

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

MARCO ANTONIO DE SOUZA MACHADO

**RAÍZES DOS ESTEREÓTIPOS:
PROCESSOS DE ESTIGMATIZAÇÃO DO SUJEITO NÃO-BRANCO NO BRASIL E
O DIREITO PENAL DO INIMIGO**

POUSO ALEGRE - MG

2022

MARCO ANTONIO DE SOUZA MACHADO

**RAÍZES DOS ESTEREÓTIPOS:
PROCESSOS DE ESTIGMATIZAÇÃO DO SUJEITO NÃO-BRANCO NO BRASIL E
O DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho

Área de concentração: Constitucionalismo e Democracia.

FDSM-MG

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

M334r MACHADO, Marco Antonio de Souza
RAÍZES DOS ESTEREÓTIPOS: PROCESSOS DE
ESTIGMATIZAÇÃO DO SUJEITO NÃO-BRANCO NO BRASIL E O
DIREITO PENAL DO INIMIGO. / Marco Antonio de Souza Machado.
Pouso Alegre: FDSM, 2022.

136p.

Orientador: Edson Vieira da Silva Filho.

Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas,
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. constitucionalismo. 2. racismo. 3. criminologia. 4. direito penal do
inimigo. I Filho, Edson Vieira da Silva. II Faculdade de Direito do Sul de
Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III Título.

CDU 340

MARCO ANTONIO DE SOUZA MACHADO

**RAÍZES DOS ESTEREÓTIPOS:
PROCESSOS DE ESTIGMATIZAÇÃO DO SUJEITO NÃO-BRANCO NO BRASIL E
O DIREITO PENAL DO INIMIGO**

Data de aprovação ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho – FDSM (Orientador)

(Banca Examinadora)

(Banca Examinadora)

Pouso Alegre, 20 de janeiro de 2022.

*À vó Valdete e ao vô Maercio,
minhas motivações e alicerce.
Condições de possibilidade de
todas as minhas conquistas.*

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Rafael Lazarotto Simioni, pela competência, dedicação e exemplar desempenho na coordenação das atividades acadêmicas no âmbito da pós-graduação stricto-sensu da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Ao Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho, meu zeloso orientador, igualmente, mas não apenas, pela competência, dedicação e exemplaridade de vida acadêmica, como também pela paciência, empatia e estímulo sem os quais não seria possível a conclusão deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Cícero Krupp da Luz, pela competência, dedicação e sensibilidade que me motivaram a buscar evoluir dentro e fora dos muros da universidade, como pesquisador e sobretudo como ser humano.

Aos meus avós, espelhos de perseverança e integridade.

Ao meu pai, meu orgulho e exemplo, pela entrega e dedicação na minha formação como pessoa e como profissional.

À minha mãe, pelo amor incondicional e pelo exemplo de garra e persistência, sem os quais nenhuma conquista seria possível.

À minha irmã, pelo apoio e credibilidade em mim depositados, motivação para querer sempre mais e melhor.

À minha namorada, exemplo de competência e dedicação, pela paciência, carinho e companheirismo que me dão forças para continuar.

Aos verdadeiros amigos, indispensáveis apoiadores e incentivadores dessa jornada, por torcerem em cada desafio e vibrarem em cada conquista.

Aos grandes amigos e colegas de trincheira, pelo apoio incondicional e pela contribuição com o meu crescimento profissional.

Por fim, porém não de somenos importância, aos meus parceiros e grandes colaboradores Patrícia, Matheus e Wilian, pela imensa contribuição para que este sonho se tornasse realidade.

*“Primeiro levaram os negros
Mas não me importei com isso
Eu não era negro*

*Em seguida levaram alguns operários
Mas não me importei com isso
Eu também não era operário*

*Depois prenderam os miseráveis
Mas não me importei com isso
Porque eu não sou miserável*

*Depois agarraram uns desempregados
Mas como tenho meu emprego
Também não me importei*

*Agora estão me levando
Mas já é tarde.
Como eu não me importei com ninguém
Ninguém se importa comigo.”*

Bertold Brecht

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo questionar o status social negativo e a rotulação do indivíduo racializado pelo sistema penal e sua compatibilidade com a ótica constitucional do Estado Democrático de Direito no Brasil contemporâneo. O escopo principal foi o de aferir como a seletividade marcadamente racial se construiu historicamente no Brasil e se tal prática é consentânea com o paradigma constitucional a ser observado na contemporaneidade. Em seu aspecto teórico, a pesquisa recaí inicialmente sobre a literatura concernente ao passado escravocrata brasileiro e a negativa de perspectivas de pessoa ao sujeito racializado e escravizado. Em seu desenvolvimento, o trabalho busca definir a trajetória da dinâmica racial no Brasil e a manutenção da hegemonia dos grupos raciais dominantes por meio de meta-discursos que se pretendem legitimadores. No ponto, abordou-se a transmissão da questão racial para o campo da criminologia e a transformação do sujeito racializado na figura do crime por excelência e de um mal a ser neutralizado. No mesmo ensejo, tratou-se de propostas teóricas de neutralização seletiva, em especial a do Direito Penal do inimigo, de Günter Jakobs, e seus desdobramentos no âmbito social e criminológico. Enfim, buscou-se demonstrar a incompatibilidade de um Direito Penal de inimigo com o Estado de Direito, como também o desalinho constitucional da adoção de critérios discriminatórios na eleição desse inimigo. Para a consecução dos trabalhos, utilizou-se como metodologia a revisão bibliográfica de inferência dedutiva.

