreiro, Tragédia no Mar”, publicada pela primeira vez em 1869.

⁷¹ “As elites republicanas buscaram viabilizar novas percepções acerca da ordem social bem como criar mecanismos de administração dessa ordem”. ÁLVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luis Antônio F. de. *A Sociedade e a Lei: O Código Penal de 1890 e as Novas Tendências Penais na Primeira República*. **Justiça e História**, Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003, p. 100.

⁷² Apesar das críticas direcionadas por parte da elite brasileira, que julgava que a legislação penal era incapaz de dar conta dos novos desafios decorrentes das transformações sociais no período republicano, o Código Criminal mostrou-se um forte instrumento de construção de uma ideologia burguesa de trabalho, contendo diversos tipos penais (notadamente contravenções) de criminalização da vadiagem, mendicância, ebriedade e mesmo a prática da capoeira. Nesse sentido, o Livro III do Código Penal de 1890 trazia as contravenções em espécie, dentre as quais se podem destacar o Capítulo XII, “Dos Mendigos e Ébrios” e o Capítulo XIII, “Dos Vadios e Capoeiras”. A ideologia burguesa de valorização do trabalho fica clara na leitura do artigo 399 do Código, que determina: Art. 399. Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes: Pena - de prisão

como instrumento de controle do crime, a nova legislação será considerada ineficaz pelos médicos, bacharéis e juristas envolvidos com as questões criminais. Estes setores das elites, inspirados na Criminologia de inspiração lombrosiana, fomentavam concepções restritivas ao exercício dos direitos dos cidadãos. Essas concepções, genericamente conhecidas como “positivistas”, seriam instrumentalizadas no Brasil por essas elites interessadas em implantar e justificar mecanismos de repressão e do controle ao crime e de cerceamento dos indivíduos à participação política.⁷³

Em um contexto de desorganização social decorrente da abolição da escravatura (e, portanto, da modificação da mão-de-obra que representava a base de sustentação da estrutura econômico-social do país) e de um crescimento demográfico diversificado e acelerado, especialmente nos centros urbanos do sudeste, tornou-se necessária a criação de um arcabouço jurídico que propiciasse um projeto de país rumo à civilização⁷⁴. As elites republicanas começaram a enxergar com bastante desconfiança a participação da população em geral na construção da nova ordem político-social do Brasil republicano, o que levou ao desenvolvimento de meios de restringir a participação popular na vida política, já que parte dos protagonistas políticos viam a população como “bestializada”⁷⁵. De fato, a participação popular acabou sendo restringida

cellular por quinze a trinta dias. Da mesma forma, a criminalização da capoeira é claro indicativo da necessidade utilização do arcabouço penal para controle dos ex-escravos, no contexto da criação de uma identidade nacional para o Brasil no pós República, conforme consta no artigo 402 do diploma: Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal: Pena - de prisão cellular por dous a seis mezes. DECRETO nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

⁷³ ÁLVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luis Antônio F. de. A Sociedade e a Lei: O Código Penal de 1890 e as Novas Tendências Penais na Primeira República. **Justiça e História**, Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003, p. 100.

⁷⁴ Como destaca Hugo Leonardo, “o direito surge nesse momento para possibilitar uma guinada rumo à civilização. Esse *status* somente seria alcançado com a ajuda dessa nova ciência, agora com enorme vigor. Com a tarefa de retirar o País da **barbárie**, os profissionais da área jurídica gozavam de profundo respeito”. (Itálico e negrito do autor). LEONARDO, Hugo. Recontando a História Racial no Brasil: o Pensamento Criminológico Positivista na Visão de Cândido Motta e sua Realocação Política como Pressuposto Histórico de Análise. In: SÁ, Alvinio Augusto de, TANGERINO, Davi, SHECAIRA, Sérgio Salomão, (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 80.

⁷⁵ “O novo regime republicano, longe de permitir uma real expansão da participação política, irá se caracterizar, pelo contrário, pelo seu caráter não-democrático, pela restrição da participação popular na vida política”. ÁLVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luis Antônio F. de. A Sociedade e a Lei: O Código Penal de 1890 e as Novas Tendências Penais na Primeira República. **Justiça e História**, Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003, p. 101

ao imaginário do que significaria a República e de quais símbolos poderiam representá-la⁷⁶.

Diante do estabelecimento da igualdade formal da população brasileira, com a promulgação da Constituição de 1891, e da presença de uma prática social decorrente da sedimentação de uma cultura escravista, em um momento de abolição da escravatura recente, as elites lançaram mão da questão racial para a construção e consolidação de um arcabouço jurídico e político que atuasse como instrumento de alocação social e estratificação da população brasileira, diante de um novo paradigma de civilidade⁷⁷. Nesse momento, “essa igualdade instituía o desejo da nação de que todos deveriam ser cidadãos e conviver harmonicamente, mas cada qual no lugar social que lhe cabia”⁷⁸.

Para fazer frente ao alcance da cidadania por negros e índios e limitar o reconhecimento da cidadania ao homem branco, procurou-se um discurso que pudesse ao mesmo tempo consolidar o ideário social pré-existente de uma suposta superioridade da raça branca e conferir legitimidade ao Estado para reprimir uma parcela específica da população em nome da defesa social⁷⁹. É justamente neste cenário que foram importadas e apropriadas as teorias da Antropologia Criminal, utilizadas como saber destinado ao poder para estabelecer a questão racial definitivamente como entrave

⁷⁶“As elites, diante de uma República que nasce excludente, ao não se configurar enquanto resultado da ação da maioria da população e ao não incorporar a participação popular, tenta pelo imaginário assimilar os ‘bestializados’”. ÁLVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luis Antônio F. de. A Sociedade e a Lei: O Código Penal de 1890 e as Novas Tendências Penais na Primeira República. **Justiça e História**, Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003, p. 101.

⁷⁷ A formação do arcabouço jurídico republicano passava por um momento delicado pelo qual se tinha, de um lado, a necessidade de criação de moldes jurídico-políticos que colocassem o país na linha do progresso trilhado por nações “civilizadas”, baseadas no contratualismo e em concepções clássicas como liberdade e igualdade; e, de outro lado, a necessidade de que as leis refletissem as particularidades históricas, raciais e sociais do contexto nacional, integralizando um tratamento diferenciado àqueles considerados diferentes. ÁLVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luis Antônio F. de. A Sociedade e a Lei: O Código Penal de 1890 e as Novas Tendências Penais na Primeira República. **Justiça e História**, Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003, p. 105.

⁷⁸ LEONARDO, Hugo. Recontando a História Racial no Brasil: o Pensamento Criminológico Positivista na Visão de Cândido Motta e sua Realocação Política como Pressuposto Histórico de Análise. In: SÁ, Alvinho Augusto de, TANGERINO, Davi, SHECAIRA, Sérgio Salomão, (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 77.

⁷⁹ Segundo Hugo Leonardo, “a superioridade da raça branca já era entendida de forma determinista, apontada e defendida em políticas públicas, bem como em discursos sociais”. (Negrito do autor) LEONARDO, Hugo. Recontando a História Racial no Brasil: o Pensamento Criminológico Positivista na Visão de Cândido Motta e sua Realocação Política como Pressuposto Histórico de Análise. In: SÁ, Alvinho Augusto de, TANGERINO, Davi, SHECAIRA, Sérgio Salomão, (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 77.

emancipatório de parte da população brasileira⁸⁰ e justificar o estabelecimento de políticas de segregação interna⁸¹, até porque

o tratamento desigual que a escola criminológica positivista propunha, ganhou eco no Brasil e na intelectualidade então em formação, na medida em que servia para fundamentar uma situação absolutamente peculiar acarretada com o fim da escravidão.⁸²

Assim, a tensão decorrente da universalização do direito e da cidadania e da busca pela limitação do acesso da população não branca na construção da identidade republicana brasileira levou a que os ideais da Antropologia Criminal encontrassem na elite brasileira um terreno fértil de desenvolvimento. É nas últimas décadas do século XIX que as ideias da criminologia positivista começam a fluir no país nas lições de autores como João Vieira de Araújo, professor da Faculdade de Direito de Recife, e Tobias Barreto⁸³. Não demorou muito para que diversos juristas da Primeira República divulgassem as novas abordagens científicas do crime e do criminoso, sendo certo que a Antropologia Criminal, se não foi aceita de pronto pela maioria dos juristas, tornou-se tema fundamental e obrigatório nos debates do Direito Penal.

⁸⁰ “A questão racial será o mecanismo de grande valia na formação histórica do Brasil. A cada momento ela será realocada com novas faces e diferentes interesses, sendo talvez o mais duradouro deles a imposição da condição racial como entrave emancipatório do homem” (negrito do autor). LEONARDO, Hugo. Recontando a História Racial no Brasil: o Pensamento Criminológico Positivista na Visão de Cândido Motta e sua Realocação Política como Pressuposto Histórico de Análise. In: SÁ, Alvino Augusto de, TANGERINO, Davi, SHECAIRA, Sérgio Salomão, (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 75.

⁸¹ “Em relação ao Brasil, essas teorias eram adotadas para justificar uma segregação institucional interna. A elite branca valia-se desse discurso para alijar de uma efetiva cidadania, no próprio território nacional, os indivíduos **inferiores**. Até nesse ponto, a singularidade da evocação e aplicação do pensamento criminológico positivista se mostram peculiares”. (Negrito do autor). LEONARDO, Hugo. Recontando a História Racial no Brasil: o Pensamento Criminológico Positivista na Visão de Cândido Motta e sua Realocação Política como Pressuposto Histórico de Análise. In: SÁ, Alvino Augusto de, TANGERINO, Davi, SHECAIRA, Sérgio Salomão, (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 97.

⁸² LEONARDO, Hugo. Recontando a História Racial no Brasil: o Pensamento Criminológico Positivista na Visão de Cândido Motta e sua Realocação Política como Pressuposto Histórico de Análise. In: SÁ, Alvino Augusto de, TANGERINO, Davi, SHECAIRA, Sérgio Salomão, (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 96.

⁸³ Há uma divergência quanto a qual foi o primeiro autor brasileiro a importar as teorias da Antropologia. Enquanto Francisco José Viveiros de Castro aponta João Vieira de Araújo como o primeiro autor Lombrosiano brasileiro, Silvio Romero atribui a Tobias Barreto esse mérito. Mesmo assim, no mesmo ano de 1884 tanto João Vieira de Araújo quanto Tobias Barreto publicam obras em que há menção aos trabalhos de Lombroso, respectivamente nas obras *Ensaio de Direito Penal ou Repetições Escritas sobre o Código Criminal do Império do Brasil* e *Menores e Loucos*. ALVAREZ, Marcos César. O Homem Delinquent e o Social Naturalizado: Apontamentos Para uma História da Criminologia no Brasil. **Teoria e Pesquisa**, nº 47, julho/dezembro de 2005, p. 82-83. E, ALVAREZ, Marcos César. A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais, **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 4, 2002, p. 682-683.

O pensamento lombrosiano manifestou-se também no campo médico, na construção da questão racial e da classificação das raças brasileiras em mais e menos evoluídas, construção discursiva necessária para a criação de uma nova hierarquia social no período. Um dos expoentes deste pensamento foi Raimundo Nina Rodrigues⁸⁴, autor que defendia a transmissão de caracteres morais através de gerações e a hierarquia das raças, argumentando que a “inferioridade da raça negra” seria a manifestação de um fenômeno de ordem natural⁸⁵. Como destaca Hugo Leonardo,

a questão racial, muito antes do que qualquer ideal científico, seria utilizada como meio legitimador e implementador da regulação e da estratificação socioeconômica imposta a uma parcela da população composta por negros, índios e mestiços. Era necessário determinar o *locus* a ser habitado por essa massa de indivíduos que havia recebido o direito à cidadania. O discurso científico foi manejado de forma eficiente para **prevenir, reprimir e tratar** o objeto de estudo da nova escola criminológica, o **homem delinquente**, delineando, com isso, a devida hierarquia socioeconômica a ser imposta.⁸⁶

A criminologia positivista italiana foi muito difundida no Brasil e na América Latina justamente no período em que entrava em decadência no debate doutrinário europeu⁸⁷. Mesmo assim, as críticas ao trabalho de Lombroso não passaram despercebidas pelos juristas nacionais, que acompanhavam de perto as discussões que corriam na Europa. Nos textos da maioria dos autores que reverberavam e defendiam a

⁸⁴ Nina Rodrigues abordou temas como a craniometria, tendo publicado, em 1892, o artigo “Estudos de Craniometria: O Crânio do Salteador Lucas e de um Índio Assassino”, estudo posteriormente aprofundado e publicado na revista editada por Lombroso sob o título “Nègres Criminels au Bresil”. Como aponta Márcia das Neves, “outro assunto de que tratou na *Gazeta Médica da Bahia* foi a antropologia criminal, em 1892, sob o título *Estudos de craniometria: o crânio do salteador Lucas e de um índio assassino*. Era uma série de onde o autor propunha um estudo científico do criminoso e dos fatores do crime. Nesse trabalho mencionou as doutrinas da escola positiva italiana na análise do crânio de um famoso bandido, Lucas da Feira. Ressaltou a existência de poucos trabalhos sobre o assunto abordado exceto alguns artigos de divulgação estatística”. NEVES, Márcia das. **Nina Rodrigues: As Relações Entre Mestiçagem e Eugenia na Formação do Povo Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, p. 30-31. A obra de Nina Rodrigues também é objeto de análise pormenorizada no ponto 3.2.1. desta pesquisa.

⁸⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.127.

⁸⁶ (Negritos do autor). LEONARDO, Hugo. Recontando a História Racial no Brasil: o Pensamento Criminológico Positivista na Visão de Cândido Motta e sua Realocação Política como Pressuposto Histórico de Análise. In: SÁ, Alvinho Augusto de, TANGERINO, Davi, SHECAIRA, Sérgio Salomão, (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 75.

⁸⁷ Como leciona Alvarez, “no início do século passado na Europa, as idéias básicas da antropologia criminal já encontram amplo descrédito. E é nesse momento, paradoxalmente, que elas encontrarão nos países latino-americanos “verdadeiros eldorados da Nova Escola”. ALVAREZ, Marcos César. A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais, **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 4, 2002, p. 682.

Antropologia Criminal estavam expostas as principais críticas dos autores europeus. Mesmo assim, as críticas são refutadas pela maioria dos juristas brasileiros⁸⁸, o que demonstra que a importação destas teorias não foi fruto de modismo ou de sua compreensão parcial, sendo, em verdade, reconhecidas como formas de pensamento que respondiam às urgências sociais do momento histórico vivido pelo Brasil recém republicano.

É justamente pela aparente capacidade de fornecer respostas às necessidades momentâneas do país no período de formação de sua identidade republicana que as teorias antropológicas europeias encontraram no Brasil um terreno fértil de desenvolvimento⁸⁹. Por terem sido reconhecidas como um saber destinado ao poder, as teorias foram apropriadas pelas elites para justificar a adoção de políticas discriminatórias. Ademais, por tratar-se de um conhecimento de compreensão do homem e da criminalidade com aparência de cientificidade⁹⁰, a Antropologia Criminal seria o limite possível e justificável para a igualdade jurídica e formal, em face das teorias clássicas do direito que, segundo defendia-se, não poderia ser aplicável no Brasil por suas particularidades históricas⁹¹.

A apropriação deste sistema de pensamento como saber meramente funcional fica também clara quando se observa o ecletismo dos autores

⁸⁸ Segundo aponta Álvarez, diversos autores brasileiros “mesmo diante das críticas específicas feitas aos trabalhos de Lombroso na Europa, ou apenas as desconsideraram ou, então, se esforçam por refutá-las”. Segundo o autor, Viveiros de Castro cita a contestação de Gabriel Tarde aos trabalhos de Lombroso “quase que apenas a título de ilustração”. Por sua vez, Paulo Egídio de Oliveira Carvalho “discute extensivamente os conceitos de Durkheim acerca do crime, mas indica a impropriedade de suas objeções à antropologia criminal”. E conclui: “Logo, se esses e outros juristas defendem as ideias da antropologia criminal, fazem-no tendo consciência das principais objeções presentes no debate europeu”. ALVAREZ, Marcos César. A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais, **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 4, 2002, p. 686.

⁸⁹ Hugo Leonardo leciona que a Antropologia Criminal foi adotada como “resposta necessária para a questão racial no Brasil”. LEONARDO, Hugo. Recontando a História Racial no Brasil: o Pensamento Criminológico Positivista na Visão de Cândido Motta e sua Realocação Política como Pressuposto Histórico de Análise. In: SÁ, Alvinho Augusto de, TANGERINO, Davi, SHECAIRA, Sérgio Salomão, (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 97.

⁹⁰ “O furor dessa escola, sem dúvida alguma, estava mais ligado ao crime. Essa repressão discutida como ciência encontrava-se na pauta do dia. A preocupação seria catalogar e entender o outro, aquele considerado diferente. No contexto brasileiro, a representação dessa alteridade residia no negro e no mestiço”. LEONARDO, Hugo. Recontando a História Racial no Brasil: o Pensamento Criminológico Positivista na Visão de Cândido Motta e sua Realocação Política como Pressuposto Histórico de Análise. In: SÁ, Alvinho Augusto de, TANGERINO, Davi, SHECAIRA, Sérgio Salomão, (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 79.

⁹¹ “A introdução da Criminologia no país representava, deste modo, a possibilidade simultânea de compreender as transformações pelas quais passava a sociedade, de implementar estratégias específicas de controle social e de estabelecer formas diferenciadas de tratamento jurídico-penal para determinados segmentos da população”. ALVAREZ, Marcos César. O Homem Delinquent e o Social Naturalizado: Apontamentos Para uma História da Criminologia no Brasil. **Teoria e Pesquisa**, nº 47, julho/dezembro de 2005, p. 85.

brasileiros, que defendiam ao mesmo tempo correntes de pensamentos muitas vezes conflitantes, do que é exemplo a indiferenciação entre a Antropologia Criminal, de Lombroso, Ferri e Garófalo e a Sociologia Criminal, de Tarde e Durkheim⁹². Mesmo assim, apesar dos diferentes enfoques, os adeptos da criminologia no Brasil tinham em comum a ideia de que o objeto principal de análise das ações jurídicas e de política criminal deveria ser o criminoso, compreendido como um indivíduo anormal. Tem-se em comum e como herança necessária dos debates a adoção de um discurso normalizador de defesa social, muitas vezes identificável na atualidade⁹³.

Apesar de sua importância neste contexto, a adesão às teses da criminologia não levou à reforma do sistema penal para passar a seguir os preceitos cientificistas da Antropologia Criminal. Mesmo assim, no cotidiano das práticas penais as ideias discriminatórias ganharam força para operar de forma subterrânea e fazer um contraponto à igualdade formal determinada pela Escola Clássica⁹⁴. Apesar de constantes propostas de reformulação, durante toda a Primeira República o Código Criminal de 1890 mantém-se vigente, mas é acompanhado de perto pela noção das elites de que “os ideais de igualdade não poderiam afirmar-se em face das desigualdades percebidas como constitutivas da sociedade brasileira”⁹⁵, isto é, seria necessário encontrar uma forma de tratar desigualmente os desiguais. Assim,

a introdução da criminologia no país representava a possibilidade simultânea de compreender as transformações pelas quais passava a sociedade, de implementar estratégias específicas de controle social e de estabelecer formas diferenciadas de tratamento jurídico-penal para determinados segmentos da população.⁹⁶

⁹² “Para exemplificar essa frequente indiferenciação, basta mencionar como autores que, ainda no final do Império, defendem a necessidade de incorporação da *antropologia criminal* pelo pensamento jurídico nacional sustentam que este se dê sobretudo mediante a criação da cadeira de *sociologia* nas faculdades de direito”. (Itálicos do autor) ALVAREZ, Marcos César. A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais, **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 4, 2002, p. 687.

⁹³ “Não há, portanto, diferenças substanciais entre aqueles que passam a defender as novas teorias penais no Brasil, quer do ponto de vista antropológico quer do sociológico. A crítica às concepções jurídicas da Escola Clássica, a defesa dos novos fundamentos do direito de punir e a necessidade de reforma das leis e instituições penais são pontos de convergência entre os diversos autores, a despeito das divergências pontuais que possam existir”. ALVAREZ, Marcos César. A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais, **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 4, 2002, p. 689.

⁹⁴ “(...) no cotidiano das práticas jurídico-penais, as ideias discriminatórias da Antropologia Criminal de Lombroso continuaram a ‘operar como um contraponto semiclandestino ao valor formal da igualdade perante à lei’”. ALVAREZ, Marcos César. O Homem Delinquente e o Social Naturalizado: Apontamentos Para uma História da Criminologia no Brasil. **Teoria e Pesquisa**, nº 47, julho/dezembro de 2005, p. 86.

⁹⁵ ALVAREZ, Marcos César. A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais, **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 4, 2002, p. 694.

⁹⁶ ALVAREZ, Marcos César. A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais, **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 4, 2002, p. 696.

Apesar de sua importância na formação da primeira república, a partir da segunda década do século XX a Antropologia Criminal passou a ser bastante criticada no Brasil, principalmente no campo da Medicina e da Psicanálise. Mesmo expoentes do pensamento antropológico no Brasil como Afrânio Peixoto reconhecem como superados os questionamentos e pressupostos da Escola Antropológica, apesar de não deixar de acolher e defender a necessidade de defesa social. Ainda que a doutrina penal de vanguarda tenha refutado a tese radical do criminoso nato, continuou defendendo que o criminoso fosse visto como um indivíduo diferente e anormal, ainda que essa anormalidade seja interpretada como decorrência de condições sociais, com o estabelecimento da ideia até hoje vigente do *Homo criminalis*⁹⁷.

1.4. Sistema Penal Atual: do Estado Providência ao Estado Penal

Considerando que as bases do sistema penal atual foram fundadas com a queda do Antigo Regime, aliado à identificação de um *Homo criminalis* no período pós Revolução Francesa, na Europa e no período recém-republicano, no Brasil, cumpre mencionar que, no último quarto do século XX, houve uma reativação da racionalidade penal moderna⁹⁸, com o deslocamento da forma de tratamento da questão criminal e uma mudança de perfil de políticas de segurança que levou a um endurecimento penal e a um cenário de encarceramento em massa. Esta reorientação do sistema punitivo decorre da escalada do neoliberalismo que levou a uma mudança da política econômica

⁹⁷ “Deste modo, apesar das críticas cada vez mais constantes às teorias da Antropologia Criminal, até o final dos anos 20 do século XX os médicos e juristas brasileiros não abandonam o objetivo principal de Lombroso e seus correligionários, muito pelo contrário. Aliás, se a Criminologia lombrosiana conseguiu um grande trunfo, foi o de consolidar no interior do direito penal a visão do criminoso como um ser anormal. Mesmo que essa anormalidade seja vista também como fruto das condições sociais, a ideia do *Homo Criminalis* se instalará plenamente na tradição penal brasileira”. ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; e GAUTO, Maitê. A Contribuição de David Garland: a Sociologia da Punição. **Tempo Social**, Revista de Sociologia da USP, v. 18, n. 1, junho, 2006, p. 86.

⁹⁸ De acordo com Álvaro Pires, “a partir da segunda metade dos anos 1980 os projetos de uma reforma de fundo do sistema penal foram contra-atacados por um novo impulso da racionalidade penal moderna, e aquela utopia jurídico-penal foi reenviada às calendas gregas. O sistema político procurou controlar e orientar o sistema penal criando novas incriminações, aumentando as penas etc. O próprio discurso jurídico voltou a acreditar nas velhas ideias (dissuasão etc.) ou a lhe agregar novos argumentos, propondo uma extensão do direito penal clássico e das penas de prisão ao campo dos acidentes de trabalho, do meio ambiente etc.”. PIRES, Álvaro. Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, março de 2004, p. 47.

dominante e, principalmente, da postura dos Estados quanto ao intervencionismo na sociedade⁹⁹.

Até o início da década de 1970, nos chamados países desenvolvidos, as taxas de criminalidade mantiveram-se estáveis, o que se refletiu na concepção de contenção da criminalidade dominada pela percepção de que a sociedade também tinha responsabilidade pela emergência de crimes e, igualmente, tinha papel relevante na tarefa de recolocar o indivíduo que cometeu um delito de volta ao seio de convivência¹⁰⁰. Após o final da Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos da América despontam como potência política e econômica mundial, consolidando seu papel de destaque, uma vez que a Europa, até então prevalecente, encontrava-se em processo de reconstrução.

Diante desta influência mundial, os Estados Unidos da América exportaram para diversos países o modelo de Estado de Bem-Estar Social, introduzido pelo *New Deal* americano, no combate à crise de 1929. Este modelo de Estado Providência foi adotado por diversos países (naturalmente, de forma mais eficaz por países desenvolvidos e bastante limitadamente em países considerados em desenvolvimento, entre os quais o Brasil) e destacava-se não apenas na intervenção na economia, mas também por um paternalismo pelo qual o Estado seria responsável por prover à população aquilo de que precisasse.

No âmbito penal, a criminalidade – nos países desenvolvidos – era vista como um risco cotidiano que deveria ser avaliado e administrado de forma rotineira, diante do que o Estado tinha como meta a ressocialização do indivíduo, forma de recepção do criminoso de volta ao convívio social¹⁰¹. Em países latino-americanos, entre

⁹⁹ De acordo com Loïc Wacquant “a análise comparada da evolução da penalidade nos países avançados durante a década passada evidencia, de um lado, um estreito laço entre a escalada do neoliberalismo como projeto ideológico e a prática de governo que determinam a submissão ao ‘livre mercado’ e a celebração da ‘responsabilidade individual’ em todos os domínios e, de outro, o desenvolvimento de políticas de segurança ativas e punitivas, centradas na delinquência de rua e nas categorias situadas nas fissuras e nas margens da nova ordem econômica moral que se estabelece sob o império conjunto do capital financeiro e do assalariamento flexível”. WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres – A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

¹⁰⁰ ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; e GAUTO, Maitê. A Contribuição de David Garland: a Sociologia da Punição. **Tempo Social**, Revista de Sociologia da USP, v. 18, n. 1, junho, 2006, p. 329-330. De acordo com David Garland, neste período o discurso dominante era formado por aquilo que chama de “criminologias da vida cotidiana”, ou “criminologia do eu”. Segundo esclarece, “essa teorias são simples e insistem no fato de que os delinquentes calculam suas ações, que a maior parte dos crimes são oportunistas e que a melhor resposta é a de tornar as coisas mais difíceis para os delinquentes, aumentando os controles judiciários”. GARLAND, David. As Contradições da “Sociedade Punitiva”: o Caso Britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 13, nov. 1999, p. 64.

¹⁰¹ De acordo com David Garland, “muito embora a criminalidade seja socialmente desigual na sua distribuição, o crime e o medo são hoje em dia amplamente vividos como fatos da vida moderna. Pouco a

os quais o Brasil, mergulhados em regimes ditatoriais, a repressão ao crime muitas vezes confunde-se com repressão política e a incapacidade de adoção plena de um Estado de Bem-Estar Social é encoberta por discursos policiais de repressão baseados na chamada doutrina de segurança nacional.¹⁰²

Com o aumento das taxas de criminalidade – até então estáveis – decorrente de uma crise social e de uma instabilidade política que teve início na década de 1960, com os movimentos contra-culturais¹⁰³, aliado a transformações significativas na economia mundial, a partir da década de 1970, criou-se uma demanda por um endurecimento contra o crime, diante de uma noção de que “o velho sistema construído nos anos anteriores não mais dá conta do enfrentamento do problema da criminalidade”¹⁰⁴. Com o abrupto fim da guerra fria, os Estados Unidos surgem como potência hegemônica incontestada, tanto no campo político quanto no campo econômico, o que consolida o seu papel de exportador de políticas e ideologias, bem como os estabelecem como modelo econômico de sucesso e destino de mão-de-obra mundial, o que intensificou ainda mais o afluxo de imigrantes, já constante desde os anos 1920.¹⁰⁵

pouco, o crime tornou-se, para as gerações atuais, um risco cotidiano que deve ser avaliado e administrado de forma rotineira – um pouco como nos comportamos com relação aos riscos de acidentes viários”. GARLAND, David. As Contradições da “Sociedade Punitiva”: o Caso Britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 13, nov. 1999, p. 62.

¹⁰² De acordo com Zaffaroni, “o discurso legitimante destas atrocidades foi a chamada *doutrina de segurança nacional*, inspiradas nos golpistas franceses da Argélia, e difundida aos oficiais das forças armadas de toda a região desde a *Escola das Américas*, que os Estados Unidos sustentavam no Panamá”. (Itálicos do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 24.

¹⁰³ Como destaca Shecaira, o período de 1950 a 1973 foi um momento de grande abundância nos Estados Unidos, que viveram uma situação de pleno emprego e sucessivos aumentos salariais à população, que “assegurou segurança econômica, permitiu investimentos constantes das empresas e uma fé geral na sociedade americana”. No entanto, segundo leciona, “a crise social que se iniciara nos anos 60 (conhecida como movimento contra-cultural) tem, no final dos anos 70 e início dos 80, uma consequência voltada para o plano econômico. Sucessivas recessões, conflitos sindicais e instabilidade política provocam consequências sociais marcantes em grandes cidades americanas”. SHECAIRA, Sergio Salomão. Tolerância Zero. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, outubro/2009, p. 167.

¹⁰⁴ SHECAIRA, Sergio Salomão. Tolerância Zero. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, outubro/2009, p. 167. No mesmo sentido, Alvarez, Salla e Gauto mencionam que “a partir de meados da década de 1970 vem ocorrendo, na maior parte dos países do ocidente, um deslocamento importante na forma como as sociedades modernas tratam os crimes e os criminosos, e que por certo guarda relação com os acontecimentos políticos, sociais e econômicos, aos gerais que caracterizam o contexto histórico recente. A percepção em relação às causas dos crimes, aos mecanismos, mais adequados para combatê-los, às medidas de tratamento penal a serem impostas aos criminosos irá alterar-se de modo significativo e praticamente no sentido contrário das tendências até então em vigor”. ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; e GAUTO, Maitê. A Contribuição de David Garland: a Sociologia da Punição. **Tempo Social**, Revista de Sociologia da USP, v. 18, n. 1, junho, 2006, p. 330.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 59-61.

Este cenário de hegemonia americana foi intensificado diante de um contexto de globalização¹⁰⁶ que, viabilizado pela revolução comunicacional, modificou o modelo de soberania até então existente¹⁰⁷ e levou a uma ampla mobilidade de capital e de pessoas entre os países, com grande movimentação de bens e deslocamento financeiro e de bases industriais de produção. No entanto, paralelamente ao desenvolvimento desta fluidez econômica mundial, houve a criação de massas de párias não assimilados pelos mercados de trabalho e de consumo, o que levou à desmobilização do Estado de Bem-Estar Social e à necessidade de criação de uma estratégia de contenção destas massas, o que abriu caminho para a formação do Estado Penal¹⁰⁸. Assim, neste momento tem-se

de um lado, uma ampla mobilidade do capital e dos capitalistas, volatilidade dos investimentos, deslocamentos de capitais financeiros e mesmo de bases industriais por todos os cantos do planeta. De outro, os párias gerados por essa economia e pela desmobilização do Estado de Bem-Estar, as massas largadas à própria sorte que buscam nas estratégias de sobrevivência, nem sempre legais, um lugar ao sol – marginalizados que serão cada vez mais imobilizados nos guetos, nas periferias, circunscritos à miséria de sua existência, e que passarão a frequentar as prisões que se revitalizam nesse período, voltando a ser territórios e cada vez mais severos de punição.¹⁰⁹

Diante de mudanças no cenário econômico, social e político decorrente da globalização da economia, caracterizada pela fluidez de capitais e pela

¹⁰⁶ De acordo com Shecaira, , o processo de globalização constituiu a chamada sociedade pós-moderna: “Se a modernidade tem como tônica a industrialização, a divisão do trabalho, a distinção do proletariado como classe que se constitui em motor da história e o nascimento epistemológico da individualidade, a sociedade pós-moderna passa por uma forma transnacional de produção, pela acentuação da concorrência no âmbito do mercado de trabalho, pela existência de um processo comunicativo global, pelo surgimento de modos transnacionais de vida, processos econômicos percebidos como globais, destruição ambiental que transcende as fronteiras territoriais de países e continentes, crises e guerras vivenciadas por todos os povos.”. SHECAIRA, Sergio Salomão. Tolerância Zero. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, outubro/2009, p. 169.

¹⁰⁷ De acordo com Eric Hobsbawm, a globalização levou à modificação do modelo de Estado dominante durante pelo menos dois séculos, em que se tinha grande importância na soberania e no controle de recursos e atividades ocorridas dentro das fronteiras nacionais. “Antes deste ponto de inflexão, durante 250 anos o Estado vinha ampliando seus poderes, recursos, espectro de atividades, conhecimento e controle sobre o que acontece no seu território”. HOBBSAWM, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 142.

¹⁰⁸ “No marco de uma economia de serviços, o sistema penal se converteu em um fator de redução da taxa de desemprego ou mesmo em condição de plena ocupação”. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 61.

¹⁰⁹ ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; e GAUTO, Maitê. A Contribuição de David Garland: a Sociologia da Punição. **Tempo Social**, Revista de Sociologia da USP, v. 18, n. 1, junho, 2006, p. 332.

quebra de barreiras financeiras, o perfil intervencionista do Estado passa a ser alvo de uma onda neoliberal que demanda uma reformulação que o restrinja aos mínimos limites necessários, relegando aos *players* do mercado o papel central de desenvolvimento da economia¹¹⁰. Como forma de justificar esta mudança de postura estatal e a desestruturação do Estado de Bem-Estar Social, esta onda neoliberal põe em marcha uma enorme modificação do papel dos indivíduos na sociedade, com a valorização da responsabilidade individual¹¹¹.

No mesmo contexto de dismantelamento de políticas assistencialistas e de valorização da responsabilidade individual, perpetrou-se uma transformação na percepção oficial do crime¹¹², nas políticas de governo e na estruturação dos órgãos de justiça criminal, o que levou ao recrudescimento generalizado das políticas policiais, judiciárias e penitenciárias¹¹³. Tomando-se como base o entendimento do crime como fruto de decisões racionais e individuais, com a desconsideração da importância de uma engenharia situacional para a explicação de comportamentos delinquentes, houve uma mudança de foco na política criminal que levou à expansão da ação policial e ao

¹¹⁰ “O Estado de Bem-Estar Social, implantado sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial, passa a ser alvo de uma onda neoliberal que clama pela sua desmontagem, pela redução de seus custos de operação, por uma reformulação que o coloque nas dimensões mínimas necessárias. É esse Estado que irá paulatinamente abdicar de sua capacidade de proporcionar os requisitos básicos da existência das populações, ao assumir um perfil de Estado policial”. ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; e GAUTO, Maitê. A Contribuição de David Garland: a Sociologia da Punição. **Tempo Social**, Revista de Sociologia da USP, v. 18, n. 1, junho, 2006, p. 333.

¹¹¹ De acordo com Pedro Abramovay, “a partir da eleição de Margaret Thatcher no Reino Unido e de Ronald Reagan nos EUA, uma enorme mudança sobre o papel dos indivíduos na sociedade começa a se pôr em marcha. Esta mudança, [foi a] grande responsável pela desestruturação do Estado de bem-estar social”. ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O Grande Encarceramento como Produto da Ideologia (Neo)liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Coord.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 20.

¹¹² Neste sentido, Loïc Wacquant traz um discurso paradigmático de George Bush (pai) em 1989: “devemos elevar nossas vozes para corrigir uma tendência insidiosa – a tendência que consiste em colocar o crime na conta da sociedade e não na do criminoso. (...) Eu, como a maioria dos estadunidenses, acredito que nós poderemos começar a construir uma sociedade mais segura quando estivermos de acordo em relação ao fato de que *não é a própria sociedade que é responsável pelo crime: os criminosos é que são os responsáveis pelo crime*”. WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres – A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 36-37.

¹¹³ Segundo destaca Loïc Wacquant, o desenvolvimento de um argumento de responsabilização individual atacava teorias sociológicas que traziam uma explicação situacional do crime – desenvolvidas nas décadas anteriores – denunciando-as como exulpatórias e desresponsabilizantes, com a finalidade de tirar o foco da retirada do Estado da frente econômica e social. Segundo explica, “o mesmo tipo de raciocínio behaviorista serve então para desvalorizar o ponto de vista sociológico – implicitamente denunciado como desmobilizador e ‘desresponsabilizante’, portanto, infantil e mesmo ‘feminilizante’ –, substituindo-o pela retórica viril da lealdade e da responsabilidade pessoais, feita sob medida para desviar a atenção da retirada do Estado das frentes econômica, urbana, escolar e da saúde pública”. WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres – A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 35.

desenvolvimento de um sistema de vigilância e controle das camadas pobres da sociedade¹¹⁴.

Esta mudança de reação punitivista encontrou importante apoio em parte relevante da opinião pública e no posicionamento da mídia, o que permitiu aos discursos oficiais passar a apresentar a intervenção autoritária e exemplar como necessária para “atacar de frente o problema do crime, bem como as desordens urbanas e as perturbações da ordem pública que afloram nos confins da lei penal”¹¹⁵. Diante disso, criou-se uma ideia de que a reação penal seria a resposta mais efetiva para os problemas sociais, uma vez que, de um lado, o encarceramento mostra-se como uma resposta enérgica dos governantes diante de uma demanda social em face de taxas crescentes de crime. De outro, mostra-se como uma reação de custo baixo e com pouca ou nenhuma oposição política¹¹⁶.

Naturalmente, para a implantação desta nova política e deste novo discurso oficial, foi necessária a utilização de uma nova retórica a respeito do crime que justificasse uma política de encarceramento em massa, uma vez que a percepção anterior do criminoso como “oportunista racional” e da política penal como reabilitação e reinserção dos ofensores não permitiria o seu desenvolvimento. Assim, para o desenvolvimento desta nova política criminal, passou-se a defender uma retórica de insegurança e de “guerra ao crime”, baseada em uma “criminologia do outro”, pela qual “os delinquentes são retratados como seres ameaçadores e violentos pelos quais não poderemos ter simpatia e para os quais não há ajuda possível”¹¹⁷. É como esclarece David Garland:

A retórica que acompanha essas políticas punitivas impõe uma criminologia que parece diferente das “criminologias da vida cotidiana” de que falamos acima. Ao invés de retratar o delinquente como um oportunista racional, pouco diferente de sua vítima, a criminologia

¹¹⁴ “O ponto de partida de que indivíduos cometem crimes por decisões racionais individuais justificou a mudança de foco da política criminal que passou a ter – novamente – no Direito Penal seu principal instrumento de efetivação”. ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O Grande Encarceramento como Produto da Ideologia (Neo)liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Coord.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 24.

¹¹⁵ WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres – A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

¹¹⁶ “O castigo é um ato de demonstração do poder soberano, uma ação eficaz que ilustra o que é realmente o poder absoluto. De mais a mais, trata-se de um ato soberano que visa suscitar um largo apoio popular a um preço relativamente baixo e, normalmente, com pouca oposição política genuína”. GARLAND, David. As Contradições da “Sociedade Punitiva”: o Caso Britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 13, nov. 1999, p. 74.

¹¹⁷ GARLAND, David. As Contradições da “Sociedade Punitiva”: o Caso Britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 13, nov. 1999, p. 75.

caracterizada pela abordagem “punitiva” é bem mais lombrosiana e bem mais “orientalista”: o delinquente é ‘o outro, esse estrangeiro’, alguém que pertence a um grupo social e racial distinto, cujas atitudes e cultura – e talvez mesmo os genes – não guardam mais que uma fraca semelhança com as nossas. É uma criminologia que se nutre das imagens, dos arquétipos, das angústias e da sugestão antes que das análises prudentes e dos resultados de pesquisa, é um discurso politizado do inconsciente antes que uma forma racional de saber empírico.¹¹⁸

Diante de uma compreensão do criminoso como *ser diferente de nós* que comete todo tipo de delinquência por decisões racionais e individuais e, desta forma, ameaça o *nosso modo de vida*, tem-se a propagação de uma retórica de um discurso alarmista de emergência e insegurança social que tornou possível o desenvolvimento de políticas de neutralização e controle, com a finalidade de promoção de defesa social¹¹⁹. Trata-se, porém, de um discurso simplista de viés lombrosiano e utilizado para justificar políticas criminais discriminatórias e repressivas, conforme descreve Zaffaroni:

o discurso penal republicano desde 1980 é simplista: os políticos prometem mais penas para promover mais segurança; afirma-se que os delinquentes não merecem garantias; trata-se uma guerra à criminalidade que, com certeza, também é *suja*; afirma-se que os delinquentes violam direitos humanos (...).¹²⁰

A adoção desta retórica punitivista viabilizou o surgimento de políticas de encarceramento em massa exportadas pelos Estados Unidos da América e adotadas por um sem número de países, do que são exemplos a Política de Tolerância Zero¹²¹, pela qual nem ao menos as pequenas infrações devem ser toleradas, uma vez que

¹¹⁸ GARLAND, David. As Contradições da “Sociedade Punitiva”: o Caso Britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 13, nov. 1999, p. 74.

¹¹⁹ Como destaca Loïc Wacquant, essas políticas punitivistas “estão em toda parte, espalhando um discurso alarmista, mesmo catastrofista sobre a ‘insegurança’, animado por imagens marciais e difundido até a exaustão pelas mídias comerciais, pelos grandes partidos políticos e pelos profissionais da manutenção da ordem – policiais, magistrados, juristas, especialistas e vendedores de aconselhamento e serviços em ‘segurança pública’ – que competem entre si na recomendação de remédios tão drásticos quanto simplistas”. WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres – A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 26.

¹²⁰ (Itálico do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 29.

¹²¹ A Política de Tolerância Zero tem como origens um artigo de James Wilson e George Kelling, publicado em 1982, chamado *Broken Windows: the Police and Neighborhood Safety*, que tinha como ideia central que as pequenas infrações, quando toleradas, poderiam levar ao cometimento de infrações mais graves. Ela

poderiam levar ao cometimento de infrações maiores; e o Movimento de Lei e Ordem, cuja ideia central era lidar com o fenômeno da criminalidade por meio do acréscimo de medidas repressivas decorrentes de leis penais mais rígidas, baseada no argumento segundo o qual o crime seria consequência direta do “tratamento benigno dispensado pela lei aos criminosos, que, por isso, não lhe têm respeito”¹²².

Esta política neoliberal de um Estado mínimo na economia e um Estado Penal máximo foi importado por países latino-americanos, o que levou a uma onda de privatizações, no campo econômico, e à expansão de um estado punitivista, com a transformação da doutrina de segurança nacional, de papel central nos períodos ditatoriais, na doutrina de segurança social, que levou à declaração de guerra às drogas, diante de pressões políticas e econômicas da administração americana.¹²³ Diante da existência de conflitos sociais decorrentes da polarização da riqueza em países latino-americanos, o discurso simplista de responsabilização individual é facilmente apropriado, por seu sucesso midiático e impacto emocional, sendo amplamente difundido nas classes médias, que passam a exigir políticas repressivas.¹²⁴

Como consequências dessas políticas, houve o desmantelamento das políticas assistencialistas à população mais pobre e o recrudescimento da intervenção policial e o aumento geométrico do nível de

tornou-se notória a partir da eleição do republicano Rudolph Giuliani como prefeito de Nova Iorque, com a nomeação de William Bratton como comissário de polícia. A partir daí, o policiamento da cidade passou a ser descentralizado, com o incentivo à concorrência entre os chefes de cada distrito policial para a redução dos índices de criminalidade. Igualmente, foi introduzido um sistema de mapeamento da criminalidade por meio de programas de computador, sendo que o uso de dados cartográficos e de estatísticas criminais foi essencial para a política instituída e para a avaliação dos distritos da cidade (que recebiam adicionais de produtividade). Como consequência dessa política, todo tipo de desordem passou a ser reprimida e mesmo as menores infrações foram energeticamente coibidas. No período, a política de guerra às drogas ganhou outros contornos e a postura do *stop and frisk* tornou-se frequente, pela qual policiais poderiam parar qualquer pessoa na rua e revistá-la. SHECAIRA, Sergio Salomão. Tolerância Zero. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, outubro/2009, p. 166-168.

¹²² SHECAIRA, Sergio Salomão. Tolerância Zero. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, outubro/2009, p. 170.

¹²³ “A administração norte-americana também pressionou estas ditaduras para que declarassem a *guerra à droga*, numa primeira versão vinculada estritamente à segurança nacional: o traficante era um agente que pretendia debilitar a sociedade ocidental, o jovem que fumava maconha era um subversivo etc.”. (Itálico do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 24.

¹²⁴ “Como a comunicação social é o sistema mais globalizado de que se tem conhecimento, o discurso do autoritarismo norte-americano é o mais difundido do mundo. Seu simplismo é imitado em todo o planeta por comunicadores ávidos por *rating*, ainda que a América Latina é o lugar onde tem maior sucesso, dada sua precariedade institucional. Favorecem sua difusão mundial a brevidade e o impacto emocional do discurso vindicativo, que resultam na transmissão pela televisão, dado seu alto custo, e no qual o espectador não costuma estar disposto a pensar”. (Itálico do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 30.

encarceramento¹²⁵. Ademais, como resposta à degradação social, desenvolveu-se um complexo sistema de vigilância das camadas ‘indesejadas’ da sociedade, com o uso de aparatos tecnológicos e também da estrutura assistencial restante, que monitorava os beneficiários da assistência social, obrigando-os a trabalhar em troca dos recursos e encarcerando-os ao menor sinal de delinquência¹²⁶. Com isso, e até o atual momento, as prisões encontram-se lotadas, diante de um aumento estrondoso da população carcerária que, vale dizer, não é formada em sua maioria por grandes criminosos ou agentes perigosos, mas principalmente por usuários de drogas, pequenos traficantes e pelo cometimento de delitos patrimoniais.

¹²⁵ “No processo de transição do Estado-providência para o Estado penal, os recursos destinados à assistência social foram reduzidos à medida – e na mesma proporção – que os recursos destinados ao sistema carcerário aumentavam” ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; e GAUTO, Maitê. A Contribuição de David Garland: a Sociologia da Punição. **Tempo Social**, Revista de Sociologia da USP, v. 18, n. 1, junho, 2006, p. 334.

¹²⁶ Como destaca Pedro Abramovay, “o que se percebe é que a ideologia neoliberal produz um modelo que é duplamente excludente, pois retira do Estado o papel de redistribuir riqueza, acreditando na capacidade dos indivíduos de maximizarem sem bem-estar, e lida com a exclusão gerada por este modelo, aumentando o controle penal para as populações marginalizadas. ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O Grande Encarceramento como Produto da Ideologia (Neo)liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Coord.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 24.

CAPÍTULO 2

PROCESSOS MIGRATÓRIOS DE FORMAÇÃO DA IMAGEM DO INIMIGO NO DIREITO PENAL

2.1. Existência e Utilidade do Inimigo

Ao longo da história do poder punitivo ocidental desenvolveram-se economias de poder nas quais sempre houve uma categoria social (pelo menos) que recebeu um tratamento penal diferenciado, sendo reconhecida como ente perigoso ou daninho ao corpo social¹. Por mais que a figura do inimigo nem sempre tenha sido reconhecida abertamente, a sua concepção sempre existiu na realidade operativa do poder punitivo, baseada em teorias políticas e jurídico-penais de justificação do tratamento discriminatório, até porque, destaca Orlando Zaccone, “o inimigo, enquanto estranho, passeia na teoria política como a chave-mestra para legitimar o poder punitivo do Estado no marco da exceção soberana”². Como bem aponta Zaffaroni,

o hostis, inimigo ou estranho nunca desapareceu da realidade operativa do poder punitivo nem da teoria jurídico penal (que poucas vezes o reconheceu abertamente e, quase sempre, o encobriu com os mais diversos nomes). Trata-se de um conceito que, na versão original ou matizada, de cara limpa ou com mil máscaras, a partir de Roma, atravessou toda a história do direito ocidental e penetrou na modernidade, não apenas no pensamento de juristas como também no de alguns de seus

¹ Conforme já determinado por Zaffaroni, “ao revisarmos o exercício real do poder punitivo, verificamos que este sempre reconheceu um *hostis*, em relação ao qual operou de modo diferenciado, com tratamento discriminatório, neutralizante e eliminatório, a partir da negação da sua condição de pessoa, ou seja, considerando-o basicamente em função de sua condição de coisa ou ente perigoso”. (Itálico do autor). ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 115.

² ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 107.

mais destacados filósofos e teóricos políticos, recebendo especiais e até festejadas boas-vindas no direito penal.³

De fato, a existência de um inimigo, alguém que deve ser tratado apenas como ser perigoso dentro do contexto social, não se trata de um imperativo biológico, mas sim uma criação social⁴ que faz parte de uma determinada economia de poder e desempenha papel relevante no *ius puniendi* estatal. A existência desta figura de inimigo, no entanto, não é produto simplesmente de uma decisão da classe dominante ou dos indivíduos que formam a sociedade. Ela é produto de uma *ideologia*⁵ criada a partir de uma prática social decorrente de ideias da classe dominante, ideias autônomas, abstratas e universais, que ocultam a verdade dos fatos relativos à história e ao contexto social das pessoas identificadas como inimigas⁶.

Como a existência de um inimigo faz parte da economia de poder, o poder punitivo fomenta a existência de uma diferenciação dicotômica amigo-inimigo, caracterizada pelo grau de intensidade de união ou separação entre grupos sociais⁷. De acordo com Carl Schmitt, esta é a diferenciação especificamente política,

³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 23-24.

⁴ Sam Keen, ao analisar o arquétipo de inimigo em sua obra *Faces of The Enemy*, estabelece que a criação de inimigos e a guerra são criações sociais e não imperativos biológicos. Após analisar a existência de diferentes tribos pacíficas de culturas que não tiveram o uso sistemático de violência, a existência de uma classe de guerreiros e uma psique coletiva desenvolvida com base na defesa da tribo contra um inimigo, o autor conclui que “não há nada em nossos genes ou em nossa condição humana essencial que faça a guerra um destino humano inevitável”. (Tradução livre). KEEN, Sam. **Faces of The Enemy**. 2ª Ed. Nova Iorque: Editora Harper Collins, 1991, p. 16-17.

⁵ Por não ser o foco do presente trabalho, não será feita uma análise pormenorizada do conceito de ideologia, suas origens e características. No entanto, para efeitos da presente análise, compartilha-se do conceito exposto por Sá, com base nas ideias de Marilena Chauí, segundo o qual “ideologia é produto de duas origens, duas fontes importantes que, além de produzi-la, alimentam-na continuamente, pelo fato de que ela é profundamente funcional: as relações sociais de dominação, exploração e exclusão (é o que se chamará de ideologia enquanto interpretada como fato social), e as motivações e defesas, inclusive inconscientes, relativas às forças e dinamismos internos presentes no psiquismo dos indivíduos (é o que se chamará de ideologia enquanto fato social)”. Assim, tem-se que “a ideologia indicaria, então, uma forma de ver e interpretar o mundo, de acordo com determinada linha de pensamento de terminada instituição, tipo de sociedade, tipo de cultura, forma de ver e interpretar essa que, reconhecidamente, sempre terá o seu viés, no qual, aliás, residem sua riqueza, originalidade, contribuição”. SÁ, Alvin August de. *Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário*. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 299.