Palavras-chave: constitucionalismo; racismo; criminologia; direito penal do inimigo.

ABSTRACT

The present work aimed to question the negative social status and the labeling of the racialized individual by penal system and its compatibility with the constitutional perspective of the Democratic State of Law in contemporary Brazil. The main scope was to assess how markedly racial selectivity was historically constructed in Brazil and whether this practice is in line with the constitutional paradigm to be observed in contemporary times. In its theoretical aspect, the research initially focuses on the literature concerning the Brazilian slave-holding past and the negative perspectives of the person to the racialized and enslaved subject. In its development, the work seeks to define the trajectory of racial dynamics in Brazil and the maintenance of the hegemony of dominant racial groups through meta-discourses that are intended to legitimize. At the point, the transmission of the racial issue to the field of criminology and the transformation of the racialized subject into the figure of crime par excellence and an evil to be neutralized were addressed. On the same occasion, theoretical proposals of selective neutralization were dealt with, especially that of the Criminal Law of the enemy, by Güinter Jakobs, and its consequences in the social and criminological scope. Finally, we sought to demonstrate the incompatibility of a Criminal Law of the enemy with the Rule of Law, as well as the constitutional misalignment of the adoption of discriminatory criteria in the election of this enemy. To carry out the work, the bibliographic review of deductive inference was used as a methodology.

Keywords: *constitutionalism; racism; criminology; enemy criminal law.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O COLONIALISMO E A ESCRAVIDÃO.....	13
1.1. Entre a civilização e a barbárie	16
1.2. Vida e morte do sujeito escravizado	35
2. CONSTRUINDO O INIMIGO	53
2.1. A herança positivista	57
2.2. Seletividade e neutralização aplicadas	72
3. DESCONSTRUINDO O INIMIGO	88
3.1. Inimigo e Estado de Direito	92
3.2. Seletividade e direitos fundamentais	108
CONCLUSÃO	123
REFERÊNCIAS	129

INTRODUÇÃO

As regras de experiência e o senso comum já permitem notar que há, desde há muito tempo, ao menos duas posturas ideológicas que buscam constantemente se sobrepor uma à outra. A sanha punitivista, insuflada pelo discurso penal populista (*völkisch*¹), inebria mentes e corações em uma intrépida busca pela maior e melhor sensação de segurança possível, ainda que sob a ameaça de uma crise de legitimidade. O medo circundante e sempre presente, combustível da insegurança, torna a diferença, o *outro* diferente, uma ameaça constante que deve ser neutralizada a todo custo. No campo doutrinário, vale dizer, fonte de transformações, avanços e retrocessos, esse embate não é muito diferente. Sabe-se que o panorama constitucional, coração pulsante dos sistemas normativos contemporâneos, não é algo dado, ontológico, mas algo que é construído; construção que necessariamente passa pela doutrina. A doutrina, na feliz expressão de Lênio Streck, “*deve doutrinar*”²; esse é o seu papel. A academia, mais do que uma prática voltada para o mundo real, busca colher dele os seus parâmetros de validade. Assim, a reconstrução histórica das tradições, das conquistas civilizatórias, os suportes ideológicos e os parâmetros constitucionais estabelecidos democraticamente devem compreender-se sistematicamente enquanto uma existência que retorna ao aplicar-se, em uma circularidade hermenêutica virtuosa. Compreender, portanto, é um processo complexo; que se afasta de verdades apriorísticas e se aproxima dos modos de ser. E é sob o espectro de um norte legítimo, de uma tradição democrática, que se buscou desenvolver o presente trabalho. É dizer, não se trata de intuição, dedução ou puramente senso comum teórico, mas da busca pela compreensão do chão histórico e teórico sobre os quais se sustentam as bases de uma constituição plural, tolerante e includente; em contraposição à dicotomia do *eu* e do *outro*.

Com efeito, a existência humana convive *pari passu* com a segregação de uns em favor da prevalência de outros. A segregação racial, conquanto não seja a única forma de segregação existente, se apresenta como uma das mais frequentes e danosas em termos de humanitários. A dicotomia criada pela racionalidade racial já mostrou que, levada às últimas consequências, pode gerar catástrofes cuja expressividade e morbidade são capazes de deixar marcas gravadas pela eternidade na memória da humanidade. Por todas, a prática escravocrata originada no ensejo da era colonial se revela como expressão da instrumentalização dessa racionalidade racial a fim de segregar e subjugar aqueles que foram arbitrariamente enquadrados nos

¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 15.

² STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 4. ed. rev. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 11.

patamares mais baixos dessa hierarquização; ao talante dos que se autoproclamaram ocupantes do topo da pirâmide racial. A pecha bestial e o tratamento degradante, vale dizer, a pretexto de uma suposta prerrogativa de superioridade imanente, retiram do sujeito racializado qualquer traço de humanidade aos olhos de quem o domina. Ausência de humanidade esta que, não obstante o cessar da exploração escravocrata, seguiu arraigada nas estruturas social e institucional na forma de meta-discursos que se insurgem sub-repticiamente. Sem embargo, as consequências humanas da dinâmica do capitalismo criam zonas de exclusão e empurram os indesejáveis e imprevidentes para além da linha da marginalização social; lança-os às malhas do sistema penal. Assim, a crescente e sempre presente sensação de insegurança, não raro tornada ela mesma fonte de geração de capital, abre espaço à criação de uma noção ficcional de *inimigo* e à decorrente demanda por sua *neutralização*. Mas a questão é saber se, sob o espectro do constitucionalismo contemporâneo, é possível ou aceitável que o sistema penal eleja uma clientela preferencial em meio a qual se utilize de estereótipos biológico-racistas para traçar perfis de inimigos da sociedade e negar-lhes direitos personalidade. Tal é o problema enfrentado no presente trabalho.

Destarte, as hipóteses formuladas a partir do problema proposto puderam ser assim resumidas: os estereótipos e a noção de subalternidade sobre os quais se fundam o problema proposto deita raízes que vão desde movimento colonialista aos dias atuais; para garantir a perpetuação da hegemonia do modelo socioeconômico baseado na cultura eurocêntrica após a abolição, foram criados mecanismos de controle étnico-culturais com o objetivo de disseminar o ideário de subalternidade e de retirada da subjetividade do sujeito racializado considerado inferior; a estrutura social atribuiu ao sujeito negro o rótulo de inimigo, justificando-se a realização de uma coação preventiva pelo simples fato de ser quem é e o risco que supostamente representa; e, enfim, a negação de subjetividade ao indivíduo racializado não condiz com a perspectiva constitucional do Estado Democrático de Direito no Brasil contemporâneo.

Para tanto, o estudo se deu por meio da metodologia de revisão bibliográfica de análise qualitativa, contando com o auxílio da literatura pertinente, artigos científicos, pesquisas, reportagens midiáticas, além do exame de legislações e jurisprudências. Desse modo, antes de atingir o tema central, foi necessária a abordagem de outros temas correlacionados para melhor compreender-se o que se pretendia demonstrar. No uso da metodologia, partiu-se de argumentos gerais para argumentos particulares, valendo-se da inferência de natureza dedutiva. Quanto ao marco teórico utilizado, a sua escolha se dividiu em ao menos três blocos principais. O primeiro dele, destinado à abordagem de parcela da literatura da filosofia política,

historiográfica e sociológica pertinentes ao tema, contou com as perspectivas teóricas de autores como Carl Schmitt, Achile Mbembe, Hannah Arendt, Frantz Fanon, Adilson Moreira, Silvio Almeida, Laurentino Gomes, Maria Helena Machado e Abdias do Nascimento. No segundo bloco, no qual se desenvolveu a abordagem de parcela da literatura dos campos da teoria crítica e da criminologia, destacam-se os autores Giorgio Agamben, Zygmunt Bauman, Sergio Adorno, Juarez Cirino dos Santos, Massimo Pavarini, Sérgio Salomão Shecaira, Alessandro Baratta, Günter Jakobs e Eugênio Raúl Zaffaroni. No terceiro bloco, enfim, sob uma perspectiva puramente constitucional, recorreu-se à literatura de autores como José Afonso da Silva, Friederich Müller, Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmento, Luís Roberto Barroso, Flávia Piovesan e Paulo Bonavides.

Em atenção às hipóteses formuladas, buscou-se, de modo geral, questionar o *status* negativo e a rotulação do indivíduo racializado e sua compatibilidade com a ótica constitucional do Estado Democrático de Direito no Brasil contemporâneo. A partir da formação do chão teórico, buscou-se a compreensão dos motivos que levam à objetificação do indivíduo racializado desde os primórdios do Brasil colônia, negando-lhe perspectivas de pessoa. Em continuidade, verificou-se as vinculações existentes entre a retirada da subjetividade do sujeito racializado com a formatação da clientela preferencial do sistema penal; e, a partir da compreensão da figura do inimigo em Günter Jakobs, desvelou-se a adoção de novas formas de justificação à segregação e negação da subjetividade de uma determinada parcela da sociedade. Ao fim, demonstrou-se o desalinho constitucional com tal leitura sob o manto de uma sociedade historicamente construída enquanto plural, tolerante e inclusiva; fundamentalmente constituída num Estado Democrático de Direito.

1. O COLONIALISMO E A ESCRAVIDÃO

As origens da consciência histórica e espacial que temos hoje do planeta deita raízes em uma série de acontecimentos que remontam os primórdios da empresa colonial europeia nascida nos idos do século XV. A toda evidência, a justificação dada à realização do empreendimento colonialista por seus atores inaugurou uma cosmovisão dicotômica que se poderia traduzir em *civilizado* e *primitivo*, dando azo à efetivação da conquista, dominação e espoliação dos rincões descobertos além das “muralhas”³ europeias sob a égide de uma eloquente retórica escudada em um suposto propósito universalizante, humanizador e civilizatório. Neste particular, a

³ SCHMITT, Carl. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europæum*. Trad. Alexandre Franco Sá; Bernardo Ferreira; José Maria Arruda; Pedro Villas Bôas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2014. p. 93.