⁶ Nas palavras de Sá, “quando se diz que a concepção do inimigo é uma ideologia, significa dizer que, enquanto fato social, ela é produto de uma prática social, constituindo-se de ideias dominantes na classe dominante, ideias autônomas (produzidas à revelia da realidade concreta, histórica), universais (valendo para todas as classes), abstratas (que tomam aquilo que *parece* como real) e que tem a função de ocultar a verdade dos fatos relativos à história que envolve todo o contexto social que diz respeito às pessoas concebidas como inimigas”. (Itálico do autor). SÁ, Alvin August de. *Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário*. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 315.

⁷ De acordo com Schmitt, “a diferenciação entre amigo e inimigo tem o propósito de caracterizar o extremo grau de intensidade de uma união ou separação, de associação e desassociação, podendo existir na teoria e na

necessariamente baseada em uma divergência concreta, polêmica e pré-existente na sociedade, que tenha força suficiente para provocar o agrupamento decisivo de combate segundo o tipo amigo-inimigo.

Segundo o autor, o conceito do político está justamente na existência de uma contraposição social suficientemente forte para separar o corpo social em amigos e inimigos, com a real possibilidade de combate. Em suas palavras, “a questão continua sendo apenas se tal agrupamento do tipo amigo-inimigo existe ou não como possibilidade real ou realidade, não importando mais quais motivos humanos são fortes o suficiente para suscitá-lo”⁸.

O poder punitivo identifica a existência de um determinado fato social político, isto é, com força suficiente para a criação de uma contraposição intensa entre amigos e inimigos e, com o objetivo de manter uma determinada economia de poder, incentiva uma ideologia discriminatória pré-existente para a identificação de um determinado grupo social como inimigo coletivo, reconhecido como o outro, diferente, perigoso. Além disso, na condição de elemento social, a existência de um inimigo desempenha diversas funções, entre as quais a de criar um senso de identidade e solidariedade no grupo social (ao menos em parte dele)⁹ criando, assim, uma base de sustentação para o próprio Estado¹⁰. Segundo destaca Sá, “esse *inimigo*, forjado em inimigo pela percepção social e julgamento público, com a ratificação da lei penal, é um ente necessário para a união de todos para além dos interesses individuais conflitantes”¹¹.

De acordo com Carl Schmitt, o Estado, como de unidade política, dispõe do *ius belli*, pelo qual tem a real possibilidade de determinar o inimigo e de

prática, sem que, simultaneamente, tenham que ser empregadas todas aquelas diferenciações morais, estéticas, econômicas ou outras”. SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 28.

⁸ Em seguida, Schmitt ilustra que “se a oposição pacifista contra a guerra se tornasse tão forte a ponto de poder impelir os pacifistas a uma guerra contra os não-pacifistas, a uma ‘guerra contra a guerra’, estaria, assim, comprovado que ela tem realmente força política, porque é forte o suficiente para agrupar os seres humanos em amigos e inimigos. Se a vontade de se evitar a guerra for tão forte a ponto de não mais temer a própria guerra, ela terá se convertido, então, em um motivo político”. SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 38-39.

⁹ Nas palavras de Sam Keen, “a maioria das tribos e nações criam um senso de solidariedade social e pertencimento em parte por criar inimigos sistematicamente”. Tradução livre. KEEN, Sam. **Faces of The Enemy**. 2ª Ed. Nova Iorque: Editora Harper Collins, 1991, p. 17.

¹⁰ “O Estado sempre está atento ao inimigo, e quase que dele necessitaria, pois o político, em sua função de definir, por decisão sua, a identidade do povo, o fará a partir de uma polêmica relação amigo-inimigo. Assim, o Estado, por conta da relação amigo-inimigo (que está na base da definição da identidade do povo), sempre necessitará de um inimigo, externo ou interno, para se sustentar como Estado”. SÁ, Alvin Augusto de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 219.

¹¹ SÁ, Alvin Augusto de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 220.

fazer a guerra¹², o que deveria, no entanto, ser excepcional. O funcionamento interno “normal” de um Estado, em que as normas jurídicas possam ter eficácia absoluta, consistiria em obter um ambiente de pacificação completa, em que se tenha tranquilidade, segurança e ordem. Este cenário de pacificação interna, manutenção da soberania estatal e garantia de paz social, no entanto, teria como mecanismo fundamental a existência de uma “guerra interna” contra um inimigo interno (dissidente)¹³.

Assim, a existência de um inimigo interno¹⁴, de uma “guerra interna” seria fundamental para que o Estado pudesse garantir a devida pacificação social e o funcionamento “normal” da sociedade¹⁵. De acordo com Sá, “essa guerra é necessária para, ilusoriamente, garantir a tranquilidade de uma sociedade cujo sentimento de insegurança e angústia devem-se a causas que absolutamente não são removidas nem sequer por elas atacadas”¹⁶.

Além de contribuir para o funcionamento normal do corpo social, a existência de um inimigo coletivo (tanto interno quanto externo) também teria como função permitir que a sociedade ignore os seus defeitos e aspectos de anômicos¹⁷,

¹² Segundo o autor, o Estado teria a possibilidade de dispor abertamente sobre a vida das pessoas. “O Estado enquanto unidade política normativa concentrou em si mesmo uma imensa competência: a possibilidade de fazer a guerra e, assim, de dispor abertamente sobre a vida das pessoas”. SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 49.

¹³ “Para Schmitt, a guerra interna em cada país, contra o inimigo interno (contra o dissidente), é necessária e deve ser permanente (uma ‘guerra irregular e permanente’, na expressão de Zaffaroni), para salvaguardar a soberania do Estado, concebido então como Estado absoluto”. SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 326.

¹⁴ De acordo com Schmitt, dentro de um Estado de direito civil constitucional, o inimigo será aquele que comete uma agressão à Constituição e, portanto, à existência da própria sociedade civil. Contra este inimigo, o combate seria decidido com o poder das armas, sendo negada a sua condição de cidadão. Em suas palavras: “Para um Estado de direito civil constitucional, apesar de todos os vínculos constitucionais do Estado, este não é menos válido e sim ainda mais natural do que para qualquer outro Estado, pois, no ‘Estado Constitucional’, como diz Lorenz Von Stein, a Constituição é a ‘expressão da ordem social, a existência da própria sociedade civil. No modo como é agredida, o combate tem que se decidir, por isso, fora da constituição e do Direito, logo, com o poder das armas’”. (Itálico do autor) SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 48-49.

¹⁵ Segundo diz, “em situações críticas, esta necessidade de pacificação intraestatal leva a que o Estado, como unidade política, enquanto existir, também determine, por si mesmo, o ‘inimigo interno’”. SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 49.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Ao analisar a figura do inimigo no contexto da Guerra Fria, entre os EUA e a URSS, Sam Keen esclarece que enquanto ambos os lados puderam investir na troca de insultos e acusações, dentro do processo de criação e manutenção de um inimigo coletivo do país, foram poupados da embaraçosa tarefa de analisar os próprios defeitos e crueldades: “e enquanto nós trocamos insultos, nós dois ficamos a salvo da embaraçosa tarefa de ter de olhar as falhas e crueldades dos nossos próprios sistemas”. (tradução livre). KEEN, Sam. **Faces of The Enemy**. 2ª Ed. Nova Iorque: Editora Harper Collins, 1991, p. 17. Da mesma forma, na análise feita por Vera Malaguti Batista, tem-se que o tom adotado pelas instâncias de controle oficiais do Brasil na condução das revoltas escravistas no século XIX sempre colocava o problema fora da sociedade imperial. Os levantes de escravos não seriam uma consequência de uma sociedade violentamente hierarquizada, mas sim de uma “articulação internacional envolvendo malês, haitianos e abolicionistas ingleses”. Em outras palavras,

reduzindo a angústia social decorrente¹⁸; bem como justificar a existência de abusos e esconder a responsabilidade pela ineficiência estatal. Nas palavras de Philip Zimbardo,

localizar o mal em indivíduos selecionados ou grupos sempre tem a “virtude social” de colocar a sociedade fora do campo de responsabilidade, retirando de estruturas sociais e dos responsáveis por decisões políticas a responsabilidade pelas circunstâncias fundamentais que criam pobreza, marginalidade, racismo e elitismo.¹⁹

Considerando que a existência de uma imagem de inimigo é uma constante na economia de poder desenvolvida no direito penal ocidental, desempenhando diferentes papéis na sociedade, para que se possam analisar os processos migratórios de formação do inimigo e suas consequências, primeiramente é necessário estabelecer-se o que se compreende por inimigo.

2.2. Essência e Conceituação do Inimigo

Conforme já estabelecido, a existência de um inimigo na sociedade não é um imperativo biológico, mas uma construção social, diante do que a imagem do inimigo pode variar de acordo com o contexto analisado, assumindo diferentes feições. Mesmo assim, a essência daquele que será considerado inimigo tem traços comuns, podendo ser identificados os seus principais elementos característicos.

Tomando-se como base o pensamento de Zaffaroni e Sá, que recorrem à obra *O Conceito do Político*, do teórico do Estado Carl Schmitt, tem-se que a

a existência de um inimigo levava a que o problema pudesse ser claramente delimitado fora da sociedade imperial existente. BATISTA, Vera Malaguti. **O Medo na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 28.

¹⁸ Nas palavras de Zaffaroni, “quando não se consegue um *bode expiatório* adequado nem se lograr reduzir a anomia produzida pela globalização, que altera as regras do jogo, a angústia se potencializa de forma circular. A voragem de *inimigos* não deixa tempo livre para a construção de uma identidade perversa como frente contra *um inimigo*”. (Itálicos do autor). ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 69.

¹⁹ Tradução livre. ZIMBARDO, Philip George. A Situationist Perspective on the Psychology of Evil: Understanding How Good People Are Transformed into Perpetrators. In: Miller, Arthur. **The social psychology of good and evil: Understanding Our Capacity for Kindness and Cruelty**. New York: Guilford. 2004, p. 25.

conceituação²⁰ de inimigo tem como origem o direito romano. De acordo com Schmitt, no direito romano era feita uma distinção entre *inimicus* e *hostis*²¹, distinguindo-se o inimigo individual do inimigo coletivo, respectivamente. Para Schmitt, o adversário privado, por quem se tem sentimentos de antipatia, não poderia ser reconhecido como inimigo político. O verdadeiro inimigo político seria o *hostis*, isto é, o inimigo coletivo, público²², “em relação ao qual é sempre colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser ou realização extrema de hostilidade”²³. Em suas palavras,

inimigo não é o concorrente ou o adversário em geral. Tampouco é inimigo o adversário privado a quem se odeia por sentimentos de antipatia. Inimigo é apenas um conjunto de pessoas *em combate* ao menos eventualmente, i.e., segundo possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico. Inimigo é somente o inimigo *público*, pois tudo o que se refere a um conjunto de pessoas, especialmente a todo um povo, se torna, por isso, *público*. Inimigo é *hostis*, não *inimicus* em sentido amplo; *polemios*, não *echtros*.²⁴

O próprio direito romano distinguia o inimigo coletivo em *hostis alienígena*, o estrangeiro, desconhecido; e *hostis judicatus*, declarado inimigo pelo Senado por causa de sua oposição política²⁵. Em ambos os casos, o *hostis* era assim

²⁰ A presente análise compartilha o entendimento fixado por Sá, segundo o qual “por *conceituação* quer se referir à forma como se entende determinado objeto, como é delimitado, no contexto em que está sendo discutido”. (Itálico do autor) SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 22-23.

²¹ De acordo com a análise de Sam Keen, a palavra *hostis* originalmente significava estrangeiro, aquele não conectado a nós pela família ou por laços de sangue (em suas palavras: “a palavra latina *hostis* originalmente significava estrangeiro, alguém não conectado a nós por família ou linha de sangue”. Tradução livre. KEEN, Sam. **Faces of The Enemy**. 2ª Ed. Nova Iorque: Editora Harper Collins, 1991, p. 18. Por outro lado, de acordo com Zaffaroni, “a palavra *hostis* provém da raiz sânscrita *ghas-*, que alude a *comer*, o que explica sua origem comum com *hosteria* [estalagem]. *Hostire* também significa matar e *hostia* [hóstia] tem o sentido de vítima”. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 22.

²² A este respeito, Sá complementa que “para Schmitt, só é inimigo aquele que adquire essa condição em caráter público, ou seja, o *hostis* e não aquele que adquire em caráter privado, ou seja, o *inimicus*. Contra o *hostis* se poderia exercer formas extremas de hostilidade”. (Itálicos do autor) SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário**. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 316.

²³ ZAFFARONI ainda complementa: “O *estrangeiro*, o *estranho*, o *inimigo*, o *hostis*, era quem carecia de direitos em termos absolutos, quem estava *fora da comunidade*”. (Itálicos do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 21-22.

²⁴ (Itálicos do autor) SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 30.

²⁵ Para Orlando Zaccone, a distinção entre *hostis judicatus* e *hostis alienígena* também pode ser identificada na distinção entre inimigo de Estado e inimigo ôntico: “enquanto o inimigo do Estado é declarado como *hostis judicatus*, por realizar conduta ofensiva ao poder estabelecido, o estranho, *hostis alienígena*, é considerado inimigo ‘pela ausência de qualificação da vida e na perspectiva de uma fonte de perigo’”.

considerado por ser reconhecido como alguém perigoso, estranho, diferente de *nós* e que, exatamente por estas características, poderia *nos* atacar a qualquer momento e, por isso, deveria ser mantido em sua condição de subordinado e vencido, devendo receber um tratamento rígido, uma vez que poderia tentar escapar desta condição a qualquer momento²⁶.

De um lado, o *hostis alienígena*, estrangeiro, era considerado inimigo coletivo por ser reconhecido como aquele que não faz parte do sistema social instituído e, por isso, inspiraria desconfiança tornando-se suspeito de ser potencialmente perigoso. Era o outro, o diferente, aquele com quem nem mesmo a comunicação é possível, aquele cuja língua é ininteligível, o bárbaro²⁷. Também por isso, aponta Zaffaroni, o estrangeiro é e sempre foi explorado, vencido bélica e economicamente e, desta forma, é permanentemente vigiado, para que não tente subtrair-se de sua condição de subordinado.

De outro lado, o *hostis judicatus* era o cidadão romano declarado inimigo pela autoridade do Senado em situações excepcionais em que tenha atentado ou ameaçado a segurança da República em conspirações e traições²⁸. Trata-se do inimigo declarado pelo poder instituído por conta de uma dissidência política. Em outras palavras, diante de um determinado fato atribuído a um cidadão romano, este era declarado inimigo da República pelo poder, o que não significa que o mesmo assim se tenha proclamado ou manifestado sua animosidade. O poder instituído, analisando um determinado fato interpretado como traição ou conspiração, declarava aquele cidadão inimigo, como se estrangeiro fosse, reconhecendo nele as características do *hostis alienígena* e reduzindo-o à condição de escravo²⁹.

(Itálicos do autor). ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 29.

²⁶ SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 316.

²⁷ “O estrangeiro (*hostis alienígena*) é o núcleo troncal que abarcará todos os *que incomodam o poder*, os insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros, que, como *estranhos*, são desconhecidos e, como todo desconhecido, inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos” (Itálicos do autor). ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 22.

²⁸ Segundo Zaffaroni, o *hostis judicatus* é “aquele declarado *hostis* em função da *autorictas* do Senado, que era um poder excepcional: *em situações excepcionais, nas quais um cidadão romano ameaçava a segurança da República por meio de conspirações ou traição, o Senado podia declará-los hostis, inimigo público*”. (Itálicos do autor). ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 22.

²⁹ Segundo SÁ, “o *hostis judicatus* não se declara inimigo, mas é assim declarado pelo poder e reduzido à condição semelhante à do escravo”. (Itálico do autor). SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 316.

Por mais que o *hostis alienígena* e o *hostis judicatus* tenham “origens” diferentes, isto é, sejam identificados por motivos diversos, o primeiro reconhecido como inimigo por sua procedência e o segundo declarado inimigo coletivo por uma suposta dissidência política, ambos trazem iguais características diante das quais recebem um mesmo tratamento social e, especialmente, jurídico-penal. O *hostis*, inimigo coletivo, é o “estranho, diferente, indesejável, inferior, perigoso”³⁰, alguém imprevisível, que pode *nos atacar* a qualquer momento e que, exatamente por isso, deve ser mantido em sua condição de vencido e subordinado econômica e militarmente, mas que a qualquer tempo, poderá tentar escapar desta condição.

Daí vem a essência do inimigo. O inimigo é, antes de mais nada, *diferente de nós*, seja por ter uma origem diversa, sendo estrangeiro; seja porque, com um ato de suposta traição, tenha demonstrado sua dissidência política. Uma vez reconhecido como diferente, passa-se facilmente a ter uma imagem do inimigo como não confiável, imprevisível e perigoso³¹, alguém que potencialmente ameaça o *nosso modo de vida*. A partir daí, considerando-se a identificação de elementos que diferenciam o inimigo de *nós*, não restaria outra saída à sociedade amedrontada, senão proteger-se do inimigo, neutralizando-o, mesmo que isto implique tratá-lo como *não-pessoa*³². Conforme descreve Sá,

graças à ideologia, os inimigos ‘construídos’ passam a ter uma identidade marcada, indelevelmente marcada, de forma a deixar convencidos de seu perigo todos os membros de todas as classes e a deixar à vontade aqueles que os submetem às opressões do poder punitivo.³³

³⁰ Idem. Da mesma forma, Schmitt, quando descreve o inimigo, menciona que “ele é precisamente o outro, o desconhecido e, para sua essência, basta que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele, os quais não podem ser decididos nem através de uma normalização geral empreendida antecipadamente, nem através de sentença de um terceiro ‘não envolvido’ e, destarte, ‘imparcial’”. SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 28.

³¹ Nas palavras de Sam Keen, “a imaginação hostil inicia-se com uma presunção simples mas nefasta: o que é estranho ou desconhecido é perigoso e pode nos fazer mal. O desconhecido não é confiável”. (Tradução livre. No original lê-se: “the hostile imagination begins with a simple but crippling assumption: what is stranger or unknown is dangerous and intend us evil. The unknown is untrustworthy”. KEEN, Sam. **Faces of The Enemy**. 2ª Ed. Nova Iorque: Editora Harper Collins, 1991, p. 18.

³² Segundo Garland, “os delinquentes são retratados como seres ameaçadores e violentos pelos quais não podemos ter simpatia e para os quais não há ajuda concebível. A única resposta prática é colocá-los ‘fora de jogo’ para a proteção do público, o que, no Reino Unido, significa fazê-los sofrer pesadíssimas penas de prisão e, nos Estados Unidos, a condenação à pena de morte”. GARLAND, David. As Contradições da “Sociedade Punitiva”: o Caso Britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 13, nov. 1999, p. 75.

³³ SÁ, Alvin Augusto de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 315-316.

A formação desta imagem de inimigo é fruto de dois processos migratórios que levam, em um primeiro momento, a que o inimigo individual seja reconhecido como inimigo coletivo e, em seguida, a que esta imagem de inimigo seja transformada em um *ser diferente*. Conforme será detalhado à frente, uma vez atravessados os dois primeiros processos, tem-se como quase inevitável a ocorrência de um terceiro passo, este no nível da subjetividade do indivíduo, consistente na criação de autoimagem de inimigo.

2.2.1. Primeiro Processo Migratório de Formação do Inimigo: Passagem do Inimigo Individual ao Inimigo Coletivo

Conforme colocado, no decorrer da criação de uma imagem de inimigo, tem-se em primeiro lugar a transformação do inimigo individual de uma vítima (*inimicus*) em inimigo coletivo (*hostis*), que ocorre no julgamento informal da opinião pública e no julgamento formal do judiciário. Neste processo, a partir de um fato concreto pelo qual a vítima cria um forte sentimento de inimizade com relação a seu agressor – diante de uma reação compreensivelmente emocional e passional³⁴ –, a coletividade cria uma identificação³⁵ com a vítima e com seus conteúdos passionais e sentimentais, a partir do que o agressor é identificado como *hostis judicatus*.

Essa identificação com a vítima é consequência de um pacto velado existente entre mídia, opinião pública, políticos e instâncias de controle³⁶, pelo qual é criada a dicotomia vítima/agressor, em que o *eu/nós* sempre se localiza ao lado da vítima. Esta dicotomia mostra-se extremamente forte e resistente uma vez que tem um núcleo duro

³⁴ SÁ, Alvino Augusto de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 217.

³⁵ De acordo com o pensamento de Sá, ao identificar-se com a vítima, a coletividade “sente os problemas da outra como sendo seus, toma-os para si, sofre-os em sua carne, e, no lugar de propriamente se preocupar com a outra pessoa, centra-se em si mesma”. E conclui: “quem se identifica com a vítima, dirige-se contra o agressor, preocupa-se com o agressor, numa relação de ódio e vingança”. SÁ, Alvino Augusto de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 217.

³⁶ SÁ, Alvino Augusto de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 217/218.

formado por uma massa crítica baseada em emoções e paixões decorrentes de uma relação de ódio e vingança contra o seu *inimicus*, então personificado e identificado no *hostis*³⁷.

A relação dicotômica existente na sociedade entre vítima e agressor é criada a partir de uma ideologia e de uma prática social pela qual a coletividade tende a enxergar a vitimização e o agressor alheios como próprios. Diante de um determinado crime, como regra, a sociedade enxerga-se como vítima em potencial e não potencialmente como agressor. Em outras palavras, a ideia de “poderia ter sido eu” associa-se à vítima, a partir do que se tem identificação com a mesma, tendo-se como externalidade negativa a criação de um distanciamento com o agressor.

No centro dessa dicotomia localiza-se uma linha divisória que separa a sociedade entre bons e maus, *nós* e *eles*³⁸, baseada na ideia ilusória de que esta linha seria impermeável, impenetrável e inatravessável, diante do que quem for identificado em um dos lados da linha como bom ou mau estará sempre deste lado³⁹. É de se dizer: diante de uma determinada agressão, a sociedade imediatamente enxerga os envolvidos através dessa dicotomia, naturalmente identificando o agressor/criminoso do lado mau, longe de *nós*, fixando a vítima ao lado do bom, perto de *nós*⁴⁰. É também diante

³⁷ Cabe mencionar, neste ponto, relato trazido pela Professora Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer em aula dada no curso Perspectivas Sociológica e Clínica da Criminologia na Legislação Penal, do ano de 2013, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, ministrado pelos professores Sérgio Salomão Shecaira e Alvinho Augusto de Sá. Segundo narrou a professora, por ocasião do julgamento de Gil Rugai, pelo tribunal do júri de São Paulo, assim que o juiz anunciou a condenação do acusado, uma das senhoras que acompanhava o julgamento *comemorou* o resultado e disse “agora, sim, foi feita justiça para a minha filha!”. Ao estranhar a afirmação, a Professora contou que perguntou à senhora se Gil Rugai matara sua filha, ao que teve como resposta que não, “mas não pegaram o assassino da minha filha”. Esta passagem mostra claramente como houve a identificação do *inimicus alheio* como próprio.

³⁸ Para Sam Keen, a dicotomia é também baseada nos pólos “nós *versus* eles; integrante *versus* excluído; a tribo *versus* o inimigo; bem *versus* mal; o sagrado *versus* o profano”. Tradução livre. KEEN, Sam. **Faces of The Enemy**. 2ª Ed. Nova Iorque: Editora Harper Collins, 1991, p. 17/18.

³⁹ Nas palavras de Philip Zimbardo, “isso implica um mundo dicotômico – de pessoas boas, como NÓS, e pessoas más, como ELES. Este corte dicotômico claro é dividido por uma linha que separa bem e mal. Então nós nos confortamos na ilusão de que esta linha é impermeável e não permite atravessar em nenhuma direção. Nós nunca conseguiríamos imaginar ser como eles, ou cometer os seus atos perversos, e não os admitimos entre nós porque eles são tão essencialmente diferentes a ponto de serem imutáveis. Isso também significa que nós perdemos a motivação para entender como eles envolveram-se em um comportamento perverso”. Tradução livre. ZIMBARDO, Philip George. A Situationist Perspective on the Psychology of Evil: Understanding How Good People Are Transformed into Perpetrators. In: Miller, Arthur. **The social psychology of good and evil: Understanding our capacity for kindness and cruelty**. New York: Guilford, 2004, p. 25.

⁴⁰ Com relação a esta dicotomia entre bons vs maus, no âmbito do processo de criação da imagem do inimigo, são paradigmáticas uma entrevista e uma “explicação” dadas pelo Subcomandante da Polícia Militar de Manacapuru/AM, capitão Joel Zelian. Inicialmente, ao ser entrevistado em uma rádio local, o Subcomandante declarou que invadiria inúmeras casas independentemente de mandado judicial, sob o argumento de que “todo mundo é bandido, do cidadão ao cidadão infrator”. Posteriormente, após a repercussão de suas afirmações que levaram à sua substituição do cargo, o Subcomandante esclareceu que “quando eu falei cidadão, é cidadão infrator. Alguém confundiu com cidadão de bem. Não. Hoje em dia ninguém pode chamar bandido, pilantra, safado, esses patifes com esse nome. Tem que ser cidadão. Então, eu

deste cenário que o agressor alheio é identificado como próprio, com a passagem de *inimicus* para *hostis judicatus*, uma vez que a massa crítica baseada em emoções e paixões criadas a partir da relação de vingança contra o seu *inimicus* é transferida para o agressor alheio, que passa a ser enxergado como inimigo coletivo. Como destaca Sá,

o Estado usa instrumentos aparentemente legais para punir o *inimicus*, o criminoso de uma só vítima. Na verdade, porém, seus instrumentos se tornam viciados e contaminados pelo clamor público na guerra contra a guerra. Em decorrência deste vício e contaminação, o inimigo individual se torna um inimigo coletivo, com todas as consequências daí decorrentes em termos de tratamento penal e penitenciário.⁴¹

Essa separação dicotômica da sociedade é decorrência de uma ideologia social dominante que não apenas esteve constantemente presente na sociedade, mas se manifesta na realidade operativa do poder punitivo baseada em discursos de racionalização e justificação legitimadores que, como já exposto, podem ser mais ou menos expressos. As principais características dessa ideologia e da visão dicotômica do mundo ficam muito claras no julgamento informal da opinião pública, principalmente pelo papel desempenhado pela imprensa neste âmbito.

2.2.1.1. O Papel da Imprensa na Criação do *Hostis*

Como destaca Sérgio Salomão Shecaira, a mídia e os meios de comunicação desempenham uma dupla função de espelhar e intervir na sociedade, não apenas reproduzindo, mas formando os valores sociais dominantes e influenciando na conformação das atitudes e condutas humanas, isto é, transmitindo uma imagem codificada de mundo⁴² e fazendo parte dos processos de socialização dos membros do corpo social⁴³.

me referi ao cidadão adulto e ao cidadão menor. Estão usando esse ‘teretetê’ para generalizar”. LEAL, Vinícius. Subcomandante de Manacapuru que deu “ordem para matar” é afastado do cargo pela PM, 2015. Disponível em: <http://acritica.uol.com.br/noticias/PM-comandante-Manacapuru-declaracoes-polemicas_0_1457254274.html>. Acesso em: 22 nov. 2015.

⁴¹ SÁ, Alvino Augusto de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 218.

⁴² Em suas palavras, “a comunicação de massas tem importante função na formação dos valores da sociedade. Desde que o indivíduo nasce há uma conformação de esferas que acompanham o despertar do homem para as relações sociais. São as influências familiares, a educação, os grupos de amizade e convivência, a escola, a igreja etc. Dentro desse contexto – de formação de valores – não podemos deixar de

Diante disso, a mídia, de um lado, atua como difusora de padrões hegemônicos⁴⁴, introjetando nos indivíduos ideologias dominantes, entre as quais a visão dicotômica de sociedade supradescrita, e, de outro, reflete e reverbera as mesmas ideologias para a manutenção contínua do processo de socialização dos indivíduos, atuando como instrumento de manutenção da ordem simbólica na sociedade⁴⁵.

A reprodução dos preconceitos sociais existentes e a manutenção de ideologias dominantes faz parte da inserção dos veículos de imprensa na lógica de mercado. Como estes veículos são empresas capitalistas cujo objetivo é o lucro, a sua atuação está condicionada à aceitação de dois *clientes* essenciais: o público e os anunciantes⁴⁶. Por isso, o conteúdo jornalístico divulgado não pode ir de encontro à opinião pública em assuntos relevantes, pois isso levaria à perda de interesse do público e, portanto, de audiência⁴⁷. Por sua vez, a perda de público levaria à perda de credibilidade e de investimentos publicitários, essenciais à manutenção e sobrevivência dos veículos jornalísticos⁴⁸.

Cabe frisar, no entanto, que reconhecer a influência de fatores mercadológicos na atuação da mídia não significa ignorar a existência de autonomia e

mencionar a grande importância que têm os meios de comunicação a influenciar na conformação das atitudes humanas e em suas formas de conduta”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 218.

⁴³ No mesmo sentido, Marco Antônio Carvalho Natalino estabelece que “a mídia de massa cumpre uma função de integração sistêmica ao homogeneizar opiniões e valores em uma sociedade de massas”. NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O Discurso do Telejornalismo de Referência**. São Paulo: Método, 2007, p. 44.

⁴⁴ HAMBURGUER, Esther. Indústria Cultural Brasileira (Vista Daqui e de Fora). In: MICELI, Sérgio (Org.): **O Que Ler na Ciência Social Brasileira: 1970-2002**. São Paulo: Sumaré, 2002, p. 55.

⁴⁵ Segundo Pierre Bourdieu, a televisão atua como um “formidável instrumento de manutenção da ordem simbólica”, influenciada por “mecanismos anônimos, invisíveis, através dos quais se exercem censuras de toda ordem”. BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Tradução de Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p. 20.

⁴⁶ Segundo esclarece Marco Antônio Carvalho Natalino, “as contradições entre interesses dos leitores e dos anunciantes criam as particularidades fundamentais da imprensa para Weber. Por um lado, os leitores têm interesse em ser instruídos e informados objetivamente sobre temas diversos; por outro, os anunciantes ‘expressam as necessidades da propaganda e do mundo dos negócios’”. NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O Discurso do Telejornalismo de Referência**. São Paulo: Método, 2007, p. 44.

⁴⁷ Pierre Bourdieu define os índices de audiência como “Deus oculto desse universo [jornalístico], que reina sobre as coincidências” e conclui que “perder um ponto de audiência, em certos casos, é a morte sem comentários”. BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Tradução de Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p. 34.

⁴⁸ Sobre o poder de influência da opinião pública nas opiniões divulgadas pela imprensa, Natalino ainda explica que “devido às relações deste com os anunciantes, não pode o jornal dar-se à liberdade de ir contra a opinião pública em um assunto relevante, sob pena de perder credibilidade e investimentos publicitários”. Segundo o autor, este cenário leva à homogeneização de opiniões de jornais em três principais polos, quais sejam, a visão dos jornalistas, a dos anunciantes e a dos leitores, diminuindo o número de opiniões construídas e publicizadas socialmente. NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O Discurso do Telejornalismo de Referência**. São Paulo: Método, 2007, p. 44.

independência na criação jornalística⁴⁹. Em primeiro lugar, a atuação fora da lógica de mercado tradicional, por si mesma, faz parte de sua própria lógica, consubstanciada na busca de inovação e na descoberta/criação de um novo nicho mercadológico para explorar-se. Por outro lado, vale ressaltar que a produção jornalística e as suas formas de legitimação são baseadas em três elementos principais: o interesse pelo reconhecimento externo dos consumidores (leitores, expectadores, ouvintes), pelo reconhecimento publicitário e pelo reconhecimento interno dos jornalistas por seus pares⁵⁰. Por conta desta estrutura, nem toda atuação jornalística será determinada por fatores econômicos e mercadológicos, existindo, sim, espaço para uma produção não homogeneizada de conteúdo jornalístico, do que é exemplo

o jornalista anônimo que trabalha nos bastidores e possui menor *accountability* para com agentes sociais exteriores ao campo jornalístico [que] tende a agir estrategicamente em prol das ideologias que regem sua profissão (reconhecimento interno), ao mesmo tempo em que trabalha para a evolução administrativa da empresa em que trabalha – consequentemente, para a maior autonomização do campo.⁵¹

Mesmo assim, ainda que se reconheça a possibilidade de existência de uma relativa autonomia da atuação jornalística, é importante lembrar que a mídia de massa está fortemente vinculada à lógica de mercado e seus determinantes econômicos. Neste contexto, a produção jornalística atua dentro de uma estrutura

⁴⁹ Nas palavras de Bourdieu, “não se pode conceber esse meio como homogêneo: há os pequenos, os jovens, os subversivos, os importunos que lutam desesperadamente para introduzir pequenas diferenças nesse enorme mingau homogêneo imposto pelo círculo (vicioso) da informação circulando de maneira circular entre pessoas que têm em comum – não se deve esquecê-lo – estar sujeitas às pressões do índice de audiência, os próprios quadros não sendo mais que o braço do índice de audiência”. BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Tradução de Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p. 36.

⁵⁰ Segundo Natalino, “o tripé formado pela vontade de reconhecimento interno, reconhecimento publicitário e reconhecimento pelo público estrutura possibilidades diferenciadas dentro do campo jornalístico”. NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O Discurso do Telejornalismo de Referência**. São Paulo: Método, 2007, p. 48. No mesmo sentido, Pierre Bourdieu explica que o campo jornalístico “é o lugar de uma oposição entre duas lógicas e dois princípios de legitimação: o reconhecimento pelos pares, concedido aos que reconhecem mais completamente os ‘valores’ ou os princípios internos, e o reconhecimento pela maioria materializado no número de receitas, de leitores, de ouvintes ou de espectadores, portando, na cifra de venda (*Best Sellers*) e no lucro em dinheiro, sendo a sanção do plebiscito, nesse caso, inseparavelmente um veredito do mercado”. BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Tradução de Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p. 105.

⁵¹ NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O Discurso do Telejornalismo de Referência**. São Paulo: Método, 2007, p. 49.

possível⁵² vinculada à lógica interna deste mercado que filtra as possibilidades de produção de conteúdo jornalístico.

Nesse contexto, a sobrevivência de um veículo de imprensa depende de seu domínio e atuação de acordo com as regras de concorrência de mercado, o que, por si só, afasta a visão ingênua do jornalismo de massa como “espelho da realidade”⁵³. Como destaca Pierre Bourdieu, apesar de representar um microcosmo em que existem leis próprias⁵⁴, o mercado jornalístico é fortemente influenciado por censuras e pressões econômicas.

Diante deste cenário, como forma de chamar a atenção do público e manter os níveis de audiência e publicidade, comumente recorre-se aos chamados fatos-ônibus, isto é, “fatos que são de natureza a interessar todo mundo, dos quais se pode dizer que são *omnibus* – isto é, para todo mundo”⁵⁵ e às notícias de variedade, o que inclui o noticiário policial⁵⁶. A abordagem jornalística utiliza-se de ideias feitas e lugares-comuns⁵⁷ como forma de facilitar o processo de comunicação com o

⁵² De acordo com Natalino, a *estrutura possível* é um termo utilizado por Bourdieu para compreender teoricamente a perspectiva das notícias policiais e seu discurso de acordo com “uma possibilidade de cristalização das relações sociais, somente passível de compreensão a partir da análise de suas características dentro do contexto social em que tal processo de estruturação se concretiza. Em suma, há uma indissociabilidade entre uma teoria do jornalismo e sua produção e a investigação empírica do contexto em que se produzem as notícias”. NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O Discurso do Telejornalismo de Referência**. São Paulo: Método, 2007, p. 49.

⁵³ Segundo Bourdieu, “o campo jornalístico, como os outros campos, baseia-se em um conjunto de pressupostos e de crenças partilhadas (para além das diferenças de posição e de opinião). Esses pressupostos, os que estão inscritos em certo sistema de categorias de pensamento em certa relação com a linguagem, em tudo o que implica, por exemplo, em uma noção como ‘passa-bem-na-televisão’, estão no princípio da seleção que os jornalistas operam na realidade social, e também no conjunto das produções simbólicas”. BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Tradução de Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p. 67.

⁵⁴ “O mundo do jornalismo é um microcosmo que tem leis próprias e que é definido por sua posição no mundo global e pelas atrações e repulsões que sofre dos outros microcosmos”. BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Tradução de Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p. 55.

⁵⁵ “Os fatos-ônibus são fatos que, como se diz, não devem chocar ninguém, que não envolvem disputa, que não dividem, que formam consenso, que interessam a todo mundo, mas de um modo tal que não tocam em nada de importante”. BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Tradução de Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p. 23. Nas palavras de Natalino, “os fatos-ônibus não negam a lógica da notícia como veiculadora de eventos atípicos e extracotidianos; apenas, tais eventos possuem baixa probabilidade de gerar dissenso social, servindo sobremaneira para a manutenção da ordem simbólica na sociedade”. NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O Discurso do Telejornalismo de Referência**. São Paulo: Método, 2007, p. 57.

⁵⁶ “As notícias de variedades, que sempre foram o alimento predileto da imprensa sensacionalista; o sangue e o sexo, o drama e o crime sempre fizeram vender, e o reino do índice de audiência devia alçar à primeira página, à abertura dos jornais televisivos”. BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Tradução de Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p. 22. No mesmo sentido, Natalino estabelece que “é consenso entre os pesquisadores do tema que há, desde os tempos de Jack o Estripador, um interesse ávido do público pela criminalidade violenta, assim como por qualquer informação que possa revelar algo de extracotidiano e espetacular ao homem moderno”. NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O Discurso do Telejornalismo de Referência**. São Paulo: Método, 2007, p. 72.

⁵⁷ “As ‘ideias feitas’ de que fala Flaubert são ideias aceitas por todo mundo, banais, convencionais, comuns; mas são também ideias que, quando as aceitamos, já estão aceitas, de sorte que o problema da recepção não

público, uma vez que, por serem ideias comuns ao emissor e ao receptor, garante-se a recepção da mensagem no processo de comunicação e a manutenção dos índices de audiência.

Por sua vez, com o mesmo objetivo de identificação com o público e manutenção da audiência, o noticiário policial tende a assumir um posicionamento passional de identificação com a vítima e demonização do agressor, reforçando e aproveitando os piores preconceitos sociais existentes, utilizando a chamada técnica *völkisch* que, nas palavras de Zaffaroni, consiste em “*alimentar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez*”.⁵⁸ Como destaca Sá,

o discurso noticioso jornalístico faz uma distinção, ou melhor, uma cisão entre o ‘nós’ e o ‘eles’. Do lado do ‘nós’, estão as pessoas de bem, idealizadas, nas quais não se observa qualquer conflito. Do lado do ‘eles’, está o ‘outro’, os ‘inimigos públicos’, a saber, o estrangeiro, o negro, o pobre, o louco, o criminoso.⁵⁹

Este discurso de cisão normalmente não é apresentado abertamente. No caso do jornalista de veículos de referência (considerados sérios, em contraposição aos programas identificados como sensacionalistas), como não pode diretamente emitir a sua opinião ou declarar um posicionamento sobre um determinado assunto – sob pena de perder sua aura de imparcialidade e sua objetividade jornalística, o que levaria à perda de credibilidade e, portanto, de audiência – a adoção de um discurso de diferenciação “Nós vs Eles” encontra-se na rotulação estigmatizante de criminosos que, tratados como objeto e não sujeito do discurso, são frequentemente caracterizados de forma pejorativa, e a quem não é dada voz, senão para confirmar a estigmatização⁶⁰.

se coloca. (...) Quando emitimos uma ‘ideia feita’ é como se isso estivesse dado; o problema está resolvido. A comunicação é instantânea porque, em certo sentido, ela não existe. Ou é apenas aparente. A troca de lugares-comuns é uma comunicação sem outro conteúdo que não o fato mesmo da comunicação. Os ‘lugares-comuns’ que desempenham o papel enorme na conversação contínua têm a virtude de que todo mundo pode admiti-los e admiti-los instantaneamente: por sua banalidade, são comuns ao emissor e ao receptor”. BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Tradução de Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p. 34.

⁵⁸ (Itálicos do autor). ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 57.

⁵⁹ SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 320.

⁶⁰ De acordo com Natalino, “o exemplo mais comum dessa forma de construção do ‘nós’ e do ‘eles’ se encontra na rotulação estigmatizante dos criminosos, a quem não é dada voz, sendo sempre objeto e quase nunca sujeito do discurso. Como objeto do discurso, os criminosos são frequentemente referidos de forma pejorativa, implícita ou explicitamente, mediante, por exemplo, o uso de metáforas e de adjetivações”.

O discurso de diferenciação e o estímulo aos piores preconceitos existentes na sociedade podem ser identificados no jogo de vozes e imagens utilizado estrategicamente para obter a atenção do público e convencê-lo de que os fatos veiculados são verídicos. Para isso, são utilizadas quatro vozes autorizadas no campo jornalístico: i) os âncoras e repórteres, a quem cabe estabelecer a validade argumentativa, isto é, a credibilidade da notícia e do jornal; ii) os especialistas, selecionados circunstancialmente e utilizados para confirmar o tom adotado pela reportagem; iii) as vítimas e seus familiares e amigos, utilizados para provocar empatia e afeto no público; e iv) os acusados, representados na maioria das vezes como uma voz ausente e, quando presente, é utilizada para estigmatizá-los de forma depreciativa e preconceituosa⁶¹.

Neste modelo, o papel desempenhado pelo âncora e pelo repórter nos jornais de referência está ligado à divulgação da notícia de forma aparentemente imparcial e objetiva, para que a transmissão da mensagem para o receptor seja o mais efetiva possível convencendo o público de que aquela notícia é de fato verdadeira. Na condição de transmissor de uma mensagem, tem-se o objetivo de “produzir o efeito do real em um espaço onde vários elementos de comunicação dialógica (deixas, sinais não verbais de concordância e entendimento) são impossíveis e a possibilidade de ruídos de comunicação é sempre presente”⁶².

Mesmo assim, nota-se que a objetividade jornalística proíbe a utilização de um estilo opinativo direto, diante do que nos jornais considerados sérios é incomum a utilização constante de adjetivações depreciativas ao sujeito da notícia. Ao invés disso, a adjetivação vincula-se mais à vítima e à ação descrita, com utilização maior de adjuntos adverbiais que possam transmitir de forma mais discreta o posicionamento do jornal e do jornalista. Ao caracterizar a vítima como “fraca”, “indefesa”, “trabalhadora”, “dedicada”, “de família”, etc., por exemplo, tem-se também uma forma de criar no público

NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O Discurso do Telejornalismo de Referência**. São Paulo: Método, 2007, p. 85.

⁶¹ Com relação a este ponto, Natalino parte da existência de três vozes autorizadas “que correspondem com maior ou menor precisão à clássica distinção aristotélica entre os elementos retóricos do *ethos*, do *logos* e do *pathos*”. Estas vozes estariam relacionadas, respectivamente, aos âncoras e repórteres; aos especialistas em geral; e, às vítimas e seus parentes e amigos. Posteriormente, Natalino reconhece a existência de outras duas vozes consubstanciadas no acusado/criminoso e nos agentes policiais. Com relação a estes, o autor vê-os como voz ambígua, “ora utilizados como voz acreditada, ora tematizados como suspeitos de corrupção e assassinato”. Partindo do entendimento colocado, o presente trabalho reconhece o acusado também como voz autorizada, embora podendo ser utilizada como voz ausente ou como elemento estigmatizante; e reconhece na função ambígua de agentes policiais não uma voz autônoma, mas ora a atuação como “especialista em geral”, ora como acusado, dependendo do contexto em que esteja inserido. NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O Discurso do Telejornalismo de Referência**. São Paulo: Método, 2007, p. 88.

⁶² NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O Discurso do Telejornalismo de Referência**. São Paulo: Método, 2007, p. 90.

uma conexão com ela, produzindo no agressor desta vítima a imagem de seu próprio agressor. Além disso, é comumente utilizada em noticiários uma adjetivação substantiva, com a criação do sujeito indeterminado “criminosos” ou “bandidos” que ilustra manchetes, termos que já carregam uma carga de significado pré-concebida socialmente⁶³.

Em contrapartida ao jornalismo de referência, os jornais considerados populares e sensacionalistas têm um rigor menor com a busca de objetividade, o que permite a adoção de um estilo opinativo e de construção narrativa da notícia “buscando envolver o leitor/telespectador na história – aproximando-se de gêneros como a literatura romântica”⁶⁴. Por ser um formato jornalístico que atrai a atenção do público, a grande maioria das emissoras de televisão brasileira têm ou já teve um programa com este estilo, do que são exemplos os teleprogramas “Aqui Agora”, conhecido pelo estilo passional de seu apresentador Gil Gomes; “Boletim de Ocorrência”, apresentado por Afanásio Jazadi, ambos do SBT; o programa “Linha Direta”, da Rede Globo; e os atuais Cidade Alerta (Rede Record) e Brasil Urgente (Rede Bandeirantes), que alçaram à fama os apresentadores Marcelo Rezende e José Luiz Datena. Em comum a todos estes programas está um estilo claramente opinativo de demonização aberta do agressor e identificação com a vítima.

Em um ou outro modelo de jornalismo, o noticiário policial busca chamar a atenção da audiência com a exposição do extracotidiano. Como esta divulgação é feita cotidianamente, tem-se uma normalização de conflitos com a criação do extraordinário ordinário⁶⁵ e a consequente banalização da violência e o aumento da sensação de insegurança. A “novidade” da notícia situa-se nas formas de agressão (isto é, no “inédito” sofrimento das vítimas) e na suposta (ou presumida) crueldade e anormalidade do agressor. Assim, o inédito está nas vozes autorizadas das vítimas, de “especialistas”,

⁶³ Uma pequena pesquisa em sites de busca utilizando os termos “criminosos” e “roubam” demonstram bem esta utilização por diferentes portais de notícias, encontrando-se algumas centenas de milhares de manchetes como “criminosos roubam casa de câmbio” (portal www.noticias.r7.com), “criminosos roubam carga de explosivos em Taubaté” (portal www.diariodosudoeste.com.br), “Dois bandidos roubam um carro e são presos” (portal <http://ndonline.com.br>); “criminosos roubam R\$ 15 mil de supermercado em Linhares/ES” (portal www.g1.globo.com); “Em fuga, criminosos roubam um carro”, (portal www.tribunademinas.com.br). (Pesquisa realizada em 26/03/2015).

⁶⁴ NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O Discurso do Telejornalismo de Referência**. São Paulo: Método, 2007, p. 52.

⁶⁵ Segundo Bourdieu, os jornalistas “se interessam pelo extraordinário, pelo que rompe com o ordinário, pelo que não é cotidiano – os jornais cotidianos devem oferecer cotidianamente o extra-ordinário, não é fácil... Daí o lugar que oferecem ao extraordinário ordinário, isto é, previsto pelas expectativas ordinárias, incêndios, inundações, assassinatos, variedades”. BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Tradução de Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p. 26/27. No mesmo sentido: NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O Discurso do Telejornalismo de Referência**. São Paulo: Método, 2007, p. 51/52.

selecionados circunstancialmente (podendo ser juízes, promotores, policiais, peritos ou simplesmente a categoria *sui generis* e academicamente pouco confiável de “especialista”) e na voz ausente do acusado.

Seja na busca de objetividade jornalística e de uma imagem de imparcialidade, em jornais de referência, seja na criação de uma narrativa romanceada de um crime, em notícias sensacionalistas, a voz do especialista é comumente utilizada para transferir e autorizar opiniões. Naturalmente, diante da escassez de tempo, em telejornais, e de espaço, na imprensa escrita, não é possível uma análise aprofundada de um determinado tema, o que leva o espaço de “especialistas” apenas a ideias prontas e frases de efeito.

Por sua vez, a instrumentalização da vítima, de seus amigos e de familiares é utilizada como forma de criação de uma ligação do público com a notícia, através de um apelo emocional e de empatia para com a vítima. Como regra, recorre-se às vozes das vítimas em noticiários relacionados à violência e em discursos de caráter punitivista e vingativo contra o agressor *desta* vítima, deixando-se claro que poderia ser o agressor *de qualquer um de nós*, sendo que, para mascarar este discurso, tem-se um tom de combate à impunidade e à injustiça⁶⁶. Como destaca Zaffaroni,

os serviços de notícias e os formadores de opinião são os encarregados de difundir este discurso. Os *especialistas* que aparecem não dispõem de dados empíricos sérios, são *palpiteiros* livres, que reiteram o discurso único. Com frequência instrumentalizam-se vítimas e seus parentes, aproveitando, na maioria dos casos, a necessidade de desviar culpas e elaborar o dolo, para que encabeçam campanhas de *lei e ordem*, nas quais a vingança é o principal objetivo. As vítimas assim manipuladas passam a opinar como técnicos e como legisladores e convocam os personagens mais sinistros e obscuros do autoritarismo penal *völkisch* ao seu redor,

⁶⁶ “Trata-se, via de regra, de um discurso marcado pela revolta contra uma justiça criminal vista como lenta, ineficaz e branda para com os criminosos”. NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O Discurso do Telejornalismo de Referência**. São Paulo: Método, 2007, p. 105. No mesmo sentido, quando David Garland descreve um movimento de punitividade e estratégia de segregação punitiva, menciona que “durante boa parte do século XX, a expressão abertamente confessada do sentimento de vingança foi virtualmente tabu (...), mas, nesses últimos anos, tentativas explícitas de expressar a cólera e o ressentimento do público tornaram-se um tema recorrente da retórica que acompanha a legislação penal e a tomada de decisões. Os sentimentos da vítima, ou da família da vítima, ou um público temeroso, ultrajado, são agora constantemente invocados em apoio a novas leis e políticas penais. O castigo (...) é uma vez mais um objetivo penal respeitável, abertamente reivindicado”. GARLAND, David. As Contradições da “Sociedade Punitiva”: o Caso Britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 13, nov. 1999, p. 61.

diante do que os políticos amedrontados se rendem, num espetáculo vergonhoso para a democracia e a dignidade da representação popular.⁶⁷

Na criação da narrativa do noticiário policial, a vítima é identificada como a virtude privada e a representação da ordem desafiada, o *locus* de identificação do público; o agente policial (quando não é identificado como acusado) recebe as vestes do herói e do mantenedor da lei, da ordem e da paz; resta, portanto, ao acusado o papel de vilão e de personificação do mal⁶⁸. Nesse panorama, a voz da vítima e dos especialistas (incluídos aí os policiais) cria e ilustra o ambiente de identificação e aproximação com a vítima, o lado do *nós*.

Apesar de já esboçar alguns traços do criminoso, do bandido, do outro, enfim, do inimigo, esta imagem ganha contornos mais claros quando se tem a sua caracterização como personagem sem voz, como voz ausente. Como o público já está próximo à vítima, identificado com ela e em oposição ao agressor, cuja imagem está cada vez mais vinculada ao seu próprio agressor, a caracterização do acusado como sem voz constrói um personagem misterioso, desconhecido, diferente, perigoso, pouco confiável. Verdadeiramente, a única informação conhecida pelo público a respeito do acusado é o crime que lhe é imputado. Em assim sendo, a ausência de voz leva a que toda a definição do público a seu respeito seja o crime, diante do que a audiência vê-o integralmente como criminoso.

Por outro lado, nas poucas vezes em que é dada a palavra aos acusados, a finalidade é invariavelmente a construção de uma retórica estigmatizante⁶⁹.

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 75. No mesmo sentido, Sá destaca que “o que a mídia procura nos especialistas não é uma informação mais cientificamente embasada sobre a matéria em foco, tenha essa informação o teor que tiver, mas uma informação científica, ou tida como científica, que sirva para embasar ‘cientificamente’ aquilo que ela, mídia, quer divulgar e passar como ideia verdadeira (ideia dominante)”. SÁ, Alvin August de. **Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário**. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 321.

⁶⁸ “Como num romance policial, o ‘eles’ é personificado pelo criminoso que, ao cometer o ato que rompe a ordem social, gera uma vítima. Essa vítima é identificada na narrativa com a virtude privada – a família, a cordialidade, etc., e é como mártir anônimo de uma sociedade desafiada pelo mal personificado. O crime aciona assim a volúpia punitiva da sociedade, que deseja a retribuição ao perpetrante do mau causado. Santificada a vítima e demonizado o criminoso, o terceiro personagem assumiria o papel do ‘herói’ – papel esse, em princípio, assumido pelos mantenedores da lei”. NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O Discurso do Telejornalismo de Referência**. São Paulo: Método, 2007, p. 109.

⁶⁹ “É patente a diferença no modo de utilização dos criminosos na construção das notícias entre o jornalismo de referência e os telejornais especializados em notícias policiais. Enquanto nos primeiros estrategicamente se censura a voz dos criminosos em prol das vozes autorizadas, os telejornais de cunho mais sensacionalista

Ademais, cabe mencionar que a criação desta imagem do acusado é fruto não apenas de uma criação narrativa estigmatizante e preconceituosa, mas da utilização de imagens selecionadas para dar apoio ao tom adotado pelo noticiário. Se ao acusado não é dada voz, a imagem escolhida para ilustrá-lo como regra é depreciativa, divulgando-se o acusado preso, algemado, escondendo o rosto, ou simplesmente a imagem que traga a menor empatia possível. Este recurso é fortemente efetivo na realidade brasileira, uma vez que a televisão é a fonte de informação prioritária de grande parte da população, em um cenário em que se destaca o analfabetismo funcional e a inexistência de uma cultura de busca de fontes variadas de informação⁷⁰.

É justamente neste jogo de imagens e vozes autorizadas utilizado pelos veículos de imprensa no contexto da busca feroz e incessante por audiência que é criada a imagem do criminoso, do inimigo social. É desta forma que o (suposto?) agressor de uma vítima é transformado em potencial agressor de todos nós, em nosso próprio agressor. Em outras palavras, cria-se no inimigo coletivo a imagem do *hostis alienígena*, alguém misterioso, desconhecido, estranho, diferente, perigoso, que pode *nos* atacar a qualquer momento e, justamente por estas características, deve ser mantido em sua condição de vencido, recebendo um tratamento rígido, uma vez que poderia tentar escapar desta condição a qualquer momento.

utilizam-se sempre que possível de seu discurso (...) [com] um interesse frequente em dar voz aos criminosos como forma de elevar a audiência e de auxiliar na construção da retórica estigmatizadora sobre aqueles”. NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O Discurso do Telejornalismo de Referência**. São Paulo: Método, 2007, p. 109. No mesmo sentido, Pierre Bourdieu retrata que, como regra, não é dada voz aos desfavorecidos. Segundo ele, os apresentadores de televisão “não só não ajudam os desfavorecidos, como também, se assim se pode dizer, afundam-nos. De inúmeras maneiras: não lhes dando a palavra no momento certo, dando-lhes a palavra no momento em que já não esperam, manifestando a sua impaciência etc.”. BOURDIEU, Pierre, **Sobre a Televisão**. Tradução de Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p. 47.

⁷⁰ Pierre Bourdieu destaca que este cenário também está presente na França, em que “há uma proporção muito grande de pessoas que não leem nenhum jornal; que estão devotadas de corpo e alma à televisão como fonte única de informação. A televisão tem uma espécie de monopólio de fato sobre a formação das cabeças de uma parcela muito grande da população”. Pierre, **Sobre a Televisão**. Tradução de Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p. 47. Da mesma forma, segundo Esther Hamburger, a dominância da televisão como fonte de informação e cultura no Brasil iniciou-se na década de 1970, com o desenvolvimento de uma política de integração nacional formulada pelo regime militar e a utilização dos meios de comunicação televisivos como “mecanismo eficiente de alienação e legitimação de uma ordem social injusta, realizando no plano do imaginário uma integração negada no plano da realidade”. Segundo a autora, “a integração nacional, objetivo estratégico do regime militar realizou-se com a ajuda da televisão, mas em torno de conteúdos diferentes daqueles idealizados nas políticas oficiais”. HAMBURGUER, Esther. **Indústria Cultural Brasileira (Vista Daqui e de Fora)**. In: MICELI, Sérgio (Org.). **O Que Ler na Ciência Social Brasileira: 1970-2002**. São Paulo: Sumaré, 2002, p. 55.

2.2.1.2. A Formação da Imagem do Inimigo no Julgamento Formal do Judiciário

Inicialmente, vale ressaltar que o julgamento formal do judiciário e o julgamento informal da opinião pública têm características e peculiaridades claramente distintas, o que diferencia as consequências no processo de formação da imagem do inimigo. Destas, a característica de maior destaque é fato de que se espera do judiciário um julgamento técnico, motivado, dotado de racionalidade e universalidade⁷¹. Além disso, o julgamento do judiciário traz consequências mais evidentes nesse processo, tal como o encarceramento em massa, a superlotação e a degradação de condições do cárcere e a legitimação da violência policial e institucional, conforme será detalhado no quarto capítulo.

Em contraposição à opinião pública, claramente influenciada por elementos passionais, espera-se que do judiciário um julgamento técnico no qual a decisão alcance universalidade e racionalidade, especialmente diante da suposta universalidade da lei em um estado democrático de direito, o que levaria o posicionamento do judiciário a ser inquestionavelmente um ato de verdade, levando a crer que somente os culpados são condenados, sempre na medida de sua culpa.

A decisão do judiciário seria dotada de universalidade e racionalidade em função de sua justificação interna e externa. A justificação interna estaria na estrutura lógico-dedutiva silogística, pela qual a decisão judicial seria formada por uma premissa maior consistente na hipótese de direito (*quaestio júris*), e uma premissa menor relativa ao fato (*quaestio facti*), diante do que a decisão judicial resumir-se-ia à subsunção da premissa maior à premissa menor, retirando-se daí a consequência prevista na lei⁷².

Por outro lado, a justificação externa de uma decisão estaria na demonstração, pelo juiz, do acerto na seleção e interpretação das premissas maior e menor. Em outras palavras, o juiz deve demonstrar o caminho lógico dedutivo percorrido na interpretação dos elementos de prova para a delimitação dos fatos e, na valoração e

⁷¹ REALE JÚNIOR, Miguel. Razão e Subjetividade no Direito Penal Brasileiro. **Ciências Penais**: revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, v. 1, n. 0, jan/jul, 2004, p. 226.

⁷² De acordo com Miguel Reale Júnior, “a justificação interna, como estrutura lógica, compõe-se de uma premissa consistente na hipótese de direito a *quaestio júris*, e a premissa menor relativa ao fato, a *quaestio facti*, realizando-se então a tarefa de subsunção da premissa menor na hipótese legal da premissa maior, retirando-se a consequência prevista pela lei. A justificação interna é relevante por demonstrar não haver uma contradição entre a decisão e as premissas estabelecidas”. (Itálicos do autor) REALE JÚNIOR, Miguel. Razão e Subjetividade no Direito Penal Brasileiro. **Ciências Penais**: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, v. 1, n. 0, jan/jul, 2004, p. 230.

justificação da hipótese legal, o julgador deve demonstrar os elementos de congruência normativa que permitam o controle da racionalidade da decisão, isto é, os motivos pelos quais se vinculou à determinada opção interpretativa, através do caminho formado pela lei, pelos precedentes e pela dogmática⁷³.

A existência do texto legal como referência e a limitação dos caminhos interpretativos permitiria enxergar-se as decisões judiciais como racionais e universais. No entanto, como o papel desempenhado pelo judiciário é também construtivo e constitutivo⁷⁴ diante da incitação de um determinado fato concreto, a hipótese legal é igualmente criada ou selecionada para que se amolde perfeitamente aos fatos, o que garantiria a congruência interna da decisão.

Da mesma forma, a justificação externa restaria também demonstrada com base na adoção de caminhos interpretativos já percorridos pela doutrina e pela jurisprudência. Na prática, porém, isto não é verificável, primeiramente porque com a multiplicação desenfreada de obras jurídicas sem verificação do respectivo lastro científico e de sua respectiva justificação interna e externa, admite-se uma seleção circunstancial de doutrina⁷⁵. Em segundo lugar, os precedentes jurisprudenciais tampouco permitem a segurança da verificação de justificação externa, uma vez que a *práxis* jurídica seleciona as teorias triunfantes diante de sua utilidade prática no dia-a-dia, tendo como critério dominante de determinação não a sua *coerência dogmática*, mas a possibilidade de

⁷³ “(...) segundo Alexy a argumentação judicial estaria limitada pela exigência de sujeição à lei, aos precedentes e à dogmática, que permite se estabelecer um controle da racionalidade da decisão. Destarte, o resultado de uma decisão há de se estribar em uma fundamentação racional que perpassa pelo constante da lei, dos precedentes e da dogmática”. REALE JÚNIOR, Miguel. Razão e Subjetividade no Direito Penal Brasileiro. **Ciências Penais**: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, v. 1, n. 0, jan/jul, 2004, p. 234.

⁷⁴ De acordo com Alamiro Velludo Salvador Netto, o processo de criação do sentido de uma norma é influenciado por elementos jurídicos e extrajurídicos, lastreados na experiência, na sociedade e na cultura. Neste ponto estaria a importância da interpretação da norma jurídica, constituindo os discursos doutrinário e jurisprudencial “um caráter constitutivo do verdadeiro sentido e alcance da proibição”, diante do que “o intérprete não se resume a ser um mero *reconhecedor* do conteúdo legislado, sua função, ao contrário, é integradora e, mais ainda, imprescindível” (Itálicos do autor). SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano 18, nº 85, 2010, p. 219-235.

⁷⁵ Com relação a este ponto, Bernd Schünemann, fazendo uma análise crítica sobre a “situação espiritual da ciência jurídico-penal alemã”, entende que, até a década de 1960, havia uma enorme coerência na doutrina penal do país, uma vez que, ainda que houvesse escolas penais que discordavam entre si, internamente, havia uma homogeneidade. Segundo o autor, a imagem global poderia ser comparada com a muralha de Cuzco em que há uma conjunção ordenada de diferentes blocos individuais estreitamente relacionados entre si. Porém, Schünemann nota uma multiplicação desenfreada de obras jurídicas, que alterou a doutrina penal alemã para uma imagem heterogênea e confusa. Segundo o autor, a consequência deletéria dessa rapsódia jurídica é que as principais ideias utilizadas na ciência penal não ficam tanto mais claras e explicadas quanto mais se as discute, restando mais confusa do que anteriormente, principalmente diante da falta de verificação de validade científica das obras. SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**. Buenos Aires: Editora Ad Hoc, p. 17-49.

apresentação de soluções imediatas aos casos concretos⁷⁶ e, ainda, a simplificação do trabalho do poder judiciário.

Assim, tomando por base essa finalidade de resolver questões da prática jurídica e apresentar uma resposta concreta às demandas sociais, o judiciário assume determinadas soluções e, para demonstrar a justificação externa da decisão, procuram apoio circunstancial na doutrina, diante do que

os tribunais, em certo sentido, podem escolher livremente o resultado material que lhes convenha, pois para qualquer resultado poderão aduzir algum apoio na bibliografia (...) [uma vez que] a jurisprudência sempre invoca só em atenção a um resultado concreto uma postura concreta, mas não assume o contexto de dedução dessa postura individual em seu conjunto, produzindo finalmente tão só resultados carentes de dedução sistemática, é dizer, uma típica justiça de *cadí* sem verdadeiro fundamento científico-jurídico⁷⁷.

O trabalho do juiz não é meramente cognoscitivo, de reconhecer e identificar o significado preestabelecido de uma determinada norma, mas um trabalho construtivo e constitutivo delimitando o alcance e estabelecendo os limites de uma norma diante de um fato concreto que atua como incitamento⁷⁸. Assim, para o reconhecimento de racionalidade em uma decisão não basta a mera identificação de sua estrutura silogística, sendo imperioso verificar a validade das premissas adotadas, o que leva à necessidade do exame de congruência narrativa e de congruência normativa⁷⁹.

⁷⁶ No caso de decisões relacionadas à execução penal, o judiciário assume muitas vezes uma argumentação utilitarista em detrimento de texto legal expresso e de teorias especializadas, principalmente relacionadas à criminologia clínica. Nunca é demais lembrar que a superlotação dos cárceres brasileiros não apenas é um elemento conhecido pelo judiciário de longa data como o próprio judiciário legitima esta situação.

⁷⁷ Tradução livre. SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**. Buenos Aires: Editora Ad Hoc, p. 43. Tradução livre.

⁷⁸ No mesmo sentido, Lidia dos Reis Prado estabelece que “vários teóricos (...) entendem a *função jurisdicional como atividade criadora*, pois a concepção da sentença ou da decisão administrativa como um silogismo caiu em descrédito. Defende-se a ideia de que a obra do órgão jurisdicional traz sempre, em maior ou menor medida, um aspecto novo, que não estava contido na norma geral. E isso ocorre inclusive quando a sentença tem fundamento em lei expressa, vigente e cujo sentido se apresenta com inequívoca clareza”. (Itálicos da autora) PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**. Campinas: Ed. Millennium, 2003, p. 13.

⁷⁹ Conforme ensina Miguel Reale Júnior, “a questão está na escolha das premissas e na sua justificação, seja no que respeita à *quaestio facti*, seja quanto à *quaestio iuris*, em uma reconstrução das razões em função das quais o juiz estabeleceu sua decisão”. (Itálicos do autor) REALE JÚNIOR, Miguel. Razão e Subjetividade no Direito Penal Brasileiro. **Ciências Penais**: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, v. 1, n. 0, jan/jul, 2004, p. 230.

Na construção da *quaestio facti*⁸⁰, por exemplo, além de valorar a prova produzida, o juiz tem também o poder de interferir em sua construção, ao presidir a produção da prova, dirigindo os interrogatórios e colhendo testemunhos por meio de perguntas direcionadas para um determinado sentido, o que o afasta da *imparcialidade científica* (também por que, vale mencionar, a função do julgador não é a mera reprodução científica de fatos, mas a determinação de uma solução diante de um determinado conflito concreto)⁸¹. Ademais, os mesmos aspectos subjetivos que influenciam o julgador na produção da prova atuam também em sua valoração. Como destaca Lidia dos Reis Prado,

o juiz, ao analisar um depoimento, deixa-se influir, inconscientemente, por *fatores emocionais* de simpatia, de antipatia, que se *projetam* sobre as testemunhas, os advogados e as partes. As experiências anteriores do julgador também podem acarretar *reações inconscientes* favoráveis ou desfavoráveis a respeito de mulheres ruivas ou morenas, de homens com barba, de italianos, ingleses, padres, médicos, de filiados a determinado partido político, por exemplo. Esses *preconceitos*, que podem ser involuntários ou inconscientes, afetam a memória ou a atenção do julgador e influem sobre a credibilidade das testemunhas ou das partes⁸².

Diante destes elementos, a identificação da estrutura formal de uma decisão não permite a verificação imediata de sua justificação interna e externa⁸³.

⁸⁰ No cenário ideal, na valoração dos fatos “há que se buscar a congruência no sentido de que a verificação de uma determinada versão dos fatos seja verossímil, não destoe da maioria das provas, não venha negada por dados de realidade ou documentais fidedignos, concilie-se com a experiência comum, em suma que seja justificadamente mais provável que outra”. E o autor completa: “a argumentação acerca do fato deve demonstrar ‘fazer sentido’ a hipótese provável considerada mais plausível (...), mesmo porque, a reprodução narrativa só é possível por se admitir que a realidade na qual se vive é dotada de racionalidade, de causalidade e intencionalidade explicáveis”. REALE JÚNIOR, Miguel. Razão e Subjetividade no Direito Penal Brasileiro. **Ciências Penais**: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, v. 1, n. 0, jan/jul, 2004, p. 232.

⁸¹ É importante notar que o julgador busca criar uma determinada *quaestio facti* e amolda dos fatos investigados a uma determinada interpretação não como uma forma consciente de promover uma injustiça. A intenção muitas vezes é a de criar uma premissa menor que se amolde com mais facilidade a uma determinada interpretação jurisprudencial ou doutrinária, o que seria uma imposição da lei do mínimo esforço que “conduz a uma posição acrítica, como se não se devesse submeter ao crivo crítico a orientação firmada anteriormente, como se não fosse esta linha interpretativa fruto de preconceitos e de visões particulares da norma, em face de condicionantes sociais momentâneas e até mesmo subjetivas de uma determinada turma de um Tribunal”. REALE JÚNIOR, Miguel. Razão e Subjetividade no Direito Penal Brasileiro. **Ciências Penais**: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, v. 1, n. 0, jan/jul, 2004, p. 234-235.

⁸² (Itálicos da autora) PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**. Campinas: Ed. Millennium, 2003, p. 19.

⁸³ É nesse sentido que Sá explica que “os limites que se estabelecem entre a imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade constituem mera ilusão de um pensamento falsamente objetivo, ilusão essa da qual o Direito cegamente se serve, para tornar suas decisões ao menos aparentemente e formalmente

Em consequência, formalismo do judiciário funciona muitas vezes como ferramenta para encobrir os subjetivismos que influenciam na tomada de decisão pelos juízes, até porque, é desta forma que “os julgadores omitem o verdadeiro modo como raciocinam ao decidir, ou seja, como meros seres humanos, (...) sem o uso do silogismo, mas [que] raciocinam partindo das conclusões para as premissas”⁸⁴.

Diante de uma determinada situação, o juiz vislumbra a solução que julga mais justa⁸⁵ e, a partir deste cenário, busca os elementos jurídico-argumentativos para justificar a sua decisão. Ocorre, porém, que o cenário de justiça enxergado pelo julgador está fortemente influenciado por elementos pessoais, ideologias e traços de subjetividade, “assim, as decisões derivam dos impulsos do juiz, sendo as sentenças fundamentadas de forma retrospectiva, a partir das intuições fruto do subjetivismo do julgador”⁸⁶.

No processo de tomada de decisão, a intuição do juiz está submetida à ideologia social dominante e à visão dicotômica da sociedade separada entre vítima e agressor. Além disso, existe uma pressão social para que o judiciário acate o discurso de vingança assumido pela mídia contra um agressor determinado, uma vez que uma decisão condenatória funcionaria como ato de verdade legitimador de uma verdade social preestabelecida⁸⁷, uma vez que a condenação pelo judiciário legitimaria e daria mais base ao discurso de vingança social. Por outro lado, o juiz que entre em rota de colisão com essa expectativa social de aplicação do discurso único de proteção do *nós* contra *eles*,

corretas e ‘legalmente’ bem fundamentadas”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 44.

⁸⁴ PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**. Campinas: Ed. Millennium, 2003, p. 19. A autora ainda complementa mencionando que “Karl Llewellyn acredita que, geralmente, a mente do juiz primeiro antecipa a decisão que considera justa (dentro da ordem jurídico positiva) e depois procura a norma que pode servir de fundamento a essa solução, atribuindo aos fatos a qualificação apropriada”. Idem, p. 13.

⁸⁵ Com relação a este ponto, vale ressaltar que “o *sentimento de justiça* é um sentimento instintivo que todos nós temos acerca do que é correto ou não. Ele é primitivo, enganoso, não se identifica com a moral, pois, por ele, nós tendemos a julgar correto aquilo que está de acordo com nossos impulsos e desejos. (...) o sentimento (primitivo) de justiça é cego e pode conduzir o homem às piores aberrações”. (itálicos do autor) SÁ, Alvinio Augusto de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 221.

⁸⁶ REALE JÚNIOR, Miguel. Razão e Subjetividade no Direito Penal Brasileiro. **Ciências Penais**: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, v. 1, n. 0, jan/jul, 2004, p. 240. No mesmo sentido: “o aspecto importante da sentença, embora não o único (...) é a personalidade do juiz, sobre o qual influem a educação geral, a educação jurídica, os valores, os vínculos familiares e pessoais, a posição econômica e social, a experiência política e jurídica, a filiação e opinião política, os traços intelectuais e temperamentais”. PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**. Campinas: Ed. Millennium, 2003, p. 18.

⁸⁷ Segundo Sá, “a justiça criminal e a execução penal se deixam contaminar por esse *espírito de luta*, de *guerra pacificadora* contra a guerra do inimigo coletivo, por essa solidariedade e hostilidade primitivas, e acabam se transformando em instrumento a serviço dessa guerra insólita”. (Itálicos do autor) SÁ, Alvinio Augusto de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 219.

por mais técnico que possa ser, pode sofrer uma reação social contra si, passando a sofrer os preconceitos sociais de quem não faz parte da *nossa* realidade⁸⁸.

Além disso, os aspectos psicológicos e a posição social ocupada pelo juiz naturalmente o impelem a identificar-se com a vítima, afastando-se do acusado, o que influencia em sua tomada de decisão. Considerando que a esmagadora maioria dos juízes brasileiros ocupa uma posição econômica e social privilegiada⁸⁹ e que, pela seletividade do direito penal, os delitos investigados e punidos são majoritariamente patrimoniais, torna-se compreensível a dificuldade de identificação do julgador com o agressor, na mesma medida em que é compreensível a sua identificação com a vítima. Como destaca Miguel Reale Júnior,

há situações, portanto, psicológicas e sociológicas que condicionam a compreensão do fato e da norma, levando a valorações antecipadas, como decorrência da educação familiar, do círculo cultural a que pertence, da posição social que se ocupa, da história de vida⁹⁰.

Além disso, o cenário de anomia⁹¹, de ruptura de padrões sociais, de ocorrência e (principalmente) aparência de impunidade, balizam a percepção dos fatos e das normas pelos juízes, o que influencia na escolha da solução considerada mais justa. Os julgadores acabam muitas vezes motivados por um desejo perverso de fazer

⁸⁸ Conforme explica Zaffaroni, “os juízes, por sua vez, também se encontram submetidos à pressão do discurso único publicitário dos meios de comunicação de massa. Toda sentença que colide com o discurso único corre o risco de ser estigmatizada e o magistrado, de acordo com as circunstâncias, pode envolver-se em sérias dificuldades e até mesmo acabar destituído, processado ou condenado (...)”. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 80. Com relação a este ponto, Sá afirma que “quanto aos juízes, eles se veem ameaçados e pressionados pelo autoritarismo publicitário *cool*, não podendo livremente tomar suas decisões, sob pena de se verem denunciados e perseguidos”. (Itálico do autor) SÁ, Alvinho Augusto de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 323.

⁸⁹ De acordo com levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) tendo por base a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua (PNAD), o rendimento nominal domiciliar *per capita* médio do brasileiro no ano de 2014 foi de R\$ 1.052,00 (mil e cinquenta e dois reais). Por outro lado, de acordo com o edital de divulgação do 185º concurso de provas e títulos para ingresso na magistratura de São Paulo, a remuneração inicial do magistrado paulista é de R\$ 21.657,29 (vinte e um mil seiscentos e cinquenta e sete reais e vinte e nove centavos) (EDITAL de abertura. Disponível em: <<http://www.vunesp.com.br/TJSP1401/>>. Acesso em: 24 abr. 2015).

⁹⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. Razão e Subjetividade no Direito Penal Brasileiro. **Ciências Penais**: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, v. 1, n. 0, jan/jul, 2004, p. 240. No mesmo sentido, o autor ainda menciona que “o juiz decide de acordo com sua impressão, sua subjetividade, formada por suas circunstâncias de vida conformadoras de sua maneira de apreender e de avaliar os fatos”. *Idem*, 229.

⁹¹ De acordo com Shecaira, “é a anomia, pois, uma ausência ou desintegração das normas sociais (...) a ausência de normas sociais de referência que acarreta uma ruptura dos padrões sociais de conduta, produzindo uma situação de pouca coesão social”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 228.

valer o sistema punitivo de maneira simbólica⁹², para fazer frente ao problema da impunidade e da anomia, diante do que os poucos selecionados pelo sistema penal, de um lado, recebem todo o rigor possível da punição e da norma⁹³, e, de outro, têm a determinação de sua responsabilidade baseada não exclusivamente em sua culpa diante de um fato concreto, mas na ideia da realização de toda a justiça que não foi feita em relação aos demais. É por isso que, segundo Zaffaroni, “só se decide favoravelmente ao preso quando o tribunal não encontrou nenhuma possibilidade de condenação”⁹⁴.

E não é só. O mesmo conflito enfrentado diante de preconceitos ideológicos e do clima social do momento reproduzem-se no âmbito intrasubjetivo do juiz, através da projeção da sombra no agressor alheio, que acabará por transformar um *inimicus* em *hostis*. De acordo com a psicologia analítica, isto é consequência de um mecanismo de defesa do ego⁹⁵ pelo qual os aspectos intrasubjetivos não aceitos da personalidade são reconhecidos no outro e, neste contexto, ninguém melhor do que o agressor para integralizar todos os aspectos mais obscuros da sombra. Como a sombra, por força do contexto e história de vida de cada um e dos ideais de bondade, moralidade, preconceitos sociais e ideologias, constitui na personalidade um campo

⁹² De acordo com SÁ, “dado esse sentimento geral de impunidade, o sistema punitivo é motivado por um desejo perverso de se fazer valer *simbolicamente*. Escolhe então alguns indiciados e os incrimina, fazendo recair sobre eles todo o rigor da norma e das punições, a fim de dar a sensação de que se está resolvendo o gravíssimo problema da impunidade. Com isso, dar-se-ia (ilusoriamente, é claro) o *adeus à impunidade* e o *adeus à anomia*. Tal desejo é perverso porque, graças a essa providência sistêmica, outros corruptos poderão continuar a navegar em águas tranquilas, pois o ‘boi de piranha’ já foi estraçalhado”. (itálicos do autor) SÁ, Alvíno Augusto de. **Parecer sobre a sentença em primeira instância que condenou Eliana Piva de Albuquerque Tranchesí**. P. 33. Parecer pendente de publicação.

⁹³ Neste ponto, é imprescindível citar pesquisa realizada por Guilherme de Souza Nucci em sua tese de livre docência defendida perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em que realizou análise a respeito da forma como os magistrados paulistanos decidem e fazem a individualização da pena. Neste levantamento Nucci conclui que domina entre os magistrados uma *política da pena mínima* caracterizada pela aplicação compulsória da pena base no piso, segundo ele, porque “*prescinde de fundamentação, pois não haveria ‘prejuízo ao réu’*”. (Itálicos do autor) NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 273-274. Ainda que o levantamento realizado aponte para um cenário de aplicação sistêmica da pena mínima, entendemos que a conclusão não é conflitante com uma aplicação simbólica e exemplar de penas. A conclusão está antes ligada a um contexto de inércia e indiferença judicial que, se tem como consequência a aplicação da pena mínima por ser *mais fácil*, também leva a que a condenação seja o resultado quase naturalístico do processo, igualmente por ser o resultado menos trabalhoso ao juiz.

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 71.

⁹⁵ Nas palavras de Sá, “mecanismos de defesa são ‘artimanhas’ pelas quais o nosso *ego* (instância psíquica responsável pela ‘administração’ da vida psíquica, pela busca de soluções e adaptações, falando em uma linguagem simplificada), busca livrar-se de experiências psíquicas (desejos, impulsos, sentimentos etc.) perturbadores, ameaçadores”. (Itálicos do autor) SÁ, Alvíno Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 140.

inexplorado que não é admitido e integrado à consciência⁹⁶, a sua projeção faz com que estas características sejam reconhecidas no delinquente.

Considerando que “a *sombra* se apresenta a nós como algo estranho, diferente, que, quem sabe, até nos ameaça”⁹⁷, também estas características serão reconhecidas e identificadas no *inimicus*, criando-se nele a imagem de *hostis*. Este processo atua não apenas no campo psicológico do juiz, mas de toda a sociedade, que acaba identificando no agressor alheio a personificação de seu próprio agressor e, até mesmo, a origem de todos os males da sociedade, criando-se, assim, a imagem de inimigo coletivo⁹⁸. Como consequência deste processo psicológico,

o criminoso passa a ser então um concentrado de todos os males da humanidade, e a sociedade tem necessidade urgente de puni-lo severamente, prendê-lo, segregá-lo, pois assim estará punindo o que existe de ruim dentro dela (e assim ‘satisfazendo’ o *superego*) e estará expulsando e mantendo longe de si, ‘sob ferros’, todas as suas coisas ruins. Permanecerá dentro dela somente o que é bom, formando-se então dois mundos distintos e separados: o dos bons (cidadãos justos e honestos) e o dos maus (‘bandidos’).⁹⁹

Se a população tem reações passionais diante de elementos intrasubjetivos decorrentes de mecanismos de defesa do ego no processo de criação da imagem do inimigo, os juizes, imbuídos do julgamento destes inimigos, estão ainda sujeitos a outro fenômeno intrapsíquico consistente na inflação da persona¹⁰⁰. Por este fenômeno, o ego do julgador identifica-se de tal forma com as roupas talares e o arquétipo de juiz¹⁰¹ e de justiça, que o juiz, não apenas projeta no réu seus conteúdos inconscientes

⁹⁶ SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 329/330.

⁹⁷ (Itálico do autor) Idem, p. 330.

⁹⁸ Sá ainda esclarece que vem da projeção da sombra “a reação coletiva, a reação de massa, que se caracteriza por ódio, resolve e desejo de vingança diante daqueles que cometeram esses atos de brutalidade. É demonização do outro, que acolhe, manifesta e realiza nossa sombra”. Ibidem.

⁹⁹ (Itálicos do autor). SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 140.

¹⁰⁰ “Essa situação significa que o juiz torna-se tão-somente juiz, esquecendo-se que tem como *possibilidade* um réu dentro de si. O *ego* identifica-se com a *persona*, fato muito lesivo porque redundaria na ofuscação da consciência por um conteúdo inconsciente. (...) Esse fenômeno chama-se *inflação da persona*, que ocorre quando os magistrados de tal forma se identificam com as roupas talares, que não mais conseguem desvesti-las nas relações familiares e sociais”. (Itálicos da autora). PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**. Campinas: Ed. Millennium, 2003, p. 45.

¹⁰¹ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**. Campinas: Ed. Millennium, 2003, p. 37/38. Com relação ao arquétipo de juiz no Brasil, a autora menciona que “o juiz é coletivamente percebido como um personagem um tanto anacrônico, que trabalha sem a presteza esperada pelas partes, um ser distante,

não aceitos¹⁰², mas também passa a “acreditar que o ato antijurídico nada tem em comum consigo: que o mal só existe no réu, fraca criatura, que vive num mundo totalmente diverso do seu”¹⁰³.

2.2.2. Segundo Processo Migratório: A Criação da Imagem do Inimigo Como Ser Diferente

No decorrer do processo de formação da imagem do inimigo, após a passagem do inimigo individual (*inimicus*) para o inimigo coletivo (*hostis judicatus*), com o julgamento formal do judiciário e o julgamento informal da opinião pública, tem-se a ocorrência de um segundo processo migratório, no qual o inimigo coletivo é identificado como um *ser diferente*, desconhecido e perigoso, formando-se a imagem de *hostis alienígena*.

Se, no primeiro processo migratório tem-se a transformação de um agressor individual em inimigo coletivo, com base em reações emocionais e passionais de identificação com a vítima, no segundo processo tem-se a criação da imagem deste inimigo coletivo como ser diferente e perigoso. Este segundo processo migratório baseia-se em elementos ideológicos a partir dos quais o delito que levou à passagem de inimigo individual a inimigo coletivo é enxergado como sintoma de uma dissidência social intrínseca ao delinquente.

Neste processo migratório, não se tem mais como foco a consideração da dinâmica de um determinado fato concreto que leva à identificação com a vítima, mas a interpretação do fato criminoso através de bases ideológicas¹⁰⁴ que levam à

instalado em pomposos locais de trabalho”. E completa, “os magistrados brasileiros têm a imagem de pessoas rígidas, inescrutáveis, poderosas, e, por esta razão, privadas de humor, afabilidade, sentimento”. Idem, p. 43.

¹⁰² “O ato de julgar implica *projeção* entendida como um mecanismo inconsciente, por intermédio do qual alguém tira de si e coloca no mundo externo (em outro, ou em alguma coisa) os próprios sentimentos, desejos e demais atributos tidos como desejáveis. Essa ligação entre julgamento e projeção traz um complicador, a formação de *sombra*”. (Itálicos da autora). PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**. Campinas: Ed. Millennium, 2003, p. 48-49.

¹⁰³ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**. Campinas: Ed. Millennium, 2003, p. 45. De acordo com a autora, o fenômeno também tem como consequência o aparecimento de um desejo de poder “sendo conhecido por *juizite*, isto é, a tendência à soberba, à arrogância, ao complexo de autoridade”. (Itálico da autora). Idem, p.45-46.

¹⁰⁴ Cabe destacar, conforme ensina Sá, que “essa ‘sagacidade’ ou ‘crueldade’ da sabedoria ideológica se deve em grande parte a uma providencial *inversão* que se opera nas relações de causa e efeito. Pela *inversão* de causa e efeito, que é típica da ideologia, o que é efeito passa a ser interpretado como causa, e vice-versa.

demonstração de que o criminoso seria diferente de *nós*. Para se chegar a esta conclusão, tem-se a passagem por três concepções diferentes consistentes no paradigma etiológico da conduta criminosa, na concepção causalista do crime e, com a associação de ambas, na concepção predeterminista do criminoso, identificado por sua perigosidade.

Em um primeiro momento deste processo migratório de formação da imagem do inimigo, tem-se a aplicação de um paradigma etiológico do crime, isto é, a compreensão da conduta criminosa “através da perquirição e análise de seus antecedentes (...) [que], no viés mais tipicamente tradicional [da Criminologia Clínica], serão interpretados como sendo causas, no sentido mais estrito do termo”¹⁰⁵. Nesta interpretação, a análise da conduta criminosa tem como foco de atenção o indivíduo em sua realidade orgânica e psicológica, diante do que se tem como pressuposto que “o indivíduo é centro de responsabilidade de sua conduta e é predominantemente nele que se situam as motivações pela conduta criminosa”¹⁰⁶.

Por esta visão, a causa do crime estaria localizada na constituição interna do delinquente, diante do que o crime seria interpretado como um sintoma de uma causa intrínseca e inata ao criminoso, que o levou ao comportamento antissocial em primeiro lugar. Naturalmente, a interpretação etiológica é sedutora principalmente em sociedades com valores individualistas¹⁰⁷, uma vez que se tira o foco de elementos situacionais e sociais que envolvem a dinâmica do crime, o que traz alívio para a sociedade, que, ao punir este indivíduo, vê-se purificada e livre de seus males¹⁰⁸.

Assim, por exemplo, o criminoso é tido como um ‘fato’ acabado, ‘produto autônomo’, que perturba e desequilibra as relações sociais, quando, na verdade, ele é fruto das relações sociais perturbadas, economicamente desequilibradas e injustas”. (Itálicos do autor) SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário*. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 306.

¹⁰⁵ SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 124.

¹⁰⁶ SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 94. Segundo aponta Sá, “o paradigma etiológico tradicional da compreensão do crime, segundo o modelo que vincula o crime a anormalidades de conduta, ainda não foi suficientemente superado nas práticas penitenciárias, na medida em que, por meio dos chamados programas de ‘reabilitação’, ‘ressocialização’ ou até mesmo terapêuticos, procura-se ‘corrigir’ desvios e desajustes, inclusive sociais, do indivíduo”. SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 58.

¹⁰⁷ De acordo com Philip Zimbardo, tem-se uma tendência a interpretar determinados comportamentos sociais como decorrência de elementos individuais e não situacionais. Por causa disso, “são indivíduos que ganham glória e fama e fortuna por suas realizações e são reconhecidos por sua singularidade, mas são também indivíduos que são culpados pelas enfermidades da sociedade”. (Tradução livre). ZIMBARDO, Philip George. *A Situationist Perspective on the Psychology of Evil: Understanding How Good People Are Transformed into Perpetrators*. In: Miller, Arthur. **The Social Psychology of Good and Evil: Understanding Our Capacity for Kindness and Cruelty**. New York: Guilford, 2004, p. 24-25.

¹⁰⁸ Segundo Sá, esta reação ocorre também no nível psicológico esclarecendo que “a segregação por meio da prisão representa simbolicamente a expulsão do ‘criminoso’ que existe dentro do indivíduo concentrando

Diante de um determinado crime, existe o julgamento de um fato, mas a condenação de uma pessoa, até porque, como regra, elementos pessoais do acusado deveriam influenciar apenas nas consequências da condenação e não no estabelecimento de culpa¹⁰⁹. Como na determinação de culpa investiga-se quase exclusivamente elementos relacionados ao fato, deixando de lado dados relativos à pessoa, a visão que se cria sobre o réu será fortemente relacionada ao comportamento considerado antissocial.

Assim, a interpretação etiológica da conduta criminoso é funcional para “explicar” o crime e o criminoso, possibilitando fazer-se um diagnóstico e um prognóstico criminológico¹¹⁰. Assim, tomando-se como base o diagnóstico criminológico pelo qual a conduta criminoso seria consequência de um elemento intrínseco ao indivíduo, seria possível a elaboração de um prognóstico de comportamento antissocial, diante de uma concepção causalista do crime. Em outras palavras, a partir de uma interpretação etiológica do crime, o mesmo elemento intrínseco ao indivíduo que o levou ao cometimento de um primeiro crime (diagnóstico), certamente teria o condão de levá-lo ao cometimento de outras condutas antissociais (prognóstico), em uma relação de causalidade imediata que leva à concepção predeterminista do criminoso¹¹¹, até porque,

se, a partir da constatação de determinado antecedente, tido como causa, tem-se como quase certa, como muito provável a ocorrência de determinado consequente, efeito, pode-se concluir existir entre ambos uma relação (quase que) de predeterminação. Ou seja, a concepção causalista da conduta criminoso acaba se tornando uma concepção predeterminista, que entende haver no indivíduo criminoso uma

naquele que está preso tudo o que existe de ruim. Por intermédio da prisão, a sociedade se ‘purifica’ e se livra de todos os seus males”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 140.

¹⁰⁹ Nesse sentido, Zaffaroni esclarece que “a garantia do direito penal de ato se estabelece, da mesma forma que todas as garantias, como um limite ao poder punitivo”. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 80. Conforme se verá no quarto capítulo, a qualidade pessoal do réu e da vítima influenciam, sim, na determinação da culpa, por influência dos elementos ideológicos que formam a imagem de inimigo.

¹¹⁰ Por esta característica, percebe-se a vinculação deste pensamento ao paradigma médico-psicológico da criminologia. Nesse sentido, Sá destaca que a “preocupação prioritária [com] o diagnóstico criminológico (...) é o núcleo central da Criminologia Clínica de primeira geração. A partir do diagnóstico criminológico, busca-se um prognóstico criminológico”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 140.

¹¹¹ De acordo com Sá, os antecedentes criminológicos identificados pela interpretação etiológica do crime “serão entendidos como sendo causas, no sentido mais estrito do termo e com as consequências aí dedutíveis, em termos de determinismo, previsibilidade, etc.” SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 124.

predisposição, ou, em termos mais contundentes, uma predeterminação ao crime.¹¹²

Finalmente, como consequência da interpretação causalista do crime e da concepção predeterminista do criminoso, tem-se o conceito de periculosidade do indivíduo pelo qual a sua conduta social estaria necessariamente predeterminada ao cometimento de crime¹¹³. Este diagnóstico de periculosidade leva à conclusão de que o indivíduo é naturalmente diferente de nós e à criação da imagem do inimigo como *hostis alienígena*.

Como o diagnóstico de periculosidade seria fruto de uma interpretação etiológica da conduta criminosa e de uma concepção causalista que levam a uma ideia de predeterminação criminosa do indivíduo, a presença de um elemento intrínseco que levaria ao comportamento criminoso tornar-se-ia critério de identificação de indivíduos criminosos. Considerando que a existência ou não da causa criminógena no sujeito seria um critério objetivo, a identificação de um indivíduo perigoso não estaria sujeita a qualquer conotação subjetiva ou envolvimento pessoal do avaliador (neste caso, tanto o juiz quanto a opinião pública)¹¹⁴. É assim que

se a conduta criminosa se deve a causas biopsicológicas, isto é, causas intrínsecas ao indivíduo, que fazem parte de sua estrutura, de sua constituição, de sua identidade, causas essas que se encontram em determinados indivíduos (que delinquiram ou que estão em sério risco de virem a delinquir), e não em outros, conclui-se que entre delinquentes e não delinquentes existe uma linha demarcatória, em função da qual eles muito se diferenciam, em função da qual os primeiros não pertencem ao mundo dos segundos. (...) ou seja, os delinquentes passam a ser indivíduos estranhos ao mundo dos não delinquentes. A tal linha demarcatória acima aludida e a ‘estranheza’ do delinquente em relação ao

¹¹² SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

¹¹³ “Decorrencia direta da concepção predeterminista é o conceito de periculosidade do criminoso. A periculosidade é uma condição imanente do indivíduo, por força da qual sua conduta estaria predeterminada à prática de crimes”. SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

¹¹⁴ Nesse sentido, Zaffaroni esclarece que “nessa tradição, o *inimigo* não é um mero produto de sinalização política, não se trata de um ato de poder que o individualiza. O que se pretende é que sua natureza surja de sua própria existência, dos próprios fatos; é ôntica e, por conseguinte, está fora de toda arbitrariedade política. O *inimigo* é quem anda na *má vida*, que é um conceito pretensamente material, ainda que esta fórmula tão antiquada quanto precisa não mencione”. (Itálicos do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 103.

mundo dos não delinquentes (ou seja, sua não pertença a esse mundo), são decorrências naturais da concepção causalista da conduta criminosa e do conceito de periculosidade.¹¹⁵

Esta interpretação, além de ter um aspecto de objetividade e de coerência, decorrentes de uma aparente cientificidade, tem um forte poder de convencimento e de sedução por fornecer uma explicação tranquilizadora das desordens sociais existentes¹¹⁶. Por estas características, este pensamento é facilmente transmitido ao legislador, aos operadores do direito e à opinião pública, sendo espontaneamente aceitas as decisões daí decorrentes, bem como as medidas propostas para a remoção da causa do crime¹¹⁷.

Apesar de esta construção não ter qualquer embasamento científico, ela consolida uma ideologia e uma prática social que separa a sociedade entre *bons* e *maus*, criando a ideia ilusória de que esta linha divisória seria decorrência de uma diferença natural e intrínseca ao inimigo¹¹⁸. A partir desta ideologia, alimenta-se a ideia de que o delinquente seria um inimigo da sociedade, tendo-se todas as consequências daí decorrentes.

A criação desta imagem de inimigos como uma categoria de pessoa diferente de *nós* reconhecida apenas por sua perigosidade tem como consequência jurídica o desenvolvimento de um direito penal cindido caracterizado por um ideal retribucionista para os iguais e perigosista para os inimigos, com base na seletividade estrutural do poder punitivo¹¹⁹. O desenvolvimento do direito penal com estas

¹¹⁵ SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 137.

¹¹⁶ Nas palavras de Alvarez, “a ideia de que o criminoso era uma espécie de fenômeno natural, indivíduo primitivo que poderia ser anatomicamente identificado na multidão, deveria seduzir pela capacidade de fornecer uma explicação ao mesmo tempo pseudo-científica e tranquilizadora da desordem social”. ALVAREZ, Marcos César. O Homem Delinquente e o Social Naturalizado: Apontamentos Para uma História da Criminologia no Brasil. **Teoria e Pesquisa**, n° 47, julho/dezembro de 2005, p. 81.

¹¹⁷ Conforme será pormenorizadamente analisado no terceiro capítulo desta pesquisa, é inegável a responsabilidade histórica da Criminologia Clínica, notadamente em sua vertente médico-psicológica, que atua como elemento pseudo-científico de justificação dessa ideologia e fornece uma estrutura de argumento que apoia os discursos de formação da imagem de inimigo.

¹¹⁸ Neste ponto, vale trazer à baila o pensamento de Philip Zimbardo, para quem “a linha [divisória] entre o bem e o mal localiza-se no centro do coração de cada ser humano”. (Tradução livre). ZIMBARDO, Philip George. A Situationist Perspective on the Psychology of Evil: Understanding How Good People Are Transformed into Perpetrators. In: Miller, Arthur. **The Social Psychology of Good and Evil: Understanding Our Capacity for Kindness and Cruelty**. New York: Guilford, 2004, p. 25.

¹¹⁹ Nas palavras de Zaffaroni, o desenvolvimento de um direito penal cindido “permitiu um desenvolvimento idealista retribucionista para os *iguais* (pessoas) e outro determinista periculosista para os *estranhos* (coisas perigosas)”. (Itálicos do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 97.

características permite e justifica a existência de um sistema híbrido no qual as medidas policiais previstas para os comportamentos delinquentes de indivíduos identificados como iguais são corretivas, enquanto as medidas previstas para os inimigos são neutralizantes e eliminatórias¹²⁰.

Como consequência, tem-se a legitimação de uma economia de poder em que é possível, em um momento, a aplicação de um sistema penal limitado por garantias legais vinculadas à culpa e ao direito penal do fato, àqueles considerados iguais, para quem seriam aplicadas penas destinadas à correção; e, quando da economia de poder dominante, a aplicação de um direito penal do autor que não conhece limites, pelo qual o poder punitivo pode desconsiderar garantias processuais tanto na determinação da culpa quanto na possibilidade de aplicação de medidas administrativas de contenção prévia, assim como permitir a existência de um direito penal subterrâneo violento e discriminatório¹²¹.

É diante deste cenário que, como destaca Sá com base na obra de Vera Malaguti, no contexto da “guerra às drogas”, aplica-se aos “jovens estudantes brancos da Zona Sul e Tijuca, do Rio, processados por uso de drogas” o estereótipo médico, sendo aplicáveis medidas corretivas, enquanto aos indivíduos selecionados e capturados nas classes pobres é aplicado o estereótipo criminal, pelo qual o inimigo seria identificado como

o indivíduo com ‘atitude suspeita’, proveniente de família desestruturada, de meio ambiente pernicioso, de formação moral não condizente com os costumes vigentes (nas classes sociais privilegiadas), ocioso, não submisso, olhar suspeito e que, indevidamente, pretende ter um *status* não condizente com as suas condições. (...) trata-se do estranho, do diferente, do perigoso.¹²²

¹²⁰ “A argumentação teórica apagava o velho tratamento diferencial de matriz hegeliana, pois para o positivismo os *iguais* também eram submetidos a medidas policiais, só que as destinadas aos *inimigos* eram *eliminatórias* e a dos *amigos* eram *corretivas*”. (Itálicos do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 93.

¹²¹ De acordo com Zaffaroni, as características deste direito penal discriminatório alcançaram o seu auge nas ditaduras militares latino americanas, quando “foram implementadas duas formas de exercício do poder punitivo: um *sistema penal paralelo* que os eliminava [os dissidentes] mediante detenções administrativas ilimitadas (invocando *estados de sítio*, de *emergência* ou de *guerra* que duravam anos) e um *sistema penal subterrâneo*, que procedia à eliminação direta por morte e ao desaparecimento forçado, sem nenhum processo legal”. (Itálicos do autor). ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 51.

¹²² SÁ, Alvinho Augusto de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 325.

2.2.3. Terceiro Processo Migratório de Formação da Imagem do Inimigo: a Criação da Autoimagem de Inimigo

Com a passagem pelos dois primeiros processos migratórios de formação da imagem do inimigo, ocorre uma ruptura social em face do indivíduo tido como inimigo. Mesmo assim, para que esta ruptura seja completa, existe a necessidade da ocorrência de um terceiro processo migratório, consequência quase inevitável dos dois primeiros, pelo qual o indivíduo apontado como inimigo integraliza esta imagem em si mesmo, formando uma autoimagem de inimigo¹²³.

O terceiro processo migratório é uma consequência quase que inevitável dos dois primeiros, atuando como uma externalidade negativa deles e, ao mesmo tempo, retroalimentando-os. Durante os dois primeiros momentos da formação da imagem de inimigo, tem-se a atuação de uma ideologia social excludente que, através um discurso baseado em elementos pseudo-científicos, busca identificar e justificar uma diferença diante de indivíduos considerados criminosos. Nesse sentido, diversos são os argumentos utilizados para explicar essa diferença e permitir uma reação estatal de neutralização e exclusão.

Este indivíduo é constantemente bombardeado pelo discurso da mídia, da opinião pública, de políticos e das instâncias de controle, sendo não apenas identificado como inimigo, mas também tratado como tal. Além disso, como a identificação de uma imagem de inimigo e o tratamento excludente decorrente atuam também como elemento de união dos membros da sociedade¹²⁴, o indivíduo criminoso naturalmente passa a não se reconhecer como participante desta mesma sociedade. Em outras palavras, como o corpo social vira as costas para o criminoso, enxergando-o como

¹²³ Como destaca Sá, “construído o *hostis alienígena*, torna-se quase inevitável um terceiro processo migratório, que se dá na direção da subjetividade do próprio inimigo: ele passa a sentir como inimiga a sociedade, o grupo social de que não se sente partícipe e, por consequência, passa a se definir como inimigo”. (Itálico do autor). SÁ, Alvíno Augusto de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 216.

¹²⁴ Sá destaca que existe a necessidade da identificação de um inimigo para a criação de um contexto de pacificação social por meio da guerra, uma vez que “todas as forças se unem nesta guerra *pacificadora* contra a guerra do *inimigo*”, concluindo que “esse *inimigo*, forjado em inimigo pela percepção social e julgamento público, com a ratificação da lei penal, é um ente necessário para a união de todos para além dos interesses individuais conflitantes”. (Itálico do autor) SÁ, Alvíno Augusto de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 220.

inimigo, o criminoso vira também as costas para a sociedade, passando a atuar como o inimigo que a sociedade vê nele.

A atuação do poder punitivo traz uma consequência perversa consistente na instalação ou no aprofundamento de uma relação de antagonismo social entre o condenado e os demais membros da sociedade¹²⁵. Ainda que pareça paradoxal, é necessário observar que a intervenção da justiça criminal pode aprofundar a criminalidade, atuando como verdadeiro elemento criminógeno e impulsionando o indivíduo identificado como inimigo ao crime¹²⁶, ao aprofundar as condições de marginalização e vulnerabilidade social a que já está exposto.

Os dois primeiros processos de formação da imagem do inimigo já têm por característica a influência em uma criminalização primária através da atuação de uma ideologia e uma prática social discriminatórias, o que gera uma condição de marginalização social e deterioração pessoal dos indivíduos identificados como inimigos, tornando-os vulneráveis ao sistema penal, que é seletivo em relação a eles¹²⁷.