“inferiorização”⁴ da figura do nativo colonizado; do bárbaro dissemelhante, teve um papel decisivo na consecução desse projeto de hegemonização branco-europeia sobre o restante do globo, eis que a pretensa superioridade europeia permitia ao colonizador subjugar e massacrar a pretexto de que se fazia contra aqueles que não eram verdadeiramente humanos⁵; para elevá-los ao *status* de humanos civilizados. Para tanto, a “racialização”⁶ da humanidade serviu de importante ferramenta à criação, manutenção e sofisticação das relações de dominação que se pretendia estabelecer no contexto colonial e escravocrata, traduzindo-se em forma de constituição e diferenciação dos indivíduos com o propósito específico de representar as relações de poder na estrutura social. Assim é que o racismo se traduz em um “projeto de dominação social”⁷, que visa a validação de projetos de dominação calcados na hierarquização entre diferentes grupos com características físicas distintas, cujo propósito não é outro senão a permanência da hegemonia racial.

No Brasil, como de resto em outras partes do globo, durante todo o regime escravocrata, as relações de dominação estiveram marcadas fundamentalmente pela sujeição e objetificação do sujeito não-branco escravizado e transformado, conforme a expressão de Achile Mbembe, em uma “sombra personificada”⁸, que como propriedade privada protegida pelo Estado era submetido aos caprichos e desmandos do seu senhor e proprietário. E assim é que, à semelhança da figura do *homo sacer* explorada por Giorgio Agamben⁹, o indivíduo escravizado se viu na condição duplamente excludente e excepcional que o inseriu em uma zona de indecidibilidade entre a civilização e a barbárie, cujo *status* se lhe permitiu experimentar os efeitos da evolução de um poder que pouco a pouco foi inserindo o seu corpo e sua existência biológica na ambiência política da sociedade; até que, no contexto da Modernidade, este poder viesse a assumir a forma de “biopoder”¹⁰ de que fala Foucault. Em outras palavras, a excepcionalidade da condição imposta ao sujeito escravizado o incluiu em um espaço onde pudesse ser disciplinado, docilizado e manipulado conforme os propósitos políticos de uma gestão calculista da vida, transformando-se assim os limites topográficos de lugares como as

⁴ FANON, Frantz. *Pele Negra Máscaras Brancas*; tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008. p. 90

⁵ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 225-226.

⁶ MOREIRA, Adilson. *Racismo Recreativo*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. p. 30.

⁷ Ibid.

⁸ MBEMBE, Achile. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018. p. 27.

⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 79.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A vontade de saber*. 20ª. reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012. p. 132.

plantações e as senzalas em seu *campo*, paradigma político da Modernidade na perspectiva de Agamben¹¹.

Essa zona de indecidibilidade, vale dizer, se constitui em Giorgio Agamben por meio do *estado de exceção* decorrente da *decisão*, expressão de soberania, legitimada por uma situação de risco; uma “noção ficcional de inimigo”¹², que, no entanto, vai se emancipando do risco concreto para inverter os polos e ver a produção da situação de fato enquanto consequência da decisão soberana¹³. No entanto, há uma contradição entre o tratamento dispensado *v.g.* ao sujeito escravizado e os corolários do exercício da biopolítica que não é ignorada por Foucault. Isso porque, fundamentalmente, o exercício da biopolítica se dá com o propósito gerir a vida em função dos seus reclamos¹⁴, de modo que, a rigor, a objetificação e o total desprezo pela vida do indivíduo escravizado não se coadunam com essa faceta do biopoder. Entretanto, o marco foucaultiano aponta a existência de um mecanismo de legitimação dessa prática de distinção entre seres humanos e a prevalência de uns sobre os outros, onde mais uma vez o *racismo* ganha posição de destaque enquanto meio pelo qual se permitiu fragmentar o campo biológico sobre o qual avança a biopolítica¹⁵.

Nesse turno, nota-se que o sistema escravocrata serviu de relevante contributo à noção de risco vinculada ao sujeito racializado a fim de legitimar a situação excepcional à qual era submetido. Particularmente no Brasil, os levantes de escravos e a criminalidade daí decorrente, que se avolumavam a partir da década de 1870, foram um importante fator de corrosão do sistema escravocrata a caminho da abolição, servindo também como causa e justificação à transferência ao Estado da missão de contenção das revoltas – tarefa antes atribuída aos senhores de escravos – a pretexto da pacificação social¹⁶. Nem mesmo o movimento republicano logrou a superação do estigma racial e a exclusão social, sobretudo dos negros, não raro perseguidos na condição de “classes perigosas ou potencialmente perigosas”¹⁷.

¹¹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 181.

¹² MBEMBE, Achile. *Necropolítica*. p. 17.

¹³ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 176.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A vontade de saber*. 20ª. reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012. p. 128.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*; tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 304.

¹⁶ MACHADO, Maria Helena. *O Plano e o Pânico: os movimentos sociais na década da abolição*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, EDUSP, 1994. p. 68.