Assim, de um lado, tem-se que o tratamento de uma pessoa com base em um estigma social leva a que esta pessoa passe por experiências de aprendizagem social relacionadas ao estigma, o que leva à alteração de sua concepção de si mesmo. De outro, com a efetiva intervenção das agências de controle formal, tem-se a ruptura definitiva da relação das partes em conflito através do aprofundamento e da consolidação das condições de marginalização que levam a que o indivíduo identificado como inimigo rompa com os padrões sociais dominantes e crie uma autoimagem de inimigo. Como consequência, o indivíduo passa a sentir-se como inimigo e passa a ver a sociedade que o excluiu como sua inimiga. Conforme ilustra Sá,

esta autoimagem insidiosa de inimigo coletivo que o *criminoso* passa a ter de si é o importante elo que fecha e completa o círculo vicioso da

¹²⁵ Sá individualiza esta ideia na pena de prisão, mencionando que “vale lembrar aqui o aspecto dramático do caráter perverso da pena de prisão, ressaltado desde o início: por meio dela, o Estado explicita, formaliza e consagra uma relação de antagonismo entre o condenado e a sociedade”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 44.

¹²⁶ Segundo destaca Shecaira, esta interpretação está relacionada ao interacionismo simbólico, “modelo que eleva à categoria de fatores criminógenos as instâncias formais de controle”, uma vez que “as relações sociais em que as pessoas estão inseridas as condicionam reciprocamente”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 304/306.

¹²⁷ Sá baseia-se na Clínica da Vulnerabilidade de Zaffaroni para estabelecer que “os indivíduos criminalizados pelo sistema tornam-se criminosos por conta das condições de marginalização social que sofreram, que lhes acarretam uma deterioração de sua pessoa e, conseqüentemente, tornaram-nos vulneráveis perante o sistema punitivo vigente, que é seletivo em relação a estas pessoas”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 60.

ruptura. Por ela, o criminoso passa a se sentir e a se definir como inimigo, e, inevitavelmente, a sentir a sociedade como inimiga¹²⁸.

Desta maneira, a consolidação de uma autoimagem de inimigo faz parte do desenvolvimento de uma subcultura criminal e atua como uma reação de sobrevivência quase inevitável em um contexto de exclusão social, marginalização e limitação de possibilidades legítimas de atuação na sociedade¹²⁹. Com a criação desta autoimagem de inimigo e o desenvolvimento de uma subcultura criminal decorrente, tem-se a consolidação do círculo vicioso de uma guerra social permanente¹³⁰, uma vez que os indivíduos selecionados e identificados como inimigos passarão a adotar o comportamento esperado para o inimigo, materializando e retroalimentando os dois primeiros processos migratórios de formação da imagem do inimigo, em uma profecia autorrealizável.

Neste círculo vicioso, em decorrência de uma ideologia discriminatória, o corpo social dominante vira as costas para o indivíduo identificado como inimigo, o que o leva a fazer o mesmo, virando as costas para esta sociedade. De acordo com Sá, “é assim que, nas diferentes histórias de vida de *criminosos*, observam-se diferentes graus de *profissionalização no crime*, isto é, de identificação, diríamos, não com o crime, em si, mas com *hordas inimigas*”¹³¹. Como consequência, a sociedade consolida os preconceitos sociais que a levaram a virar as costas para o indivíduo em primeiro lugar, levando-a a permanecer “de costas” para o indivíduo e excluí-lo ainda mais, diante do que o indivíduo terá ainda mais motivos para enxergar na sociedade o seu inimigo, criando, desta forma, um ciclo vicioso fracassado. É por isso que, no funcionamento deste ciclo,

a guerra é declarada pela sociedade, através do poder punitivo, das forças policiais. Declarada a guerra, surge então o inimigo, que também é declarado (*hostis judicatus*) e, conseqüentemente, “construído”. Diante

¹²⁸ (Itálico do autor). SÁ, Alvino Augusto de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 222.

¹²⁹ Nas palavras de Shecaira, “a constituição das subculturas criminais representa a reação necessária de algumas minorias altamente desfavorecidas diante da exigência de sobreviver, de orientar-se dentro de uma estrutura social, apesar das limitadíssimas possibilidades legítimas de atuar”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 265.

¹³⁰ “É a guerra declarada. É a guerra em pleno curso. É a guerra permanente ou irregular. Permanente porque não cessa. Não cessa no espírito dos ‘heróis combatentes’, honestamente combatentes, não cessa no morro, nas favelas, nas periferias, não cessa nos espíritos múltiplos e comunicacionalmente unificados em massa de uma sociedade insegura e angustiada, que clama por vingança... sem saber exatamente por quê e contra quem”. SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 327.

¹³¹ SÁ, Alvino Augusto de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 222.

desta declaração, só resta ao jovem traficante a alternativa de entrar na guerra e se comportar como inimigo.¹³²

Diante deste cenário, portanto, cabe à sociedade buscar minorar os efeitos da marginalização primária e, principalmente, secundária, decorrentes dos processos de formação da imagem de inimigo, buscando evitar tanto o retorno de indivíduo que cometeu um crime ao contexto de marginalização que o levou ao seu cometimento em primeiro lugar, como também evitar a influência de uma ideologia de discriminação na criação de uma vulnerabilidade social.

Cabe às instâncias de controle, principalmente os profissionais envolvidos com o sistema punitivo e a execução penal, enfrentar os processos migratórios de formação da imagem do inimigo. Considerando esta necessidade de enfrentamento, a responsabilidade histórica da criminologia, principalmente em sua vertente clínica, e a influência de elementos pseudo-científicos na formação da imagem do inimigo, torna-se essencial analisar o papel desempenhado pela criminologia no processo de formação da imagem de inimigo, o que é o objeto do próximo capítulo.

¹³² SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 328.

CAPÍTULO 3

O PAPEL DA CRIMINOLOGIA CLÍNICA NA CONSTRUÇÃO DA IMAGEM DO INIMIGO

3.1. A Criminologia Como Saber Destinado ao Poder ou Saber Científico

Em sociedades marcadas por grandes diferenças sociais como a brasileira, a condução da política criminal é altamente influenciada por caracteres ideológicos das classes dominantes que levam à criação de um direito penal plural de caráter não democrático. Nesse sentido, partindo de uma demanda objetiva de viés democrático que postula maior punição para crimes mais graves, tem-se o desenvolvimento de uma demanda de viés subjetivo que busca uma maior repressão àqueles indivíduos identificados pela ideologia como diferentes e como inimigos da sociedade. Com base nisso, tem-se a demanda por diferentes reações penais, como destaca Zaffaroni,

quase sempre se teorizou uma repressão diferente para os *não incômodos* (a polícia) e outra para os *incômodos*, destinando aos últimos medidas de segregação ou eliminação desproporcionadas com a gravidade das infrações cometidas. Em consequência, não é nenhuma novidade que se teorize uma *repressão penal plural*: por um lado para os *patibulares* (*Matem-nos!*) e para os *loucos e incômodos* (*Fora daqui!*), e, por outro, para os *ocasionais* (*Gente mais parecida comigo mesmo, que se equivoca*).¹

Diante disso, tem-se a criação da imagem de uma categoria como inimiga da sociedade, o que é fruto de uma construção social e não um imperativo biológico. Por sua vez, esta construção social é decorrente de uma ideologia criada a partir de uma prática social decorrente de ideias da classe dominante que tendem a ocultar a

¹ (Itálicos do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 213.

verdade dos fatos relativos à história e ao contexto social das pessoas identificadas como inimigas, o que passou a fazer parte de uma economia de poder baseada em teorias jurídico-penais de justificação do tratamento discriminatório.

Os discursos dogmáticos de justificação de um tratamento penal diferenciado recorrem a uma construção com aparência de cientificidade para justificar uma reação penal não democrática. Assim, é inegável a responsabilidade histórica da criminologia, especialmente em sua vertente clínica, pelo fornecimento do paradigma de aparência científica usado nestes discursos.

Por mais que a existência do *hostis* tenha sido uma constante na realidade operativa do poder punitivo, tanto nos momentos em que a teoria jurídico-penal reconheceu-o abertamente quanto nos momentos em que o discurso de diferenciação foi encoberto, o discurso criminológico foi utilizado para basear ou justificar o tratamento de uma categoria social como inimiga, isto é, o pensamento criminológico foi (e ainda é) utilizado como saber destinado ao poder servindo como base pseudo-científica de consolidação de uma determinada ideologia social².

Segundo defende Foucault, a partir do século XIX, o pensamento criminológico foi utilizado não como forma de sancionar uma infração penal determinada, mas destinado “a controlar o indivíduo, a neutralizar sua periculosidade, a modificar suas disposições criminosas” punindo, assim, a “alma do criminoso”³. É por isso que, segundo o autor

o laudo psiquiátrico, mas de maneira mais geral a antropologia criminal e o discurso repisante da criminologia encontram aí uma de suas funções precisas: introduzindo solenemente as infrações no campo dos objetos suscetíveis de um conhecimento científico, dar aos mecanismos da punição legal um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos; não mais sobre o que fizeram, mas sobre aquilo que eles são, serão ou possam ser⁴

² Na análise feita por Alvarez, com base nas obras de Michel Foucault e David Garland, a criminologia “trata-se de um *saber destinado ao poder*, na expressão de Garland, pois o pensamento criminológico sempre foi mais valorizado pela sua utilidade política e administrativa do que por sua exatidão científica”. ALVARES, Marcos César, O Homem Delinquente e o Social Naturalizado: Apontamentos para uma História da Criminologia no Brasil, **Teoria & Pesquisa** 47, São Paulo, Jul/Dez 2005, p. 78.

³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Ed. Vozes, 1987, p. 20.

⁴ Idem.

Seguindo uma linha de pensamento análoga à de Foucault, David Garland também analisa que a criminologia foi, durante boa parte de sua história, um saber destinado ao poder que se desenvolveu relacionada a práticas administrativas vinculadas ao dia a dia do cárcere e à investigação psiquiátrica prévia à condenação, sendo mais valorizada por sua utilidade prática do que por sua exatidão científica. Segundo leciona, a valorização do pensamento criminológico estaria ligada não à compreensão científica isenta do criminoso, mas à finalidade de conhecer o ser humano para controlá-lo⁵.

Analisando-se a visão de Foucault e de David Garland, percebe-se que, de fato, existe uma responsabilidade histórica da criminologia na criação de uma determinada economia de poder no qual existe o tratamento diferenciado de uma categoria social determinada. No entanto, cabe destacar que esta é uma visão parcial e incompleta⁶, tendo em vista que a criminologia desempenha um papel importante não só na construção, mas também na desconstrução de uma imagem de inimigo e desta economia de poder.

⁵ “Durante a maior parte de sua história, a criminologia foi um saber destinado ao poder – um assunto valorizado antes por sua utilidade do que por sua exatidão científica. É um saber que cresceu na sombra de práticas administrativas – na cela da cadeia e na investigação psiquiátrica prévia à condenação –, onde o que está em jogo não é a *compreensão* dos seres humanos envolvidos, mas trata-se de *conhecê-los* para *controlá-los*”. (Itálicos do autor) GARLAND, David. As Contradições da “Sociedade Punitiva”: o Caso Britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 13, nov. 1999, p. 73. Ao analisar a criminologia na condição de saber destinado ao poder, Garland faz uma comparação com o “orientalismo”, literatura surgida no século XIX decorrente das relações geopolíticas entre o Ocidente e Oriente destinado a consolidar um conhecimento sistemático acerca “deles”, os orientais. Segundo relata, “o ‘oriental’ é retratado como um ‘outro’ problemático, um estrangeiro exótico difícil de classificar e de controlar, mas do qual, no entanto, os *experts* ocidentais podem falar com autoridade e compreensão científica”. (Itálico do autor) Idem, p. 74.

⁶ Analisando-se a obra de Foucault, percebe-se que o autor compartilha desta visão parcial acerca da criminologia, enxergando-a como saber normalizador cujo único papel é a legitimação de uma tecnologia de poder. Segundo destaca Alvarez, quando questionado em uma entrevista, Foucault respondeu “você já leu alguma vez os textos da criminologia? Eles não têm pé nem cabeça. (...) Tem-se a impressão de que o discurso da criminologia possui uma tal utilidade, de que é tão fortemente exigido e tornado necessário pelo funcionamento do sistema, que não tem nem mesmo necessidade de se justificar teoricamente, ou mesmo de ter uma coerência ou uma estrutura. Ele é inteiramente utilitário. E creio que é necessário procurar porque um discurso ‘científico’ se tornou tão indispensável pelo funcionamento da penalidade no século XIX. Tornou-se necessário por este álibi, que funciona desde o século XVIII, que diz que se se impõe um castigo a alguém, isto não é para punir o que fez, mas para transformá-lo no que ele é”. ALVAREZ, Marcos César. O Homem Delinquente e o Social Naturalizado: Apontamentos Para uma História da Criminologia no Brasil. **Teoria e Pesquisa**, São Carlos, n. 47, julho/dezembro 2005, p. 77/78. Da mesma forma, a mesma visão parcial fica clara em outra entrevista, em que Foucault afirma que “a psicologia e a psiquiatria criminais correm o risco de ser o grande álibi para, no fundo, se manter o mesmo sistema. Elas não poderiam constituir uma alternativa séria para o regime da prisão pela simples razão de que nasceram com ele. A prisão que se instala logo após o Código Penal, se presta desde o início a um empreendimento de correção psicológica. É já um lugar médico-judiciário”. FOUCAULT, Michel. Gerir os Ilegalismos. Entrevista a Roger Pol-Droit. In: **Michel Foucault: Entrevistas**. Tradução de Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. Rio de Janeiro: Graal, 2006, p. 48.

Nesse sentido, David Garland destaca que, em sua visão, existiriam dois tipos de criminologia: a criminologia da vida cotidiana, que enxerga o criminoso como um oportunista racional e o crime como uma externalidade negativa inerente à sociedade; e uma criminologia esquizoide, que retrata o criminoso como um ser diferente e “se nutre das imagens, dos arquétipos, das angústias e da sugestão antes que das análises prudentes e dos resultados de pesquisa, é um discurso politizado do inconsciente antes que uma forma racional de saber empírico”⁷.

Por mais que a criminologia desempenhe um papel na construção da imagem do inimigo e de uma economia de poder específica, é necessário considerar que a mesma criminologia atua no polo oposto, promovendo a desconstrução desta imagem de inimigo e um direito penal mais democrático, justo e proporcional. Nesse contexto, é inegável que a Criminologia Clínica de viés médico-psicológico contribuiu para a construção de uma visão pré-determinista do criminoso. No entanto, ao contrário do que acredita Foucault, para quem a criminologia, por ser um saber destinado ao poder, não teria necessidade de justificar-se teoricamente, é justamente o lastro de verificação científica que permite à criminologia atuar no sentido da desconstrução da imagem de inimigo.⁸

3.2. O Papel da Criminologia na Construção da Imagem do Inimigo

Na história do poder punitivo ocidental, desenvolveram-se economias de poder em que pelo menos uma categoria social recebeu um tratamento penal diferenciado, baseado na existência de um direito penal cindido. Por mais que nem sempre

⁷ GARLAND, David. As Contradições da “Sociedade Punitiva”: o Caso Britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 13, nov. 1999, p. 64/65 e 74. Cabe destacar que a terminologia utilizada por Garland não é utilizada por nenhum outro autor, sendo a diferenciação entre criminologia da vida cotidiana ou criminologia do eu, e a criminologia esquizoide ou criminologia do outro uma classificação feita apenas por este autor.

⁸ Mesmo Sá reconhece que a Criminologia atua como saber destinado ao poder, quando trata da necessidade de reconhecimento dos limites da criminologia de caráter médico-psicológico e a necessidade de influência de outros campos científicos de conhecimento para a explicação do crime. Menciona o autor: “chega-se a levantar a hipótese de que os pensadores da Criminologia Clínica médico-psicológica resistem em abrir mão do reconhecimento da importância decisiva dos fatores internos ao indivíduo (...) porque, caso o fizessem, estariam como que ‘jogando a toalha’ e reconhecendo que não têm mais papel nenhum a exercer na compreensão da conduta e nas práticas penitenciárias ou nas ações preventivas em geral. O tão almejado ‘poder’ da explicação do crime, com as consequências daí advindas em termos de intervenção, seria passado para as teorias sociológicas, sejam elas do consenso, sejam elas do conflito”. SÁ, Alvíno Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 169.

tenha sido reconhecido abertamente uma determinada categoria como inimiga, este tratamento galgou-se sempre em um discurso de emergência social que o justificasse e em decorrência do qual a inércia de reação levaria à extinção do *nosso modo de vida*⁹.

Em alguns momentos da história do poder punitivo ocidental, como na inquisição e nos períodos coloniais, a presença de um discurso técnico-jurídico de justificação mostrou-se quase desnecessária, sendo suprido pelos discursos teocrático e de soberania, de caráter puramente político¹⁰. A partir da valorização da racionalidade do iluminismo; da Revolução Francesa, que levou ao advento de valores democráticos; e da delimitação de limites ao poder punitivo, no entanto, tornou-se necessária a introdução de um discurso científico (ao menos aparentemente, como se verá), que justificasse a existência de um tratamento penal ilimitado diante de, pelo menos, uma determinada categoria social¹¹.

É nesse contexto que se dá o surgimento da criminologia científica como disciplina baseada no método experimental e em elementos de empirismo¹², com a finalidade de demonstrar a existência de uma nova emergência social que permitisse a ampliação do *ius puniendi* estatal, atuando como saber destinado ao poder¹³. Diante da necessidade de criação de uma justificativa para ampliar os limites de

⁹ “toda teoria de pluralidade de direitos penais baseou-se em *emergências*, ou seja, em ameaças à sobrevivência mesma da sociedade que assumiam o caráter de *guerras* e, por fim, *reduziam o direito penal a direito administrativo e as penas a coerção direta*”. ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 221-222.

¹⁰ Segundo aponta Zaffaroni, o primeiro discurso de justificação de um tratamento diferenciado foi teorizado nos “chamados *demonologistas*, provenientes da ordem dos dominicanos, e foi sintetizada no famoso *Malleus Maleficarum*”. Posteriormente, segundo aponta, a seletividade do direito penal baseou-se na necessidade de proteção da soberania do estado contra os dissidentes, apoiando-se em Jean Bodin e Hobbes. (Itálicos do autor). ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85-86 e 88-89.

¹¹ De acordo com Zaffaroni, neste período “as dificuldades, como assinalamos, manifestam-se em relação aos *indesejáveis*, cujo número aumentou com a concentração urbana. Era necessário domesticá-los para a produção industrial e neutralizar os resistentes. Como não era tolerável continuar matando-os nas praças, foi preciso procurar novas formas de eliminação. A solução encontrada foi o encarceramento em prisões com altas taxas de mortalidade, a submissão a julgamentos intermináveis com as mencionadas medidas de neutralização sob a forma de prisão preventiva ou provisional ou a deportação. (...) Cabe observar que um dos fatores mais importante para a transformação parcial do poder punitivo foi a concentração urbana, que aumentou consideravelmente o número de *indesejáveis* e também as dificuldades de seu controle social, desconhecidas nas sociedades rurais, com forte controle e escassa circulação de informações”. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 44-45.

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 11.

¹³ “Com a aberta volta ao inquisitivo operada pelo *positivismo criminológico*, teorizou-se todo o direito penal como direito administrativo, e todas as penas como medidas de coerção direta frente a perigosos. O princípio inquisitório em definitivo acaba com o direito penal e o dissolve no administrativo”. ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 223.

atuação do direito penal, passou-se à investigação do delinquente, como forma de demonstrar que a conduta criminosa tinha aí a sua origem.

Com o desenvolvimento das premissas da Antropologia Criminal, que consolidaram uma ideologia já presente na sociedade¹⁴, criou-se um arcabouço argumentativo aparentemente científico que justificava um tratamento penal diferenciado, mais rígido, em face de determinadas categorias de indivíduos. Sob o argumento de uma suposta predeterminação criminosa, justificou-se o uso indiscriminado de penas de neutralização e correção, não aplicáveis a delinquentes considerados normais.

Posteriormente, mesmo com a desconstrução do parâmetro metodológico e das premissas estabelecidas pela Antropologia Criminal, a sua estrutura de argumento foi apropriada pela política criminal e por discursos dogmático-penais como forma de justificar políticas de defesa social, de ampliação dos limites do direito penal e a aplicação de penas de neutralização e correção. Diante deste cenário, para que se compreenda a utilização desta estrutura de argumento e o papel desempenhado pela criminologia na construção desta imagem de inimigos, analisaremos inicialmente os elementos históricos de desenvolvimento do pensamento clínico criminológico e, em seguida, a sua forma de reprodução no contexto social atual, através da análise de sua estrutura de argumento.

3.2.1. Modelo Médico-Psicológico da Criminologia Clínica

Com a Revolução Francesa, a consolidação das bases democráticas nas sociedades ocidentais e a conseqüente limitação do *ius puniendi* estatal, criou-se um contexto social de busca de racionalização, de não aceitação de um tratamento penal não igualitário e recusa a discursos teocráticos e de mera defesa de soberania. Neste momento, a doutrina penal estava predominantemente influenciada pelo pensamento da Escola Clássica e os discursos reformistas de limitação do poder punitivo e humanização da reação penal, que enxergavam no homem o limite das penas e, no direito penal, a carta magna do criminoso¹⁵.

¹⁴ Conforme exposto no ponto 1.2. do presente trabalho.

¹⁵ Neste momento, encapada pela obra *Dos Delitos e das Penas*, de Beccaria, a escola tinha dois motes principais: a prevenção de abusos por parte das autoridades e o estabelecimento do crime não como entidade

O discurso de limitação do *ius puniendi* neste período estava inserido no contexto reformador de limitação do poder do soberano, notadamente o poder de punir, uma vez que este era utilizado como mecanismo de contenção da burguesia ascendente¹⁶. Desta forma, sob o manto da crítica à má economia de poder do Antigo Regime, considerada lacunosa e confusa, com a existência de juízes “às vezes severos demais, às vezes, por reação, indulgentes demais”¹⁷, criou-se um discurso que buscava estabelecer uma nova economia de poder de castigar que se pautava na busca não de punir mais, mas de punir melhor. Como ensinam Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade,

correspondente à ideologia da burguesia em ascensão, simultaneamente em conflito com o soberano e com os não-possidentes, nunca a escola clássica poderia ser suscetível de uma interpretação unilateral. Viu-se, por isso, compelida a reforçar as garantias face ao perigo de arbítrio e a definir, ao mesmo tempo, uma nova estratégia do poder punitivo, reforçando a luta contra o crime e cobrindo as lacunas deixadas pelo velho poder punitivo – tanto quanto a criminalidade se convertia em criminalidade patrimonial.¹⁸

Com a queda do Antigo Regime, a consolidação do poder da burguesia e o estabelecimento de sua hegemonia social em relação à nobreza e ao clero, no entanto, o discurso reformador de limitação do *ius puniendi* tornou-se pouco funcional. Diante do novo contexto econômico-social europeu decorrente da revolução industrial, com o aumento geral da riqueza, novas formas de acumulação de capital e a consolidação

de fato, mas como entidade de direito. Como destaca Figueiredo Dias, “pela sua índole e pelo seu impacto histórico sobressai, naturalmente, a obra de Beccaria *Dei delicti e dele pene* (1764), que já foi crismada como ‘o manifesto da abordagem liberal ao direito criminal’. Pela obra de Beccaria, tem-se que ‘serão legítimas todas as penas que não relevem da salvaguarda do contrato social’ (*sc.*, da tutela de interesses de terceiros) e inúteis todas as que não sejam adequadas a obviar às suas violações futuras, em particular as que se revelem ineficazes do ponto de vista de prevenção geral”. (Itálico dos autores) DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 08.

¹⁶ Conforme destaca Zaffaroni, “o surgimento de uma nova classe e poderosa classe social, como a dos industriais e comerciantes, em concorrência com a classe estabelecida – nobreza e clero –, determinou que a primeira procurasse, por todos os meios, debilitar o poder da velha classe hegemônica e, como capítulo fundamental dessa empresa, tratasse de reduzir o poder punitivo, que era uma das principais armas de dominação. Este esforço traduziu-se num discurso penal redutor e, subsidiariamente, em mudanças na realidade operativa do poder punitivo, que não deixou de ser exercido de forma seletiva mas tornou-se funcional ao crescimento da nova classe social”. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 43.

¹⁷ “A má economia de poder e não tanto a fraqueza ou a crueldade é o que ressalta da crítica dos reformadores”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 68.

¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 10.

de uma classe burguesa de comerciantes e industriais, a existência de limites à reação penal passou a ser interpretada como problemática, uma vez que as agências de controle seriam insuficientes para a contenção dos conflitos sociais decorrentes do processo de industrialização e urbanização¹⁹.

Em um momento de grandes mudanças e novos horizontes de complexidade social, a construção de uma nova ordem baseada na produção industrial e na nova divisão de poderes passava pela atuação crescente dos mecanismos de controle social. Como o crime e a criminalidade eram vistos como os principais índices de uma crise moral que ameaçava a construção da sociedade, a reação penal passou a necessitar de limites mais elásticos de atuação, para poder fazer frente ao novo contexto social existente. Como destaca Shecaira,

a ideologia da burguesia em ascensão, quando submetida às falências das expectativas otimistas depositadas nas mudanças de paradigmas do capitalismo, que não só não diminuíram a dimensão da criminalidade, como ainda foram incapazes de entender o grave momento histórico e criminal decorrente da Revolução Industrial, fez com que surgisse uma aguda, considerável e irresponsável crítica em relação ao pensamento denominado clássico. Foi exatamente nesse clima que surgiu a crítica positivista.²⁰

É justamente neste momento de busca de expansão dos limites do *ius puniendi* estatal que se dá o surgimento da Antropologia Criminal, que deu origem à criminologia moderna. Na busca da relativização dos limites do poder punitivo, aliado à valorização do pensamento científico do Iluminismo, criou-se um terreno fértil para o florescimento de um pensamento que identificasse situações em que os limites do *ius puniendi* tivessem que ser ampliados²¹.

¹⁹ Como destaca Foucault, “se uma boa parte da burguesia aceitou, sem muitos problemas, a ilegalidade dos direitos, ela a suportava mal quando se tratava do que considerava seus direitos de propriedade. (...) E essa ilegalidade, se é mal suportada pela burguesia na propriedade imobiliária, é intolerável na propriedade comercial e industrial: o desenvolvimento dos portos, o aparecimento de grandes armazéns onde se acumulavam mercadorias, a organização de oficinas de grandes dimensões (com uma massa considerável de matéria-prima, de ferramentas, de objetos fabricados, que pertencem ao empresário e são difíceis de vigiar) exigem também uma representação rigorosa da ilegalidade”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 72.

²⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 107.

²¹ Zaffaroni destaca que foi neste momento em que aconteceu “a mudança mais importante para o autoritarismo pela via do direito penal de autor ocorreu no século XIX quando as classes de industriais e comerciantes já haviam alcançado a hegemonia social em relação à nobreza e ao clero e, por conseguinte, já não necessitavam do discurso de contenção do poder punitivo elaborados pelos juristas e filósofos, ou seja, o

Como as emergências sociais vinculadas a um discurso teológico ou de defesa de soberania tinham perdido espaço com o pensamento iluminista da Revolução Francesa²², o pensamento científico voltou-se à análise do indivíduo²³, buscando identificar no próprio criminoso algum elemento que justificasse a ampliação dos limites do poder de punir, chegando-se à preconceituosa teoria da predeterminação e do indivíduo hereditária e biologicamente determinado²⁴.

De fato, cabe mencionar que este não é o primeiro momento da história em que argumentos predeterministas acerca do crime e do criminoso ganham espaço, podendo-se destacar os estudos da chamada criminogênese, na Idade Média e no início da Idade Moderna, que analisava fatores físicos que poderiam influenciar na conduta criminosa, baseados nos estudos da oftalmoscopia, da metoscopia e da quiromancia; os estudos da fisionomia, que relacionavam a aparência externa do indivíduo com seus caracteres psíquicos e seu aspecto moral; e os estudos da frenologia²⁵, que tentaram relacionar instintos e inclinações humanas com o formato e o desenvolvimento do crânio²⁶.

No entanto, a ideia do criminoso nato ganha espaço no final do século XIX a partir da publicação da obra *O Homem Delinvente*, de Cesare Lombroso²⁷, em que defende que o criminoso seria um indivíduo física e mentalmente

discurso liberal proveniente do Iluminismo”. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 91.

²² “A migração de camponeses para as grandes urbes cria problemas até então não vivenciados por uma sociedade monolítica e conservadora. A solução desses problemas passa a demandar um novo paradigma. Nasce o paradigma científico. A ciência nasce para ridicularizar a ideia de contrato, da mesma forma que ridicularizava os velhos argumentos teocráticos, fundados na religiosidade dominante no período medieval”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 117.

²³ Como destaca Shecaira, “pode-se dizer que Lombroso foi produto de seu tempo. Assim como Beccaria não foi um ‘inovador’, enfeixando em sua obra o pensamento dominante da filosofia iluminista aplicada ao direito penal, também Lombroso não foi um ‘criador’ de uma novíssima teoria; foi, sim, alguém que teve a capacidade de recolher o pensamento esparso que vicejava à sua volta para articulá-lo de forma inteligente e convincente. Se para o olhar dos nossos dias seu pensamento pode ser considerado um tanto quanto bizarro, suas ideias eram muito aceitas entre seus contemporâneos”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 107.

²⁴ Segundo destaca Figueiredo Dias, os paradigmas da escola clássica não apenas “não haviam conseguido reduzir a dimensão da criminalidade, como esta aumentara e se diversificara, revelando altas taxas de reincidência”. Por conta disso, houve uma alteração do paradigma teórico que “conduziu a que se inquirisse agora da natureza e das causas do crime”. (Itálico dos autores) DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 11.

²⁵ Em sua obra, o próprio Lombroso cita autores anteriores à sua análise, mencionando, por exemplo, a obra de Joseph Vimont, *Tratado de Frenologia*. Ao ilustrar a casuística de delitos em menores de idade, Lombroso menciona que “Vimont, no seu Tratado de Frenologia – 1838 – fala de um menino de 11 anos que convidou um garoto de 5 para passar em um brejo e chegando lá bateu nele, enfiou-lhe um bastão no reto e depois o afogou. Acusado do crime, não só o negou, mas acusou outros meninos”. LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinvente**. Tradução de Sebastião José Roque São Paulo: Ícone, 2007, p. 73.

²⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 90-96.

²⁷ Conforme mencionado no primeiro capítulo, Marcos César Alvarez refere-se a Lombroso como “herói fundador da criminologia moderna”. Mesmo assim, Shecaira destaca que, ainda que a maior parte dos autores

primitivo, cujo comportamento seria determinado pela presença de um atavismo anatomicamente identificável²⁸. A teoria de Lombroso e seus seguidores ganhou espaço na sociedade por fornecer um paradigma aparentemente científico, uma vez que estava embasada em uma grande quantidade de dados antropométricos colhidos em pesquisa experimental realizada no público recém selecionado para as casas de correção²⁹. A tese ganhou espaço e credibilidade decorrentes de sua simplicidade e aparente cientificidade, até porque, como explica Alvarez,

a ideia de que o criminoso era uma espécie de fenômeno natural, indivíduo primitivo que poderia ser anatomicamente identificável na multidão, deveria seduzir pela sua capacidade de fornecer uma explicação ao mesmo tempo pseudo-científica e tranquilizadora acerca da desordem social³⁰.

Além de ter sido facilmente aceita pela sociedade, a tese lombrosiana também pôde ser usada como saber destinado ao poder, permitindo a expansão dos limites do *ius puniendi* estatal, através da inversão da lógica da punição estabelecida pela escola clássica³¹. Se até este ponto o mote da doutrina penal era a

identifique em Lombroso o nascimento da criminologia, a doutrina não é unânime quanto à determinação do momento histórico em que se deu o início do pensamento criminológico. ALVAREZ, Marcos César. O Homem Delinquente e o Social Naturalizado: Apontamentos Para uma História da Criminologia no Brasil. **Teoria e Pesquisa**, n° 47, julho/dezembro de 2005, p. 79. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 88

²⁸ Nesse sentido, Lombroso compara o delinquente aos dementes e aos selvagens, defendendo que “muito mais que aos dementes, o delinquente, em relação à sensibilidade e às paixões, avizinham-se aos selvagens. Também a sensibilidade moral é abrandada ou anulada nos selvagens. (...) Todavia, onde todos mais se excedem é na impetuosidade e na instabilidade das paixões. Os selvagens, disse Lubbock, têm paixões rápidas, mas violentas. Têm característica das crianças, como as paixões e a força dos homens. Os selvagens, disse Schaffhausen, em muitos aspectos são como as crianças; sentem vivamente e pensam pouco; amam o jogo, a dança, os ornamentos; são curiosos e tímidos. Não têm muita consciência do perigo. No fundo, são velhacos, vingativos e cruéis na vingança”. LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque São Paulo: Ícone, 2007, p. 125.

²⁹ O levantamento dos dados antropométricos por Lombroso levou ao nascimento da criminologia científica “como disciplina construída segundo os métodos e os instrumentos das ‘verdadeiras ciências’”. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 11. Este levantamento científico, porém, somente foi possível após a modificação do perfil do encarcerado na Europa após a Revolução Francesa, após o encarceramento ser alçado como método de punição por excelência. Esta modificação levou à mudança do público selecionado nas casas de correção, que passou a ser composto apenas por “criminosos”, e permitiu o levantamento de dados por Lombroso. ISHIY, Karla Tayumi. **A Desconstrução da Criminalidade Feminina**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 51.

³⁰ ALVAREZ, Marcos César. O Homem Delinquente e o Social Naturalizado: Apontamentos Para uma História da Criminologia no Brasil. **Teoria e Pesquisa**, n° 47, julho/dezembro de 2005, p. 81.

³¹ As bases de pensamento da escola positivista italiana promoveram a inversão da lógica defendida pela escola clássica de limitação do *ius puniendi*: “em vez de recuo do poder sancionatório da sociedade, em nome da expansão dos direitos dos indivíduos, preconizavam a ampliação das exigências e direitos da sociedade

limitação do poder punitivo estatal e a expansão dos direitos dos indivíduos, baseado em um direito penal de culpabilidade, a partir do estabelecimento de uma teoria aparentemente científica de explicação etiológica da criminalidade³², pela qual as causas do crime estariam localizadas no indivíduo criminoso, houve o fortalecimento de um direito penal de periculosidade³³ que passou a justificar um tratamento diferenciado perante todo indivíduo em quem fossem identificados traços de ancestralismo e primitivismo.³⁴

A Antropologia Criminal forneceu um paradigma aparentemente científico que permitiu a criação de uma justificativa para a ampliação dos limites do poder de punir, diante da suposta demonstração científica de que comportamentos antissociais seriam genética e fisicamente determinados e o criminoso seria anatomicamente identificável na multidão³⁵. Com disso, permitiu-se o desenvolvimento de um direito penal cindido em que se tinha, de um lado, bases democráticas e reação limitada, com a aplicação de penas limitadas de viés retribucionista; e, de outro lado, medidas administrativas de contenção e neutralização baseadas em uma suposta periculosidade presumida de indivíduos biologicamente predeterminados ao crime³⁶.

sobre o delinquente; à ideia de responsabilidade *pessoal* faziam suceder a da responsabilidade *social*; não curavam de *punir* segundo a gravidade da culpa mas de reforçar a *defesa* da sociedade”. (Itálico dos autores). DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 19.

³² Na definição de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, a explicação etiológica da sociedade também pode ser conhecida como *teoria bioantropológica* e “trata-se de teorias que, na explicação do crime privilegiam, de forma mais ou menos exclusiva, os ‘processos e condições que, de forma típica, se consideram como *pertencentes a* ou *característicos do* organismo e não do seu ambiente atual’. As teorias bioantropológicas caracterizam-se, desde logo, por procurarem a explicação do crime naquilo que no homem delinquente surge, de forma mais radical, como um *dado*, isto é, sua estrutura orgânica”. (Itálico dos autores) DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 170.

³³ “As expressões mais grosseiras desta *periculosidade* pertencem a Rafael Garófalo, que afirmava que a ciência penal tem por objeto a defesa contra inimigos *naturais* da sociedade, e que a indulgência dos magistrados não é mais que o *triumfo da lógica conseguido a expensas da segurança e moralidade sociais*”. (Itálicos dos autores) ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 224.

³⁴ Como destaca Sá, “desde que reconhecida como ancestral, primitiva e animalesca a conduta criminosa de um indivíduo, não há porque se dispensar a ele os cuidados merecidos pelo cidadão, não há porque tratá-lo como cidadão, como pessoa”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 65/66.

³⁵ O poder de convencimento da teoria lombrosiana estava baseado em sua aparência científica consubstanciada no “método empírico-indutivo ou indutivo-experimental que era sustentado pelos seus representantes perante a análise filosófico-metafísica”. Nesse sentido, “o método indutivo ajustava-se ao modelo causal explicativo que o positivismo propôs como paradigma de ciência”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 108.

³⁶ Como destaca Zaffaroni, “a combinação deste direito penal cindido, que permitiu um desenvolvimento idealista retribucionista para os *iguais* (pessoas) e outro determinista periculosista para os *estranhos* (coisas perigosas), caiu numa espécie de esquizofrenia filosófica e antropológica, porque combinou o idealismo da

Ademais, a utilização da Antropologia Criminal para a justificação e o desenvolvimento de um direito penal cindido não ficou restrita ao continente europeu, tendo os juristas brasileiros importado a teoria para justificar também um tratamento penal diferenciado. Apesar de os juristas nacionais terem acompanhado de perto o debate europeu acerca das ideias de Lombroso e seus seguidores, conhecendo bem as principais críticas que posteriormente levaram ao descrédito o seu pensamento, houve uma vinculação teórica voluntária às teses da Escola Antropológica no período recém republicano brasileiro³⁷. Como destaca Alvarez, esta vinculação deu-se pela utilidade das teorias no desenvolvimento de uma política criminal específica para o período:

parece difícil, desse modo, caracterizar a presença da antropologia criminal e da sociologia criminal no Brasil apenas como mais um caso de importação equivocada de ideias. Longe de se apresentarem somente como ‘ideias fora do lugar’, ou como simples modismo da época, as novas teorias criminológicas parecem responder às urgências históricas que se colocavam para certos setores da elite jurídica nacional.³⁸

A importância e a influência da Antropologia Criminal no Brasil neste momento podem ser verificadas nas teses de Raimundo Nina Rodrigues, cuja obra reflete o pensamento tradicional da Criminologia Clínica. Além de ter feito análises acerca de criminosos e de fatores do crime³⁹, Nina Rodrigues ainda propôs a classificação

ética tradicional com o determinismo positivista”. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 97.

³⁷ Segundo aponta Mariza Correa, quando da primeira publicação de sua obra “As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil”, em 1894, Nina Rodrigues dedicou a obra aos “chefes da nova escola criminalista”, a Lombroso, Ferri e Garófalo; bem como a Alexandre Lacassagne, “chefe da nova escola médico-legal francesa”. CORREA, Mariza. Raimundo Nina Rodrigues e a “Garantia da Ordem Social”, **Revista USP**, São Paulo, nº 68, dezembro/fevereiro, 2005-2006, p. 133.

³⁸ ALVAREZ, Marcos César. A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais, **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 4, 2002, p. 686. Da mesma forma, Márcia das Neves destaca que “desde a proclamação da República em nosso país, houve uma preocupação com a imigração relacionada à formação da população. A ideia de formar um povo mais branco fazia parte do pensamento da elite brasileira que acreditava, entre outras coisas, na ‘extinção’ dos elementos ‘inferiores’ através da mescla progressiva com imigrantes selecionados”. NEVES, Márcia das. A Concepção de Raça Humana em Raimundo Nina Rodrigues, **Filosofia e História da Biologia**, volume 3, 2008, p. 243. Segundo aponta a autora, a preocupação com o branqueamento da população levou à edição do Decreto 528, de 28 de junho de 1890, que favorecia a entrada de mão-de-obra europeia, prevendo, já em seu artigo 1º, que “é inteiramente livre a entrada, nos portos da Republica, dos individuos válidos e aptos para o trabalho, que não se acharem sujeitos á acção criminal do seu paiz, exceptuados os indigenas da Asia, ou da Africa que sómente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admittidos de accordo com as condições que forem então estipuladas”.

³⁹ Nina Rodrigues abordou temas como a craniometria, tendo publicado, em 1892, o artigo “Estudos de Craniometria: O Crânio do Salteador Lucas e de um Índio Assassino”, estudo posteriormente aprofundado e publicado na revista editada por Lombroso sob o título “Nègres Criminels au Bresil”. Como aponta Márcia das Neves, “outro assunto de que tratou na *Gazeta Médica da Bahia* foi a antropologia criminal, em 1892, sob o título *Estudos de craniometria: o crânio do salteador Lucas e de um índio assassino*. Era uma série de onde o autor propunha um estudo científico do criminoso e dos fatores do crime. Nesse trabalho mencionou

da população brasileira em raças mais e menos evoluídas⁴⁰, assim como defendia a transmissão de caracteres morais de geração em geração⁴¹. Nesse contexto, o próprio Nina Rodrigues esclarece que a classificação das raças brasileiras tinha pouca importância do ponto de vista histórico, tendo como propósito realizar uma análise instrumental voltada à melhor reação penal naquele momento da história do Brasil⁴².

Tomando-se como base o pensamento da Antropologia Criminal, Nina Rodrigues criticou o Código Penal de 1890 sob o argumento de que havia necessidade de adequar-se a legislação penal à existência de raças em diferentes graus de desenvolvimento mental⁴³. Sob este prisma, Nina Rodrigues defendia a relativização do conceito de livre-arbítrio nas raças inferiores, sustentando que possuiriam uma incapacidade orgânica e cerebral para assimilar a cultura civilizada, uma vez que estariam em um ponto inicial na escala evolutiva social⁴⁴. Por conta disso, argumentava que a lei

as doutrinas da escola positiva italiana na análise do crânio de um famoso bandido, Lucas da Feira. Ressaltou a existência de poucos trabalhos sobre o assunto abordado exceto alguns artigos de divulgação estatística”. (Itálicos da autora) NEVES, Márcia das. **Nina Rodrigues: As Relações Entre Mestiçagem e Eugenia na Formação do Povo Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, p. 30-31.

⁴⁰ Apesar de sua primeira classificação, publicada na obra “Os Mestiços Brasileiros”, descrever a existência de seis raças diferentes (branco, negro, mulato, mameluco ou caboclo, cafuso e pardo), com a publicação de seu livro “As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil”, consolidou o seu pensamento com uma raça a mais, ao considerar a raça vermelha ou indígena como pura, ao lado das raças branca e negra. NEVES, Márcia das. A Concepção de Raça Humana em Raimundo Nina Rodrigues, **Filosofia e História da Biologia**, volume 3, 2008, p. 246-257.

⁴¹ Segundo menciona Nina Rodrigues, em seu primeiro capítulo, o desenvolvimento mental dos povos seria fruto de adaptação e hereditariedade, mencionando que “na série animal as complicações crescentes na composição histológica ou bioquímica da massa cerebral só se operam com o auxílio da adaptação e da hereditariedade, de um modo muito lento e no decurso de muitas gerações. Assim também, os graus sucessivos do desenvolvimento mental dos povos”. RODRIGUES, Raimundo Nina. **As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelste de Pesquisa Social, 2011, p. 02.

⁴² “Nina Rodrigues explicou que a classificação que se propôs a fazer tinha pouca importância sob o ponto de vista histórico. Porém, para o seu propósito, como estudioso do direito penal, se fazia necessário descrever qualquer diferenciação nos elementos antropológicos que formavam a população brasileira naquele momento. Essa diferenciação era relevante para a disciplina que ministrava na Faculdade de Medicina da Bahia porque, entre outras coisas, ele acreditava que os caracteres morais eram transmitidos de geração em geração”. NEVES, Márcia das. A Concepção de Raça Humana em Raimundo Nina Rodrigues, **Filosofia e História da Biologia**, volume 3, 2008, p. 250-251.

⁴³ De acordo com a teoria de Nina Rodrigues, a evolução das raças consistiria na passagem por quatro estágios, conforme descreve: “A ideia do criminoso, escreve Tobias Barreto (*Menores e Loucos*), envolve a ideia de um espírito que se acha no exercício regular das suas funções, e tem, portanto atravessado os quatro seguintes momentos da evolução individual: 1.º a consciência de si mesmo; 2.º a consciência do mundo externo; 3.º a consciência do dever; 4.º a consciência do direito. O estado de irresponsabilidade por causa de uma passageira ou duradoura perturbação do espírito, na maioria dos casos, é um estado de perda das duas primeiras formas da consciência, ou da normalidade mental. Não assim, porém, quanto à carência de imputação das pessoas de tenra idade, e em geral de todos aqueles que não atingiram um desenvolvimento suficiente; neste caso, o que não existe, ou pelo menos se questiona se existe ou não, é a consciência do dever e algumas vezes também a consciência do direito”. (Itálicos do autor) RODRIGUES, Raimundo Nina. **As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelste de Pesquisa Social, 2011, p. 27.

⁴⁴ De acordo com Thais Dumêt Faria, Nina Rodrigues “entendia que as ‘raças inferiores’ possuíam uma incapacidade orgânica e cerebral para assimilarem a cultura civilizada, necessitavam de um tempo para que a

prevista para os “civilizados”, não poderia ser aplicada aos “bárbaros e selvagens”, defendendo a existência de um direito penal específico para cada grupo racial do país, de forma a estabelecer uma punição adequada à cada realidade social⁴⁵. Em suas palavras:

Eu não pretendo seguramente que cada estado brasileiro deva ter o seu código penal à parte. Nem há necessidade disso. Queria que, desde que se lhes concede que tenham organização judiciária própria, fossem igualmente habilitados a possuir a codificação criminal que mais de acordo estivesse com as suas condições étnicas e climatológicas. Nestas condições, diversos estados, os mais afins, poderiam adotar o mesmo código e as diferenças se fariam sentir apenas naqueles em que a divergência das condições mesológicas fosse mais acentuada. Se em rigor o Pará e o Amazonas se podem reger pelo mesmo código penal, é intuitivo, no entanto, que esse código não deve servir à Bahia e muito menos ao Rio Grande do Sul.⁴⁶

Conforme se pode perceber, Nina Rodrigues defende a existência de um direito penal diferenciado, com base em um argumento aparentemente científico segundo o qual a população brasileira seria formada por diferentes raças, cada qual com um grau de “evolução mental”. Nesse sentido, não se pode negar que o pensamento de Nina Rodrigues reflete o contexto histórico brasileiro na virada do século XIX para o século XX, bem como a formação política republicada pós-escravocrata⁴⁷.

hereditariedade evoluísse as raças. (...) Nina Rodrigues afirmava que o livre-arbítrio era apenas uma ‘ilusão de liberdade’, porque todas as escolhas eram feitas de forma viciada pela ‘natureza’ humana. Não havia escolha efetivamente livre”. FARIA, Thais Duprê. Oxalá Conhecêssemos Nina Rodrigues! In: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 62.

⁴⁵ “Nina ressaltou que, se fôssemos utilizar os critérios da evolução das raças e da inferioridade de outras para definirmos a responsabilidade penal, quase todos os criminosos seriam considerados inimputáveis. Dessa forma, propôs sacrificar o princípio do livre-arbítrio para não prejudicar a proteção social e fomentar a inimputabilidade, dando a solução de que no Brasil se constitua um Direito Penal específico para cada grupo racial, oferecendo a cada realidade social as punições adequadas”. FARIA, Thais Duprê. Oxalá Conhecêssemos Nina Rodrigues! In: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 62-63.

⁴⁶ RODRIGUES, Raimundo Nina. **As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelste de Pesquisa Social, 2011, p. 92.

⁴⁷ “As teorias da virada do século XIX para o XX devem ser vistas e interpretadas de acordo com o seu tempo, pois apenas dessa forma podem ter a relevância adequada como parte importante de nossa história e fundamentais para compreendermos o presente. Não podemos desconsiderar que Nina Rodrigues viveu a transição da escravidão para a abolição, período em que os negros eram vistos e tratados como mercadorias, e não como seres humanos, e foi nesse marco histórico que as teorias da escola positiva estavam sendo discutidas na Europa e em vários outros países”. FARIA, Thais Duprê. Oxalá Conhecêssemos Nina Rodrigues! In: SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 61-62.

De se notar que o discurso encontrado em Nina Rodrigues para justificar a existência de um direito penal diferenciado (por mais que não tenha sido adotado no Brasil um direito penal nos moldes defendidos por Nina Rodrigues⁴⁸) tem a mesma base de argumentação encontrada em autores europeus que defendem a tese da Antropologia Criminal: tem-se a utilização da Antropologia Criminal como saber destinado ao poder, sob a apresentação de um discurso aparentemente científico acerca do indivíduo considerado criminoso, desenvolvendo-se um argumento baseado em uma suposta periculosidade, com base em um paradigma etiológico da conduta criminosa e em uma na concepção causalista do crime.

Por esta linha de raciocínio, tem-se, em um primeiro momento, uma análise da conduta criminosa com base no paradigma etiológico do crime, consubstanciado na teoria do criminoso atávico, diante do que haveria um determinismo endógeno pelo qual a conduta criminosa seria consequência de uma condição imanente ao indivíduo em sua realidade orgânica e/ou que o predispõe de alguma forma. Assim, tem-se uma concepção médico-psicológica do crime, pela qual o mesmo seria causado por um elemento disfuncional interno do indivíduo criminoso. Como destaca Sá, neste modelo de pensamento,

o foco de atenção, na análise da conduta criminosa, é o indivíduo, em sua realidade orgânica e psicológica. O indivíduo é o centro de responsabilidade de sua conduta e é predominantemente nele que se situam as motivações pela conduta criminosa, ainda que se reconheça a importância dos fatores ambientais. Ao focar no indivíduo, como centro motivacional da conduta criminosa, a Criminologia Clínica terá como preocupação prioritária o diagnóstico criminológico dessa conduta, a saber, o estudo das causas e/ou fatores que a *determinaram*, ou que a *impulsionaram*, enfim, que a motivaram.⁴⁹

⁴⁸ As críticas de caráter positivista ao código de 1890 não eram feitas apenas por Nina Rodrigues. Como destacam Alvarez, Salla e Souza, diversos setores da elite brasileira “inspirados na Criminologia de inspiração lombrosiana, fomentavam concepções restritivas ao exercício dos direitos dos cidadãos. Essas concepções, genericamente conhecidas como ‘positivistas’, seriam instrumentalizadas no Brasil por essas elites interessadas em implantar e justificar mecanismos de repressão e do controle ao crime e de cerceamento dos indivíduos à participação política. Ao longo da chamada Primeira República, o Código de 1890 foi alvo sistemático de duras críticas, mas, curiosamente, não foi alterado”. ÁLVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luis Antônio F. de. *A Sociedade e a Lei: O Código Penal de 1890 e as Novas Tendências Penais na Primeira República. Justiça e História*, Porto Alegre, v. 3, n. 6, 2003, p. 99.

⁴⁹ SÁ, Alvin August de. *Criminologia Clínica e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 94.

No caso do raciocínio adotado por Lombroso, por exemplo, tem-se que o crime seria causado porque o indivíduo criminoso portaria traços de atavismo físico e mental que o levaram à conduta criminosa⁵⁰. Cometer crime, portanto, não seria uma escolha livre e consciente, mas a manifestação de um sintoma de um desenvolvimento mental pouco evoluído⁵¹. Por sua vez, pela tese defendida por Nina Rodrigues, o crime seria uma decorrência da incapacidade orgânica e cerebral de raças inferiores que não seriam capazes de assimilar a cultura civilizada, por ainda situarem-se em um ponto inicial da escala de evolução da sociedade.

Em um segundo momento, após a adoção de uma interpretação etiológica do crime, tem-se a uma interpretação causalista da conduta criminosa, a partir da qual haveria uma relação direta e necessária entre um elemento antecedente (causa do crime, inata ao criminoso) e um conseqüente (conduta criminosa). Por esta relação causal, tem-se que a identificação de um antecedente levaria à probabilidade quase certa da ocorrência de um conseqüente, e vice-versa. Diante deste cenário, com a identificação de uma suposta relação de causalidade entre um elemento antecedente (inato ao criminoso) que teria determinado um elemento conseqüente (conduta delinquente), ter-se-ia uma relação de predeterminação entre ambos⁵².

A concepção causal do crime tem como base de sustentação a validade científica da premissa etiológica do crime, vista não apenas como mera compreensão da conduta criminosa, mas como explicação exaustiva do tema. É justamente neste ponto em que se encontra o papel desempenhado pela Antropologia Criminal para a

⁵⁰ “Lombroso afirmava que ser o criminoso um ser atávico que representa a regressão do homem ao primitivismo. É um selvagem que já nasce delinquente. A causa da degeneração que conduz ao nascimento do criminoso é a epilepsia, que ataca os centros nervosos dele”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 108-109.

⁵¹ “O ancestral, o primitivo é o indivíduo naturalmente criminoso (...). Ou, em outros termos, poder-se-ia deduzir o criminoso é um indivíduo naturalmente ancestral, primitivo. Esta ideia remete ao conceito de atavismo, que, para Lombroso, é uma das raízes antropológicas do comportamento criminoso. Entenda-se por atavismo um traço primitivo, arcaico, das raças primitivas, que se encontra ainda presente no indivíduo (verdadeiramente) delinquente. Por isso mesmo, para ele, o delinquente tem predisposições básicas, inatas”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 64.

⁵² Esta relação de predeterminação é bem esclarecida por Sá: “se, a partir da constatação de determinado antecedente, tido como causa, tem-se como quase certa, como muito provável a ocorrência de determinado conseqüente, efeito, pode-se concluir existir entre ambos uma relação (quase que) de predeterminação. Ou seja, a concepção causalista da conduta criminosa acaba se tornando uma concepção predeterminista, que entende haver no indivíduo criminoso uma predisposição, ou, em termos mais contundentes, uma predeterminação ao crime. É a famosa e já por demais conhecida ideia do delinquente nato, tão cara à Antropologia Criminal”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

criação da imagem do inimigo e para a justificação de um direito penal diferenciado com base em uma suposta predisposição criminosa. Nesse sentido,

se a conduta criminosa se deve a causas biopsicológicas, isto é, causas intrínsecas ao indivíduo, que fazem parte de sua estrutura, de sua constituição, de sua identidade, causas essas que se encontram em determinados indivíduos (que delinquiram ou que estão em sério risco de virem a delinquir), e não em outros, conclui-se que entre delinquentes e não delinquentes existe uma linha demarcatória, em função da qual eles muito se diferenciam, em função da qual os primeiros não pertencem ao mundo dos segundos. (...) ou seja, os delinquentes passam a ser indivíduos estranhos ao mundo dos não delinquentes. A tal linha demarcatória acima aludida e a ‘estranheza’ do delinquente em relação ao mundo dos não delinquentes (ou seja, sua não pertença a esse mundo), são decorrências naturais da concepção causalista da conduta criminosa e do conceito de periculosidade.⁵³

Ao tomar como base a premissa segundo a qual a concepção etiológica proporciona uma explicação exaustiva da conduta criminosa, tem-se que a identificação de uma causa imanente ao indivíduo que o predispõe a um comportamento criminoso levaria à identificação de sua periculosidade⁵⁴. Como consequência deste raciocínio, a melhor forma de prevenção do crime e de defender a sociedade da criminalidade seria a remoção da causa do crime, que poderia ser obtida através da neutralização do indivíduo ou da extirpação da causa em seu interior. Como destaca Sá,

por conta do poder de convencimento e de sedução do raciocínio causalista, ele acaba por transmitir mais facilmente ao legislador, aos operadores do direito e aos propositores de políticas criminais as ideias de verdade na investigação e de certeza nas decisões e medidas propostas. A preocupação basicamente única passa a ser a de extirpar a causa, pois “removida a causa, retira-se o efeito” (“remota causa, tollitur effectus”). E como a causa é imanente em determinado indivíduo, se não se

⁵³ SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 137.

⁵⁴ De acordo com Sá, o diagnóstico de periculosidade não deve se confundir com o prognóstico de reincidência, ressaltando que “o prognóstico de reincidência tem suas aproximações, para não dizer, de parentesco com a ideia de periculosidade. Além do que, o reconhecimento da periculosidade conduz necessariamente à conclusão pelo prognóstico da reincidência, ainda que este, estritamente falando, nem sempre assente suas bases sobre a periculosidade”. SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

consegue extirpá-la, “extirpa-se”, de alguma forma, aquele que a porta, ainda que paulatinamente, através do cárcere.⁵⁵

É com base nesta premissa científica que se tem o desenvolvimento e a defesa de um direito penal cindido, pelo qual os portadores⁵⁶ de um elemento intrínseco que determinaria uma conduta criminosa somente poderiam receber um tratamento penal baseado em medidas administrativas de contenção e neutralização que possam ou atacar a causa interna da conduta criminosa, através do cárcere, ou simplesmente retirar o indivíduo do convívio social para proteger a sociedade. Por sua vez, aos que não fossem portadores de elementos criminosos tem-se a previsão de um direito penal democrático e limitado, de viés retribucionista.

Ocorre, porém, que a linha de argumento de caráter médico-psicológico recebeu diversas críticas passíveis de desconstruir a premissa científica adotada, o que pode levar ao desmoronamento da justificção para existência de um direito penal cindido. Nesse sentido, a premissa etiológica da conduta criminosa recebeu oposição já em 1889, por ocasião do segundo Congresso de Antropologia Criminal, realizado em Paris, notadamente pela Escola Sociológica de Lyon, na qual o nome de destaque era Alexandre Lacassagne, que defendia que o meio social atuava como caldo de cultura do crime⁵⁷.

⁵⁵ SÁ, Alvin August de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 124/125.

⁵⁶ A premissa científica estabelecida pelo pensamento criminológico ainda garante uma aparente objetividade e neutralidade da avaliação, uma vez que “a presença da causa torna-se critério de delimitação, de cisão entre os que a portam e não a portam. Torna-se critério de pretensas objetividade e neutralidade plenas, pelo que se supõe estar ausente qualquer conotação de subjetividade e de envolvimento pessoal do avaliador, já que a causa é elemento presente exclusivamente no avaliado”. SÁ, Alvin August de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 137.

⁵⁷ Como destaca Alvarez, “o primeiro congresso, realizado em Roma em 1885, representa o ápice da carreira de Lombroso e da Escola Italiana da Criminologia. Mas é ao longo desses congressos que começam a surgir algumas das principais resistências às novas ideias penais. Já no congresso seguinte, realizado em Paris em 1889, organiza-se a oposição às colocações centrais acerca do crime e do criminoso nato, sobretudo pela assim chamada ‘Escola de Lyon’, liderada por Alexandre Lacassagne, que enfatiza o meio social como ‘caldo de cultura’ do crime”. ALVAREZ, Marcos César. A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 4, 2002, p. 681. Na mesma linha, Shecaira destaca que “outro erro grave, especialmente de Lombroso, foi subvalorizar o entorno social como mero fator desencadeante da criminalidade. o”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 146. No mesmo sentido, Figueiredo Dias destaca que “deve-se a Lacassagne o ter aberto as hostilidades com o positivismo lombrosiano. E fê-lo quando era ainda pacífico o reinado daquele, ao proclamar, no 1º Congresso de Antropologia Criminal (1885), que cada sociedade tem os criminosos que merece e ao apontar como causa fundamental do crime o *milieu social*”. (Itálico dos autores) DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquent e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 23-24.

Outro autor da sociologia que ofereceu duras críticas aos paradigmas da Antropologia Criminal foi o magistrado francês Jean-Gabriel de Tarde. Em *A Criminalidade Comparada*, Tarde dedica o seu primeiro capítulo (intitulado “O Tipo Criminal”) integralmente à análise, crítica e mesmo ironia às obras de Lombroso, Ferri e Garófalo⁵⁸. Na obra, o autor faz um levantamento e síntese das principais características do criminoso segundo a escola Antropológica, passando pelas medidas de tamanho, o peso médio do cérebro, o formato do nariz e mesmo o seu olhar, com o objetivo de questionar não apenas os procedimentos metodológicos adotados⁵⁹, como também as conclusões a que chegam⁶⁰. Tarde chega mesmo ao ponto de questionar a utilidade das conclusões a que chega Lombroso e criticar a seletividade do público analisado por ele, sob o argumento de que a mera identificação dos traços característicos do criminoso nato não serve a uma justa persecução criminal, mas tão somente ao tratamento de um suposto culpado:

Antes de ir mais longe, todavia, perguntemo-nos quais serventias práticas pode render já, à justiça criminal, o conhecimento dos resultados que vamos esboçar. Dado um homem que apresente no físico o tipo criminal bem caracterizado, dir-nos-ão que isso é suficiente para ter-se o direito de imputar-lhe um crime cometido na sua vizinhança? Nenhum antropologista sério se permitiria tal gracejo. Mas, de acordo com Garófalo, se constatarmos essas anomalias típicas sobre um indivíduo que vem de cometer seu primeiro crime, pode-se, antes mesmo que haja reincidido, estar seguro de que ele é incorrigível e tratá-lo em consequência disso.⁶¹

⁵⁸ Ao tratar das características encontradas por Lombroso acerca da cabeça dos criminosos, Tarde afirma que “aquilo que eu não entendo bem, por exemplo, é que a cabeça dos assassinos foi encontrada mais forte que a dos ladrões. Não é necessário, todavia, mais inteligência para calcular um roubo que um assassinato?”. TARDE, Jean-Gabriel de. **A Criminalidade Comparada**. Tradução de Maristela Bleggi Tomasini. 8a Ed. Paris: 1924, p. 14.

⁵⁹ Com relação à forma procedimental adotada, Tarde questiona que se o pensamento científico da época, naquele ponto de desenvolvimento, não tinha condições de identificar quais anomalias do cérebro, notadamente lesões corporais cerebrais “mais ou menos profundas”, determinariam um comportamento criminoso, “como se pôde, até certo ponto, especificar aquelas de seu crânio?”. E conclui: “apenas Lombroso acredita-se autorizado a concluir que desvio frequente do tipo normal, *não raramente*, as formas próprias aos animais inferiores ou as formas embrionárias”. (Itálico do autor) TARDE, Jean-Gabriel de. **A Criminalidade Comparada**. Tradução de Maristela Bleggi Tomasini. 8a Ed. Paris: 1924, p. 16.

⁶⁰ Após passar pelos principais traços do criminoso, Tarde conclui que ainda que Lombroso, Ferri e Garófalo tenham concluído que o criminoso nato tenha traços similares ao selvagem e bárbaro, não demonstram por qual motivo esses traços levam a um comportamento criminoso: “daí concluo que, se o criminoso pode lembrar o selvagem, o bárbaro ou o semicivilizado, tal similitude, aliás, curiosa, não contribui de nenhum modo para explicar por que ele é criminoso”. TARDE, Jean-Gabriel de. **A Criminalidade Comparada**. Tradução de Maristela Bleggi Tomasini. 8a Ed. Paris: 1924, p. 16.

⁶¹ TARDE, Jean-Gabriel de. **A Criminalidade Comparada**. Tradução de Maristela Bleggi Tomasini. 8a Ed. Paris: 1924, p. 23.

As críticas expostas por Gabriel Tarde, pelos representantes da Escola de Lyon e demais contemporâneos devem ser levadas em consideração, justamente porque fornecem o questionamento necessário às premissas científicas adotadas pelo positivismo e, portanto, podem levar à desconstrução das bases de um direito penal cindido e, especialmente, à desconstrução da imagem de inimigo.

É necessário levar-se em conta, primeiramente, que os procedimentos metodológicos de pesquisa empregados para a colheita do material antropométrico que baseou as conclusões de Lombroso e seus seguidores, não seguiram o rigor científico necessário⁶². Além disso, as pesquisas teóricas da Antropologia Criminal não levaram em consideração a influência do entorno social, de aspectos ideológicos em seu desenvolvimento⁶³, a gestão de ilegalismos adotada pela burguesia ascendente no período⁶⁴ e a seletividade do sistema penal então vigente. Por isso, leciona Shecaira,

um último erro metodológico dos positivistas é preciso destacar. Os sujeitos que eram observados clinicamente para formação da teoria das causas da criminalidade tratavam-se de indivíduos caídos na engrenagem judiciária da justiça penal, sobretudo os clientes dos cárceres e manicômios judiciários, indivíduos já selecionados pelo complexo sistema de filtros sucessivos que é o sistema penal. Assim, os mecanismos seletivos já tinham atuado, exercendo seu papel de seleção da clientela que viria a ser identificada com algumas características pessoais, quando estas já foram determinantes para a seleção pelo sistema punitivo.⁶⁵

⁶² De acordo com Alvarez, “os procedimentos metodológicos de Lombroso estavam igualmente aquém dos padrões de cientificidade da própria época e foram rapidamente criticados por seus contemporâneos. Ele manipulava seus dados sem grande rigor ao incorporar tudo o que pudesse ilustrar seus duvidosos pressupostos de análise”. ALVAREZ, Marcos César. *A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais*. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 4, 2002, p. 682.

⁶³ Zaffaroni destaca o claro caráter ideológico dos achados positivistas que justificariam como criminosos tanto a suposta inferioridade do criminoso pouco desenvolvido, quanto a genialidade do criminoso incontrolável: “não só há perigosos ignorantes, mas também inteligentes, o que o positivismo biologizaria, transformando em patologia a inferioridade (criminoso nato) tanto como a superioridade (gênio louco), em uma clara celebração da mediocridade conformista e disciplinada”. ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 204-205.

⁶⁴ “Conforme este marco teórico, a periculosidade está reduzida às expressões delitivas ou conflitivas das classes pobres e às próximas dos ricos que rompem com as regras burguesas, ficando fora de seu horizonte as condutas criminais que são próprias das classes hegemônicas, e que os pobres não podem cometer ou realizar por carência de meios ou por treinamento diferenciado”. ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 205.

⁶⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 147.

A imprecisão técnica do pensamento antropológico criminal ainda fica clara diante da anedótica passagem narrada por Shecaira, ocorrida em junho de 1889, em Paris, quando Lombroso, acompanhado por uma “delegação de sábios”, passou a analisar o crânio do “anjo do crime”, Charlotte Corday, descrevendo pormenorizadamente suas características, tendo-se descoberto, cerca de cinco anos depois, que o crânio havia sido trocado. Disso, Shecaira conclui: “a polêmica criada com base na falsa relíquia, por si só, já ilustrava a ambiguidade do pensamento positivista”⁶⁶.

Diante de todo este contexto, se não se pode negar a responsabilidade histórica da criminologia na criação de um direito penal cindido e de uma imagem de inimigo, tampouco se pode negar que a mesma criminologia pode atuar justamente no papel inverso, isto é, na desconstrução destas duas realidades. Assim, para que não se estabeleça uma ideia de que o único papel desempenhado pela criminologia é no sentido da construção da imagem do inimigo, cabe analisar brevemente a sua atuação no papel inverso.

3.2.2. O Papel da Criminologia na Desconstrução da Imagem do Inimigo

É inegável que a criminologia, notadamente em sua vertente clínica, desempenha papel importante na formação da imagem do inimigo na sociedade e, por conseguinte, de um tratamento penal diferenciado, ao fornecer uma estrutura de argumento com aparência de cientificidade, que corrobora e justifica a condução de uma política criminal com características discriminatórias⁶⁷. Mesmo assim, importa mencionar que a criminologia não se resume à explicação etiológica positivista, possuindo outras abordagens de compreensão⁶⁸ de comportamentos socialmente problemáticos que

⁶⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 133-134.

⁶⁷ Segundo definição de Shecaira, “a política criminal é uma disciplina que oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para controle do crime, de tal forma a servir de ponte eficaz entre o direito penal e a criminologia, facilitando a recepção das investigações empíricas e sua eventual transformação em preceitos normativos. Assim, a criminologia fornece o substrato empírico do sistema, seu fundamento científico”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

⁶⁸ De acordo com Sá, existe uma diferenciação entre *explicação* e *compreensão* na medida em que a *explicação* busca alcançar um “conhecimento completo da ‘origem’ do fenômeno, ou seja, trata-se de investigação e descoberta das ‘causas’, propriamente ditas”. Por outro lado, a *compreensão* busca o conhecimento do fenômeno complexo através da identificação dos variados fatores envolvidos no fenômeno. Enquanto a *explicação* busca esgotar o tema investigado e está relacionado às ciências exatas, a *compreensão*

contribuem para outros tipos de políticas criminais e para a desconstrução da imagem de inimigo.

Como visto, ao desempenhar um papel na construção da imagem de inimigo, a abordagem criminológica positivista adota uma postura de explicação satisfativa e exaustiva do crime, procurando demonstrar uma relação universal e necessária entre fatores antecedentes (causas) e fatores consequentes (conduta criminosa). Para isso, tem como objeto de estudo o comportamento criminoso em si, compreendido como fato social bruto que teria uma realidade ontológica, e o delinquente na condição de epistemologicamente diferente do “homem honesto”, do “cidadão de bem”.

Ocorre, porém, que com a evolução do pensamento criminológico os pressupostos de investigação do positivismo foram abandonados, diante da demonstração de sua falta de conexão com a realidade, e essa abordagem perdeu a sua sustentação científica. Assim, em primeiro lugar, houve o abandono de uma conceituação etiológico-causal da conduta criminosa⁶⁹, diante do destronamento da concepção positivista de causa, uma vez que não foi possível identificar cientificamente uma relação de causa/efeito e de previsibilidade de condutas⁷⁰. Até porque, como destaca Shecaira,

a patologização do fenômeno delituoso, traduzida pela assertiva segundo a qual todo criminoso tinha um viés patológico e não podia ser curado, demonstrou-se um cabal engano (...) Não existe, pois, o ‘tipo delinquente’, como de resto não há criminosos ‘habituais’, ou ‘loucos’ (na acepção lombrosiana do termo), ou ‘por tendência’, etc.”.⁷¹

A rejeição de uma concepção puramente etiológica de viés médico-psicológico decorreu da impossibilidade de comprovação científica dos seus pressupostos e da identificação dos limites de uma teoria monofatorial do crime. À

está mais relacionada às ciências humanas e sociais, ao buscar busca identificar no objeto investigado todas os seus fatores e suas complexidades. SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 242.

⁶⁹ Como destaca Figueiredo Dias, “a *explicação do crime*, isto é, a penetração na racionalidade deste fenômeno em termos de formulação das condições sob as quais ele ocorre e de previsibilidade e a utilidade do uso, está longe de se poder considerar alcançada”. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 153.

⁷⁰ Como pontua Sá: “A consequência direta de se destronar a concepção positivista de causa (elemento antecedente) não é negar a relação entre esse elemento antecedente e a conduta criminosa, mas é negar a *necessidade* da relação, é rejeitar a ideia de que presente o elemento antecedente, a ‘causa’, é previsível, é muito vrande a probabilidade, é muito grande o risco de que o indivíduo venha a se comportar da mesma forma. Em outros termos, negar a concepção positivista de causa é negar a ‘pista de mão dupla’ entre o elemento de antecedente e o elemento que se lhe segue”. SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 134.

⁷¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 146.

influência de fatores intrínsecos foi acrescentada a importância de fatores extrínsecos ao indivíduo e a interação indivíduo-ambiente, o que leva ao reconhecimento da “multifatorialidade como fonte motivacional da conduta criminosa e, conseqüentemente, mais uma vez, [acaba] destronada a concepção causalista da mesma”⁷². Com isso, o modelo monofatorial determinista foi substituído por um modelo de probabilidades e de interação recíproca de diferentes elementos que podem influenciar no cometimento de um crime⁷³. É como resumem Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade:

Nesta altura não será difícil aceitar que seria total a falência a que condenaria qualquer tentativa de, por esta via, individualizar a *causa do crime*. Desde logo porque não existe *o crime*, como realidade unívoca e universal. A fenomenologia criminal apresenta-se, pelo contrário, como um conjunto extremamente heterogêneo de manifestações, histórica, cultural e politicamente condicionadas, que de comum têm apenas uma referência actual ou potencial à lei penal. Não faria sentido procurar uma causa comum para crimes tão díspares como o homicídio conexo com roubo e o consumo de drogas em regime de proibição.⁷⁴

Em segundo lugar, para além da identificação do caráter inegavelmente complexo da conduta criminosa, com a introdução do paradigma da reação social decorrente das pesquisas interacionistas da década de 60 e 70, o pensamento criminológico abandonou a interpretação do crime como fato social bruto diante da identificação da influência das interações e da reação social no crime, com a proposta de novas questões como “quais os *critérios* que presidem à seleção e estigmatização de certas pessoas e quais as *consequências* desta estigmatização do ponto de vista duma ‘carreira’ delinvente?”⁷⁵.

⁷² SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 167.

⁷³ Cumpre destacar o esclarecimento feito por Sá, que estabelece que “quando se diz multifatorial, não significa dizer simplesmente uma multiplicidade de fatores, que poderiam até ser unicamente biopsicológicos. Faz-se referência, isto sim, a um complexo de fatores intrínsecos e extrínsecos ao indivíduo, que atuam de forma interligada, e sem que uns se reduzam aos outros, embora possa haver entre eles (e certamente haverá) uma hierarquia em termos de peso de sua influência em uma dada situação concreta, e um determinado contexto”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 198.

⁷⁴ (Itálicos dos autores) DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 157-158.

⁷⁵ (Itálicos dos autores) DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 159-160.

Com a mudança de perspectiva de investigação da criminologia, foram acrescentados outros elementos na busca de uma compreensão do crime relacionados não apenas ao comportamento criminoso em si, mas ao caráter criminoso definido pela sociedade em que este comportamento está inserido. Com isso, foram propostas novas abordagens científicas de compreensão de comportamentos socialmente problemáticos, seja relacionadas ao paradigma da passagem ao ato quanto da reação social.

Assim, por mais que as investigações da criminologia não tenham a precisão científica das ciências exatas para apresentar uma explicação exaustiva do crime, atuando sempre como discurso em construção⁷⁶, ao menos têm como mérito demonstrar a falta de lastro científico do discurso etiológico positivista de separação dicotômica da sociedade entre criminosos e cidadãos de bem e, desta forma, atuar na desconstrução da imagem de inimigo, até porque, como define Zaffaroni, a criminologia é *“o saber e a arte de esclarecer perigos discursivos”*⁷⁷.

Ainda que as premissas da criminologia utilizadas para a formação de uma imagem de inimigo tenham sido duramente criticadas por autores contemporâneos e recebam ainda críticas de penalistas e criminólogos até a atualidade, o modelo de argumento adotado ainda é reproduzido e amplamente utilizado em políticas criminais discriminatórias e em discursos que buscam contribuir para a formação da imagem do inimigo e um direito penal cindido.

3.3. O Modelo de Argumento Clínico-Criminológico Positivista nos Discursos Jurídico-Penais

Se, ainda no final do século XIX, os trabalhos da Antropologia Criminal receberam diversas críticas de autores contemporâneos, com a

⁷⁶ “Toda tentativa de se definir um paradigma criminológico, desse definir o objeto da Criminologia geral, de se definir a Criminologia Clínica ou, sobretudo, dentro da clínica, de se aproximar o paradigma da passagem ao ato e ao da reação social, é sempre um discurso em construção, ou seja, sempre um ensaio. Jamais se chegará a um termo, a um final. Jamais se chegará a um paradigma que seja uma totalidade perfeitamente igual a ela mesma, que exclua toda e qualquer outra forma de paradigma e que dela se diferencie completamente”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 251.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 243.

morte de Lombroso a teoria caiu em amplo descrédito⁷⁸. A partir deste momento, como regra, a doutrina penal trata dos achados antropométricos do final do século XIX mais por sua importância histórica para o nascimento da Criminologia e o desenvolvimento do positivismo do que por sua precisão científica ou mesmo utilidade à justiça criminal⁷⁹, sendo difícil encontrar-se um discurso jurídico penal sério baseado, por exemplo, na tese do atavismo do criminoso.

Por mais que as teorias de caráter positivistas não tenham prosperado nas doutrinas penais mais qualificadas, é patente que deixaram como herança para a política criminal uma específica ideologia de tratamento⁸⁰. Se, de um lado, existe uma rejeição patente ao parâmetro metodológico do positivismo, de outro, existe a reprodução de características essenciais de suas concepções de política criminal como a ampliação da demanda de direitos da sociedade sobre o delinquente, a valorização de um direito penal de periculosidade em detrimento da culpabilidade, a busca desmedida pela defesa da sociedade e a concepção de pena como corretiva ou neutralizadora⁸¹.

A reprodução desta ideologia de tratamento é comumente encontrada em discursos jurídicos-penais que defendem a ampliação dos limites de intervenção do direito penal e a flexibilização dos princípios e garantias penais e processuais penais, em casos supostamente bem delimitados de não aplicação da legislação penal dos manuais. Para tanto, tem-se a reprodução, de forma velada, da estrutura de argumento utilizada pela Antropologia Criminal, baseada no causalismo determinista e na negação do livre-arbítrio, que levaria à concepção de reação penal a uma entre duas

⁷⁸ Segundo aponta Alvarez, “no início do século passado na Europa as ideias básicas da Antropologia Criminal já encontram amplo descrédito”. ALVAREZ, Marcos César, *O Homem Delinquente e o Social Naturalizado: Apontamentos Para uma História da Criminologia no Brasil. Teoria e Pesquisa*, nº 47, julho/dezembro de 2005, p. 82.

⁷⁹ Como destacam Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, “decerto, hoje é meramente histórico o interesse numa obra como a de Lombroso e de sua tese central: o atavismo”. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 171.

⁸⁰ “Se não sobreviveram as teorias especificamente positivistas – as teses antropológico-causais –, a verdade é que muito ficou e muito perdura ainda de sua herança: não tanto no que toca aos parâmetros metodológicos, quanto no que respeita às linhas de força da sua ideologia político-criminal. Estamos a pensar sobretudo na chamada *ideologia de tratamento*, que de modo algum se pode considerar definitivamente superada e cujos perigos estão longe de se poderem considerar neutralizados”. (Itálico dos autores) DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 18.

⁸¹ “(...) a ideologia de tratamento proposta pelos positivistas, que produziu uma inversão do pensamento clássico, em vez do recuo do poder sancionatório na sociedade, significou, em nome da defesa da comunidade, uma expansão do sistema punitivo, algo que chegou a ser considerado uma ideia natural, em face da inexistência de alternativas curativas para certos delinquentes”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 146.

possíveis: tratamento ou a neutralização. É como estabelecem Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade:

Pode, com efeito, considerar-se positivista toda investigação criminológica conduzida segundo a grelha teórica e metodológica do positivismo (independentemente do conteúdo antropológico, psicológico ou sociológico de suas hipóteses). Tudo depende do respeito pelas exigências fundamentais do positivismo: a negação do livre-arbítrio e a crença no determinismo e no postulado da previsibilidade dos fenômenos humanos, reconduzíveis a “leis”.⁸²

Naturalmente, a ampla recusa à validade científica do positivismo e ao seu parâmetro metodológico leva a que a reprodução da ideologia de tratamento e de sua estrutura de argumento seja feita pela doutrina através da racionalização teórica⁸³ e do embuste de etiquetas⁸⁴. É assim que, através da etiquetagem de indivíduos como incorrigíveis, indisciplinados, irrecuperáveis, degenerados, terroristas, classes perigosas, estranhos à comunidade, sociais, inimigos, entre outros sinônimos, tem-se a construção da ideia de que possuem algum tipo de anormalidade em decorrência da qual a conduta criminosa é quase uma certeza, o que tornaria imprescindível uma reação penal vinculada à defesa da sociedade.

Desta maneira, sem recorrer-se diretamente ao positivismo, tem-se a defesa de um argumento causal-determinista que sustentaria um direito penal de periculosidade e uma teoria da pena de prevenção especial negativa vinculada à correção e à neutralização. Assim, tornar-se-ia não apenas possível mas necessária a existência de um direito penal cindido que prevê, de um lado, penas limitadas de viés retribucionista, e, de outro, um direito penal baseado em medidas administrativas de contenção⁸⁵. Diante de uma

⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delincente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 12.

⁸³ De acordo com Figueiredo Dias, a ideologia de tratamento decorrente do positivismo “é uma ideologia a que não falta o apoio da racionalização teórica, mas cuja ameaça vem sobretudo do facto de se insinuar, subtil mas eficazmente, no discurso dos políticos, dos encarregados da aplicação do direito criminal e das representações coletivas”. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delincente e a Sociedade Criminógena**. 2ª Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 18.

⁸⁴ Segundo aponta Zaffaroni, com o advento da modernidade e o abandono de discursos teocrático-biologistas, tornou-se necessária a concepção de uma categoria extrapenal que não estivesse sujeita aos limites democráticos ao direito penal e que representassem “penas sem os limites nem as garantias das penas”, em face das quais “desde cedo denunciou-se o *embuste das etiquetas*”. (Itálicos do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 226.

⁸⁵ Com relação a este ponto, Zaffaroni destaca que “praticamente há dois séculos – para não ir mais longe – abundam as tentativas de combinar *retribuição* com *neutralização*, ou seja, em diferentes terminologias,

aparente contradição entre um discurso de defesa de um *ius puniendi* limitado e uma política criminal discriminatória, a harmonização de ambos é realizada pela racionalização teórica de conceitos de viés criminológico positivista.

São diversos os autores que defendem este modelo de direito penal cindido, mas a teoria que representa com maior pureza esta postulação no direito penal moderno é a doutrina defendida por Günther Jakobs do Direito Penal do Inimigo, pela qual em sociedades democráticas haveria a necessidade da separação entre um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo, de forma a fazer-se frente à criminalidade moderna e como forma de proteger as bases democráticas do direito penal⁸⁶.

De acordo com o pensamento defendido por Jakobs, por mais que não seja “politicamente correto”, seria necessário reconhecer que nem todos os indivíduos devem ser tratados como pessoas com direitos⁸⁷. Segundo defende, somente

direito penal de *culpabilidade* (de ato, de *penas*, olhando para o *passado* etc.) com direito penal de *periculosidade* (de *autor*, de *medidas*, olhando para o *futuro* etc.). (...) Definitivamente, com um ou outro nome, cremos que é resultado da eterna falta de discurso próprio do direito penal sobre a pena, que às vezes legitima com elementos do direito administrativo (contenção), e outras com elementos do direito privado (retribuição)”. (Itálicos do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 116/117.

⁸⁶ De acordo com Muñoz Conde, em um Congresso de Direito Penal realizado em outubro de 1999, “o professor Günther Jakobs, então catedrático de direito penal na Universidade de Bonn, anunciou ao mundo, *urbi et orbi*, a ‘má notícia’ de que nas sociedades democráticas haveria que se admitir, ao lado de um direito penal do cidadão, um ‘direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*), em cujo âmbito, a fim de manter a ‘segurança cognitiva’, dever-se-iam limitar ou excluir alguns dos princípios característicos do direito penal de um Estado Democrático”. Segundo narra Muñoz Conde, ao final do congresso foi apresentada a primeira crítica à teoria de Jakobs, pelo Professor Albin Eser, “o qual, em seu discurso de encerramento do mencionado congresso de Berlim, respondeu a Jakobs que sua tese era muito similar às do Estado de Não Direito nacional-socialista, recordando-lhe as consequências da adoção desse último para a Alemanha”. (Itálicos do autor) CONDE, Muñoz. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais 2010**, BECHARA, Ana Elisa (Coord.), ano 18, n. 83, mar-abril 2010, p. 94-95.

⁸⁷ Logo no início de sua exposição, Jakobs faz duas ressalvas com relação ao seu texto: em primeiro lugar, reconhece que “o que vou dizer não corresponde com o *politicamente correto*”, justificando que “É politicamente correto querer ver em todos os seres humanos em todos os sentidos uma pessoa, um membro da comunidade jurídica, mais exatamente, uma membra ou um membro da comunidade jurídica, provido dos chamados direitos humanos”. Em um segundo momento, Jakobs ressalva ainda que não tem a intenção de criar um direito penal de inimigo, mas apenas descrever uma realidade social pré-existente: “tentarei argumentar aqui como parte do sistema da ciência, não do sistema jurídico. Consequentemente, não é meu propósito converter alguém artificialmente em inimigo, senão descrever quem o sistema trata como inimigo e prognosticar a quem será atribuído esse papel no futuro. Não se trata de criar normas, muito menos postulados políticos, senão de levar a cabo constatações e suas consequências para o futuro” (Tradução livre). JAKOBS, Günther. ¿Derecho Penal del Enemigo? Un Estudio Acerca de los Presupuestos de la Juridicidad. In: **Derecho Penal Del Enemigo**. CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Eds.). Derecho Penal De Enemigo, El Discurso Penal De La Exclusión, Vol. 1, D de F, 2006, p. 93-95. Assumindo uma interpretação diversa, no entanto, Muñoz Conde entende que “da leitura de seus textos, não se pode, a meu juízo, deduzir outra coisa senão que Jakobs legitima e defende a necessidade do direito penal do inimigo, sem que o preocupem em absoluto os perigos que sua tese aparentemente descritiva possa representar para a ideia do Estado de Direito”. Mais à frente, em nota de rodapé, Conde ainda estabelece que “apenas um grupo absolutamente minoritário insiste no caráter descritivo da teste de Jakobs”. CONDE, Muñoz. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais 2010**, BECHARA, Ana Elisa (Coord.), ano 18, n. 83, mar-abril 2010, p. 99-100.

seria possível reconhecer direitos aos indivíduos que cumpram com os seus deveres sociais ou, ao menos, não ofereçam perigo ao conjunto social, uma vez que ser sujeito de direitos teria um caráter sinalagmático⁸⁸. Nesse sentido, deveriam existir dois tipos de reação penal: uma delas destinada às infrações cometidas por cidadãos na condição de sujeitos vinculados ao direito e outra destinada àqueles indivíduos cujas atitudes demonstrem um distanciamento presumivelmente duradouro em relação ao sistema normativo⁸⁹.

A base do pensamento de Jakobs está na diferenciação entre uma delinquência “normal” e uma delinquência decorrente da quebra de expectativa social. No primeiro caso, haveria um deslize reparável, isto é, uma conduta que infringe uma norma, mas que, com a imposição de uma pena, tem o reequilíbrio da vigência da norma (direito penal limitado vinculado de viés retribucionista)⁹⁰. Por outro lado, a criminalidade de inimigos seria aquela pela qual se teria uma quebra de expectativa cognitiva com relação ao seu comportamento, diante da demonstração de um distanciamento da sociedade, e que permitiria a sua heteroadministração uma vez que, segundo defende Jakobs, “a ideia de que o agressor se comportará como pessoa em Direito, isto é, como cidadão, seria uma suposição evidentemente errônea e, por isso, deve-se resolver a situação de modo cognitivo, precisamente através da defesa”⁹¹.

⁸⁸ “A vigorosa sentença segundo a qual, ao menos hoje, todos devem ser tratados como pessoas de Direito, portanto, como já se pode supor neste ponto, necessita de um acréscimo: sempre que todos cumpram com seus deveres, ou, em caso contrário, sempre que estejam controlados, quer dizer, que não possam representar perigo. Contudo, se fazem estragos, devem ser combatidos, e se há a possibilidade de fazerem, devem ser tomadas medidas preventivas” (Tradução livre). JAKOBS, Günther. ¿Derecho Penal del Enemigo? Un Estudio Acerca de los Presupuestos de la Juridicidad. In: **Derecho Penal Del Enemigo**. CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Eds.). Derecho Penal De Enemigo, El Discurso Penal De La Exclusión, Vol. 1, D de F, 2006, p. 96.

⁸⁹ Como destaca Luis Gracia Martin, “o direito penal do cidadão define e sanciona delitos ou infrações normativas realizadas pelos indivíduos de um modo incidental, e normalmente havidos como simples expressão do abuso, por parte de tais indivíduos, das relações sociais em que participam com o seu *status* de cidadãos, isto é, na condição de sujeitos vinculados ao e pelo direito. (...) Não acontece o mesmo naqueles casos nos quais o autor demonstra, ou pelo menos revele, com a comissão de determinados fatos, que seu comportamento já não é próprio de um cidadão, a saber, nem se quer um ‘cidadão-delinquente’, mas sim um indivíduo hostil à sociedade e ao Direito”. GRACIA MARTÍN, Luis. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 81-82.

⁹⁰ “O delinquente não se despede imediatamente da sociedade por um fato ou uma série de fatos (...) senão atua de forma mais errônea em caráter pontual, embora massivamente. Embora a base cognitiva da sua condição de pessoa seja abalada por seu delito (...) pode apostar que ela volta a solidificar-se uma vez produzida a imposição da pena, e assim procede o Direito penal por regra geral: o delinquente segue sendo pessoa em Direito”. (Tradução livre) JAKOBS, Günther. ¿Derecho Penal del Enemigo? Un Estudio Acerca de los Presupuestos de la Juridicidad. In: **Derecho Penal Del Enemigo**. CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Eds.). Derecho Penal De Enemigo, El Discurso Penal De La Exclusión, Vol. 1, D de F, 2006, p. 103.

⁹¹ Tradução livre. JAKOBS, Günther. ¿Derecho Penal del Enemigo? Un Estudio Acerca de los Presupuestos de la Juridicidad. In: **Derecho Penal Del Enemigo**. CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Eds.). Derecho Penal De Enemigo, El Discurso Penal De La Exclusión, Vol. 1, D de F, 2006, p. 102.

Assim, o inimigo seria um adversário por princípio que se oponha à sociedade constituída em um regime de liberdades. Apesar de exemplificar genericamente os inimigos como membros de organizações criminosas, narcotraficantes, terroristas, delinquentes sexuais e multireincidentes⁹², o próprio Jakobs reconhece que é difícil determinar quem seriam os indivíduos que se incluem nesta categoria, mas acrescenta que “quem tenha se convertido em uma parte de estruturas criminosas solidificadas, dilui a esperança de que se poderá encontrar-se um *modus vivendi* comum”⁹³. E conclui que deve ser tratado como inimigo o indivíduo que orienta a sua vida de forma imputável e permanente com base em estruturas criminais, tendo sua vida pessoal e/ou profissional vinculada ao crime. É com base nesta argumentação que Luis Gracia Martín define que, para Jakobs,

os inimigos são indivíduos cuja atitude, na vida econômica, mediante sua incorporação a uma organização, reflete seu distanciamento, presumivelmente duradouro e não apenas incidental, em relação ao Direito, e que, por isso, não garantem a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal, demonstrando esse déficit por meio de sua atitude. As atividades e a ocupação profissional de tais indivíduos não ocorrem no âmbito das relações sociais reconhecidas como legítimas, mas naquelas que são na verdade a expressão e o expoente da vinculação desses indivíduos a uma organização estruturada que opera à margem do Direito, e se dedica a atividades inequivocamente ‘delituosas’.⁹⁴

Assim, tomando como base a premissa segundo a qual o reconhecimento de um indivíduo como sujeito de direitos tem caráter sinalagmático, Jakobs defende que somente quem cumpra com seus deveres “merece” ser tratado com direitos. Aquele que não ofereça ao menos aparência de comprometimento com as normas

⁹² Segundo Muñoz Conde, o Direito Penal do Inimigo agrupou “uma espécie de programa ou declaração de guerra contra ‘inimigos, os quais Jakobs não define, e sim apenas descreve vagamente como membros de organizações criminosas, narcotraficantes, terroristas, delinquentes sexuais e multireincidentes. A tais inimigos o autor declara ‘não pessoas’ (*Unpersonen*), que se situam de um modo claro e permanente fora do ordenamento jurídico, devendo-se, portanto, privá-los dos direitos que referido ordenamento concede às pessoas”. (Itálico do autor) CONDE, Muñoz. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** 2010, BECHARA, Ana Elisa (Coord.), ano 18, n. 83, mar-abril 2010, p. 98.

⁹³ Tradução livre. JAKOBS, Günther. ¿Derecho Penal del Enemigo? Un Estudio Acerca de los Presupuestos de la Juridicidad. In: **Derecho Penal Del Enemigo**. CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Eds.). Derecho Penal De Enemigo, El Discurso Penal De La Exclusión, Vol. 1, D de F, 2006, p. 104.

⁹⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 82-83.

sociais, deveria ser tratado como perigoso e, portanto, poderia ser heteroadministrado⁹⁵. Como consequência desta heteroadministração do inimigo, seria não apenas possível, mas legal e em conformidade com o Estado de Direito, a existência de reações de defesa social como a antecipação da reação penal no *iter criminis* e a aplicação de penas que superem a culpabilidade, passando-se de um direito penal de culpabilidade para um direito penal de risco⁹⁶. Diante disso, Muñoz Conde destaca que o direito penal do inimigo assumiria as seguintes características:

1. Aumento da gravidade das penas para além da ideia de proporcionalidade, aplicando inclusive ‘penas draconianas’;
2. Abolição ou redução ao mínimo das garantias processuais do imputado, tais como o direito ao devido processo, a não fazer declaração contra si próprio, à defesa técnica, etc;
3. Criminalização de condutas que não implicam verdadeiro perigo para bens jurídicos concretos, adiantando a intervenção do direito penal, ainda antes da conduta chegar ao estado de execução de um delito.⁹⁷

Ainda que seja um dos discursos jurídico-penais de defesa de um tratamento penal diferenciado mais conhecidos e criticados da atualidade, cabe destacar que a ideia do Direito Penal do Inimigo não é o primeiro com as mesmas bases⁹⁸. Uma das

⁹⁵ Em suas palavras, “todo *aqule que prometa de modo mais ou menos confiável fidelidade ao ordenamento jurídico* tem direito de ser tratado como pessoa de Direito. Quem não presta essa promessa de modo crível será heteroadministrado de forma tendenciosa; será privado de direitos. Seus deverem seguem intocados (embora cognitivamente já não se espere o cumprimento do dever); ao contrário, não seria delinquente, na ausência de violação de dever”. (Tradução livre. Itálicos do autor). JAKOBS, Günther. ¿Derecho Penal del Enemigo? Un Estudio Acerca de los Presupuestos de la Juridicidad. In: **Derecho Penal Del Enemigo**. CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Eds.). Derecho Penal De Enemigo, El Discurso Penal De La Exclusión, Vol. 1, D de F, 2006, p. 106.

⁹⁶ “O especial diante de um – *sit vènia verbo* – delinquente normal está no fato de que não basta uma punição proporcional à culpabilidade, mas, ao contrário (no caso das expectativas) há que se proceder antes do fato, ou além da pena, em matéria de segurança”. (Tradução livre. Itálicos do autor). JAKOBS, Günther. ¿Derecho Penal del Enemigo? Un Estudio Acerca de los Presupuestos de la Juridicidad. In: **Derecho Penal Del Enemigo**. CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Eds.). Derecho Penal De Enemigo, El Discurso Penal De La Exclusión, Vol. 1, D de F, 2006, p. 110.

⁹⁷ CONDE, Muñoz. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** 2010, BECHARA, Ana Elisa (Coord.), ano 18, n. 83, mar-abril 2010, p. 98. No mesmo sentido, Marta Rodriguez de Assis Machado: “a tese de Jakobs surge hoje, momento em que a dogmática penal encontra-se sob uma dupla pressão: de um lado, pelas demandas de expansão e antecipação da intervenção penal e, de outro, pela defesa da manutenção de um sistema de garantias”. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Edmund Mezger e o Direito Penal de Nosso Tempo. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 1, Maio 2005, p. 157.

⁹⁸ Como destaca Muñoz Conde, “na mesma Alemanha e não somente durante o regime nacional-socialista, podem ser encontradas teses e construções análogas ou com o mesmo significado político-jurídico, ainda que com nomes e nuances diversos”. CONDE, Muñoz. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** 2010, BECHARA, Ana Elisa (Coord.), ano 18, n. 83, mar-abril 2010, p. 101.

origens deste pensamento remonta ao início do século XX, na construção dogmática de Franz Von Liszt de crítica ao retributivismo e postulação da defesa social diante dos indivíduos identificados como “inimigos da ordem social”. Como a dogmática alemã da época tinha arraigada a visão clássica da retribuição como finalidade da pena, Von Liszt elaborou uma construção doutrinária de defesa da finalidade preventivo-especial através da problematização da reincidência e de indivíduos considerados incorrigíveis⁹⁹.

Inicialmente, Von Liszt partia do pressuposto segundo o qual o direito penal deveria funcionar como “limite intransponível da política criminal”, defendendo uma pena limitada por princípios e garantias individuais¹⁰⁰. No entanto, o autor considerava que este garantismo não poderia ser aplicável em casos de reincidência, problema considerado um dos piores males sociais pelos juristas da época¹⁰¹. Para justificar um tratamento penal ilimitado em face de indivíduos reincidentes e daqueles que denominava incorrigíveis, Von Liszt propôs uma classificação dos delinquentes em corrigíveis, ocasionais e incorrigíveis, como forma de assinalar à pena as funções de correção, intimidação e inocuização, respectivamente¹⁰².

Após elaborar uma crítica ao sistema penal vigente, por considerá-lo demasiadamente indulgente e incapaz de fazer frente à criminalidade da

⁹⁹ Alamiro Velludo Salvador Neto destaca que “esta posição de Von Liszt, ao estudar as relações do crime e da pena como forma de defesa social do Estado, está absolutamente em consonância com a estrutura de pensamento de seu tempo, ou seja, o empirismo caracterizador da segunda metade do século XIX. Com isso, já questionava o retributivismo como justificativa da pena, ainda que essa visão estivesse arraigada, em grande parte, aos positivistas”. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da Pena**, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 64.

¹⁰⁰ “Para Von Liszt, estava claro, em princípio, que o direito penal deveria ser ‘a barreira intransponível da política criminal’. Sob o seu ponto de vista, o direito penal teria de fornecer um baluarte inexpugnável a qualquer concepção político-criminal que quisesse acabar com a criminalidade a todo custo e a qualquer preço, prescindindo de princípios básicos, tais como, por exemplo, o da legalidade dos delitos e das penas, os quais qualificava como ‘Magna Carta do delincente’ e ‘base inexpugnável’ para a política criminal”. CONDE, Muñoz. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais 2010**, BECHARA, Ana Elisa (Coord.), ano 18, n. 83, mar-abril 2010, p. 103.

¹⁰¹ De acordo com Muñoz Conde, Von Liszt se deu conta de que o garantismo “poderia representar um obstáculo para combater eficazmente um problema que tanto ele como a maioria dos penalistas e criminólogos de sua época consideravam como um dos piores males sociais: a reincidência no delito”. E completa: “em relação a este tipo de ‘inimigos da ordem social’ (...) Franz Von Liszt não parecia muito disposto a ser consequente com a concepção garantista que poucas páginas antes em sua monografia havia proposto como missão do direito penal frente à política criminal”. CONDE, Muñoz. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais 2010**, BECHARA, Ana Elisa (Coord.), ano 18, n. 83, mar-abril 2010, p. 103.

¹⁰² “O famoso penalista e criminólogo alemão Franz Von Liszt, decidido defensor da função preventiva especial da pena de prisão assinalava a esta uma tripla função: “1. correção dos delinquentes que necessitem de correção e sejam capazes dela; 2. simples intimidação dos que não necessitem desta correção; 3. ‘inocuização’ dos delinquentes não suscetíveis de correção”. CONDE, Muñoz, **Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu Tempo**. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 101.

época¹⁰³, Von Liszt defende a ampliação dos limites de reação penal para a viabilização de uma prevenção especial como finalidade da pena, sob o argumento de combate à reincidência. Em seguida, influenciado por elementos da criminologia positivista, defende a aplicação de penas de neutralização aos indivíduos que identifica como incorrigíveis, defendendo que “desde que o ato do delinquente revela uma tendência criminosa arraigada (crime por estado), exige a segurança da ordem jurídica que ele seja posto em estado de não ofender”¹⁰⁴. Assim, resume Muñoz Conde:

No fundo, com sua classificação dos delinquentes em ocasionais, corrigíveis e incorrigíveis, Von Liszt chegou a propor a existência de dois ou mais tipos de direito penal, correspondente cada um a duas classes de política criminal diferentes: a) uma limitada por princípios jurídicos respeitosos aos direitos individuais e b) outra sem nenhum tipo de limites, de luta e de extermínio daqueles que representavam um perigo à ordem social e eram classificados como incorrigíveis.¹⁰⁵

Além da doutrina de Von Liszt, outro importante antecedente histórico do direito penal do inimigo foi o projeto de lei para o tratamento dos estranhos à comunidade (*Gemeinschaftsfremde*) proposto no final da segunda guerra mundial, na Alemanha nazista. Assim como a proposta de Jakobs, o projeto propunha a existência de, ao menos, dois direitos penais sendo um deles para o “cidadão normal”, com todos os direitos e garantias, e outro para aqueles que, por sua “má condução de vida”, fossem

¹⁰³ Em suas palavras: “É natural que a crítica do direito vigente se iniciasse de um modo negativo. O começo do movimento reformista assinalou-se pela luta contra as *pequenas penas de prisão* que predominam na nossa administração da justiça. Como são atualmente aplicada, elas não corrigem, não intimidam nem põem o delinquente fora do estado de prejudicar, e, pelo contrário, muitas vezes encaminham definitivamente para o crime o delinquente novel”. (Itálicos do autor) VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C., 1899, p. 113.

¹⁰⁴ VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C., 1899, p. 116. O embuste das etiquetas da obra de Von Liszt fica ainda mais claro quando se tem em consideração que deixou de lado a “guerra de escolas” que travara com Binding de forma a que ficasse harmônica, ao menos, a finalidade de neutralização dos incorrigíveis: “No fundo, tinha, pois, razão Von Liszt quando respondia a Binding afirmando que não importava tanto o nome que se quisesse dar à ‘criatura’, pena ou medida, porque de fato tanto uma como outra, no caso dos reincidentes, tinham a mesma finalidade, isto é, a inocuidade daqueles que Binding, ainda de forma mais dura do que Von Liszt, chamava ‘espécie criminal’”. CONDE, Muñoz. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais 2010**, BECHARA, Ana Elisa (Coord.), ano 18, n. 83, mar-abril 2010, p. 105.