¹⁷ CARVALHO, José Murilo de. *Os Bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. p. 18.

Com o fim da prática escravocrata e a obtenção da liberdade e direitos de igualdade pelos indivíduos alhures escravizados, a necessidade de manutenção da hegemonia do grupo racial dominante passou a se suprir da inferiorização biológica das figuras raciais dominadas, valendo-se sobretudo da importação das teorias raciais europeias de uma maneira bastante peculiar. Neste passo, o fator biológico passou a ser o elemento central para a classificação dos seres humanos e o apontamento de sinais de inferioridade constitucional e degenerescência, justificando-se uma dita necessidade de se extirpar da população os fatores biológicos que representassem tais rupturas na escala evolutiva da humanidade – ou ao menos amenizá-los. Surgem, então, as propostas de branqueamento da população por meio da miscigenação positiva e a prática da *eugenia*. É dizer, com efeito, que as teorias biológico-racistas propuseram a continuidade do exercício da biopolítica sobre determinados grupos raciais a pretexto de uma justificação pretensamente científica de superioridade de uns sobre outros, atribuindo-se à ciência a missão de manutenção da noção de inferioridade alhures explicitada pela dominação escravocrata.

1.1. Entre a civilização e a barbárie

A literatura de Carl Schmitt dimensiona que a circunavegação da terra e as grandes descobertas ocorridas nos séculos XV e XVI demandaram uma ordenação espacial global completamente nova, assim dando início à época do direito internacional moderno que vigeu até o fim do século XX. Vale dizer que a luta pela apropriação da terra e do mar que abundavam nos rincões das novas áreas do globo começou tão logo se deu a sua descoberta. Inicialmente, linhas foram traçadas com o propósito de dividir geometricamente a superfície da terra na tentativa de estabelecer as dimensões e demarcações de uma nova ordem espacial global. Todavia, conforme a consciência histórica e científica avançava sobre os detalhes cartográficos, estatísticos e demográficos dessa terra desconhecida, a divisão precisou deixar de ser puramente geométrica para então atender aos reclamos de natureza prático-política de uma ordenação espacial mais substancial da terra. Neste contexto, o autor menciona que, do século XVI ao século XX, o direito internacional europeu elegeu as nações cristãs como criadoras e representantes de uma ordem aplicável a toda a terra. O termo *europeu*, neste sentido, correspondia ao *status* normal que definia o padrão a ser observado pela parcela não europeia

do globo. Numa palavra, somente se podia conceber civilização enquanto civilização europeia.¹⁸

Mas o ponto central da descoberta do Novo Mundo para Schmitt, que, no seu modo de ver, influenciou decisivamente os mais de trezentos anos que se seguiram sob o espectro dessa nova conformação global, reside antes no fato de que essa grande descoberta trouxe consigo não um novo inimigo, mas sim um espaço livre para a ocupação e exploração europeia¹⁹. Isso porque, na definição de Carl Schmitt, os termos *amigo* e *inimigo* servem de critérios para a diferenciação entre os dois extremos da categorização das ações especificamente políticas dentre os vários domínios mais ou menos autônomos do pensamento e da ação humana. Neste sentido, o inimigo representará para Schmitt sempre intensa e existencialmente o outro; o desconhecido, de tal maneira que, em casos extremos, seja possível com ele promover conflitos que não poderão ser decididos através de uma normalização geral preexistente. Sendo este o caso, o conflito extremo somente poderá ser resolvido pelos próprios envolvidos; e assim cada um deles decidirá por si mesmo se a diferença notada no desconhecido significa a negação da sua própria existência, a partir do que decidirá também se deve repeli-lo ou combater-lo a fim de resguardar o tipo de vida próprio²⁰.

Diferentemente da formulação que abrange a figura do inimigo na teoria política de Schmitt, dizia o mesmo autor que a descoberta do Novo Mundo passou a admitir a delimitação da “ordem do mundo”²¹ em esferas, onde a interior e a exterior estavam separadas pelo paradigma civilizatório europeu. Significa dizer que a esfera interior era regida pelos ditames de direito e de justiça, dos quais provieram as ideias de propriedade, retribuição do trabalho e direitos humanos; como também se formaram as bases sobre as quais foram edificadas as cidades e impérios, estruturou-se o comércio; enfim, desenvolveu-se a civilização humana²². Fora dessa esfera interior, entretanto, havia um “livre campo de não-direito, sem lei, que em boa consciência se pode pilhar e saquear e onde a ação de piratas, flibusteiros, caçadores de bisontes, aventureiros, criminosos e toda a espécie ‘de elementos alheios à sociedade normal e

¹⁸ SCHMITT, Carl. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europæum*. Trad. Alexandre Franco Sá; Bernardo Ferreira; José Maria Arruda; Pedro Villas Bôas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2014. p. 86.

¹⁹ Ibid.

²⁰ SCHMITT, Carl. *O Conceito de Político*. Teoria do Partisan; Coordenação e Supervisão Luiz Moreira; tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 29.

²¹ MBEMBE, Achile. *Crítica da Razão negra*; tradução: Marta Lança. Lisboa: Editora Antígona, 2014. p. 108.

²² Ibid.

sadia”²³ poderia agir a pretexto dos princípios de livre comércio e liberdade de difundir o evangelho.

Essa esfera exterior, escreve Schmitt, notadamente demarcada pelas linhas que definiam onde se encerrava a Europa e começava o Novo Mundo, era tida como uma zona onde, na ausência de quaisquer limitações jurídicas do direito de guerra impostas pela legislação internacional europeia, prevalecia sempre o direito do mais forte, e tudo aquilo que se passava para além das muralhas da Europa colonialista estava alheio aos critérios jurídicos, morais e políticos reconhecidos no seu interior. Dito de outro modo pelo autor, o único direito reconhecido na esfera exterior pelo colonizador europeu era o direito levado e transplantado por ele mesmo, quer pela sua missão cristã, quer por uma administração concebida no sentido europeu²⁴. Neste particular, Achile Mbembe reforça a tese de que, em sua avidez por mitos que fundamentassem o seu poder, o hemisfério ocidental cuidou de se autoproclamar centro do globo, sagrando a si próprio como o país natal da razão, da vida universal e da verdade da humanidade. Desse modo é que, na qualidade de “bairro mais civilizado do mundo”²⁵, somente o Ocidente poderia ser considerado o inventor de um direito das gentes. O resto, por outro lado, sobretudo a figura do nativo dissemelhante, constituía a manifestação por excelência da existência objetal; “uma espécie de humanidade com vida vacilante e que ao confundir tornar-se humano com tornar-se animal, tem para si uma consciência, afinal, desprovida de universalidade”²⁶. Numa palavra, o sujeito colonizado sequer recebeu *status* político apto a se lhe atribuir a definição de inimigo no sentido dado por Schmitt.

Com efeito, Hannah Arendt dizia que, no momento em que se deseja dizer quem alguém é, “nosso próprio vocabulário nos induz ao equívoco de dizer *o que* esse alguém é”²⁷. E isso se deve fundamentalmente ao fato de que se recorre à descrição de qualidades que esse alguém partilha com outras pessoas que lhe são semelhantes, de maneira que a descrição em verdade aponta para um determinado tipo ou “personagem”²⁸. Arendt avalia que, no cenário de descoberta e exploração colonial, a classificação racial foi antes de mais nada uma tentativa de explicar a existência de seres humanos irreconhecíveis aos europeus como seus semelhantes

²³ MBEMBE, Achile. *Crítica da Razão negra*; tradução: Marta Lança. Lisboa: Editora Antígona, 2014. p. 108.

²⁴ SCHMITT, Carl. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europæum*. Trad. Alexandre Franco Sá; Bernardo Ferreira; José Maria Arruda; Pedro Villas Bôas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2014. p. 93.

²⁵ MBEMBE, Achile. *Crítica da Razão negra*; tradução: Marta Lança. Lisboa: Editora Antígona, 2014. p. 28.

²⁶ Ibid.

²⁷ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*; tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 194.

²⁸ Ibid.

segundo sua compreensão de mundo, “e cujas formas e feições de tal forma assustavam e humilhavam os homens brancos, imigrantes ou conquistadores, que eles não desejavam mais pertencer à mesma comum espécie humana”²⁹. O termo raça, segundo a autora, somente recebe um significado preciso quando e onde os povos com história conhecida se deparam com outros cuja história desconhecem e que ignoram a sua própria. E *personagens* dessa estirpe somente podiam ser encontrados em regiões nas quais a natureza era particularmente hostil, onde os nativos pareciam tão amalgamados à natureza que careciam de aspecto especificamente humano; não pertenciam à realidade humana³⁰.

Ilustrativamente, Arendt recorre à literatura de Joseph Conrad, em “Coração das Trevas”, para dimensionar a imagem do nativo no ideário europeu

Sob o sol inclemente, rodeados pela natureza hostil, deparavam com seres humanos que, vivendo sem um determinado alvo para o futuro e sem um passado que incorporasse as suas realizações, pareciam-lhes tão incompreensíveis como os loucos de um hospício. “Esse homem pré-histórico nos amaldiçoava, implorava ou dava as boas-vindas? Quem poderia saber? Entre nós e o meio ambiente não havia qualquer entendimento; passávamos entre eles como fantasmas, cheios de espanto mas secretamente apavorados, como homens são diante da exaltada rebeldia de loucos. [...] A terra parecia aqui um outro mundo [...], e os homens. [...] Não, não eram inumanos. Mas isso era o pior, essa suspeita que me invadia aos poucos de que não eram inumanos. Porque, ao urrarem e pularem, e darem cambalhotas, e fazerem trejeitos horríveis, o que nos impressionava era justamente a ideia de que fossem humanos como nós, e foi difícil pensar em nosso remoto parentesco com esse tumulto selvagem e violento” (*Coração das trevas*)³¹

E assim observa a autora que esse pavor de algo semelhante a nós, que, no entanto, não devia sê-lo, justificou em termos ideológicos os eventos que levaram à escravidão e constituiu as bases de uma sociedade racista³². Em suma, foi a partir da racionalidade verticalizante envolvendo a Europa civilizada e o recém descoberto Novo Mundo que se justificou o grande empreendimento chamado *colonização*, classificado por Achile Mbembe como um projeto de universalização cuja finalidade era “inscrever os colonizados no espaço da modernidade”³³, realizado por meio de discursos humanizadores e civilizatórios que escondem meta-discursos assujeitadores.