¹⁰⁵ CONDE, Muñoz. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais 2010**, BECHARA, Ana Elisa (Coord.), ano 18, n. 83, mar-abril 2010, p. 105.

identificados como estranhos à comunidade, para os quais se previa a possibilidade de aplicação de penas ilimitadas de limpeza étnica e extermínio¹⁰⁶.

De fato, o gérmen deste projeto de lei pode ser encontrado em 1922, pouco após o final da primeira guerra, quando o então Ministro da Justiça Gustav Radbruch, discípulo de Von Liszt, elaborou um Projeto de Código Penal que, entre outros institutos, previa a “Custódia de Segurança”, que permitia a internação por tempo indeterminado de “delinquentes habituais ou simplesmente para os vagabundos, mendigos, ou desocupados carentes de um posto de trabalho fixo, que se encontravam em situação de periculosidade social”¹⁰⁷.

O projeto de Radbruch não chegou a ser aprovado, mas as suas propostas foram integradas ao programa do nacional-socialismo com a aprovação de leis que permitiam a custódia por período indeterminado (como a Lei do Delincente Perigoso Habitual), que levaram à internação tanto de indivíduos classificados como delinquentes habituais e marginalizados sociais quanto de dissidentes do nazismo em campos de concentração¹⁰⁸. O ápice deste tratamento penal foi justamente a propositura do projeto de tratamento dos estranhos à comunidade que consolidaria os ideais do *reich* e

¹⁰⁶ “A fim de fundamentar suas propostas e de não entrar em contradição com as construções dogmáticas que havia demonstrado em seu Tratado e em outros trabalhos de tipo dogmático, propunha a existência de dois (ou mais) direitos penais: um para o cidadão normal, com todas as garantias e sutilezas da dogmática jurídico-penal tradicional, e outro distinto dirigido aos que denominava “estranhos ou inimigos da comunidade”, para os quais propunha simplesmente a eliminação ou extermínio, sem maiores exigências nem controles jurídicos além da pura e simples vontade da polícia do regime nazista”. CONDE, Muñoz. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais 2010**, BECHARA, Ana Elisa (Coord.), ano 18, n. 83, mar-abril 2010, p. 97.

¹⁰⁷ CONDE, Muñoz, **Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu Tempo**. Trad. Paulo César Busato, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 101. Muñoz Conde ressalva ainda que, apesar de Radbruch ser um penalista democrata, a defesa de um ideal de controle que fugisse à limitação da culpabilidade era inevitável diante do momento político porque passava a Alemanha pós-primeira guerra mundial: “naquela época de pleno desastre econômico e social, como consequência da derrota na Primeira Guerra Mundial e das sanções impostas à Alemanha no Tratado de Versalhes, com um desemprego de sete milhões de pessoas e um aumento da criminalidade e da insegurança social até então desconhecidos na Alemanha, era evidente que nessa situação o Ministro da Justiça ou se demitia, se quisesse ser coerente até as últimas consequências com suas ideias da pena como sanção proporcional à gravidade do delito e adequada à culpabilidade do autor, ou se mantinha em seu cargo, buscando um difícil equilíbrio entre seus princípios dogmáticos e uma política criminal contundente contra os delinquentes habituais e profissionais que naquele momento lhe exigia o Governo ao qual pertencia”. CONDE, Muñoz. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais 2010**, BECHARA, Ana Elisa (Coord.), ano 18, n. 83, mar-abril 2010, p. 109-110.

¹⁰⁸ Por conta desta lei, nos campos de concentração “não apenas se internavam os dissidentes e opositores ao regime nacional-socialista, como também os delinquentes habituais, ou simplesmente marginalizados sociais”. CONDE, Muñoz. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais 2010**, BECHARA, Ana Elisa (Coord.), ano 18, n. 83, mar-abril 2010, p.110.

forneceria uma base jurídica para a aplicação dessa política discriminatória¹⁰⁹, ao introduzir a culpabilidade pela condução de vida como critério de antijuridicidade¹¹⁰.

O projeto, de apenas seis artigos, trazia inicialmente a definição de estranhos à comunidade como quaisquer indivíduos que, por sua personalidade, forma de condução de vida, atitude de rechaço ao trabalho e mesmo caráter associal ou encenqueiro, não cumprissem as exigências mínimas da comunidade do povo, provocassem distúrbios ou perturbassem a paz, ou mesmo revelassem que a sua mente estava dirigida à comissão de delitos graves (criminoso por tendência)¹¹¹.

Nos artigos subsequentes, tinha-se a enumeração das medidas cabíveis contra os estranhos, que poderiam ser de natureza policial ou jurídico-penais, partindo da mera vigilância, para os estranhos que não hajam cometido delitos, até a pena de morte, “se assim o requer a proteção da comunidade do povo ou à necessidade de uma expiação justa” (art. III, §6, 2), passando pela esterilização dos “estranhos à comunidade dos que se possa esperar uma herança indesejável para a comunidade do povo” (art. IV, §11, 1) e a internação em campos de concentração¹¹². Independentemente da construção jurídica elaborada pelo projeto, a imagem que o nacional-socialismo tinha acerca dos indivíduos identificados como estranhos à comunidade e a finalidade da pena decorrente desta imagem ficam claros na exposição de motivos do projeto:

para os estranhos à comunidade, que só produzem dano à comunidade do povo não é necessária a assistência, mas a coação policial que pretende

¹⁰⁹ “O Projeto de Lei sobre o tratamento dos “*Gemeinschaftsfremde*” tinha este objetivo e devia servir de base para culminar o processo de depuração e limpeza étnica que havia começado dez anos antes com a Lei do Delinquente Perigoso Habitual (14 de novembro de 1933), e havia seguido com as Leis de Limpeza Racial de Nuremberg em 1935”. CONDE, Muñoz, **Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu Tempo**. Trad. Paulo César Busato, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 108.

¹¹⁰ Conforme pontua Zaffaroni, “sua tese de *culpabilidade pela condução da vida é uma* clara manifestação de direito penal de autor (...) não censura o ilícito, senão a construção da personalidade que esse ilícito representa, em forma de *actio libera In:causa* existencial”. ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 116/117.

¹¹¹ Artigo I. Estranhos à comunidade

§ 1 É estranho à comunidade:

1. Quem, por sua personalidade ou forma de condução de vida, especialmente por seus extraordinários defeitos de compreensão ou de caráter é incapaz de cumprir com suas próprias forças as exigências mínimas da comunidade do povo.

2. Quem

a) Por uma atitude de rechaço ao trabalho ou dissoluta leva uma vida inútil, dilapidadora ou desordenada e com isto molesta a outros ou à comunidade, ou por tendência ou inclinação à mendicância ou vagabundagem, ao trabalho ocasional, pequenos furtos, estelionatos ou outros delitos graves, ou em estado de embriaguez provoca distúrbios ou por estas razões infringe gravemente seus deveres assistenciais ou

b) por seu caráter associal ou encenqueiro perturba continuamente a paz da generalidade, ou

3. Quem por sua personalidade ou forma de condução de vida revela que sua mente está dirigida à comissão de delitos graves (delinquentes inimigos da comunidade e delinquentes por tendência).

¹¹² CONDE, Muñoz, **Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu Tempo**. Trad. Paulo César Busato, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 118-126.

ou recuperá-los com as medidas adequadas, ou evitar que produzam novos danos no futuro. O fundamento disso é a proteção da comunidade.

Conforme se observa, assim como a proposta do direito penal do inimigo de Jakobs e a doutrina defendida por Von Liszt, o projeto de tratamento dos estranhos à comunidade propunha a existência de um direito penal cindido, direcionado ora ao cidadão de bem, ora para aqueles etiquetados como estranhos à comunidade¹¹³. Para justificar a coexistência harmônica de sistemas penais de características diametralmente opostas, tem-se o recurso à racionalização teórica e ao embuste de etiquetas para demonstrar, com base em uma estrutura de argumento positivista, não apenas a necessidade de uma reação penal ilimitada, mas uma suposta delimitação segura deste direito penal de inimigos.

É paradigmático mencionar que Jakobs defende que apenas descreve (não *cria*) o que chama de direito penal do inimigo com o objetivo de delimitar os seus contornos com segurança, de forma que não contamine o direito penal do cidadão¹¹⁴. Assim como os demais exemplos de defesa de um direito penal múltiplo, a racionalização serve não apenas para justificar a necessidade de ampliação dos limites do direito penal, mas para demonstrar que essa atuação seria segura e bem delimitada, preservando-se, portanto, o direito penal garantista e limitado.

Por sua vez, a delimitação supostamente segura das balizas de atuação deste direito penal ilimitado está justamente em uma estrutura de argumento que tem uma aparência de cientificidade, através de uma construção teórica baseada no causalismo determinista e na negação do livre-arbítrio. Nesse sentido, é patente a responsabilidade histórica da criminologia, especialmente em sua vertente clínica, justamente por fornecer um paradigma aparentemente científico de uma suposta

¹¹³ Sobre este ponto, cabe mencionar que Zaffaroni questiona se a proposta do projeto de lei efetivamente criava dois direitos penais: “é uma questão de perspectiva estabelecer se se propõem dois direitos penais (ordinário ou comum e de *estranhos*) ou se se trata de um único direito penal e o resto é direito policial, mas o certo é que o poder punitivo do estado se divide em dois: um para os comuns e outro para os estranhos, que são inimigos”. ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 129/130.

¹¹⁴ Conforme descreve Jakobs: “resumo la evolución habida, que nos es precisamente nueva: el Derecho penal del enemigo, en particular el Derecho penal dirigido contra los terroristas, tiene más bien el cometido de garantizar seguridad que el de mantener la vigencia del ordenamento jurídico, como cabe detectar con base el fin de la pena y en los tipos correspondientes. El Derecho penal del ciudadano, garantía del ordenamento jurídico, se transmuta en defensa frente a riesgos”. JAKOBS, Günther. ¿Derecho Penal del Enemigo? Un Estudio Acerca de los Presupuestos de la Juridicidad. In: **Derecho Penal Del Enemigo**. CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Eds.). Derecho Penal De Enemigo, El Discurso Penal De La Exclusión, Vol. 1, D de F, 2006, p. 113.

previsibilidade de comportamentos delinquentes, diante da construção de um modelo causalista e predeterminista da conduta criminosa. Como destaca Sá:

não se pode negar a responsabilidade histórica da Criminologia Clínica, particularmente em seu modelo médico-psicológico mais rigidamente tradicional (modelo biologicista, psicologicista). Essa Criminologia Clínica construiu a ideia de periculosidade, a figura do ‘perigoso’. Se não construiu (já que, antes dela, teve papel relevante nesse sentido a Antropologia Criminal), sem dúvida nenhuma veio dar-lhe guarida, de tal sorte que essa concepção acabou ocupando posição de destaque nas legislações e acabou por contaminar a análise e compreensão que se tem da conduta criminosa delinquente em geral, não só em sede de ciência, como de mídia e de senso comum.¹¹⁵

Naturalmente, o caráter pseudo-científico do argumento utilizado nestes discursos é pouco questionado por consolidar uma ideologia e um preconceito pré-existentes na sociedade, bem como por permanecer velado na racionalização teórica e no embuste das etiquetas. Desta forma, é natural que não se encontre na obra de Jakobs uma referência direta ao positivismo criminológico ou mesmo a sustentação de que os inimigos seriam física e mentalmente primitivos. Ao invés disso, o autor elabora uma construção doutrinária complexa que racionaliza o predeterminismo e a negação do livre-arbítrio sob o argumento de um suposto caráter sinalagmático dos direitos, em decorrência do qual os indivíduos que demonstrassem um distanciamento presumivelmente duradouro em relação ao sistema normativo (adversários por princípio), deveriam ser neutralizados.

Seja utilizando o argumento de que a quebra de expectativa cognitiva de comportamento social permitiria a classificação de indivíduos como *inimigos*; seja argumentando que, pela personalidade e forma de condução de vida, poder-se-ia identificar um *estranho à comunidade*; ou mesmo pela etiquetagem de um delinquente como *incorrigível*, diante da reincidência ou da identificação de uma “tendência criminosa arraigada”, o cerne destas construções teóricas é a reprodução de uma ideologia de tratamento decorrente de um paradigma etiológico e de uma concepção causalista da conduta criminosa.

¹¹⁵ SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 298.

Com a racionalização convincente da existência de uma causa imanente ao indivíduo que o predispõe a condutas antissociais, bem como pela identificação e etiquetagem segura dos indivíduos *portadores* desta causa, torna-se possível a construção de uma teoria da pena não limitada à culpabilidade e, desta forma, a sua harmonização com um direito penal igualitário e democrático. No entanto, somente com o estabelecimento seguro desta racionalização através de um marco científico claro e concreto, seria possível a construção de um direito penal cindido com essas características. É como estabelece Zaffaroni:

A única forma de admitir um direito penal do inimigo *realmente limitado aos inimigos* seria como um extremo direito penal de autor, ou seja, limitado a um grupo de pessoas identificáveis inclusive por características físicas, pois, do contrário, o que se discute não é se se pode tratar alguns estranhos de maneira diferenciada, senão se *o estado de direito pode limitar as garantias e liberdades de todos os cidadãos*.¹¹⁶

É de se dizer: enquanto a linha demarcatória de separação entre amigos/inimigos, cidadão/delinquente tiver uma possibilidade – pequena que seja – de se mover ao gosto de um determinado grupo político ou ideológico, todo o Estado Democrático encontrar-se-á em risco, uma vez que qualquer indivíduo poderá ser alocado de um ou do outro lado desta linha. Por isso, a existência de um tratamento penal diferenciado diante de uma determinada categoria social traz um risco concreto a toda a população¹¹⁷, uma vez que se constitui uma abertura a um estado totalitário que contraria o Estado de Direito, como explicita Muñoz Conde:

a realidade nesse caso vem demonstrar que qualquer tese que favoreça ou legitime um exercício ilimitado do poder punitivo do Estado, por mais que seja apenas em casos muito concretos e extremos, termina por abrir

¹¹⁶ (Itálicos do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 229.

¹¹⁷ Nesse sentido, Zaffaroni já estabeleceu que “admitir um tratamento penal diferenciado para *inimigos* não identificáveis nem fisicamente reconhecíveis significa exercer um controle social mais autoritário sobre toda a população, como único modo de identificá-los e, ademais, impor a toda a população uma série de limitações à sua liberdade e também o risco de uma identificação errônea e, conseqüentemente, condenações e penas a inocentes”. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 118.

as portas ao Estado autoritário e totalitário, que é a negação do Estado de Direito.¹¹⁸

¹¹⁸ CONDE, Muñoz. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** 2010, BECHARA, Ana Elisa (Coord.), ano 18, n. 83, mar-abril 2010, p. 101. Sobre este tema Zaffaroni complementa: “isso significa dizer que o tratamento penal diferenciado do *hostis* implica uma *lesão aos limites do Estado com respeito ao cidadão, consistindo em um tratamento mais repressivo para todos, o que remete muito mais ao Estado absoluto do que ao Estado de direito*”. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 121.

CAPÍTULO 4

CONSEQUÊNCIAS DA FORMAÇÃO DA IMAGEM DO INIMIGO NO DIREITO PENAL E OS DESAFIOS DA EXECUÇÃO PENAL

4.1. Consequências da Formação da Imagem de Inimigo no Direito Penal: O Tratamento Penal Diferenciado

Como já restou pormenorizado, a existência de uma imagem de inimigos no direito penal faz parte de uma economia de poder específica, caracterizada por um direito penal cindido. Esta economia de poder é marcada pela existência de duas diferentes formas de reação penal harmonizadas em um mesmo sistema: uma destinada aos iguais, caracterizada por um viés retribucionista e circunscrita aos limites da culpabilidade, seguindo à risca as garantias descritas nos manuais que levam à limitação do *ius puniendi* estatal. A outra reação penal, por seu turno, é prevista para os indivíduos identificados como inimigos e é baseada em medidas administrativas de contenção e neutralização, como forma de combater uma periculosidade presumida destes indivíduos.¹

Neste contexto, ainda que o direito penal limitado descritos pelos manuais seja reconhecido como a regra de aplicação do poder punitivo, a existência de um discurso ideológico de formação da imagem de inimigos permite a criação de uma exceção supostamente bem delimitada em que seria não apenas possível, mas recomendável a aplicação de um direito penal diferenciado. De acordo com este discurso, os limites impostos ao direito penal por princípios e garantias do Estado de Direito,

¹ É como define Zaffaroni “ao revisitarmos o exercício real do poder punitivo, verificamos que este sempre reconheceu um *hostis*, em relação ao qual operou de modo diferenciado, com tratamento discriminatório, neutralizante e eliminatório, a partir da negação de sua condição de pessoa, ou seja, considerando-o basicamente em função de sua condição de *coisa* ou *ente perigoso*. Por seu turno, um rápido exame da doutrina jurídico-penal, isto é, do discurso do saber jurídico e também da pretensa ciência empírica que o alimentou, demonstra que esta se ocupou em legitimar amplamente a já assinalada discriminação operativa. No geral essa maneira de agir pretendia basear-se em uma individualização *ôntica*, sob a forma de uma *imposição do fato ao direito*, em função da necessidade criada pela emergência de plantão invocada”. (Itálicos do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 115.

tornariam a reação penal ineficaz e, portanto, deixariam a sociedade indefesa diante de indivíduos reconhecidos como estranhos, diferentes, perigosos.

A aplicação deste direito penal diferenciado é decorrência direta da imagem de inimigo formada a partir da passagem pelos dois primeiros processos migratórios e pela identificação de indivíduos como seres diferentes de *nós*, imprevisíveis e perigosos. Diante desta imagem de inimigos, somente a aplicação de uma pena destinada à neutralização e contenção seria possível e suficiente para a proteção da sociedade, o que leva a uma inversão na lógica da aplicação do direito penal, que deixa de aplicar uma pena limitada à culpabilidade de um determinado fato póstumo e passa a buscar uma pena vinculada ao futuro e uma presumida periculosidade. É como descreve Zaffaroni:

praticamente há dois séculos – para não ir mais longe – abundam as tentativas de combinar *retribuição* com *neutralização*, ou seja, em diferentes terminologias, direito penal de *culpabilidade* (de ato, de *penas*, olhando para o *passado* etc.) com direito penal de *periculosidade* (de *autor*, de *medidas*, olhando para o *futuro* etc.). (...) Definitivamente, com um ou outro nome, cremos que é resultado da eterna falta de discurso próprio do direito penal sobre a pena, que às vezes legitima com elementos do direito administrativo (contenção), e outras com elementos do direito privado (retribuição).²

Neste cenário, a aplicação de um direito penal diferenciado decorre diretamente dos dois primeiros processos migratórios de formação da imagem do inimigo e da identificação deste como *não-pessoa*. Este tratamento pode ser reconhecido principalmente em três momentos distintos do sistema penal: em um momento pré-processual, caracterizado por atuações e execuções policiais sem processo; um momento processual propriamente dito, em que o tratamento penal diferenciado é realizado dentro do sistema penal formal por instâncias do judiciário e do Ministério Público; e, finalmente, em um momento de execução penal, em que estão presentes tanto o poder executivo quanto o poder judiciário, no efetivo cumprimento de penas estabelecidas na fase anterior.

² ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 116-117.

4.1.1. Tratamento Penal Diferenciado na Fase Pré-Processual

No primeiro momento de aplicação de um tratamento penal diferenciado, tem-se uma ação policial sem processo caracterizada por uma violência institucional decorrente de execuções extrajudiciais³ e o uso de força de forma excessiva, desnecessária e desmedida, formando aquilo que Zaffaroni identifica como direito penal subterrâneo⁴. Assim como os demais, este momento de tratamento diferenciado é consequência direta da imagem de inimigo criada pela passagem pelos dois primeiros processos migratórios de sua formação, sendo a fase em que esta imagem de inimigo é mais explorada, para justificar e balizar atuações policiais violentas. No entanto, por ser um momento pré-processual e informal, em que o registro do desenvolvimento da dinâmica dos acontecimentos é precária, é também o momento em que não é realizada uma formalização deste discurso de tratamento do inimigo.

No momento pré-processual, o tratamento penal diferenciado pode ser identificado nos discursos de guerra adotados pelas polícias e pela resultante postura de violência adotada pelos membros destas instituições⁵. Um elemento paradigmático desta relação de guerra presente nos discursos e no ideário policial são cantos comumente entoados por membros do Batalhão de Operações Especiais do Rio de Janeiro que defendem abertamente a prática de tortura e de execuções extrajudiciais: “o

³ Neste contexto, o termo “execuções extrajudiciais” segue a definição adotada pela Anistia Internacional abrangendo “as distintas violações do direito à vida cometidas pelos agentes encarregados de fazer cumprir a lei, incluindo não só homicídios cometidos de forma deliberada, mas também mortes ocasionadas pelo uso desnecessário e excessivo da força”. ANISTIA INTERNACIONAL. **Você Matou Meu Filho! Homicídios Cometidos pela Polícia Militar na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2015, p. 23.

⁴ Conforme detalhado por Zaffaroni, o sistema penal subterrâneo da América Latina guarda raízes nas ditaduras de segurança, que “aplicaram reclusão perpétua e só muito excepcionalmente a pena de morte formal, empregando, ao mesmo tempo, medidas de extermínio para os indesejáveis ou execuções penais sem processo”. Segundo explica “o caráter diferencial desses regimes [ditatoriais] foi a montagem do mencionado *sistema penal subterrâneo* sem precedentes quanto à crueldade, complexidade, calculadíssima planificação e execução, cuja analogia com a *solução final* é inegável”. (Itálicos do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 50-51.

⁵ Como regra, este discurso policial não é formalizado diretamente em documentos, mesmo assim altos membros das instituições policiais costumam cristalizar a ideologia dominante entre seus pares, como foi o caso do Coronel Marcus Jardim, comandante do 1º Comando de Policiamento de Área do Rio de Janeiro, que declarou que a Polícia Militar “é o melhor inseticida social” existente. Sobre este ponto, Zacccone destaca: “o fato de um Coronel da Polícia Militar do Rio de Janeiro, vinte anos após a promulgação da Constituição Cidadã, ter declarado que a polícia ‘é o melhor inseticida social’ que existe, referindo-se evidentemente ao extermínio de criminosos/inimigos, nos coloca em dúvida quanto ao entendimento prevalente de que o processo de militarização da segurança pública é tão somente uma permanência do período da ditadura militar”. ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 138.

interrogatório é muito fácil de fazer / pega o favelado e dá porrada até doer; o interrogatório é muito fácil de acabar / pega o bandido e dá porrada até matar”⁶.

Para além dos cânticos entoados nos treinamentos de batalhões da Polícia Militar, outro dado sintomático desta ideologia de guerra contra inimigos nesta fase pode ser encontrado nas estatísticas relativas à violência policial. Estes relatos de violência fazem parte do cotidiano no Brasil⁷, assim como a existência de agressões e execuções extrajudiciais cometidas por policiais durante e fora de expediente é amplamente reconhecida pela sociedade, chegando-se ao ponto de o número de mortes causadas por intervenção policial ser a segunda maior causa de mortes violentas intencionais no país⁸.

Como consequência da criação de uma imagem de inimigos na qualidade de seres estranhos, imprevisíveis e perigosos, desenvolve-se nas forças policiais uma ideologia de guerra que leva à introjeção da ideia de que a eliminação física destes inimigos seria a única solução possível para este conflito, especialmente diante de uma aparente impunidade no âmbito do poder judiciário, que seria demasiadamente leniente com “criminosos”⁹. Esta ideologia de guerra é internalizada pelas forças policiais que, no exercício muitas vezes legítimo da profissão, acreditam verdadeiramente que ações violentas contra estes “inimigos” trariam maior segurança para a sociedade¹⁰, o que leva à

⁶ Como citado por Sá, com base em reportagem divulgada pelo portal *O Globo*, em 24/09/2003, “os moradores de um bairro muito nobre do Rio de Janeiro se assustaram com os gritos de um canto do BOPE, um pelotão de elite da Polícia Militar, em seus exercícios matinais, gritos esses que invadiam a paz de seus moradores”. SÁ, Alvin August de. *Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário*. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 327.

⁷ Conforme aponta levantamento divulgado pela Anistia Internacional, “execuções extrajudiciais cometidas por policiais são frequentes no Brasil. No contexto da ‘guerra às drogas’, a Polícia Militar tem usado a força letal de forma desnecessária e excessiva, provocando milhares de mortes ao longo da última década”. ANISTIA INTERNACIONAL. **Você Matou Meu Filho! Homicídios Cometidos pela Polícia Militar na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2015, p. 04.

⁸ De acordo com levantamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, “a violência faz parte do cotidiano brasileiro. Ela nos anestesia. Para se ter uma ideia, o número de mortos decorrentes de intervenção policial já é a segunda causa de mortes violentas intencionais e é 46,6% superior ao número de latrocínios”. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015**. Ano 9. São Paulo, 2015, p. 08. No mesmo contexto, levantamento realizado pela Anistia Internacional apurou que 15,6% dos homicídios ocorridos na cidade do Rio de Janeiro em 2014 foram causados por policiais em serviço. ANISTIA INTERNACIONAL. **Você Matou Meu Filho! Homicídios Cometidos pela Polícia Militar na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2015, p. 06.

⁹ Conforme destaca a Anistia Internacional, uma das consequências desta falta de confiabilidade no poder judiciário é a atuação de forças policiais como justiceiros “que matam suspeitos de terem praticado crimes, em vez de prendê-los e levá-los à justiça”. ANISTIA INTERNACIONAL. **Você Matou Meu Filho! Homicídios Cometidos pela Polícia Militar na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2015, p. 11.

¹⁰ Como destaca Sá, “os policiais, no exercício honesto e, porque não dizer, nobre de sua profissão (da qual, há que se reconhecer, todos nós dependemos e à qual todos nós podemos ter que recorrer a qualquer momento), ao se sentirem heróis na defesa da sociedade (e de fato o são, em não raras e honrosas vezes), podem se deixar tomar por esse ‘espírito de guerra’ (por força de uma ideologia que nos envolve a todos) e vão à ‘caça’ dos ‘inimigos’”. SÁ, Alvin August de. *Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle*

criação de um espaço de exceção permanente e à transformação do uso legal da força pelo Estado de uma medida excepcional e provisória para uma verdadeira técnica de governo¹¹.

Com esta transformação do uso da força em técnica de governo, ora em nome da necessidade, ora em nome de um eficientismo penal¹², tem-se o desenvolvimento de um *modus operandi* policial baseado no uso desmedido da violência e da truculência policial que é amplamente conhecido pela sociedade, mas visto como técnica essencial para uma gestão de ilegalismos efetiva diante de um inimigo identificado como perigoso e imprevisível¹³. Neste contexto, por mais que a população em geração não aceite receber este tratamento violento e espere da polícia uma postura de respeito¹⁴, o apoio da sociedade é essencial para a existência desta técnica de governo, que acaba legitimada e reforçada por uma ideologia social que reflete um pacto velado entre mídia, opinião pública, políticos e instâncias de controle. Como destaca Alessandra Teixeira,

de algum modo a eliminação física de indivíduos classificados como nocivos socialmente parece ter sido acionada como uma permanente possibilidade a partir do fenômeno Esquadrão da Morte, ficando latente

Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 327. De outro lado, a Anistia Internacional destaca que “a lógica de execução não está somente entranhada nas instituições policiais. O policial acha que está fazendo um bem para a sociedade e a sociedade apoia isso”. ANISTIA INTERNACIONAL. **Você Matou Meu Filho! Homicídios Cometidos pela Polícia Militar na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2015, p. 24.

¹¹ De acordo com Zaccone, “o chamado uso legal da força pelo Estado, a partir das agências policiais apresenta-se na forma de um deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo. Não fosse assim, não seria possível compreendermos a dimensão dos massacres modernos a produzirem uma letalidade maior do que as guerras, na forma de uma prática sistêmica realizada por agentes do Estado ou por um grupo com controle territorial”. ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 139.

¹² Como destaca Zaffaroni, para a legitimação do uso desmedido de violência institucional invoca-se comumente a dicotomia entre *eficácia* e *garantias*, sustentando-se que a restrição da atuação policial aos limites legais levaria à impossibilidade de defesa da sociedade. “Uma crua e correta tradução do *eficientismo penal* em termos reais permite defini-lo – livre de suas máscaras – como uma *tácita reclamação da legalização da tortura*”. (Itálicos do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 119.

¹³ Segundo Alessandra Teixeira, o uso da violência pelos órgãos policiais tem como função fazer uma gestão de ilegalismos diferencial: “se essa violência se explicitou e se generalizou no interior do aparato repressivo do Estado, é certo que no centro mesmo de sua natureza permanecia a mesma lógica constituinte que animava a atuação do Esquadrão da Morte: modos precisos de gerir ilegalismos diferencialmente”. TEIXEIRA, Alessandra. **Construir a Delinquência, Articular a Criminalidade: um Estudo Sobre a Gestão dos Ilegalismos na Cidade de São Paulo**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2012, p. 186.

¹⁴ Como regra, a população espera receber das forças policiais o mesmo tratamento dispensado pela Polícia Federal ao Sr. Eduardo Constantino da Cunha, então presidente da Câmara dos Deputados, que, após o cumprimento de ordem de busca e apreensão em sua casa, declarou aos jornais que os policiais federais “foram muito educados”, o que é impensável acontecer em quaisquer investigações que não envolvam colarinho branco no Brasil. URIBE, Gustavo; DIAS, Marina; BRAGON, Ranier. Com boato de operação, Cunha já estava acordado quando PF chegou, 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/12/1719299-desconfiado-cunha-estava-acordado-quando-pf-chegou-a-sua-residencia.shtml>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

essa “solução” não apenas nos desígnios das ações do Estado, como no imaginário social.¹⁵

Se o apoio de uma parte da sociedade a ações policiais violentas é fruto de uma ideologia baseada na dicotomia cidadãos de bem vs inimigos, pela qual toda violência contra os segundos seria não apenas aceitável mas também recomendável, a indefinição dos limites desta linha divisória leva à criação de um cenário paradoxal em que metade da população do país concorda com a frase “bandido bom é bandido morto”¹⁶, enquanto 60% da população paulistana declara ter medo da Polícia Militar¹⁷. Este paradoxo justifica-se pelo fato de que a falta de clareza da linha divisória entre inimigos e cidadãos de bem permitiria uma agressão indiscriminada não apenas aos indivíduos identificados como inimigos, mas também à população civil em geral¹⁸.

Este cenário de violência decorrente da criação de uma imagem de inimigos pode ser facilmente identificada no cenário da chamada “guerra às drogas”¹⁹ em que são realizadas verdadeiras operações de guerra – inclusive com o uso de veículos blindados e armas de grosso calibre em bairros residenciais densamente povoados

¹⁵ TEIXEIRA, Alessandra. **Construir a Delinquência, Articular a Criminalidade: um Estudo Sobre a Gestão dos Ilegalismos na Cidade de São Paulo**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2012, p. 185.

¹⁶ Segundo dado divulgado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, “50% dos residentes nas grandes cidades brasileiras concordam com a frase ‘bandido bom é bandido morto. Por outro lado, 45,3% da população discorda dessa afirmação”. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015**. Ano 9. São Paulo, 2015, p. 06. De outro lado, relatório divulgado pela Anistia Internacional revela um número diverso, mas próximo ao citado: “parte expressiva da sociedade brasileira legitima essas mortes e, em muitos casos, as defende. Expressões como ‘bandido bom é bandido morto’ são corriqueiras no Brasil. Segundo pesquisa da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 43% dos brasileiros/as concordam com essa afirmação, sendo que 32% concordam totalmente com essa frase”. ANISTIA INTERNACIONAL. **Você Matou Meu Filho! Homicídios Cometidos pela Polícia Militar na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2015, p. 24.

¹⁷ De acordo com pesquisa divulgada em novembro de 2015. FERRAZ, Lucas; PAGNAN, Rogério. 60% dos paulistanos têm medo da PM, aponta Datafolha, 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/11/1702899-60-dos-paulistanos-tem-medo-da-pm-aponta-datafolha.shtml>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

¹⁸ Segundo Zaffaroni, este cenário decorre da falta de limites jurídicos nesta *guerra suja*: “os limites jurídicos se perdem porque essa *guerra suja* não permite distinguir entre *combatentes* e *população civil*, pois argumenta-se que os combatentes ocultam-se entre a população e às vezes esta os protege. Com isso, legitima-se a *agressão indiscriminada* contra a população civil, o que rompe o princípio diretor de todo o direito internacional humanitário de Genebra”. (Itálicos do autor) ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 149.

¹⁹ Como destaca Zacccone, “a chamada ‘guerra às drogas’ passa a ser um recrutador eficaz de clientela para a letalidade do nosso sistema penal (...) Assim, a expressão ‘guerra às drogas’ soa como uma metáfora, pois oculta que, como toda guerra, está voltada para atingir pessoas identificadas como inimigas”. ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 139.

– que resultam em um grande número de mortos²⁰. Segundo aponta relatório da Anistia Internacional,

um dos resultados dessa política de segurança pública voltada para a “guerra às drogas” no Brasil, e especialmente na cidade do Rio de Janeiro, é o alto número de execuções extrajudiciais por parte de policiais civis e militares durante operações em favelas e bairros de periferia. Essas execuções são raramente investigadas e, em geral, permanecem impunes. Os responsáveis dificilmente são levados à Justiça e a grande maioria das vítimas não obtém nenhuma reparação. Essa impunidade alimenta o ciclo de violência que marca as operações policiais no país.²¹

Nesta conjuntura de guerra, a existência de uma imagem de inimigo é essencial para a legitimação de uma violência institucional e do uso de força desmoderada, uma vez que contra o inimigo o uso da força seria constantemente legitimado. Como consequência, as construções narrativas de intervenções policiais violentas têm como foco principal demonstrar a ligação da(s) vítima(s) à imagem de inimigo, deixando em segundo plano a efetiva dinâmica da ocorrência, uma vez que a demonstração de um *modus vivendi* criminoso tornaria mais convincente uma atuação policial por reação e não por iniciativa²². Além disso, como diante do inimigo seria possível um tratamento como *não-pessoa*, a identificação da vítima ao estereótipo criminal levaria também à ampliação dos limites do uso legal da violência, diante da relativização da reação proporcional.

Esta forma de atuação de membros das forças policiais pode ser identificado em diversas ações policiais recentes. Em um primeiro caso paradigmático, dois jovens chamados Alan Souza de Lima e Chauan Jambre Cezário foram baleados por policiais militares do Rio de Janeiro na favela de Palmeirinha, o que levou à morte do

²⁰ Conforme conclui a Anistia Internacional, “as políticas de segurança pública no Brasil são marcadas por operações repressivas nas favelas e áreas marginalizadas. A ‘guerra às drogas’ para combater o tráfico de drogas, especialmente nas favelas, e a ausência de regras claras para o uso de veículos blindados e de armas pesadas em áreas urbanas densamente povoadas elevam o risco de morte da população local”. ANISTIA INTERNACIONAL. **Você Matou Meu Filho! Homicídios Cometidos pela Polícia Militar na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2015, p. 05.

²¹ ANISTIA INTERNACIONAL. **Você Matou Meu Filho! Homicídios Cometidos pela Polícia Militar na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2015, p. 11.

²² “Pouco ou quase nada se fala sobre a dinâmica do evento que produziu a morte da vítima nos autos de resistência. A definição do inimigo acaba por operar uma inversão na linha de investigação, passando o morto a ser o sujeito suspeito/investigado em seus variados aspectos”. ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 160.

primeiro. Inicialmente, o caso foi registrado como “morte decorrente de intervenção policial”, sob o argumento de que os jovens teriam sido alvejados durante um confronto com policiais e seriam *suspeitos* de integrar uma quadrilha que controlaria o tráfico de drogas na comunidade. Pouco dias após o registro oficial da ocorrência pelos policiais militares, no entanto, foi divulgado um vídeo de celular que demonstrou que as vítimas não tinham sido baleadas durante um confronto com a polícia, uma vez que os dois “suspeitos” faziam brincadeiras e conversavam com um grupo de amigos quando desavisadamente foram baleados pelos policiais²³.

Outro caso igualmente emblemático foi a morte de cinco jovens em uma ação policial recente no acesso do Morro da Lagartixa, no Rio de Janeiro. Após fuzilarem as vítimas com o disparo de 111 (cento e onze tiros) tiros – segundo contagem própria da Polícia Militar –, os policiais militares responsáveis pela ação registraram o caso como “auto de resistência”, argumentando que as vítimas eram *suspeitas* de terem participado de um roubo de carga e que teriam atirado contra a viatura da PM. Contudo, a versão dos policiais foi contrariada pela perícia do instituto de criminalística e pelo fato de que a arma que teria sido usada pelas vítimas era falsa (que, aliás, teria sido plantada pelos próprios policiais)²⁴. Esta atuação corrobora a conclusão a que chegou a Anistia Internacional:

A Anistia Internacional descobriu que as investigações são frequentemente prejudicadas pela alteração das cenas dos crimes por meio da remoção do corpo da vítima sem diligência apropriada ou da inserção de falsas evidências criminosas (como armas e outros objetos forjados) junto ao corpo. Quando a vítima é suspeita de ter relação com o tráfico de drogas ilícitas, a investigação geralmente foca em seu perfil criminal a fim de legitimar aquela morte em vez de determinar as circunstâncias do homicídio.²⁵

²³ ARAÚJO, Vera. Suspeita de falso auto de resistência leva exoneração de comandante do 9º BPM, 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/suspeita-de-falso-auto-de-resistencia-leva-exoneracao-de-comandante-do-9-bpm-15446720>>. Acesso em: 03 dez. 2015.

²⁴ Como consequência, três dos policiais que participaram da intervenção acabaram presos preventivamente por homicídio e fraude processual e um quarto policial por fraude processual. BACELAR, Carina. Quatro PMS presos após morte de cinco jovens em Costa Barros, 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/quatro-pms-presos-apos-morte-de-cinco-jovens-em-costa-barros-18174477>>.

Acesso em: 03 dez. 2015. ROUVENAT, Fernanda; RODRIGUES, Matheus. Perícia encontra 63 marcas de tiros no carro dos jovens de Costa Barros, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/12/pericia-encontra-63-marcas-de-tiros-no-carro-dos-jovens-de-costa-barros.html>>.

Acesso em: 03 dez. 2015.

²⁵ ANISTIA INTERNACIONAL. **Você Matou Meu Filho! Homicídios Cometidos pela Polícia Militar na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2015, p. 06.

Em uma terceira ocorrência igualmente emblemática desta banalidade do mal, cumpre citar o caso do Policial Militar Fábio Gambale da Silva que foi filmado empurrando o suspeito Fernando da Silva do telhado de uma casa, mesmo depois de dominado e rendido. Como se não bastasse, depois de jogá-lo de uma altura de nove metros, ao invés de realizar a sua prisão, o policial disparou duas vezes contra Fernando causando a sua morte. Como nos outros casos, os policiais militares envolvidos no caso registraram a ocorrência como “morte decorrente de intervenção policial”, justificada pela imagem tenebrosa de ser *suspeito* de ter participado de um roubo, aliado à alegação de que teria reagido à prisão²⁶.

Como se verifica, este tratamento penal subterrâneo está vinculado à identificação do indivíduo vitimado à imagem de inimigo nas figuras pouco claras de *suspeito*, *integrante de facção*, *traficante*, enfim, de *criminoso*. Na mesma linha, a construção narrativa utilizada para justificar este tratamento baseado na violência institucional tem como base a identificação do inimigo, o que tornaria um contexto de atuação legal mais aceitável²⁷. É assim que episódios de violência que resultam em morte são registrados através de termos como “auto de resistência” e “homicídio decorrente de intervenção policial”²⁸, que funcionam como uma “cortina de fumaça” para encobrir o que muitas vezes são verdadeiras execuções extrajudiciais²⁹.

²⁶ Após a divulgação do vídeo de celular que mostrou a ocorrência, a equipe que participou da abordagem foi presa. Vale destacar que na mesma abordagem em que Fernando da Silva foi morto, outras equipes de policiais militares promoveram a execução extrajudicial de Paulo Henrique Porto, também suspeito do mesmo crime. Assim como a morte de Fernando, foram divulgadas imagens de celular que demonstraram que Paulo Henrique foi rendido, detido, algemado, desalgemado e, em seguida, sumariamente assassinado por policiais militares que, para justificar a ação, fraudaram o local dos fatos colocando uma arma nas mãos do corpo desfalecido do “suspeito”. Essas atuações, assim como outras, comprovam a conclusão da Anistia Internacional de que membros das forças policiais “matam suspeitos de terem praticado crimes em vez de prendê-los e levá-los à Justiça”. ANISTIA INTERNACIONAL. **Você Matou Meu Filho! Homicídios Cometidos pela Polícia Militar na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2015, p. 11.

²⁷ No mesmo sentido, cumpre citar levantamento realizado pelo site Agência Pública com base na lei de acesso à informação, que, após analisar 330 Boletins de Ocorrência registrados como “morte decorrente de intervenção militar”, concluiu que a construção da narrativa em atuações letais da Polícia Militar segue um padrão na construção da demonstração da legítima defesa: “O enredo de uma intervenção letal da Polícia Militar (PM) em São Paulo começa com um homem jovem e negro suspeito do crime de roubo nas ruas da capital paulista. A PM sai em perseguição e, quando o encontra, os policiais são supostamente recebidos a tiros. Os PMs então ‘revidam a injusta agressão’, no jargão dos boletins de ocorrência – ou seja, atiram de volta. E são certos: poucos personagens dessa história sobrevivem. As armas das vítimas da PM costumam ser de baixo calibre: apenas seis entre as 271 supostamente apreendidas eram de alta potência, como fuzis ou escopetas. Percebemos também que as intervenções ocorrem principalmente em locais afastados do centro expandido, região que concentra as áreas mais nobres de São Paulo”. BARROS, Ciro; BARCELOS, Iuri; SILVA, José Cícero. 396 mortes pela PM paulista: história por trás dos BOs, 2015. Disponível em: <<http://apublica.org/2015/12/396-mortes-e-o-padroao-da-pm-paulista/>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

²⁸ De acordo com a Anistia Internacional, “os ‘autos de resistência’ são registros administrativos de ocorrência realizados pela Polícia Civil, que faz uma classificação prévia do homicídio praticado por policiais, associando-o a uma excludente de ilicitude: a legítima defesa do policial”. ANISTIA INTERNACIONAL. **Você Matou Meu Filho! Homicídios Cometidos pela Polícia Militar na Cidade do**

Diante do forte estigma criado em torno dos chamados “autos de resistência” e de sua utilização como meio de justificação de um direito penal subterrâneo, os poderes públicos vêm adotando políticas para extinguir a existência desta forma de registro policial. Inicialmente, como a ocorrência de chacinas que teriam sido cometidas por policiais militares e em que houve a suspeita de alteração da cena do crime, aliado à notícia de que milicianos teriam como prática deixar indivíduos feridos em confronto agonizando até quase a morte para oferecer socorro, a Secretaria de Segurança Pública de São Paulo publicou a Resolução SSP-05, de 07/01/2013, que estabelecia novos parâmetros para o atendimento de ocorrência em que houvesse lesões corporais, homicídio e casos de ferimento em geral, determinando que todo socorro deveria ser feito exclusiva e obrigatoriamente pelo Serviço de Atendimento Médico de Urgência – SAMU³⁰. Na mesma resolução, foi determinada a abolição dos termos “auto de resistência”, “resistência seguida de morte”, substituídas pelos termos “lesão corporal decorrente de intervenção policial” e “morte decorrente de intervenção policial”.

Na mesma esteira, mais recentemente, em 06/01/2016, entrou em vigor a Resolução Conjunta nº 02, de 13 de outubro de 2015, do Ministério da Justiça, do Departamento de Polícia Federal e do Conselho Superior de Polícia, que determinou também o fim do termo “auto de resistência”, com a utilização da nova denominação “lesão corporal decorrente de oposição à intervenção policial” ou “homicídio decorrente de oposição à intervenção policial”. Como forma de dar mais efetividade à investigação, foram também definidos novos procedimentos para o registro deste tipo de ocorrência nos órgãos de polícia judiciária, como a comunicação da instauração de inquérito policial ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao órgão correcional correspondente, além da

Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015, p. 11. Por sua vez, Orlando Zaccane destaca que a existência dos chamados “autos de resistência” no ordenamento jurídico brasileiro reflete um traço de cultura e barbárie no interior da nossa civilização: os “autos de resistência”, forma jurídica da legitimação das mortes provocadas a partir de ações policiais pelo sistema penal, representam um documento de cultura e barbárie”. ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 125.

²⁹ Conforme destaca relatório da Anistia Internacional, “as autoridades usam com frequência os termos ‘auto de resistência’ ou ‘homicídio decorrente de intervenção policial’ (usados nos registros de mortes provocadas por policiais em serviço e justificadas com base na legítima defesa) como uma ‘cortina de fumaça’ para encobrir execuções extrajudiciais promovidas pelos policiais”. ANISTIA INTERNACIONAL. **Você Matou Meu Filho! Homicídios Cometidos pela Polícia Militar na Cidade do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro, 2015, p. 11.

³⁰ A resolução deixa claro que a finalidade desta determinação é a “preservação adequada do local em que tenha ocorrido morte ou lesão corporal, inclusive a decorrente de intervenção policial, para apuração efetiva do acontecido”, esclarecendo que “o SAMU possui protocolo de atendimento de ocorrências com indícios de crime buscando preservar evidências periciais, sem comprometimento do pronto e adequado atendimento às vítimas”.

obrigatoriedade da apreensão dos objetos relacionados aos fatos e, em caso da ocorrência de morte, tramitação em Delegacias de Crimes contra a Pessoa, especializadas.

Nas investigações conduzidas hoje, quando é realizada uma análise destes registros policiais – já na fase processual –, a identificação da vítima desta violência institucional à imagem do inimigo opera uma inversão da culpabilidade, tornando ônus da vítima (ou de seus familiares) comprovar um *modus vivendi* não criminoso e, desta forma, que a atuação policial atravessou os limites legais³¹. Como o inimigo é identificado como um ser diferente, perigoso e imprevisível, tem-se uma presunção relativa de juridicidade da violência policial, em um cenário em que uma atuação penal subterrânea é legitimada por um direito penal de autor.

De fato, diante do histórico de um “auto de resistência” que descreva a morte de um “traficante” em um “confronto com a polícia”, o ponto central de análise do Ministério Público e do Poder Judiciário desloca-se da efetiva dinâmica da ocorrência e dos elementos de prova que a demonstrem para a confirmação do testemunho policial através de demonstração da identificação da vítima à imagem de inimigo³². É desta forma que se opera a inversão da culpabilidade decorrente da existência de uma imagem de inimigo. Até porque, a mera identificação de um indivíduo como “traficante” já traz uma carga ideológica capaz de ocultar a verdade dos fatos relativos à história e ao contexto social e de vida da vítima de violência policial³³. Como destaca a Desembargadora Kenarik Boujikian,

³¹ Como destaca Zaccone, “a ‘ficha limpa’ constitui um verdadeiro álibi para que as famílias busquem reparações do Estado (...). Em outros termos, a culpabilidade é invertida e passa a ser identificada pelo *modus vivendi* da vítima na sua própria condição de delinquente construída no ambiente social, que constitui o centro das investigações sobre a sua própria morte”. ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 30.

³² Conforme concluiu a Anistia Internacional, “ao descrever todas as mortes pela Polícia em serviço como resultado de um confronto, as autoridades culpam a vítima por sua própria morte. Geralmente, declarações de policiais envolvidos nesses casos descrevem contextos de confronto e de troca de tiros com suspeitos de crime. Essas versões tornam-se o ponto de partida das investigações. Quando a polícia registra que a vítima teria ligações com grupos criminosos, a investigação procura corroborar o testemunho do policial de que a morte ocorreu em legítima defesa”. ANISTIA INTERNACIONAL. **Você Matou Meu Filho! Homicídios Cometidos pela Polícia Militar na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2015, p.05.

³³ De acordo com levantamento realizado pelo site Agência Pública, em São Paulo o roubo é o crime que enseja a maior intervenção letal da Polícia Militar. No ano de 2014, dos 330 Boletins de Ocorrência que registraram morte por intervenção militar, 284 teriam sido motivadas pelo suposto cometimento de roubo, o que representa 86% dos casos. Segundo aponta o levantamento, apenas dois casos de homicídio levaram a intervenções letais da polícia, curiosamente em casos em que as vítimas do homicídio eram policiais militares. BARROS, Ciro; BARCELOS, Iuri; SILVA, José Cícero. 396 mortes pela PM paulista: história por trás dos BOs, 2015. Disponível em: <<http://apublica.org/2015/12/396-mortes-e-o-padroao-da-pm-paulista/>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

pode-se afirmar que os indivíduos que de algum modo tangenciam os crimes previstos na lei de entorpecentes são os que exponencialmente representam o “inimigo” nos dias de hoje, e sabemos que os “inimigos” são destituídos de natureza humana, razão pela qual lhe são subtraídos os atributos da humanidade e por consequência da cidadania.³⁴

Verdadeiramente, é inquestionável a legitimidade de ações policiais, ainda que com violência, sendo plenamente legal a atuação policial que cause um dano ao ofensor no combate a uma agressão real ou iminente, com o objetivo de proteger terceiros ou a si mesmo. Mesmo assim, cabe ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, na fase processual, verificar se a ação policial estava dentro dos limites legais da proporcionalidade, avaliando se o dano ao ofensor correspondia à estrita medida da necessidade para a contenção da agressão. Conforme pontua Zaffaroni,

ninguém pode negar a legitimidade da ação da polícia que torce o braço de quem tenta matar para soltar a arma, mesmo que o braço seja quebrado, se isso for necessário para evitar o homicídio, porém há que se considerar que, se o sujeito soltou a arma e está sob controle, a agressão real continua, caso se pretenda legitimar que o braço continue sendo torcido e até seja quebrado quando isso não é necessário para evitar o homicídio, mas porque se deseja saber quem lhe ordenou a missão.³⁵

Diante da influência de aspectos ideológicos e da imagem de inimigo, no entanto, cria-se a ideia da existência de uma ameaça real, constante e iminente, o que tornaria permanente a necessidade de reação e mais elásticos os seus limites. Em outras palavras, em um contexto de guerra, as forças policiais estariam permanentemente em situação de legítima defesa uma vez que este inimigo é imprevisível e perigoso, isto é, alguém que pode *nos* atacar a qualquer momento e que, exatamente por isso, deve ser mantido em sua condição de vencido e subordinado, o que permitiria este tratamento penal diferenciado.

Esta reação penal diferenciada decorre de uma ideologia que não vê na morte do inimigo uma violação juridicamente relevante, diante de sua

³⁴ LEMGRUBER, Julita, et al. (Org.). **Usos e Abusos da Prisão Provisória no Rio de Janeiro** – Avaliação do Impacto da Lei 12.403/2011. ARP, CESEC, Universidade Cândido Mendes: Rio de Janeiro, 2013, p. 04.

³⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 84.

identificação como *não-pessoa*³⁶, o que o reduz à categoria de *vida nua*, transformando-o em “vida matável, que pode se deixar morrer”³⁷. Como diante do inimigo a atuação policial goza de uma juridicidade presumida, tendo limites de proporcionalidade de reação mais elásticos, tem-se a aplicação de um direito penal diferenciado pelo qual a violência contra o inimigo e mesmo sua morte não teria valor juridicamente relevante, com a criação do ideário paradoxal da promoção da morte para a proteção da vida³⁸. Como descreve Orlando Zaccone,

a inclusão/exclusão jurídica do homicídio, perpetrado por agentes policiais, se manifesta por conta da condição do morto e não na forma como o fato efetivamente ocorreu. Identificada na vítima a figura do inimigo/criminoso, encarnada na categoria fantasmática do traficante de drogas, significada como a nomeação do mal, legítima é a ação policial a perpetrar sua morte. Já não se trata de por que morreu ou como morreu, mas de quem morreu.³⁹

4.1.2. Tratamento Penal Diferenciado na Fase Processual

A mesma ideologia decorrente da existência de uma imagem de inimigo tido como não-pessoa atuante na fase pré-processual reflete-se na fase

³⁶ De acordo com Orlando Zaccone, a concepção do inimigo como não-pessoa levaria à sua identificação na figura do *homo sacer*. Segundo esclarece, “a enigmática figura do *homo sacer* nos é apresentada por [Giorgio] Agamben através de dois traços aparentemente contraditórios – a impunidade de sua morte, uma vez que aquele que o matasse não responderia pelo homicídio, e o veto ao seu sacrifício, face à impossibilidade de sua consagração, pois estaria destituído de ingressar na esfera do divino. O *homo sacer* era excluído de incluído na legislação romana ao mesmo tempo em que era excluído, residindo neste aspecto uma situação paradoxal no qual, a vida insacrificável, que se pode matar, é vida sacra”. (Itálicos do autor) ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 104. Sobre a figura do *homo sacer*, Shecaira destaca que “na caracterização de Agambem, o modelo ideal-típico de pessoa excluída é oferecida pelo *homo sacer*, categoria do direito romano estabelecida fora da jurisdição humana sem ser trazida para o domínio da lei divina. A vida de um *homo sacer* é desprovida de valor, seja terrenamente, seja em termos divinos”. (Itálicos do autor) SHECAIRA, Sérgio Salomão. Exclusão Moderna e Prisão Antiga. In SÁ, Alvinio Augusto de; TANGERINO, Davi; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 05.

³⁷ ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 103.

³⁸ Como coloca Zaccone, “para proteger nossas vidas, os Estados acabam por promover verdadeiros massacres, seja em relação à população do seu território, seja na forma de neocolonialismo”. ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 131.

³⁹ ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 29.

processual de duas formas distintas dependendo do papel desempenhado na dinâmica processual. Quando desempenha o papel de vítima em casos de violência policial e institucional, tanto o Ministério Público e como o Poder Judiciário interpretam a violência contra o inimigo como legítima e conforme o direito, o que termina por legitimar uma atuação penal subterrânea e aumentar um ciclo de violência⁴⁰. De outro lado, quando sentado no banco dos réus, este tratamento manifesta-se através da relativização de garantias e da predileção quase absoluta pela pena de prisão, interpretada como único meio possível de neutralização do mal que o inimigo representa.

Na fase processual, realizada dentro do sistema penal formal, o tratamento penal diferenciado manifesta-se inicialmente pela falta de punição de casos de violência institucional exagerada e de atuação penal subterrânea, com base na suposta existência de uma causa excludente de antijuridicidade nas condutas policiais, decorrente da condição da vítima. Muitas vezes, apesar da demonstração da tipicidade e da culpabilidade de condutas de policiais, o mero fato de terem como vítima um inimigo leva a que se tenha uma presunção de que as condutas seriam lícitas diante de uma suposta legítima defesa, o que leva a promoções de arquivamento de investigações relacionadas à violência policial desmedida⁴¹.

Nesta linha, mencione-se inicialmente que a esmagadora maioria dos casos de violência policial não é denunciada pelo Ministério Público⁴². Além disso, segundo aponta Orlando Zaccone em pesquisa em que analisou 314 inquéritos policiais decorrentes de “autos de resistência” que tiveram como desfecho o arquivamento, a maioria das manifestações do Ministério Público propõe de forma genérica o

⁴⁰ Como concluiu a Anistia Internacional, “a ausência de investigação adequada e de punição dos homicídios causados pela Polícia envia uma mensagem de que tais mortes são permitidas e toleradas pelas autoridades, o que alimenta o ciclo de violência”. ANISTIA INTERNACIONAL. **Você Matou Meu Filho! Homicídios Cometidos pela Polícia Militar na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2015, p.06.

⁴¹ Após analisar centenas de pedidos de arquivamento, o autor concluiu que são três os principais elementos utilizados pelos promotores de justiça para justificar a não propositura de ação penal: a condição do morto, a localidade em que os fatos ocorreram e a apreensão de armas e drogas. Assim, nos *modelos* de promoção de arquivamento “como uma receita a estabelecer os ingredientes necessários para um fato descrito como homicídio deixe de ser um crime, sendo legitimado pela condição do morto; pela localidade onde ocorreu a ação policial que resultou a morte; e pela apreensão de armas e drogas, tudo a justificar a legitimidade da conduta dos policiais no marco da legítima defesa”. ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 157.

⁴² Como destacado por levantamento realizado pela Anistia Internacional, dos 220 casos de homicídio causados pela polícia do Rio de Janeiro, apenas um resultou em oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. “Ao checar o andamento de todas as 220 investigações de homicídios decorrentes de intervenção policial no ano de 2011 na cidade do Rio de Janeiro, a Anistia Internacional descobriu que foi apresentada denúncia em apenas um caso. Até abril de 2015 (mais de três anos depois), 183 investigações permaneciam em aberto”. ANISTIA INTERNACIONAL. **Você Matou Meu Filho! Homicídios Cometidos pela Polícia Militar na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2015, p.06.

enquadramento das condutas dos policiais à legítima defesa, sem fazer referência específica a elementos produzidos ao longo do inquérito, criando-se “uma zona de indeterminação entre o direito e o fato, aproximando-nos de um estado de exceção em que o direito vira fato e o fato vira direito na construção presumida de legítima defesa”⁴³.

De acordo com o autor, o descaso desta máquina burocrática é tamanho que em diversos inquéritos tanto promotores quanto juízes não se dão ao trabalho de *ler* o inquérito policial, julgando-o na prática pela classificação jurídica de “auto de resistência”, deixando de notar a existência manifesta de incoerências entre a narrativa apresentada pelos policiais e as lesões descritas pelos laudos cadavéricos⁴⁴. Segundo destaca, a indiferença diante deste tipo de homicídio é tamanha que em dezenas de inquéritos a Justiça e o Ministério Público nem ao menos manifestam-se acerca do evento morte!⁴⁵ Conclui o autor:

Em suma, a polícia mata, mas não mata sozinha. O sistema de justiça criminal se utiliza de um expediente civilizatório, racional e burocrático, na produção da verdade jurídica que viabiliza a ideia de uma violência conforme o direito, a partir da construção de uma violência qualificada por decisões de respeitáveis agentes públicos conhecidos como fiscais da lei.⁴⁶

Não restam dúvidas da existência de um tratamento penal diferenciado em face de indivíduos identificados como inimigos, diante da postura costumeira de membros do Ministério Público de requerer a juntada das folhas de

⁴³ Os inquéritos policiais analisados por Zaccone tramitaram na justiça estadual da cidade do Rio de Janeiro. ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 147.

⁴⁴ No mesmo sentido do relatório da Anistia Internacional, Orlando Zaccone destaca que “diferentes pesquisas apontam indícios de práticas criminosas nas ações da polícia ao analisarem incompatibilidade entre as ações narradas pelos policiais e as lesões descritas nos exames cadavéricos, como a presença de tiros na cabeça e à queima-roupa nas vítimas”. ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 142.

⁴⁵ “O descaso para com a apuração dos fatos envolvendo homicídios, em autos de resistência, chega a propiciar situações em que o Estado sequer tem o trabalho de proferir uma decisão sobre o evento morte. Observamos hipóteses em que, concomitantemente ao registro do homicídio proveniente de auto de resistência, é realizada uma prisão em flagrante de alguma pessoa envolvida na mesma ocorrência. Muitas vezes é feito tão somente um registro do fato envolvendo o crime do flagrante e o homicídio, ambos apreciados no mesmo inquérito, que é encaminhado a uma vara comum, distinta do júri. Outras vezes o indiciado preso em flagrante está ferido, ainda com vida num hospital, vindo a falecer posteriormente, sem que o aditamento inverta o objeto da investigação e a distribuição do processo. O resultado é que a Justiça acaba não se manifestando acerca do evento morte”. ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 149.

⁴⁶ ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 23.

antecedentes criminais das *vítimas* de ações policiais, como forma de embasar a demonstração da ocorrência de legítima defesa, o que não acontece em outros tipos de procedimento criminal. Ressalte-se, aliás, que, pelo ideal punitivista dominante entre promotores de justiça, a condição da vítima poderia influenciar apenas na punição do acusado. Além disso, é inquestionável que a identificação ou não de antecedentes criminais por parte de uma vítima fatal de ação policial violenta não tem qualquer influência sobre a compreensão da dinâmica dos fatos – e, portanto, da existência de legítima defesa –, o que demonstra que a juntada das folhas de antecedentes criminais da vítima atua apenas na construção da imagem de inimigo. É como destaca Zaccone:

a identificação do morto como traficante de drogas ou assaltante armado é um dos elementos a autorizar a ação letal praticada pelos policiais, na construção da legítima defesa feita pelos promotores de justiça. Para isso a juntada da FAC (Folha de Antecedentes Criminais) do morto passa a ser um padrão que distingue os inquéritos provenientes de auto de resistência dos demais inquéritos de homicídio⁴⁷.

Se o tratamento penal diferenciado manifesta-se pela impunidade da violação e morte do inimigo reduzido à categoria de *vida matável*, quando na qualidade de vítima, ao ocupar o posto de réu no processo tem-se uma forma diversa de tratamento diferenciado. Diante de uma ideologia e de uma imagem de inimigo como ser diferente e perigoso, ao analisar-se um processo que tem um indivíduo identificado como inimigo em seu pólo passivo, tem-se a valorização de um direito penal de periculosidade em detrimento de um direito penal de culpabilidade. Com isso, sob a justificativa de defesa da sociedade tem-se nesta fase, inicialmente, a relativização de garantias individuais e, em segundo lugar, a aplicação de penas de caráter neutralizador e corretivo, que se refletem no uso excessivo de detenção provisória e no estabelecimento quase exclusivo de penas de prisão em detrimento de penas não corporais.

O primeiro indicativo de um tratamento penal diferenciado pode ser identificada pela excessiva relativização de garantias individuais durante o trâmite de processos judiciais, diante da identificação do inimigo como *não-pessoa*. Note-se, quanto a isso, que processos judiciais envolvendo uma criminalidade de colarinho branco exigem uma precisão cirúrgica de juízes, promotores e desembargadores, diante de um

⁴⁷ ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 163.

cenário em que o menor deslize na aplicação de direitos e garantias de manuais pode levar à nulidade de investigações inteiras.⁴⁸ Em casos em que o réu é identificado como inimigo, no entanto, sob o manto da defesa da sociedade, do combate à impunidade e ao desassossego social, tem-se a redução de garantias individuais diante da relativização do formalismo e da instrumentalidade das formas.

Esta relativização de direitos e garantias individuais, decorrente de um tratamento penal diferenciado, pode também ser identificada na transformação da excepcionalidade da custódia cautelar em regra, o que se reflete no uso abusivo e indevido de detenções processuais⁴⁹. O caráter abusivo do uso da prisão cautelar pode ser identificado pelo desrespeito da qualidade excepcional desta medida, prevista apenas para casos em que fique demonstrado que a liberdade do acusado poderia trazer algum risco para a regular tramitação do processo e/ou para a ordem pública, ou diante da existência de fundada suspeita de risco de fuga⁵⁰.

⁴⁸ É paradigmático citar-se o caso de Daniel Valente Dantas, dono do Banco Oportunity, que foi investigado na Operação Satiagraha, da Polícia Federal. Durante as investigações, Daniel Dantas teve a prisão decretada duas vezes “para conveniência da instrução criminal”, pelo juízo da 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo. Nas duas oportunidades, os decretos de prisão foram revogados por determinação do Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que as decisões não estavam suficientemente fundamentadas e que aquelas prisões representavam uma antecipação indevida da pena. Destaque-se a decisão proferida pelo Ministro Eros Grau na Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 95.009, do Supremo Tribunal Federal, em que sustenta que “o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição, uma vez que nele reside a atualidade política da Carta Fundamental”. De outro lado, é interessante notar que em casos de prisões relacionadas a crimes de tráfico de drogas ou roubo, os tribunais têm um entendimento de que a prisão cautelar seria medida aceitável uma vez que são “crimes graves e que causam desassossego social”.

⁴⁹ Como estabelecido em relatório elaborado pelo Instituto Sou da Paz em conjunto com a ARP (Associação pela Reforma Prisional), “o mau uso da prisão provisória pode se dar de duas formas: uso abusivo e uso indevido. O uso da prisão provisória é abusivo quando esta é utilizada para a maior parte dos réus em processos criminais. Seu uso é considerado indevido quando o acusado permanece preso durante o processo e, ao final, é colocado em liberdade porque foi absolvido ou, se condenado, recebeu uma pena diversa da prisão”. LEMGRUBER, Julita, et al. (Org.). **Monitorando a Aplicação da Lei das Medidas Cautelares e o Uso da Prisão Provisória nas Cidades do Rio de Janeiro e São Paulo**. Instituto Sou da Paz e ARP, p. 05. Sobre a definição estabelecida pelos pesquisadores com relação ao uso indevido da prisão provisória, cumpre fazer-se uma ressalva: não nos parece possível identificar o uso de uma contenção cautelar como indevido com base apenas no desfecho final do processo uma vez que os elementos que justificam um decreto condenatório são diferentes dos elementos que autorizam a determinação judicial da contenção cautelar. Por isso entendemos como indevido apenas o uso de prisão cautelar em processos em que a tutela cautelar mostra-se mais gravosa do que o decreto final possível do processo, isto é, “em franco conflito com o princípio de proporcionalidade entre medida cautelar e punição aplicada”. LEMGRUBER, Julita, et al. (Org.). **Usos e Abusos da Prisão Provisória no Rio de Janeiro – Avaliação do Impacto da Lei 12.403/2011**. ARP, CESEC, Universidade Cândido Mendes: Rio de Janeiro, 2013, p. 17.

⁵⁰ “Não se deve esquecer que a Constituição brasileira, pelo princípio da presunção de inocência, garante a toda pessoa acusada de crime o direito de aguardar em liberdade o resultado do processo. A prisão, por conseguinte, só deveria ocorrer em casos excepcionais, sobretudo quando a liberdade do acusado colocasse em risco a tramitação regular do processo, permitindo-lhe, por exemplo, coagir testemunhas, vítimas e/ou operadores do sistema de segurança e justiça. Mas o que deveria ser exceção aqui tem constituído regra: aplica-se a torto e a direito a prisão cautelar, até mesmo nos numerosos casos em que, pela natureza do crime, a pena ao final do processo com toda probabilidade não será de prisão”. LEMGRUBER, Julita, et al. (Org.). **Usos e Abusos da Prisão Provisória no Rio de Janeiro – Avaliação do Impacto da Lei 12.403/2011**. ARP, CESEC, Universidade Cândido Mendes: Rio de Janeiro, 2013, p.013, p. 05.

Tomando como base a imagem de inimigo na qualidade de ser diferente, perigoso e imprevisível, tem-se uma relativização e uma maior elasticidade das regras que possibilitam a contenção cautelar, com a utilização deste instituto como meio de defesa da sociedade independentemente da efetiva necessidade da manutenção cautelar⁵¹. Com isso, tem-se o uso da prisão provisória como meio de legítima defesa social diante de um perigo supostamente real, iminente e constante, com a aplicação de um direito penal de periculosidade presumida⁵².

Por outro lado, é paradigmático destacar que, nas cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro, o judiciário tem utilizado a prisão cautelar em 60% e 72% de casos de prisão em flagrante, respectivamente⁵³. Considerando o caráter excepcional da custódia cautelar e considerando que o auto de prisão em flagrante constitui um apenso ao processo principal em que constam apenas e tão somente as informações acerca da ocorrência que levou à prisão, parece pouco provável que, na esmagadora maioria dos casos analisados, os juízes paulistanos e cariocas tenham logrado identificar elementos concretos que demonstraram que a liberdade nos casos concretos poderia colocar em risco a regular tramitação do processo ou a ordem pública.

Ademais, é de se ponderar que as taxas de aprisionamento provisório no Brasil são alarmantes, somando-se 250.213 presos sem condenação⁵⁴, o que representa aproximadamente 40% da população carcerária do país⁵⁵. A análise de dados

⁵¹ De acordo com levantamento elaborado pelo Instituto Sou da Paz, as maiores justificativas para a manutenção da prisão cautelar são a necessidade de manutenção da ordem pública e o garantia da aplicação da lei penal. “os principais obstáculos para a ampliação do uso das cautelares encontram-se justificados em critérios legais, como a subjetiva noção de manutenção da ordem pública ou para assegurar a aplicação da lei penal”. LEMGRUBER, Julita, et al. (Org.). **Monitorando a Aplicação da Lei das Medidas Cautelares e o Uso da Prisão Provisória nas Cidades do Rio de Janeiro e São Paulo**. Instituto Sou da Paz e ARP, p. 13.

⁵² É como pontua Zaffaroni, “pode-se afirmar que o poder punitivo na América Latina é exercido mediante medidas de contenção para suspeitos perigosos, ou seja, trata-se, na prática, de um direito penal de *periculosidade presumida*, que é a base para a imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada”. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 84.

⁵³ “Mais de 60% dos presos em flagrante na cidade de São Paulo e mais de 72% dos presos em flagrante na Capital do Rio de Janeiro receberam como medida cautelar a prisão, mesmo após a aprovação da Lei das Cautelares”. LEMGRUBER, Julita, et al. (Org.). **Monitorando a Aplicação da Lei das Medidas Cautelares e o Uso da Prisão Provisória nas Cidades do Rio de Janeiro e São Paulo**. Instituto Sou da Paz e ARP, p. 05.

⁵⁴ Tomando-se com base informações do INFOPEN de 2014, a população carcerária provisória do Brasil é a quarta maior do mundo, atrás apenas de Estados Unidos (480.000), Índia (255.000) e China (250.000). Ainda de acordo com o INFOPEN, “o Brasil exhibe, entre os países comparados, a quinta maior taxa de presos sem condenação”. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014**. Ministério da Justiça: Brasília, 2015, p. 13.

⁵⁵ De acordo com o relatório do INFOPEN de 2015, a porcentagem de presos provisórios no Brasil é de 40,1%. Por outro lado, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2015 divulgou uma porcentagem menor, de 38,3%, uma vez não levou em consideração as pessoas presas em carceragens de delegacias (custódias policiais). Diante disso, o número de presos provisórios de acordo com o Anuário de Segurança

dos estados demonstra uma situação ainda mais alarmante em estados como Sergipe, em que 73% da população carcerária é formada por presos provisórios; Maranhão, com um total de 66% de presos processuais; Bahia, com 65%; e Piauí, em que 64% da população carcerária não têm sentença definitiva. Cabe destacar que outros estados brasileiros como Pernambuco (59%), Amazonas (57%), Minas Gerais (53%), Mato Grosso (53%), Roraima (50%) e Ceará (50%) têm metade ou mais da metade de sua população carcerária formada por presos provisórios. Dos demais, apenas Acre (19%) e Rondônia (16%) apresentam taxas inferiores a 20% de encarceramento provisório⁵⁶.

Além de este excesso de encarceramento processual contribuir para o cenário de falência do sistema prisional, também traz inúmeros desafios à condução do cárcere e à execução penal tanto de presos provisórios quanto definitivos. Vale mencionar que apenas no estado de São Paulo os estabelecimentos prisionais têm de conduzir a custódia provisória de mais de 66 mil presos. Este excesso de aprisionamento provisório amplamente aplicado no Brasil decorre também de um ideal punitivista que tem na imagem de inimigo um fator importante de justificação de atuação, diante da necessidade de neutralização de indivíduos identificados como perigosos⁵⁷.

Este tipo de reação penal baseada em uma periculosidade presumida pode ser facilmente identificada no tratamento dado ao crime de tráfico de drogas pelo Poder Judiciário, que decorre diretamente da imagem criada no imaginário social vinculada a este crime. Nesse sentido, é paradigmático mencionar-se que, de acordo com levantamento sobre o uso da prisão provisória no Rio de Janeiro, o crime de tráfico de drogas recebe um tratamento mais drástico do que o trato dispensado a casos de homicídio, considerando que a taxa de aprisionamento processual do crime de tráfico é de 98%,

Pública é de 222.190 presos. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015**. Ano 9. São Paulo, 2015, p. 65.

⁵⁶ Com relação aos demais estados brasileiros, Paraná, Goiás e Pará, todos com 49%; Rio de Janeiro (46%); Tocantins e Espírito Santo, com 44%; Alagoas (42%); Paraíba (37%); Rio Grande do Sul (35%); Rio Grande do Norte (33%); Distrito Federal e São Paulo, com 32%; Amapá (31%); Mato Grosso do Sul (29%) e Santa Catarina (25%) apresentam taxas de encarceramento provisório entre 20% e 50%. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014**. Ministério da Justiça: Brasília, 2015, p. 21.

⁵⁷ De acordo com Zaffaroni, este tipo de postura do poder judiciário constitui uma *inversão do sistema penal* porém reflete uma característica do poder punitivo na América Latina “que há muitas décadas preferiu operar mediante a prisão preventiva ou por *medida de contenção provisória* transformada definitivamente em prática. Falando mais claramente: quase todo o poder punitivo latino-americano é exercido sob a forma de *medidas*, ou seja, tudo se converteu em privação de liberdade sem sentença firme, apenas por presunção de periculosidade”. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 70.

enquanto a aprisionamento do crime de homicídio é de 91%⁵⁸, além de ser praticamente nula a aplicação de medidas cautelares alternativas ao encarceramento.

Este dado demonstra que, aos olhos do Poder Judiciário, a violação à Lei de Drogas levaria a uma presunção de periculosidade maior do que a violação à vida, uma vez que o indivíduo identificado como *traficante* teria um *modus vivendi* criminoso, em decorrência do qual teria uma potencialidade delitiva para o cometimento não apenas do crime de tráfico de drogas, mas diversos outros, entre os quais o homicídio⁵⁹. Nesse contexto, diante de um imaginário social pelo qual o comércio de entorpecentes necessariamente está inserido em um ambiente criminógeno e violento, tem-se uma interpretação do tráfico como sintoma de uma conduta social desajustada.

Esta visão do crime de tráfico de drogas demonstra a identificação com a imagem de inimigo em decorrência da qual existiria uma presunção de periculosidade que tornaria possível e necessária a sua contenção cautelar, em nome da proteção da sociedade⁶⁰. Em consequência, ocorre uma relativização das normas que autorizam a prisão provisória, determinando-se a contenção cautelar de traficantes independentemente da efetiva demonstração de sua necessidade, isto é, ainda que tenha sido apreendida pouca quantidade de droga, não existam elementos que demonstrem participação em facções criminosas ou demonstração de uma postura de violência, o que leva à superlotação dos cárceres com pequenos traficantes⁶¹.

⁵⁸ De acordo com o levantamento realizado, de 440 casos analisados apenas seis receberam alguma medida cautelar que não a prisão. LEMGRUBER, Julita, et al. (Org.). **Usos e Abusos da Prisão Provisória no Rio de Janeiro** – Avaliação do Impacto da Lei 12.403/2011. ARP, CESEC, Universidade Cândido Mendes: Rio de Janeiro, 2013, p.013, p. 09 e 19.

⁵⁹ “Importante ressaltar que se trata de crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, sendo que na maior parte dos casos os réus são primários e não possuem envolvimento com organização criminosa. A justificativa frequente é que se trata de crime hediondo, para o qual está previsto o cumprimento inicial d apenas em regime fechado e o argumento de que, segundo os entrevistados [juizes das cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro], o tráfico se associaria a outros delitos”. LEMGRUBER, Julita, et al. (Org.). **Monitorando a Aplicação da Lei das Medidas Cautelares e o Uso da Prisão Provisória nas Cidades do Rio de Janeiro e São Paulo**. Instituto Sou da Paz e ARP, p. 13.

⁶⁰ Conforme apurou-se no levantamento acerca de prisões provisórias, “o uso generalizado e indiscriminado da prisão provisória para os casos de tráfico de drogas decorre também da ‘periculosidade’ genericamente atribuída a esse tipo de crime e a seus autores, não obstante as fortes evidências de que a maior parte dos ditos traficantes de drogas que superlotam as prisões brasileiras não corresponde ao imaginário assustador que povoa o senso comum e informa as escolhas dos magistrados”. LEMGRUBER, Julita, et al. (Org.). **Usos e Abusos da Prisão Provisória no Rio de Janeiro** – Avaliação do Impacto da Lei 12.403/2011. ARP, CESEC, Universidade Cândido Mendes: Rio de Janeiro, 2013, p.013, p. 21.

⁶¹ “Em relação aos presos por tráfico, vale frisar que seu encarceramento indiscriminado é insustentável e contraproducente. Isto porque a maior parte desses presos é composta por pequenos traficantes aqueles apreendidos com pouca droga, sem antecedentes criminais, que não integram facção criminosa e não portam armas”. LEMGRUBER, Julita, et al. (Org.). **Monitorando a Aplicação da Lei das Medidas Cautelares e o Uso da Prisão Provisória nas Cidades do Rio de Janeiro e São Paulo**. Instituto Sou da Paz e ARP, p. 12.

A mesma imagem de inimigo que leva à relativização das regras de contenção cautelar diante de uma presunção de periculosidade, influencia igualmente no estabelecimento final de uma pena pelo Poder Judiciário, que passa a buscar uma medida neutralizadora e corretiva, independentemente da relação com os limites da culpa. Com a aplicação de um paradigma etiológico da conduta criminosa associado a uma concepção causalista do crime, tem-se a identificação de um inimigo como ser diferente e perigoso, o que leva a um tratamento penal mais rígido pelo qual somente a pena de prisão poderia promover uma punição e uma defesa social eficaz. É como destaca Orlando Zaccone:

A inclusão/exclusão jurídica do homicídio, perpetrado por agentes policiais, se manifesta por conta da condição do morto e não na forma como o fato efetivamente ocorreu. Identificada na vítima a figura do inimigo/criminoso, encarnada na categoria fantasmática do traficante de drogas, significada como a nomeação do mal, legítima é a ação policial a perpetrar a sua morte.⁶²

4.1.3. Tratamento Penal Diferenciado na Fase de Execução da Pena

Se, nas fases anteriores, a imagem do inimigo contribui para a existência de um tratamento penal diferenciado, na fase de execução da pena esta imagem exerce um papel essencial não para uma reação penal anormal, mas para a manutenção de um sistema falido e desacreditado. Em um contexto em que é de conhecimento geral que o sistema penitenciário não cumpre seus objetivos intrínsecos de reintegração social e pacificação social e, além disso, ainda atua como fator criminógeno e de marginalização secundária na sociedade⁶³, a existência de uma imagem de inimigo é de central importância para a aceitação deste sistema penitenciário com base em um discurso de necessidade de segurança, ainda que interpretado como um *mal necessário*. É como descreve Sá:

⁶² ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 29.

⁶³ Como destaca Sá, “dizer que a pena de prisão e o cárcere não recuperam ninguém, mas, pelo contrário, provocam a degradação do ser humano, é dizer hoje uma verdade incontestável. Aliás, tornou-se um discurso por demais repetitivo e, por parte de alguns, um discurso meramente de impacto, acomodatório, que não traz proposta alguma”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 111.

a pena privativa de liberdade não só em nada contribui para a resolução do conflito, como pelo contrário, dado seu caráter repressivo, de exercício legitimado do domínio e do poder, dado seu caráter de degradação, deterioração e de despersonalização do condenado, fatalmente contribui para a atuação do conflito fundamental e agravamento dos conflitos atuais.⁶⁴

Verdadeiramente, em um sistema penal caracterizado pela ideia de que uma pena aflictiva é única capaz de transmitir o valor de uma norma de comportamento⁶⁵, a fase executória consolida uma lógica essencialmente punitiva. Esta lógica do sistema penal possui alguns pressupostos considerados sagrados e intocáveis⁶⁶, entre os quais se destaca, na execução penal, a priorização constante de medidas de precaução e segurança, relegando-se a segundo plano a aplicação de medidas de individualização da execução da pena⁶⁷.

Este ideário punitivista é facilmente identificável na realidade prisional brasileira. Inicialmente, destaca-se que no período de 1990 a 2014, o número de presos sofreu um aumento de 575%, passando de aproximadamente 90 mil presos aos atuais 607.731, o que coloca o Brasil como a quarta maior população carcerária do mundo. Ademais, além de ser o único entre os quatro países com maior população carcerária que

⁶⁴ SÁ, Alvaro Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 57/58.

⁶⁵ Conforme pormenorizado no ponto 1.2. do presente trabalho, este sistema de pensamento caracteriza o que Álvaro Pires denomina racionalidade penal moderna, uma organização sistêmica de pensamento caracterizado por uma estrutura em que existe a justaposição necessária de uma norma de sanção obrigatoriamente aflictiva a uma norma de comportamento.

⁶⁶ De acordo com Sá, esta lógica punitivista do sistema penal possui alguns pressupostos sagrados e intocáveis, entre os quais se destacam: “a) quanto mais grave o crime, mais severa deve ser a pena. b) a pena pode ter a finalidade ou a função de ressocialização; porém, ela é definida e imposta para determinada conduta criminosa, não primeiramente em função da ressocialização, mas em função do tipo e gravidade do crime cometido. c) Para os crimes previstos no Código Penal, a pena padrão é a de prisão, tida como pena de referência. As demais serão alternativas. d) O autor do crime, desde que imputável, é o único responsável por seu crime, e unicamente a ele deve ser imputado o delito praticado. e) No regime carcerário, as medidas de precaução pela segurança devem ter prioridade sobre quaisquer outras medidas, incluídas aqui as medidas de individualização da execução. f) A ressocialização é o pressuposto básico para que o encarcerado possa ser reinserido na sociedade”. SÁ, Alvaro Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 227.

⁶⁷ Ao tratar do processo de prisionalização, Sá descreve que se constitui “um ambiente artificial, do qual ninguém gosta, num primeiro momento, mas ao qual todos, com o tempo acaba aderindo, de uma forma ou de outra. Desta adesão, surge a prisionalização, a qual pode atingir, não só os presos, como a Direção, os Agentes de Segurança, e, quem sabe, até os próprios técnicos”. E esclarece: “O Diretor, segundo Thompson (1980), dá seu primeiro passo rumo à prisionalização, quando, em que pese todo o seu idealismo inicial, deixa-se levar, perante o eterno conflito regeneração x segurança, pelo princípio latente (não verbalizado) de que a regeneração pode falhar, mas a segurança... essa jamais”. SÁ, Alvaro Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 113.

teve um crescimento do aprisionamento no período de 2008 a 2014 (na ordem de 33%)⁶⁸, o Brasil ainda teve a segunda maior taxa de aprisionamento no período de 1995 a 2010 entre os cinquenta países com maiores populações carcerárias, com um crescimento de 136%⁶⁹.

A lógica punitivista presente no país pode ser constatada diante do crescente aumento da taxa de aprisionamento que passou de 137 presos para cada 100 mil habitantes no ano 2000, para a marca atual de 299,7 presos para cada 100 mil habitantes, o que representa um aumento de 119% no período⁷⁰. Com uma taxa de aproximadamente 300 presos por cem mil habitantes, o Brasil possui a quarta maior população prisional em termos relativos, perdendo apenas para os Estados Unidos da América (698 presos por cem mil habitantes), Rússia (468 presos por cem mil habitantes) e Tailândia (457 presos por cem mil habitantes)⁷¹.

Tomando-se como base os números dos estados, no entanto, percebe-se uma ampla variação das taxas de aprisionamento que vão de 568,9 presos por 100 mil habitantes, no Mato Grosso do Sul, a 89 presos a cada 100 mil habitantes no Maranhão. Vale destacar que de todos os estados da federação, dez ostentam taxas de aprisionamento superiores à média nacional, destacando-se o estado de São Paulo, com 497,4 presos por 100 mil habitantes, e população carcerária corresponde a 36% do contingente nacional, enquanto a população total representa cerca de 20% da população total do país⁷².

⁶⁸ De acordo com o INFOPEN, os Estados Unidos tiveram um decréscimo de 8% da população carcerária no mesmo período, enquanto China e Rússia tiveram uma redução, respectivamente, de 9% e 24%. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014**. Ministério da Justiça: Brasília, 2015, p. 14.

⁶⁹ Como destaca levantamento do INFOPEN, “de acordo com os últimos dados coletados, a população prisional brasileira chegou a 607.731 pessoas. Pela primeira vez, o número de presos no país ultrapassou a marca de 600 mil. O número de pessoas privadas de liberdade em 2014 é 6,7 vezes maior do que em 1990. Desde 2000, a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ao ano”. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014**. Ministério da Justiça: Brasília, 2015, p. 15.

⁷⁰ “Entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento aumentou 119%. Em 2000, havia 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2014, essa taxa chegou a 299,7 pessoas. Caso mantenha-se esse ritmo de encarceramento, em 2022, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos. Em 2075, uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade”. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014**. Ministério da Justiça: Brasília, 2015, p. 15.

⁷¹ “Em números absolutos, o Brasil tem a quarta maior população prisional, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Cotejada a taxa de aprisionamento desses países, constata-se que, em termos relativos, a população prisional brasileira também é a quarta maior: somente os Estados Unidos, a Rússia e a Tailândia têm um contingente prisional mais elevado”. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014**. Ministério da Justiça: Brasília, 2015, p. 12/13.

⁷² “A análise da taxa de aprisionamento possibilita traçar a dimensão da população prisional das Unidades da

Ainda tomando-se como base os dados dos estados, nota-se um recrudescimento do punitivismo diante da constatação de que, no período de 2005 a 2014, houve um crescimento da taxa de aprisionamento em todas as unidades da federação. Enquanto, no período, a população carcerária brasileira sofreu um aumento de 66%, em alguns estados como Tocantins (174%), Minas Gerais (163%) e Espírito Santo (130%) a população carcerária mais do que dobrou⁷³.

Para além de um ideário punitivista decorrente da racionalidade penal moderna, a existência de uma imagem de inimigo contribui para a criação de uma realidade na qual a fase executória não busca a resolução do conflito entre a sociedade e indivíduos com comportamentos socialmente problemáticos, focando apenas na aplicação de uma pena⁷⁴, que deve necessariamente ser aflitiva. Verdadeiramente, diante de uma imagem de inimigo identificado como ser perigoso, a aplicação de pena prioriza medida de precaução e segurança, ainda que em detrimento de medidas de individualização de execução e de medidas que promovam a pacificação social.

Em um cenário em que se espera da fase executória a aplicação de uma pena que seja concomitantemente neutralizadora e aflitiva, tem-se o agravamento de uma realidade caótica e desumana inerente à própria natureza do cárcere⁷⁵. Em complementação, com a identificação da imagem de inimigo como *não-pessoa* que não gozaria da proteção do direito, cria-se um cenário dantesco no qual a violação de direitos humanos inerentes aos presos não seria juridicamente relevante, o que é facilmente

Federação. Em média, a taxa brasileira é de 300 presos para cada cem mil habitantes aproximadamente. Como mostra a figura 7, apesar de Mato Grosso do Sul ter a sétima maior população prisional do país, em termos proporcionais, é o estado com o maior número de presos: 568,9 para cada cem mil habitantes. O Maranhão, por sua vez, é o estado com o menor número de presos em termos proporcionais, 89 para cada cem mil habitantes”. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014**. Ministério da Justiça: Brasília, 2015, p. 18.

⁷³ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014**. Ministério da Justiça: Brasília, 2015, p. 19.

⁷⁴ De acordo com Sá, deixou-se de lado na execução penal o objetivo de promover a paz social e, especialmente, resolver o conflito entre o condenado e a sociedade. Como leciona, “o mero cumprimento da pena privativa de liberdade nada têm a ver com a resolução do conflito entre o condenado e a vítima, ou, melhor dizendo, entre o condenado e a sociedade”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 58.

⁷⁵ Ao tratar do fenômeno da prisionalização, Sá divide os graves problemas carcerários em dois grandes grupos vinculados (i) à má gestão pública, à falta de interesse político e à inabilidade administrativa e técnica; e (ii) a “problemas inerentes à própria natureza da pena privativa de liberdade, sobretudo quando cumprida em regime fechado”. De acordo com Sá entre os problemas inerentes à natureza do cárcere pode-se destacar “o isolamento do preso em relação à sua família, a sua segregação em relação à sociedade, a convivência forçada no meio delincente, o sistema de poder (controlando todos os atos do indivíduo), relações contraditórias e ambivalentes entre o pessoal penitenciário e os presos (o pessoal oferece-lhes apoio e assistência, ao mesmo tempo e que os contém, os reprime e os pune), entre outros”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 111.

identificável diante da postura de complacência e indiferença dos poderes públicos perante a caótica situação carcerária⁷⁶.

Por mais que o tratamento desumano não seja reconhecido oficialmente pelo Estado, a mera análise dos dados da população carcerária brasileira deixa clara a aceitação complacente da violação sistêmica de direitos humanos dos presos no Brasil. Nesse sentido, de acordo com dados oficiais do Departamento Penitenciário Nacional relativos ao ano de 2014, o sistema penitenciário brasileiro possui uma taxa de ocupação de 61% acima de sua capacidade, o que representa um déficit de 231.062 vagas e coloca o Brasil na quinta posição dos países com maior taxa de ocupação carcerária⁷⁷.

Além de o sistema penitenciário brasileiro possuir uma ocupação bem acima de sua capacidade, aproximadamente 83% da população prisional encontra-se em situação de superlotação carcerária em que para cada vaga do sistema existem, ao menos, dois presos. Ademais, cerca de 55 mil presos estão custodiados em unidades prisionais em que, para cada vaga existente, estão alocados três ou mais detentos, enquanto um terço da população prisional do estado do Acre e um quarto dos encarcerados dos estados de Pernambuco, Alagoas e Piauí encontram-se custodiados em unidades com ocupação acima de quatro presos por vaga⁷⁸.

Estes dados demonstram um cenário característico de falência do sistema carcerário brasileiro e latino americano, tal como descreve Rogério Greco:

Nos países da América Latina, principalmente, os presídios transformaram-se em verdadeiras “fábricas de presos”, que ali são jogados pelo Estado, que não lhes permite um cumprimento da pena de forma digna, que não afete outros direitos que lhe são inerentes.

A superlotação carcerária começou a ser a regra das prisões. Juntamente com ela, vieram as rebeliões, a promiscuidade, a prática de inúmeros

⁷⁶ Conforme destaca Lola Aniyar de Castro “a superlotação – que se estima na região na ordem de 700 mil reclusos, amontoados em cárceres com uma capacidade de 400 mil leitos –, a falta de preparo do pessoal penitenciário, a má ou nenhuma alimentação, os problemas de epidemias e de saúde – que, neste século, costumem ir desde a lepra ao impaludismo, à tuberculose, à Aids, aos vícios e às agressões e à violência contra eles e entre eles – fazem de nossas prisões realidades que Dante não pôde sequer imaginar em sua poética descrição do Inferno”. CASTRO, Lola Aniyar de. Matar com a Prisão, o Paraíso Legal e o Inferno Carcerário: os Estabelecimentos “Concordes, Seguros e Capazes”. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Coord.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 91.

⁷⁷ “A taxa de ocupação dos estabelecimentos prisionais brasileiros (161%) é a quinta maior entre países em questão. As Filipinas (316%), o Peru (223%) e o Paquistão (177%) têm a maior taxa de ocupação prisional”. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014**. Ministério da Justiça: Brasília, 2015, p. 13.

⁷⁸ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014**. Ministério da Justiça: Brasília, 2015, p. 40.

crimes dentro do próprio sistema penitenciário, cometidos pelos próprios presos, bem como por aqueles que, supostamente, tinham a obrigação de cumprir a lei, mantendo a ordem no sistema prisional.⁷⁹

Em uma conjuntura como esta, a existência de uma imagem de inimigo como *não-pessoa* é essencial para a racionalização, justificação e aceitação de um sistema falido caracterizado por uma violência institucional, pela indiferença administrativa e pela má gestão técnica, decorrentes de falta de interesse público⁸⁰. Neste quadro, a identificação do preso à imagem de inimigo e a sua consequente redução à categoria de *vida nua*, *vida matável* é essencial para a aceitação das diversas violações de direitos fundamentais da população carcerária, violações estas que são enxergadas como juridicamente irrelevantes e, muitas vezes, até necessárias⁸¹. Neste contexto, como explicita Sá,

todas essas e muitas outras formas de (des)tratamento são mantidas historicamente e resistem a todas as críticas, mediante uma série de justificativas e racionalizações. No entanto, a verdadeira justificativa, aquela que de fato dá sustentação a todo o quadro caótico da execução

⁷⁹ GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 226. Na mesma linha foi a conclusão da CPI do Sistema Carcerário, da Câmara dos Deputados: “Assim vivem os presos no Brasil. Assim são os estabelecimentos penais brasileiros na sua grande maioria. Assim é que as autoridades brasileiras cuidam dos seus presos pobres. E é assim que as autoridades colocam, todo santo dia, feras humanas jogadas na rua para conviver com a sociedade. O resultado dessa barbárie é a elevada reincidência expressa em sacrifício de vidas humanas, desperdícios de recursos públicos, danos patrimoniais, elevados custos econômicos e financeiros e insegurança à sociedade”. BIBLIOTECA DIGITAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. **CPI Sistema Carcerário**. Brasília, 2009, p. 247.

⁸⁰ Como destaca Sá, como decorrência da má gestão da coisa pública relacionada ao sistema prisional, existem diversos problemas, entre os quais se pode destacar: “presídios sem a infraestrutura mínima necessária, material e humana, para o cumprimento da pena; falta de condições materiais e humanas para o incremento dos regimes progressivos de cumprimento de pena, conforme prevê o texto legal; superpopulação carcerária, com todas as suas inúmeras consequências; descumprimento da lei etc. Poder-se-ia mencionar ainda a falta de pessoal administrativo, de segurança e disciplina e pessoal técnico formado e habilitado para a função. Entretanto, o problema nos parece situar-se mais embaixo. O que existe é a falta de pessoal realmente *vocacionado*”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 111.

⁸¹ Quanto a este ponto, cabe lembrar que em abril de 2013, logo após a condenação em primeira instância de 23 policiais militares pela morte de 13 dos 111 presos assassinados na penitenciária do Carandiru, em 1992, o Deputado Estadual Major Olímpio Gomes organizou “um abraço coletivo em torno do prédio do Tribunal de Justiça” para *suplicar* ao Tribunal que a sentença de primeira instância fosse reformada. Depois de classificar a decisão como “absurda”, pediu “que se faça justiça a esses policiais”, uma vez que a decisão condenatória “não reflete o posicionamento da sociedade”. GARCIA, Janaina. Entidades da PM preparam manifestação em favor de condenados do Carandiru, 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/04/22/entidades-da-pm-preparam-manifestacao-em-favor-de-condenados-do-carandiru.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

penal, é esta: os presos foram transformados em inimigos e, ao fim e ao cabo, eles mesmo vestiram a carapuça de inimigos.⁸²

Assim, mesmo as mais graves violações de direitos fundamentais são consideradas aceitáveis e juridicamente válidas, diante de uma pretensa necessidade de medidas de precaução e segurança para a proteção do *nosso* modo de vida, decorrente de uma visão dicotômica da sociedade que seria dividida entre criminosos – personificados na população encarcerada – e sociedade livre⁸³. Ocorre, porém, que este tratamento desumano, indiferente e beligerante decorrente de um discurso de legítima defesa social em face de um perigo supostamente constante e iminente, personificado na imagem de inimigo, que leva à consolidação de uma guerra social permanente e à ruptura do diálogo entre os setores encarcerado e não encarcerado da sociedade.

A consumação desta ruptura, por sua vez, aperfeiçoa-se com a formação de uma autoimagem de inimigo por parte da parcela encarcerada da sociedade⁸⁴, em consequência do que se tem no sistema penal um ciclo vicioso fracassado em que o recrudescimento do punitivismo atua como fator criminógeno pelo qual quanto maior for a hostilidade em face de indivíduos identificados como inimigos, mais hostil será a sua reação em face da parcela não encarcerada da sociedade⁸⁵. Este ciclo vicioso, por sua vez, consolida e retroalimenta um cenário de guerra social permanente no qual o poder

⁸² SÁ, Alvino Augusto de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 233

⁸³ Sobre isso, é paradigmático mencionar a decisão proferida pela juíza da 4ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro que julgou improcedente ação civil pública movida pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro em que se requeria o atendimento de dois ginecologistas nas seis unidades prisionais femininas do estado. Para justificar a decisão, a juíza Adriana Marques Laia Franco recorreu ao princípio da reserva do possível, para argumentar que a concessão da medida criaria um *privilegio inaceitável* que violaria o princípio da isonomia, uma vez diversas pessoas “da sociedade livre” não têm acesso a este “privilegio”. BACELAR, Carina. Juíza nega mais ginecologistas a presas e gera polêmica, 2015. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/blogs/estadao-rio/juiza-nega-mais-ginecologistas-a-presas-e-gera-polemica/>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

⁸⁴ Como destaca Sá, “frise-se, preliminarmente, que esta ruptura, se não superada, nunca se consuma. Ela se aprofunda. De qualquer forma, porém, para que a beligerância entre as partes atinja o status de ruptura, falta um passo importante, definitivo, consequência natural de todo esse processo beligerante. Trata-se da formação insidiosa, por parte do indivíduo dito *criminoso*, da autoimagem de *hostis*, de inimigo coletivo, seja como objeto de julgamento público, seja como ser alienígena, estranho e ameaçador à coletividade. SÁ, Alvino Augusto de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 222. Ainda, como já pormenorizado no ponto 2.2.3. da presente pesquisa, a formação da autoimagem de inimigo constitui o terceiro processo migratório de formação da imagem de inimigo e decorre dos dois primeiros processos.

⁸⁵ É como coloca Sá: “o suposto inimigo, quanto mais hostilmente for tratado como inimigo, mais se comportará como inimigo, maior será sua ameaça aos bens protegidos, e mais *hostis* se tornarão as medidas tomadas conta ele, num círculo vicioso já historicamente fracassado”. SÁ, Alvino Augusto de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 227.

punitivo e o sistema carcerário atuam não como meio de pacificação social, mas como ferramenta de segregação em uma guerra da qual todos saem perdedores⁸⁶. Conforme esclarece Sá:

Declarada ou deflagrada a guerra, não há como se falar em diálogo ou, que seja, em respeito a regras. Deflagrada a guerra, vence o mais forte. Mas esta é uma guerra da qual não saem vencedores, porque ela nunca termina, não existe o mais forte. O que existe são interesses mais fortes e, entre estes, estão os que querem a continuidade da guerra, interesses esses presentes em todos os segmentos do conflito. Sobretudo nos segmentos de comando, enquanto os comandados (em geral, policiais e pequenos traficantes) são os que morrem. Morrem na ilusão de terem sido heróis, qualquer que tenha sido a sua “causa”.⁸⁷

4.2. Os Desafios da Execução Penal

Em um cenário em que a atuação do poder punitivo contribui para um processo de prisionalização⁸⁸ e de ruptura de diálogo entre setores da sociedade como consequência da própria lógica punitivista e de defesa social inerente ao sistema penal, um dos grandes desafios da execução penal consiste em não se deixar contaminar por esta lógica que atua como fator criminógeno e pelos processos migratórios de formação da imagem de inimigo⁸⁹. Em última análise, o desafio da execução penal é

⁸⁶ De acordo com Zaffaroni, “quando se obscurece o limite entre a guerra e o poder punitivo, introduzindo-se o *inimigo* na *não-guerra*, *guerra limitada* ou *meia guerra* ou como se queira chamar ou encobrir, ampara-se, sob o equívoco nome de *direito penal*, uma guerra que não conhece limites jurídicos”. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 149.

⁸⁷ SÁ, Alvin August de. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, out. de 2012, vol. 924, p. 328.

⁸⁸ Tomando como base as obras de Donald e Clemmer e Thompson, Sá define a prisionalização como “um processo de aculturação” do preso à cultura da prisão. Segundo esclarece, este é um processo inevitável e inerente ao cárcere. “Todo encarcerado sucumbe, de alguma maneira, à cultura da prisão. Mesmo porque a cadeia é um sistema de poder totalitário formal, pelo qual o detento é controlado 24 horas por dia, sem alternativa de escape. Extramuros, o princípio é considerar lícito tudo o que não expressamente proibido, enquanto, na cadeia, a lei é considerar proibido tudo o que não expressamente autorizado”. SÁ, Alvin August de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 112/113.

⁸⁹ “Para o enfrentamento efetivo de seu quadro historicamente caótico, a execução penal tem este primeiro grande desafio: blindar-se contra os efeitos contagiantes dos processos migratórios de construção do inimigo”. SÁ, Alvin August de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 233.

justamente combater esta lógica e reverter esses processos migratórios de tal forma que o direito penal torne-se, efetivamente, um instrumento de pacificação social e não simplesmente de segregação.

O primeiro desafio da execução penal é deixar de atuar como fator criminógeno, para o que é essencial compreender-se, em primeiro lugar, que a reação penal violenta e hostil não se mostrou suficientemente eficaz como meio de promoção da paz social. Quanto a isso, cumpre mencionar que o recrudescimento da violência policial (compreendida como técnica de governo inserida no contexto do poder punitivo) e as crescentes taxas de encarceramento não foram eficazes para conter o aumento dos índices de violência no Brasil.

Neste contexto, é paradigmático mencionar-se que chegou-se ao extremo de que no ano de 2014 nenhum outro país do mundo sem guerra declarada registrou tantos homicídios intencionais do que o nosso, em que aproximadamente 60.000 pessoas foram assassinadas⁹⁰. Ademais, no período compreendido entre os anos de 1980 e 2012, o número total de vítimas fatais por arma de fogo saltou de 8.710 para 42.416, o que representa um aumento de 387% de mortalidade em um período em que o crescimento da população brasileira alcançou apenas 61%⁹¹. Tomando-se como base o número de jovens (de 15 a 29 anos) vítimas fatais de armas de fogo no período, nota-se um aumento ainda mais expressivo do número de mortes que passaram de 4.415 para 24.882, o que representa um aumento de 460%. Em ambos os casos, o aumento expressivo do número de mortes por armas de fogo foi alavancado quase exclusivamente pelo aumento de homicídios, que cresceram 556,6% no período⁹².

⁹⁰ De acordo com levantamento realizado pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, “em 2014, em nenhum país do mundo, sem guerra declarada, mais seres humanos mataram outros seres humanos do que no Brasil. Quase 60.000 pessoas foram assassinadas em nosso país. Comparações à exaustão com guerras e tragédias (perdemos em 2014 o mesmo que os EUA em toda a Guerra do Vietnam) já foram feitas e, mesmo assim, não parecemos conseguir incluir o tema dos homicídios no centro da agenda política brasileira”. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015**. Ano 9. São Paulo, 2015, p. 20.