Nas palavras de Frantz Fanon, como que para reafirmar o caráter totalitário da exploração colonial e justificá-la ideologicamente, o colono constrói sobre a imagem do

²⁹ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*; tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 218.

³⁰ Ibid. p. 225-226.

³¹ Ibid. p. 224.

³² Ibid. p. 225.

³³ MBEMBE, Achile. *Crítica da Razão negra*; tradução: Marta Lança. Lisboa: Editora Antígona, 2014. p. 170.

colonizado uma espécie de “quintessência do mal”³⁴. É dizer, menos ainda que uma sociedade imanentemente despida de valores, o nativo é declarado impermeável à ética, vazio de valores e ao mesmo tempo a própria negação destes.

Neste sentido, é o mal absoluto. Elemento corrosivo, que destrói tudo o que dêle se aproxima, elemento deformador, que desfigura tudo o que se refere à estética ou à moral, depositário de forças maléficas, instrumento inconsciente e irrecuperável de forças cegas.³⁵

Os costumes do colonizado, prossegue o filósofo político francês, “suas tradições, seus mitos, sobretudo seus mitos, são [para o conquistador] a própria marca desta indignação, desta depravação constitucional”³⁶. E, no limite de sua lógica, esse estigma desumaniza o colonizado; animaliza-o. A linguagem do colono para designar o colonizado é uma linguagem animalesca, zoológica, que faz alusão a movimentos tipicamente reptis, às hordas, ao fedor, à pululação, ao buclício, à gesticulação, etc³⁷. Nota-se assim que o colono, “quando quer descrever bem e encontrar a palavra exata, recorre constantemente ao bestiário”³⁸. E assim é que a inferiorização é, para Frantz Fanon, “o correlato nativo da superiorização européia”³⁹; isto é, o racista é quem cria o inferiorizado com o propósito de subjugar-lo. Percebe-se assim que os europeus, imbuídos dessa pretensa superioridade humanística e civilizatória, ao massacrar e escravizar os nativos, não acreditavam estar cometendo um crime contra homens⁴⁰.

Como visto, a base e as justificativas iniciais do racismo colonial se pautaram na terrível experiência do encontro de algo tão incompreensível e inimaginável que foi mais fácil aos colonizadores negar que os nativos fossem seres humanos. Todavia, ao chocar-se com a insistência do nativo em conservar suas características inexplicavelmente humanas, restou aos representantes desse empreendimento o reexame da sua própria humanidade para concluir que, nessas circunstâncias, eles eram mais do que humanos, ou melhor, os escolhidos por Deus para serem os deuses do homem negro⁴¹. Neste sentido, mais uma vez Achille Mbembe obtempera que a raça é um “meio pelo qual os reificamos e, baseados nessa reificação, nos transformamos

³⁴ FANON, Frantz. *Os Condenados da Terra*; tradução de José Laurênio de Melo e prefácio de Jean-Paul Sartre. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1968. p. 30

³⁵ Ibid. p. 31

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ FANON, Frantz. *Pele Negra Máscaras Brancas*; tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008. p. 90

⁴⁰ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 225-226.

⁴¹ Ibid. p. 228-229.

em senhores, decidindo desde logo sobre o seu destino”⁴² sem que sequer sejamos obrigados a dar qualquer justificação à sua subjugação.

Nessa ordem de raciocínio, malgrado o déficit de humanidade e a consequente racionalidade precária imputados ao nativo pelo colonizador europeu, o projeto colonial propugnava a premissa de que era ainda possível elevar a sua humanidade a níveis minimamente aceitáveis segundo o paradigma civilizatório europeu, e assim justificar a empresa colonial como “obra fundamentalmente ‘civilizadora’ e ‘humanitária’”⁴³. Dito de outro modo, a justificação colonial tinha como base a assertiva de que existia um direito, para os civilizados, de dominar os não-civilizados; de conquistar e de subjugar os bárbaros devido à sua intrínseca inferioridade moral, bem assim como anexar suas terras, ocupa-las e explorá-las livremente. E assim o direito se tornou para o colonialismo uma maneira de fundar juridicamente uma certa ideia de humanidade dividida entre uma raça immanentemente conquistadora e outra raça de servos conquistáveis⁴⁴. O mundo colonial é, portanto, conforme assinala Frantz Fanon, um mundo maniqueísta⁴⁵.

Acrescente-se, no ponto, a obra de Adilson José Moreira que, citando Michael Omi e Howard Winant, expõe que a “racialização”⁴⁶ se constitui em uma forma de construção e diferenciação dos indivíduos, marca à qual os autores atribuem o objetivo específico de representar as relações de poder presentes em dada sociedade. Segundo essa formulação, a raça deve ser compreendida como uma construção social que visa a validar projetos de dominação calcados na hierarquização entre diferentes grupos com características físicas distintas. Significa dizer que, com a representação de minorias raciais como grupos com traços morais específicos, possibilita-se aos membros do grupo racial dominante justificar um sistema de dominação que busca garantir a permanência da hegemonia racial e das oportunidades sociais nas suas mãos. Em função disso, Moreira explica que os autores propuseram o conceito de “projeto racial”⁴⁷, segundo o qual o racismo vem a ser uma ideologia e uma prática que está em constante transformação, de maneira que pode vir a assumir diferentes formas em diferentes momentos históricos.