⁹¹ “Nesse período, as vítimas passam de 8.710 no ano de 1980 para 42.416 em 2012, um crescimento de 387%. Temos de considerar que, nesse intervalo, a população do país cresceu em torno de 61%. Mesmo assim, o saldo líquido do crescimento da mortalidade por armas de fogo, já descontado o aumento populacional, ainda impressiona”. WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mortes Matadas por Armas de Fogo – Mapa da Violência 2015**. Secretaria-Geral da Presidência da República: Brasília, 2015, p. 23.

⁹² O levantamento levou em todas as mortes por arma de fogo registradas no país, separando-as em mortes acidentais, suicídio, homicídio e morte por arma de fogo com causa indeterminada. No período avaliado de 1980 a 2012, houve um aumento do número de suicídios no montante de 49,8%, enquanto as mortes decorrentes de acidentes e de causas indeterminadas tiveram queda de 26,4% e 31,7%, respectivamente. É diante disso que se constata o aumento do número de mortes causadas por arma de fogo foi causado pelo aumento do número de homicídios. “Esse enorme crescimento das mortes por armas de fogo na população total, foi alavancado, de forma quase exclusiva, pelos homicídios, que cresceram 556,6%, enquanto os suicídios com AF aumentaram 49,8% e as mortes acidentais caíram 26,4%. Por último, as mortes por AF de

Outro dado importante para a constatação da ineficácia do punitivismo são as altas taxas de reincidência do sistema prisional brasileiro. De fato, por mais que os dados acerca da reincidência criminal não sejam totalmente seguros diante da inexistência de uma padronização de metodologia de pesquisa e mesmo de harmonização do conceito de reincidência, o levantamento mais otimista sobre o tema chegou ao índice de 24,4%⁹³, enquanto pesquisas mais alarmantes encontraram números que variam de 70%⁹⁴ a 85%⁹⁵ de reincidência criminal⁹⁶.

causalidade indeterminada, isto é, sem especificação (suicídio, homicídio ou acidente) tiveram uma significativa queda — 31,7% — evidenciando melhoria nos mecanismos de registro das informações. Entre os jovens, o panorama foi mais drástico ainda: o crescimento de 463,6% no número de vítimas de armas de fogo explica-se de forma exclusiva pelo aumento de 655,5% dos jovens assassinados, enquanto acidentes, suicídios e indeterminados caem ao longo do período (-23,2%; -2,7% e -24,4% respectivamente)”. WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mortes Matadas por Armas de Fogo** – Mapa da Violência 2015. Secretaria-Geral da Presidência da República: Brasília, 2015, p. 23.

⁹³ Este número foi alcançado por levantamento realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, que considerou a média ponderada em levantamento em que foram analisados 817 processos em cinco unidades da federação, dos quais em 199 foram identificadas reincidências. Para esta conclusão, foi utilizado o conceito legal de reincidência, aplicável apenas aos indivíduos condenados criminalmente em duas ou mais ações penais distintas desde que a diferença entre o cumprimento de uma pena e a determinação de uma nova sentença seja inferior a cinco anos. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa**. Rio de Janeiro, 2015, p. 22-23. Cumpre mencionar, no entanto, que não nos parece preciso o método de pesquisa adotado, diante dos diferentes taxas de encarceramento entre os estados brasileiros, entre outros fatores. Além disso, parece-nos inadequado e imprecisa a utilização da média ponderada em que um espaço amostral de aproximadamente 800 processos em um cenário total de aproximadamente 600 mil presos.

⁹⁴ De acordo com levantamento realizado pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo em janeiro de 2014, a taxa de reincidência do crime de roubo seria de 70% no estado de São Paulo. O levantamento realizado pela Coordenadoria de Análise e Planejamento levou em consideração os Boletins de Ocorrência registrados no estado no período de 2001 a julho de 2013 e concluiu que dos 14.699 indivíduos registrados como autores de roubo, 10.200 foram mencionados como autores e, ao menos, dois boletins de ocorrência. SANTANNA, Lourival. De cada 10 assaltantes 7 voltam a roubar no Estado e 41% são menores, 2014. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,de-cada-10-assaltantes-7-voltam-a-roubar-no-estado-e-41-sao-menores,1123132>>. Acesso em: 28 dez. 2015.

Por mais que tenha alguma importância no estabelecimento de uma determinada política criminal pelo estado, esta pesquisa não nos parece ter método suficientemente seguro e preciso uma vez que considera dados de registros de Boletins de Ocorrência que não se refletem em condenações no Poder Judiciário. Ademais, a própria pesquisa aponta uma falta de padrão para registro de ocorrências no estado, o que também torna frágeis os dados obtidos e inseguras as conclusões da pesquisa.

⁹⁵ De acordo com levantamento da CPI do Sistema Carcerário, não existem índices claros a respeito da reincidência, mas, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional, as taxas de reincidência oscilariam entre 70% a 85%. “Os dados apresentados pelo DEPEN sobre a reincidência de presos não permitem que se afirme, com certeza, o percentual de recidiva no sistema carcerário brasileiro. Inexistem estatísticas oficiais sobre a taxa de reincidência. Segundo apontou o Sr. Maurício Kuehne, diretor do DEPEN, enquanto se observa uma taxa de reincidência de 60% a 65% nos países do Primeiro Mundo, a taxa de recidiva penal no Brasil oscila de 70% a 85%. No caso das penas e medidas alternativas, a taxa de reincidência não ultrapassa 12%”. BIBLIOTECA DIGITAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. **CPI Sistema Carcerário**. Brasília, 2009, p. 280.

⁹⁶ É diante destes dados que o Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015 conclui que “somos uma sociedade muito violenta e nossas políticas públicas são extremamente ineficientes e obsoletas. Por detrás da imagem de um país cordial e pacífico, somos um país que convive anualmente com 59 mil mortes violentas intencionais e com vários outros crimes com taxas elevadas”. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015**. Ano 9. São Paulo, 2015, p. 08.

Além de o punitivismo não ser eficaz para a redução da criminalidade e para a promoção da pacificação social, ainda atua como fator criminógeno de produção de marginalização secundária decorrente de políticas de segregação e da ruptura de diálogo entre setores da sociedade⁹⁷. Ao invés de solucionar os conflitos que levaram a comportamentos socialmente problemáticos e tratar o apenado como membro da sociedade (isto é, como representante de um determinado segmento da sociedade) que precisa de apoio desta mesma sociedade para a sua (re)inclusão social, a execução penal acaba por agravar estes conflitos sociais através do tratamento baseado em hostilidade e segregação, o que atua no sentido contrário da pacificação social. Quanto a isto, vale lembrar que

não é necessário cair no extremo de sustentar dogmaticamente que toda violência deve ser respondida com a não violência, para verificar que *nunca um conflito foi solucionado definitivamente pela violência*, salvo quando se confunda solução definitiva com solução *final* (genocídio)⁹⁸.

Por conta disso, para fazer frente ao seu primeiro desafio, a execução penal, deve promover o diálogo entre os setores encarcerado e não encarcerado da sociedade de forma a que se tenha uma reaproximação destes dois segmentos. Esta reaproximação, por sua vez, tem como passo inicial o tratamento do preso como pessoa, não mais como ser diferente e perigoso, o que deve ser feito através da abertura do cárcere para a comunidade e da comunidade para o cárcere⁹⁹. Com esta abertura e do reestabelecimento do diálogo entre os setores da sociedade, permitir-se-á a compreensão mútua e, em última instância, a percepção de que o encarcerado não é uma ameaça aos

⁹⁷ É diante deste contexto que Sá, tomando como base o pensamento de Alessandro Baratta, define que “cabe à sociedade preocupar-se diretamente em minorar os efeitos da marginalização secundária e em evitar o retorno do ex-presidiário à marginalização primária, pois, caso contrário, a marginalização secundária facilitará o retorno à primária, daí a prática de novos crimes e, por fim, o retorno ao cárcere”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 115.

⁹⁸ (Itálicos do autor) ZAFARRONI, Eugênio Raul. **Criminologia e Política Criminal**, Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 215. No mesmo sentido, Sá destaca que “a hostilidade fracassou porque com ela não são compatíveis quaisquer medidas que pretendam ser *corretivas* ou *reeducativas* em relação aos pressupostos inimigos. A hostilidade não pode conviver com qualquer medida de reaproximação. Noutros termos, a organização social baseada na hostilidade contra o criminoso exclui outras características (diversas da hostilidade), suprimindo, portando a individualidade, a compreensão mútua. A sociedade e o suposto inimigo encarar-se-ão como única e exclusivamente *hostis*”. (Itálicos do autor) SÁ, Alvinio Augusto de. **Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo**. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 227.

⁹⁹ Como destaca Sá, “a reintegração social do preso se viabilizará na medida em que se promover uma reaproximação entre ele e a sociedade, ou seja, na medida em que o cárcere se abrir para a sociedade e esta se abrir para o cárcere”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 115.

autointitulados “cidadãos de bem”, mas uma pessoa que busca a sua autorrealização saudável e criativa¹⁰⁰, mas que, no passado, apresentou um comportamento socialmente problemático. É como ensina Sá,

a execução penal (autoridades judiciais, administrativas, técnicos, profissionais de segurança e os demais profissionais envolvidos) deve procurar enxergar e ver no preso antes de tudo uma pessoa, uma pessoa que não é *estranha*, nem *diferente*, não é *ameaça*, não é *inimiga*, mas alguém que tem qualidades, é alguém que almeja crescer na vida, é alguém que ama e pode ser amada.¹⁰¹

A promoção do (re)estabelecimento do diálogo, da reaproximação dos setores encarcerado e não encarcerado da sociedade e da compreensão mútua, é um primeiro passo, mas não é suficiente para a reversão dos processos migratórios de formação da imagem de inimigo e, portanto, do cenário de guerra social em que a execução penal está inserida. Para isso, é necessário um rompimento com os atuais pressupostos lógicos do sistema punitivo e, conseqüentemente, uma inversão de hierarquias e de subordinações.

Pelo paradigma de pensamento dominante atualmente, os comportamentos criminalizados são interpretados pela sociedade não por seu caráter problemático, mas apenas como uma ameaça à segurança e à estabilidade social. Ao reduzir o comportamento problemático apenas ao seu caráter de hostilidade, a sociedade passa a exigir das instâncias formais – entre as quais a execução penal – uma resposta ao caráter hostil do comportamento, com um tratamento de seu autor meramente como *agressor*¹⁰².

¹⁰⁰ Com base na obra de Rogers e De Greef, Sá destaca a importância da confiança no potencial humano dos presos na busca de sua autorrealização como “a única saída para que a execução penal tenha algum sucesso, no sentido de ‘recuperar’ (palavra pouco feliz) as pessoas que cumprem pena privativa de liberdade e buscar sua reinserção social”. Com isso, Sá conclui que “a execução penal deve acreditar na possibilidade e na capacidade dos presos de se tornarem *pessoas de funcionamento integral*”. SÁ, Alvin August de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 231.

¹⁰¹ (Itálicos do autor) SÁ, Alvin August de. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 228.

¹⁰² “Diante do comportamento problemático criminalizado, a sociedade não se sensibiliza com seu caráter de ‘problemático’, mas se intimada ante seu caráter de ameaça à sua segurança e estabilidade, ante seu caráter de *hostilidade* e se deixa levar pelas reações de defesa, condicionando a justiça penal a se solidarizar com esses sentimentos. Com isso, a justiça reduz a pessoa que tem o comportamento problemático a mero agressor”. SÁ, Alvin August de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 259.

Ocorre, porém, que este tipo reação monolítica e agressiva em face de um autor de um comportamento socialmente problemático impede a efetiva compreensão deste comportamento e de seu caráter problemático. Como esta interpretação é inerente à lógica do sistema punitivo atual, somente a quebra de seus pressupostos lógicos e a modificação, em sede de execução penal, da posição hierárquica da segurança em favor da individualização da pena e da ressocialização em favor da inclusão social, permitirão o efetivo cumprimento do objetivo do direito penal de promoção da paz social e da execução penal de inclusão social¹⁰³.

Diante disso, o segundo desafio da execução penal, no sentido da desconstrução da imagem do inimigo, é justamente a compreensão da pessoa do preso e de seu comportamento problemático em suas complexidades para a efetiva individualização da pena¹⁰⁴. Para isso, é essencial compreender-se que um determinado comportamento problemático não é fruto apenas de uma característica etiológica, intrínseca de um indivíduo identificado como criminoso. Deve-se compreender que uma determinada conduta criminosa é fruto de uma *malha paradigmática de inter-relações sociais* que constitui o *cenário do crime* em que o indivíduo que rompe com a norma está imerso¹⁰⁵. Neste cenário, atuam como corresponsáveis não apenas o seu contexto

¹⁰³ É neste contexto que Sá propõe as seguintes inversões lógicas: “a) a segurança no presídio deve subordinar-se à individualização. Não é a segurança que deve ser garantia para a individualização, mas a individualização é que deve ser garantia para a segurança. b) Não é a ressocialização (entendida como a adequação social da conduta do indivíduo punido) que deve ser um pressuposto para a inclusão social (reintegração social), mas a inclusão social é que deve ser um pressuposto para a ressocialização. c) As penas hoje tidas como alternativas devem ter prioridade sobre as penas de prisão, pelo que esta se converteria em alternativa, para os casos de real necessidade. d) Não é a meta de inclusão social que deve subordinar-se ao tipo e ao *quantum* de punição, mas é o tipo e o *quantum* de punição que deve subordinar-se à meta de inclusão social e tê-la como pressuposto”. SÁ, Alvíno Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 229.

¹⁰⁴ De acordo com Sá, a compreensão do outro é uma forma de manifestação dos instintos de amor e simpatia, “o que permite a percepção, o conhecimento, o reconhecimento da personalidade profunda do outro e sua riqueza interior”. De acordo com Sá, esta forma de conhecimento constitui uma forma de combate da agressividade e da vingança que decorrem do intencionalismo. Tomando como base o pensamento de De Greef, Sá esclarece ainda que o intencionalismo é uma forma de conhecimento instintivo pelo qual se atribui intenções ao mundo externo. “Do intencionalismo – esclarece Sá – passa-se facilmente para a ideia de responsabilidade, a saber, reconhecida a presença no outro de intenções hostis, agressivas, o outro passa a ser responsável por seus atos, devendo, pois, responder por eles”. E conclui: “a ideia de responsabilidade é o equivalente não sublimado, nas relações sociais interpessoais, de projeção intencionalista primitiva”. É diante deste contexto que Sá estabelece a importância dos instintos de amor e simpatia, uma vez que permitem que “se conheça o próximo de outra maneira, que não através do intencionalismo, e sem reducionismo. (...) o que permite a percepção, o conhecimento, o reconhecimento da personalidade profunda do outro e sua riqueza interior é o instinto de amor e simpatia” SÁ, Alvíno Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 260/261.

¹⁰⁵ Segundo ensina Sá, “o indivíduo que rompe com a norma, vê-se imerso, em sua atividade de *rule bracker*, nessa malha de intenções. Assim, ele deve ser compreendido como parte integrante dela. Sua atividade *real*, seu *real* comportamento problemático de rompimento da norma não podem ser analisados e compreendidos fora dessa malha, que poderíamos chamar de *malha paradigmática de inter-relações sociais*. Enfim, todos, *moral entrepreneurs* (que também representam a sociedade), *rule creators*, *rule enforcers*, *rule brackers* e a

individual, mas o seu contexto social e também a própria sociedade através de sua reação diante do comportamento problemático.

Para desconstruir a imagem de inimigo, primeiro é necessário compreender o indivíduo identificado como tal, de forma a reconhecer-se que um comportamento socialmente problemático não pode ser compreendido como sintoma de uma conduta violenta, imprevisível ou perigosa. Para isso, é necessário que se tenha a compreensão do indivíduo como *ator situado*¹⁰⁶ em um determinado contexto pessoal e social, de forma a compreender-se este indivíduo aqui e agora, em sua complexidade individual e em seu contexto social, a fim de fazer-se uma leitura de seu comportamento problemático como a melhor resposta encontrada por este indivíduo diante de toda essa realidade¹⁰⁷.

Em outras palavras, é necessário reconhecer que um determinado comportamento socialmente problemático (que pode até mesmo ser um crime) não é causado apenas por um fator intrínseco etiológico de um determinado indivíduo, mas influenciado por fatores ambientais, sociais, políticos, legais, etc. que atuam “como *corresponsáveis* pela realização do ato que *se torna* crime a partir da definição legal”¹⁰⁸. É assim que

em qualquer hipótese, para qualquer tipo ou *quantum* de punição, a meta de inclusão social deve ser prioritária, ainda que se atente para uma necessidade especial de contensão. O indivíduo punido deverá ser tratado como pessoa, como pessoa que teve em seu passado um comportamento problemático, perante uma situação que se apresentou para ele como particularmente problemática, sendo que esse comportamento foi, a seu ver, a resposta mais eficaz que ele poderia ter dado naquele momento e

própria sociedade, como tal, em seus respectivos conhecimentos ‘instintivos’ e reações, tornam-se elementos constituintes da *malha paradigmática de inter-relações sociais*, ou, nos termos de Pires e Digneffe, do *cenário do crime*, dentro do paradigma das inter-relações sociais”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 263.

¹⁰⁶ A ideia de *ator situado* (*acteur situé*) foi proposto por Pires e Digneffe como forma de superar o antagonismo entre racionalidade e livre arbítrio, a partir da concepção do ator social “nem como totalmente racional e livre, nem como totalmente determinado por pulsões e instintos”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244.

¹⁰⁷ Conforme define Sá, “a proposta é mostrar as possibilidades de uma nova diretriz da criminologia clínica no sentido de contribuir para a compreensão *deste indivíduo aqui e agora*, em todo o seu complexo individual (corpo e mente, família e história pessoa), e em todos o seu contexto social (instâncias punitivas, exclusão, extigmatização), a fim de fazer uma leitura sobre o seu *comportamento problemático* como uma resposta que lhe foi possível dar diante de tudo isso”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 229.

¹⁰⁸ (Itálicos do autor) SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 245.

naquele contexto.¹⁰⁹

Para que a execução penal alcance a sua finalidade de (re)inclusão social e atue no sentido da desconstrução da imagem de inimigo, é essencial que se promova a compreensão do preso e de seu comportamento problemático de forma a que se possa, em primeiro lugar, promover-se a efetiva individualização da pena, subordinando-se a busca de segurança à estrita medida da necessidade para a execução desta pena individualizada¹¹⁰.

A compreensão do encarcerado como *ator situado*, além de relativizar a importância e a necessidade de medidas de precaução e segurança, ainda permite o estabelecimento de uma pena individualizada para uma conduta concreta, de um indivíduo concreto, em contexto pessoal e social concretos, de forma a estabelecer uma pena que tenha a maior probabilidade de sucesso para a inclusão social *deste indivíduo aqui e agora*.

Em segundo lugar, esta compreensão do encarcerado em sua complexidade, aliada à recuperação do diálogo institucional, permite que o encarcerado possa revisitar a sua autoimagem e reprocessar sua autopercepção, tornando-se mais forte para enfrentar a visão que a sociedade tem de si e, em consequência, desconstruir a sua autoimagem de inimigo¹¹¹. Com esta (re)construção do diálogo e a revalorização da pessoa do encarcerado torna-se possível não a recuperação do preso em si, mas “a *recuperação do preso para a sociedade*, bem como a *recuperação da sociedade para o preso*”¹¹², em

¹⁰⁹ SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 229.

¹¹⁰ Até porque não se pode olvidar que o preso pode, de fato, representar um perigo à sociedade em face do qual é responsabilidade dos agentes do Estado responsáveis pela execução penal adotar as medidas necessárias para a contenção apropriada do perigo. Assim, “dependendo do tipo especial de crime e do risco real que o indivíduo possa oferecer à sociedade (da qual, aliás, é bom não esquecer, ele faz parte) será necessário que o sistema punitivo adote medidas de contenção apropriadas”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 229.

¹¹¹ Através do diálogo construtivo entre setores da sociedade e o cárcere e os encarcerados, “estes se sentem aceitos e revalorizados interiormente, passam a aceitar os segmentos sociais que com eles dialogam e interagem e, conseqüentemente, os encarcerados se recuperam para eles e, através deles, se recuperam para a sociedade. Afinal, ninguém recupera ninguém. Cada pessoa é que revê sua própria autopercepção e se recupera interiormente, mediante o apoio das pessoas com quem interage e que a aceitam incondicionalmente”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo**. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 234.

¹¹² Destaques do autor. Importa mencionar que Sá acredita que a recuperação da sociedade, como um todo, para o preso, seria uma utopia paralisante, “já que inatingível”. SÁ, Alvinio Augusto de. **Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do Inimigo**. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, nov.-dez. de 2012, p. 234. Ainda assim, preferimos acreditar que por difícil que seja o caminho, cabe aos profissionais do direito e, especialmente, do direito penal, nunca deixar de acreditar que essa mudança é possível. Cabe-nos, verdadeiramente, ser a diferença que queremos ver no mundo.

decorrência do que se tem a quebra do ciclo vicioso fracassado causado pelo punitivismo e o início do processo de promoção da pacificação social.

Diante de todo este contexto, somente com o reestabelecimento do diálogo entre os setores encarcerado e não encarcerado da sociedade, a compreensão mútua e, especialmente, a compreensão do crime como comportamento socialmente problemático inserido em um contexto específico em que diferentes fatores individuais, ambientais e sociais atuam como corresponsáveis, a execução penal pode efetivamente alcançar a sua finalidade de pacificação social através da atuação no sentido da desconstrução da imagem de inimigo.

Para que a execução penal possa deixar de atuar como fator criminógeno na sociedade e possa efetivamente atuar no sentido da promoção da paz social, é essencial que se promova a reaproximação e a compreensão mútua, através da modificação da lógica punitivista que hoje contribui para o cenário de guerra social permanente e da busca incessante por segurança e punição. É neste contexto que conclui Sá:

Oxalá, a sociedade, a mídia e a opinião pública, no lugar de fazerem tanta pressão, exigindo cada vez mais segurança, repressão e punição, fizessem carga sobre uma política realmente séria e eficaz de saúde pública e de prevenção da delinquência junto às famílias, exigindo que o governo investisse pesado em programas de levantamento e caracterização de famílias nos bairros e nas comunidades onde mais proliferam a violência e a criminalidade, desenvolvendo medidas mais específicas de acompanhamento e assistência junto àquelas que oferecem maior “risco”, incluídas as famílias cujos filhos adolescentes já apresentam condutas delinquentes. Entretanto, qualquer que fosse o programa, dever-se-ia tomar o maior cuidado para se evitar qualquer conotação de censura, crítica ou ameaça.¹¹³

¹¹³ SÁ, Alvin August de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 94.

CONCLUSÕES

1. O sistema punitivo ocidental atual tem como origem a Revolução Francesa e a queda do Antigo Regime, o que levou à criação de um sistema caracterizado por uma estrutura normativa que prevê a justaposição necessária de uma norma de sanção obrigatoriamente aflitiva (pena) a uma norma de comportamento (lei penal). Este sistema de pensamento constitui o que Álvaro Pires denomina racionalidade penal moderna caracterizado por um ideal punitivista de penas aflitivas necessárias como o único meio de defesa da sociedade em face de comportamentos socialmente problemáticos.
2. Após a revolução francesa, nasce uma sociedade com uma complexidade sem precedentes, com novos conflitos sociais decorrentes do processo de industrialização e urbanização – consequências da revolução industrial –, dentro do processo de construção de uma nova ordem social pós Revolução Francesa. Com a apropriação do poder pela burguesia, esta passou a utilizar-se das agências de controle social para moldar a sociedade à produção industrial, tendo como alvos principais as classes populares e o controle de seus ilegalismos.
3. A implantação de uma nova ordem social na Europa levou à uma aparente desorganização social, o que levou à alteração da tônica da doutrina jurídico-penal, mudando-se o foco de abordagem para a inquirição das causas do crime, o que levou à ideia de que o criminoso seria um fenômeno natural cientificamente identificável na multidão e, portanto, passível de controle.
4. Diante de uma grande quantidade de dados antropométricos gerados com a modificação do público selecionado para as casas de correção, a partir da concepção do encarceramento como método de punição e reintegração social, surge o pensamento da Antropologia Criminal que propõe a existência de um perfil anatômico e hereditário do criminoso. Esta teoria foi facilmente aceita pela sociedade por ter uma aparência de cientificidade e por apresentar uma teoria suficientemente tranquilizadora quanto à desordem social e moral aparentemente existentes.
5. No final do século XIX, em um contexto de desorganização social no Brasil decorrente da abolição da escravatura e de um crescimento demográfico diversificado e acelerado, especialmente nos centros urbanos do sudeste, tornou-se necessária a criação de um arcabouço jurídico que propiciasse um projeto de país rumo à civilização. Para fazer frente ao alcance da cidadania por negros e índios e limitar o reconhecimento da cidadania ao

homem branco, as elites brasileiras adotaram um discurso de uma suposta superioridade da raça branca, transformando a questão racial em entrave emancipatório de parte da população brasileira a justificar o estabelecimento de políticas de segregação interna.

6. A tensão decorrente da universalização do direito e da cidadania e da busca pela limitação do acesso da população não branca na construção da identidade republicana brasileira levou a que os ideais da Antropologia Criminal encontrassem na elite brasileira um terreno fértil de desenvolvimento, justamente pela aparente capacidade de fornecer respostas às necessidades momentâneas do país no período de formação de sua identidade republicana.

7. O desenvolvimento da globalização levou a um cenário de fluidez econômica e ampla mobilidade de capital e pessoas entre os países, o que levou à criação de massas de párias não assimilados pelos mercados de trabalho e de consumo e à desmobilização do Estado de Bem-Estar Social, dominante no período pós-segunda guerra mundial.

8. As mudanças no cenário econômico, social e político decorrente da globalização da economia levaram à alteração do perfil intervencionista por influência de uma onda neoliberal que demanda uma reformulação que o restrinja aos mínimos limites necessários, relegando aos players do mercado o papel central de desenvolvimento da economia.

9. Como forma de justificar a mudança de postura estatal e a desestruturação do Estado de Bem-Estar Social, o pensamento neoliberal põe em marcha uma enorme modificação do papel dos indivíduos na sociedade, com a valorização da responsabilidade individual, o que levou a uma transformação na percepção oficial do crime, nas políticas de governo e na estruturação dos órgãos de justiça criminal, gerando um recrudescimento generalizado das políticas policiais, judiciárias e penitenciárias.

10. Para o desenvolvimento de uma nova política criminal de viés punitivista, passou-se a defender uma retórica de insegurança e de “guerra ao crime”, baseada em uma “criminologia do outro”, que enxerga o criminoso como um ser diferente de nós e que ameaça o nosso modo de vida.

11. Em países latino-americanos, a adoção da política neoliberal de um Estado mínimo na economia e um Estado Penal máximo refletiu-se em uma onda de privatizações, no campo econômico, e à expansão de um estado punitivista, com a transformação da doutrina de segurança nacional na doutrina de segurança social, que levou à declaração de guerra às drogas e a um cenário de encarceramento em massa.

12. A imagem de inimigo no direito penal é uma constante na realidade operativa do direito penal ocidental, uma vez que faz parte de uma economia de poder específica em

que se tem o tratamento penal diferenciado de uma determinada categoria social. A criação desta imagem de inimigo na sociedade é feita através da identificação e do incentivo de um determinado fato político que crie a contraposição entre amigos e inimigos.

13. A conceituação do inimigo tem como origem a distinção feita no direito romano entre o inimigo individual (*inimicus*) e o inimigo coletivo (*hostis*). O próprio direito romano distinguia o inimigo coletivo em *hostis alienígena*, o estrangeiro, desconhecido; e *hostis judicatus*, declarado inimigo pelo Senado por causa de sua oposição política. Ainda que sejam diferentes, ambos são identificados como seres estranhos, diferentes, indesejáveis, perigosos, imprevisíveis e que devem ser mantidos na condição de vencidos militar e economicamente.

14. A imagem de inimigo é formada através da passagem por dois processos migratórios que levam, em um primeiro momento, a que o inimigo individual seja reconhecido como inimigo coletivo e, em seguida, a que esta imagem de inimigo seja transformada em um ser diferente. Uma vez atravessados os dois primeiros processos, tem-se como quase inevitável a ocorrência de um terceiro passo, este no nível da subjetividade do indivíduo, consistente na criação de autoimagem de inimigo.

15. No primeiro processo migratório de formação da imagem de inimigo, tem-se em primeiro lugar a transformação do inimigo individual de uma vítima (*inimicus*) em inimigo coletivo (*hostis*), que ocorre no julgamento informal da opinião pública e no julgamento formal do judiciário, o que é decorrência de uma um pacto velado existente entre mídia, opinião pública, políticos e instâncias de controle, pelo qual é criada a dicotomia vítima/agressor, em que o eu/nós sempre se localiza ao lado da vítima.

16. A imprensa desempenha papel essencial na formação da imagem de inimigo, diante da estrutura narrativa adotada em notícias vinculadas a ocorrências policiais e criminalidade, diante da adoção de um jogo de imagens e vozes autorizadas que criam uma estigmatização do delinquente e da identificação do público com a vítima.

17. O mesmo processo de formação da imagem de inimigo pode ser igualmente identificado no julgamento formal do poder judiciário, uma vez que também os juízes estão sujeitos e processos psíquicos de identificação com a vítima de um determinado delito e de demonização do agressor, o que também contribui para a identificação do delinquente como inimigo coletivo.

18. No segundo processo migratório de formação da imagem de inimigo, tem-se a transformação da imagem do coletivo para um ser diferente e perigoso, processo que se baseia elementos ideológicos a partir dos quais o delito que levou à passagem de inimigo

individual a inimigo coletivo é enxergado como sintoma de uma dissidência social intrínseca ao delinquente.

19. Neste processo migratório, tem-se uma análise do criminoso através de bases ideológicas que levam à demonstração de que o criminoso seria diferente de nós, através da aplicação do paradigma etiológico da conduta criminosa, da concepção causalista do crime e, com a associação de ambas, da concepção predeterminista do criminoso, identificado por sua perigosidade.

20. Diante de uma concepção predeterminista do criminoso, a presença de um elemento intrínseco que levaria ao comportamento criminoso tornar-se-ia critério de identificação de indivíduos criminosos, o que permitiria uma visão dicotômica da sociedade, separada em criminosos e não criminosos.

21. Com a passagem pelos dois primeiros processos migratórios de formação da imagem do inimigo, ocorre uma ruptura social em face do indivíduo tido como inimigo, ruptura esta que se aperfeiçoa com a passagem pelo terceiro processo migratório, consequência quase inevitável dos dois primeiros, pelo qual o indivíduo apontado como inimigo integraliza esta imagem em si mesmo, formando uma autoimagem de inimigo.

22. O terceiro processo migratório é uma consequência quase que inevitável dos dois primeiros, atuando como uma externalidade negativa deles e, ao mesmo tempo, retroalimentando-os. Neste contexto, a atuação do poder punitivo traz uma consequência perversa consistente na instalação ou no aprofundamento de uma relação de antagonismo social entre o condenado e os demais membros da sociedade, agindo como elemento criminógeno na sociedade.

23. Nestes processos migratórios de formação da imagem do inimigo, é inquestionável a responsabilidade histórica da criminologia, especialmente em sua vertente clínica no modelo médico-psicológico, uma vez que forneceu uma base de argumento com aparência de cientificidade que tornou possível a consolidação de uma ideologia social e a existência de um tratamento penal diferenciado.

24. Ainda que tenha papel relevante na formação da imagem do inimigo, não se pode desconsiderar que a criminologia também desempenha papel fundamental para a desconstrução desta imagem, uma vez que atua também como saber científico essencial para o destronamento das premissas médico-psicológicas que constituem a estrutura de argumento utilizada para lastrear um direito penal discriminatório.

25. Por mais que a Antropologia Criminal não tenha prosperado nas doutrinas penais mais qualificadas, deixou como herança a para a política criminal uma específica ideologia de

tratamento que leva à ampliação da demanda de direitos da sociedade sobre o delinquente, à valorização de um direito penal de periculosidade em detrimento da culpabilidade, à busca desmedida pela defesa da sociedade e à concepção de pena como corretiva ou neutralizadora.

26. Para a reprodução desta ideologia de tratamento tem-se a reprodução, de forma velada, da estrutura de argumento utilizada pela Antropologia Criminal, baseada no causalismo determinista e na negação do livre-arbítrio, que levaria à concepção de reação penal a uma entre duas possíveis: tratamento ou a neutralização.

27. A ideologia de tratamento e a estrutura de argumento decorrentes do pensamento positivista podem ser identificados na proposta do direito penal do inimigo de Jakobs, na doutrina defendida por Von Liszt e no projeto de tratamento dos estranhos à comunidade propunha a existência de um direito penal cindido uma vez que, para justificar a coexistência harmônica de sistemas penais de características diametralmente opostas, tem-se o recurso à racionalização teórica e ao embuste de etiquetas para demonstrar, com base em uma estrutura de argumento positivista, não apenas a necessidade de uma reação penal ilimitada, mas uma suposta delimitação segura deste direito penal de inimigos.

28. Como decorrência dos processos migratórios e da formação de uma imagem de inimigos na sociedade, tem-se o desenvolvimento de uma economia de poder em que existem duas formas distintas de reação penal. A primeira forma é caracterizada por um viés retribucionista e circunscrita aos limites da culpabilidade, seguindo à risca as garantias descritas nos manuais que levam à limitação do *ius puniendi* estatal. A outra reação penal, por seu turno, é prevista para os indivíduos identificados como inimigos e é baseada em medidas administrativas de contenção e neutralização, como forma de combater uma periculosidade presumida destes indivíduos.

29. O tratamento penal diferenciado pode ser reconhecido em três momentos distintos do sistema penal: em um momento pré-processual, caracterizado por atuações e execuções policiais sem processo; um momento processual propriamente dito, em que o tratamento penal diferenciado é realizado dentro do sistema penal formal por instâncias do judiciário e do Ministério Público; e, finalmente, em um momento de execução penal, em que estão presentes tanto o poder executivo quanto o poder judiciário, no efetivo cumprimento de penas estabelecidas na fase anterior.

30. Na fase policial, a existência de uma imagem de inimigo é essencial para a legitimação de uma violência institucional e do uso de força desmoderada, uma vez que contra o

inimigo o uso da força seria constantemente legitimado, diante de sua identificação como ser estranho, imprevisível e perigoso.

31. Diante desta imagem de inimigo, desenvolve-se nas forças policiais uma ideologia de guerra que leva à introjeção da ideia de que a eliminação física destes inimigos seria a única solução possível para este conflito, o que leva à criação de um espaço de exceção permanente e à transformação do uso legal da força pelo Estado de uma medida excepcional e provisória para uma verdadeira técnica de governo.

31. Diante da permissividade de atuação violenta decorrente dos processos de formação da imagem de inimigo, as construções narrativas de intervenções policiais violentas têm como foco principal demonstrar a identificação da vítima à imagem de inimigo uma vez que, com isso, opera-se uma inversão da culpabilidade, tornando ônus da vítima (ou de seus familiares) comprovar um modus vivendi não criminal e, desta forma, que a atuação policial atravessou os limites legais.

32. A mesma ideologia decorrente da existência de uma imagem de inimigo tido como não-pessoa atuante na fase pré-processual reflete-se na fase processual primeiro na interpretação da violência institucional contra o inimigo como legítima e conforme o direito e, em segundo lugar, através da relativização de garantias e da predileção quase absoluta pela pena de prisão, interpretada como único meio possível de neutralização do inimigo.

33. Na fase de execução da pena a imagem de inimigo exerce um papel essencial para a manutenção de um sistema falido e desacreditado pelo qual o sistema penitenciário não cumpre seus objetivos intrínsecos de reintegração social e pacificação social e, além disso, ainda atua como fator criminógeno e de marginalização secundária na sociedade.

34. Como se espera da fase executória a aplicação de uma pena que seja concomitantemente neutralizadora e aflitiva, tem-se o agravamento de uma realidade caótica e desumana inerente à própria natureza do cárcere, com a criação de um cenário no qual a violação de direitos humanos inerentes aos presos não seria juridicamente relevante.

35. A existência de uma imagem de inimigo como não-pessoa é essencial para a racionalização, justificação e aceitação de um sistema falido caracterizado por uma violência institucional, pela indiferença administrativa e pela má gestão técnica, decorrentes de falta de interesse público. A identificação do preso à imagem de inimigo e a sua conseqüente redução à categoria de vida nua, vida matável é essencial para a aceitação das diversas violações de direitos fundamentais da população carcerária, violações estas que são enxergadas como juridicamente irrelevantes e, muitas vezes, até necessárias.

36. O tratamento desumano, indiferente e beligerante decorrente de um discurso de legítima defesa social em face de um perigo supostamente constante e iminente, personificado na imagem de inimigo, leva à consolidação de uma guerra social permanente e à ruptura do diálogo entre os setores encarcerado e não encarcerado da sociedade.

37. Como, pela lógica punitivista inerente ao sistema punitivo, a sua atuação contribui para um processo de prisionalização e de ruptura de diálogo entre setores da sociedade, o primeiro desafio da execução penal consiste em não se deixar contaminar por esta lógica que atua como fator criminógeno e pelos processos migratórios de formação da imagem de inimigo. O segundo desafio da execução consiste em reverter esses processos migratórios de forma que o direito penal torne-se, efetivamente, um instrumento de pacificação social e não simplesmente de segregação.

38. Para fazer frente ao seu primeiro desafio, a execução penal, deve promover o diálogo entre os setores encarcerado e não encarcerado da sociedade de forma a que se tenha uma reaproximação destes dois segmentos. Esta reaproximação tem como passo inicial o tratamento do preso como pessoa, o que deve ser feito através da abertura do cárcere para a comunidade e da comunidade para o cárcere, para uma compreensão mútua e, em última instância, a percepção de que o encarcerado é uma pessoa que busca a sua autorrealização saudável e criativa apresentou um comportamento socialmente problemático.

39. Somente a quebra de seus pressupostos lógicos e a modificação, em sede de execução penal, da posição hierárquica da segurança em favor da individualização da pena e da ressocialização em favor da inclusão social, permitirão o efetivo cumprimento do objetivo do direito penal de promoção da paz social e da execução penal de inclusão social.

40. O segundo desafio da execução penal, no sentido da desconstrução da imagem do inimigo, é justamente a compreensão da pessoa do preso e de seu comportamento problemático em suas complexidades para a efetiva individualização da pena. Para isso, deve-se compreender que uma determinada conduta criminosa é fruto de uma malha paradigmática de inter-relações sociais que constitui o cenário do crime em que o indivíduo que rompe com a norma está imerso e em que atuam como corresponsáveis não apenas o seu contexto individual, mas o seu contexto social e também a própria sociedade através de sua reação diante do comportamento problemático.

41. Para desconstruir a imagem de inimigo, primeiro é necessário compreender o indivíduo identificado como tal, de forma a reconhecer-se que um comportamento socialmente problemático não pode ser compreendido como sintoma de uma conduta violenta, imprevisível ou perigosa. Para isso, é necessário que se tenha a compreensão do indivíduo

como ator situado em um determinado contexto pessoal e social, de forma a compreender-se este indivíduo aqui e agora, em sua complexidade individual e em seu contexto social, a fim de fazer-se uma leitura de seu comportamento problemático como a melhor resposta encontrada por este indivíduo diante de toda essa realidade.

42. Somente com o reestabelecimento do diálogo entre os setores encarcerado e não encarcerado da sociedade, a compreensão mútua e, especialmente, a compreensão do crime como comportamento socialmente problemático inserido em um contexto específico em que diferentes fatores individuais, ambientais e sociais atuam como corresponsáveis, a execução penal pode efetivamente alcançar a sua finalidade de pacificação social através da atuação no sentido da desconstrução da imagem de inimigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. BIBLIOGRAFIA

ANISTIA INTERNACIONAL. **Você Matou Meu Filho! Homicídios Cometidos pela Polícia Militar na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2015.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; e GAUTO, Maitê. A Contribuição de David Garland: a Sociologia da Punição. **Tempo Social**, Revista de Sociologia da USP, v. 18, n. 1, junho, p. 329-350, 2006.

ÁLVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luis Antônio F. de. A Sociedade e a Lei: O Código Penal de 1890 e as Novas Tendências Penais na Primeira República. **Justiça e História**, Porto Alegre, v. 3, n. 6, p. 97-130, 2003.

ALVAREZ, Marcos César. Controle Social – Notas em Torno de Uma Noção Polêmica. **São Paulo em Perspectiva**, 18(1), p. 168-176, 2004.

_____. O Homem Delinquente e o Social Naturalizado: Apontamentos Para uma História da Criminologia no Brasil. **Teoria e Pesquisa**, São Carlos, n. 47, p. 71-92, julho/dezembro 2005.

_____. A Criminologia no Brasil ou Como Tratar Desigualmente os Desiguais. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 45, n. 4, p. 677-704, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. **O Medo na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BIBLIOTECA DIGITAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. **CPI Sistema Carcerário**. Brasília, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Tradução de Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. A Pena e Suas Teorias. Tradução de Cândida Silveira Saibert e Odone Sanguiné. **Fascículos de Ciências Penais**, Ano 5, Vol. 5, n. 3, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CASTRO, Lola Aniyar de. Matar com a Prisão, o Paraíso Legal e o Inferno Carcerário: os Estabelecimentos “Concordes, Seguros e Capazes”. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Coord.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CYMROT, Danilo. As Origens da Pena Privativa de Liberdade e o Seu Significado na Estrutura Social Brasileira. In: SÁ, Alvinho Augusto de, TANGERINO, Davi, SHECAIRA, Sérgio Salomão, (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

CONDE, Muñoz. **Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu Tempo**. Tradução Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

_____. As Origens Ideológicas do Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** 2010, BECHARA, Ana Elisa (Coord.), ano 18, n. 83, p. 7-32, mar-abril 2010.

CORREA, Mariza. Raimundo Nina Rodrigues e a “Garantia da Ordem Social”, **Revista USP**, São Paulo, nº 68, p. 138-139, dezembro/fevereiro, 2005-2006.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – junho de 2014**. Ministério da Justiça: Brasília, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FARIA, Thais Duprê. Oxalá Conhecêssemos Nina Rodrigues! In: SÁ, Alvinho Augusto de, TANGERINO, Davi, SHECAIRA, Sérgio Salomão, (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015**. Ano 9. São Paulo, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

_____. Gerir os Ilegalismos. Entrevista a Roger Pol-Droit. In: **Michel Foucault: Entrevistas**. Trad. Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

GARLAND, David. **Punishment and Modern Society: a study in social theory**. Chicago: Oxford University Press, 1993.

_____. As Contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 13, nov. 1999, pp.

GRACIA MARTÍN, Luis. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HAMBURGUER, Esther. Indústria Cultural Brasileira (Vista Daqui e de Fora). In: MICELI, Sérgio (Org.). **O Que Ler na Ciência Social Brasileira: 1970-2002**. São Paulo: Sumaré, 2002.

HOBSBAWM, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência Criminal no Brasil: Relatório de Pesquisa**. Rio de Janeiro, 2015.

ISHIY, Karla Tayumi. **A Desconstrução da Criminalidade Feminina**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

_____. ¿Derecho Penal del Enemigo? Un Estudio Acerca de los Presupuestos de la Juridicidad. In: **Derecho Penal Del Enemigo**. CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA

DIEZ, Carlos (Eds.). *Derecho Penal De Enemigo, El Discurso Penal De La Exclusión*, Vol. 1, D de F, 2006.

KEEN, Sam. **Faces of The Enemy**. 2ª Edição. Nova Iorque: Editora Harper Collins, 1991.

LEMGRUBER, Julita, et al. (Org.). **Usos e Abusos da Prisão Provisória no Rio de Janeiro** – Avaliação do Impacto da Lei 12.403/2011. ARP, CESEC, Universidade Cândido Mendes: Rio de Janeiro, 2013.

LEMGRUBER, Julita, et al. (Org.). **Monitorando a Aplicação da Lei das Medidas Cautelares e o Uso da Prisão Provisória nas Cidades do Rio de Janeiro e São Paulo**. Instituto Sou da Paz e ARP.

LEONARDO, Hugo. Recontando a História Racial no Brasil: o Pensamento Criminológico Positivista na Visão de Cândido Motta e sua Realocação Política como Pressuposto Histórico de Análise. In: SÁ, Alvino Augusto de, TANGERINO, Davi, SHECAIRA, Sérgio Salomão, (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal Fundamentos e Teoria do Delito**. São Paulo/Barcelona: Revista dos Tribunais, 2007.

NATALINO, Marco Antônio Carvalho. **O Discurso do Telejornalismo de Referência**. São Paulo: Método, 2007.

NEVES, Márcia das. **Nina Rodrigues: As Relações Entre mestiçagem e Eugenia na Formação do Povo Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

_____. A Concepção de Raça Humana em Raimundo Nina Rodrigues, **Filosofia e História da Biologia**, volume 3, p. 241-261, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Edmund Mezger e o Direito Penal de Nosso Tempo. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 1, p. 153-159, Maio 2005.

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O Grande Encarceramento como Produto da Ideologia (Neo)liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Coord.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PIRANGELLI, José Henrique. Das Penas: Tempos Primitivos e Legislações Antigas. **Fascículo de Ciências Penais**, Ano 5, Vol. 5, n. 3, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

PIRES, Álvaro. Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 68, p. 39-60, março de 2004.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**. Campinas: Ed. Millennium, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. Razão e Subjetividade no Direito Penal Brasileiro. **Ciências Penais**: Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, v. 1, n. 0, p. 226-249, jan/jul, 2004.

RODRIGUES, Raimundo Nina. **As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**. Tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas, 1997.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Criminologia Clínica, Ideologia do Inimigo e Controle Punitivo no Sistema Carcerário. **Revista dos Tribunais**, ano 101, vol. 924, p. 297-364, out. de 2012.

_____. Desafios da Execução Penal Frente aos Processos de Construção da Imagem do *Inimigo*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 20, vol. 99, p. 215-238, nov.-dez. 2012.

_____. **Parecer Sobre a Sentença em Primeira Instância Que Condenou Eliana Piva de Albuquerque Tranches**. Parecer pendente de publicação.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da Pena**. São Paulo: Quartier Latin, 2009

_____. Tipicidade penal e Princípio da Legalidade: o Dilema dos Elementos Normativos e a Taxatividade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano 18, nº 85, p. 219/235, 2010.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópolis: Vozes, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Exclusão Moderna e Prisão Antiga. In: SÁ, Alvinho Augusto de, TANGERINO, Davi, SHECAIRA, Sérgio Salomão, (Coord.). **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. Tolerância Zero. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 165-176, outubro/2009.

_____. A Opção pelo Calabouço, *in* **O Estado de São Paulo**, Edição de 29 de janeiro de 2011.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**. Buenos Aires: Editora Ad Hoc.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. **Drogas: Falência do Proibicionismo e Alternativas de Política Criminal**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

TARDE, Jean-Gabriel de. **A Criminalidade Comparada**. Tradução de Maristela Bleggi Tomasini. 8ª Ed. Paris: 1924.

TEIXEIRA, Alessandra. **Construir a Delinquência, Articular a Criminalidade: um Estudo Sobre a Gestão dos Ilegalismos na Cidade de São Paulo**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2012.

VALOIS, Luis Carlos. **Conflito Entre Ressocialização e o Princípio da Legalidade na Execução Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Trad. José Hígino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C., 1899.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres – A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mortes Matadas por Armas de Fogo – Mapa da Violência 2015**. Secretaria-Geral da Presidência da República: Brasília, 2015.

ZACCONE, Orlando. **Indignos de Vida: a Forma Jurídica da Política de Extermínio de Inimigos na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: REVAN, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFARRONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

ZIMBARDO, Philip George. **The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil**. New York: Randon House, 2008.

_____. A Situationist Perspective on the Psychology of Evil: Understanding How Good People Are Transformed into Perpetrators. In: Miller, Arthur. **The Social Psychology of Good and Evil: Understanding Our Capacity for Kindness and Cruelty**. New York: Guilford, 2004.

II. REFERÊNCIAS DE INTERNET

ARAÚJO, Vera. Suspeita de falso auto de resistência leva exoneração de comandante do 9º BPM, 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/suspeita-de-falso-auto-de-resistencia-leva-exoneracao-de-comandante-do-9-bpm-15446720>>. Acesso em: 03 dez. 2015.

BACELAR, Carina. Juíza nega mais ginecologistas a presas e gera polêmica, 2015. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/blogs/estadao-rio/juiza-nega-mais-ginecologistas-a-presas-e-gera-polemica/>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

_____. Quatro PMS presos após morte de cinco jovens em Costa Barros, 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/quatro-pms-presos-apos-morte-de-cinco-jovens-em-costa-barros-18174477>>. Acesso em: 03 dez. 2015.

BARROS, Ciro; BARCELOS, Iuri; SILVA, José Cícero. 396 mortes pela PM paulista: história por trás dos BOs, 2015. Disponível em: <<http://apublica.org/2015/12/396-mortes-e-o-padrao-da-pm-paulista/>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

DECRETO nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 05 jul. 2014.

EDITAL de abertura. Disponível em: <<http://www.vunesp.com.br/TJSP1401/>>. Acesso em: 24 abr. 2015

FERRAZ, Lucas; PAGNAN, Rogério. 60% dos paulistanos têm medo da PM, aponta Datafolha, 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/11/1702899-60-dos-paulistanos-tem-medo-da-pm-aponta-datafolha.shtml>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

GARCIA, Janaína. Entidades da PM preparam manifestação em favor de condenados do Carandiru, 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/04/22/entidades-da-pm-preparam-manifestacao-em-favor-de-condenados-do-carandiru.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

LEAL, Vinícius. Subcomandante de Manacapuru que deu “ordem para matar” é afastado do cargo pela PM, 2015. Disponível em: <http://acritica.uol.com.br/noticias/PM-comandante-Manacapuru-declaracoes-polemicas_0_1457254274.html>. Acesso em: 22 nov. 2015.

PRISÃO brasileira é medieval e viola direitos, afirma ministro da Justiça, 2012. Disponível em: <<http://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/11/1185345-prisao-brasileira-e-medieval-e-viola-direitos-afirma-ministro-da-justica.shtml?mobile>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

ROUVENAT, Fernanda; RODRIGUES, Matheus. Perícia encontra 63 marcas de tiros no carro dos jovens de Costa Barros, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de>

janeiro/noticia/2015/12/pericia-encontra-63-marcas-de-tiros-no-carro-dos-jovens-de-costa-barros.html>. Acesso em: 03 dez. 2015.

SANTANNA, Lourival. De cada 10 assaltantes 7 voltam a roubar no Estado e 41% são menores, 2014. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,de-cada-10-assaltantes-7-voltam-a-roubar-no-estado-e-41-sao-menores,1123132>>. Acesso em: 28 dez. 2015.

URIBE, Gustavo; DIAS, Marina; BRAGON, Ranier. Com boato de operação, Cunha já estava acordado quando PF chegou, 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/12/1719299-desconfiado-cunha-estava-acordado-quando-pf-chegou-a-sua-residencia.shtml>>. Acesso em: 09 jan. 2016.