⁴² MBEMBE, Achile. *Crítica da Razão negra*; tradução: Marta Lança. Lisboa: Editora Antígona, 2014. p. 70.

⁴³ Ibid. p. 29.

⁴⁴ Ibid. p. 110-111.

⁴⁵ FANON, Frantz. *Os Condenados da Terra*; tradução de José Laurênio de Melo e prefácio de Jean-Paul Sartre. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1968. p. 30.

⁴⁶ MOREIRA, Adilson. *Racismo Recreativo*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. p. 30.

⁴⁷ Ibid. p. 30.

Sob as mesmas premissas, Silvio Almeida define o termo *raça* como um conceito não estático, relacional e histórico, porquanto esteja invariavelmente vinculado às circunstâncias históricas em que é utilizado e por trás do qual haverá sempre contingência, conflito, poder e decisão⁴⁸. O autor reforça a assertiva de que as circunstâncias históricas de meados do século XVI forneceram um sentido específico à ideia de raça, eis que a expansão econômica mercantilista e a descoberta do Novo Mundo forjaram a base material sobre a qual a cultura renascentista construiria suas reflexões a respeito da unidade e multiplicidade da existência humana. Significa dizer, nas palavras de Almeida, que “o contexto da expansão comercial burguesa e da cultura renascentista abriu as portas para a construção do moderno ideário filosófico que mais tarde transformaria o europeu no *homem universal*”⁴⁹, de maneira que todos os povos e culturas divergentes dos sistemas culturais europeus fossem consideradas variações menos evoluídas. Mais tarde, obtempera Almeida que “o século XVIII e o projeto iluminista de transformação social deram impulso renovado à construção de um saber filosófico que tem o homem como seu principal objeto”⁵⁰. A novidade do iluminismo, prossegue, “é o conhecimento que se funda na observação do homem em suas múltiplas facetas: “enquanto ser vivo (biologia), que trabalha (economia), pensa (psicologia) e fala (linguística)”⁵¹. Por tal razão, o iluminismo veio a constituir as ferramentas que tornariam possível a comparação e classificação dos mais variados grupos humanos a partir de características físicas e culturais, ao que exsurge então a distinção filosófico-antropológica entre *civilizado* e *selvagem*, ou, como nos séculos que se seguiram, o binário *civilizado* e *primitivo*⁵².

Conforme sustenta Zygmunt Bauman, a atividade científica moldada pelo Iluminismo era marcada pelo propósito de determinar exatamente o lugar do homem na natureza através da observação, mensurações e comparações entre grupos de homens e animais e da crença na unidade do corpo e da mente⁵³.

A frenologia (arte de medir o caráter pelas medidas do crânio) e a fisiognomonia (medir o caráter pela aparência facial) resumiam muito bem a confiança, a estratégia e a ambição da nova era científica. O temperamento, o caráter, a inteligência, os talentos estéticos e até as inclinações políticas do homem eram determinados pela Natureza; de forma que exatamente podia-se descobrir pela diligente observação e

⁴⁸ ALMEIDA, Silvio. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 19.

⁴⁹ Ibid. p. 20.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid. p. 21.

⁵² Ibid.

⁵³ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*; Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 159.

comparação do “substrato” visível, material, mesmo do mais esquivo ou encoberto atributo espiritual.⁵⁴

Mais uma vez com Adilson Moreira, observa-se como diferenças culturais e materiais se reforçam mutuamente na reprodução da marginalização de minorias raciais. Aduz o autor que todo projeto racial atribui sentidos específicos à ideia de raça; a qual receberá significados específicos e particulares de acordo com a forma de domínio que se pretende construir. Considerando que o racismo se trata de um tipo de dominação social que busca manter o poder nas mãos do grupo racial dominante, Moreira observa que também suas formas de legitimação necessitam se modificar em resposta aos questionamentos sempre presentes das suas práticas excludentes⁵⁵. E assim é que o “seu aspecto dinâmico permite que seus meios de operação sejam encobertos, de modo que relações hierárquicas possam ser explicadas a partir das características dos membros de minorias raciais e não a partir de estratégias de dominação”⁵⁶.

A experiência escravocrata nas Américas põe de manifesto essa dinâmica de racialização como pano de fundo da exploração e dominação na era colonial. Segundo expõe Laurentino Gomes, “a chegada dos europeus à América resultou numa das maiores catástrofes demográficas da história da humanidade”⁵⁷. Especialmente no Brasil, estima-se que houvesse entre três e quatro milhões de indígenas à época da chegada de Cabral. Cerca de três séculos depois, em 1.808, ano da chegada da coroa portuguesa de dom João ao Rio de Janeiro, o número de indígenas havia reduzido para cerca de setecentos mil; isto é, aproximadamente vinte por cento do contingente original. Significa dizer que o processo de exploração colonialista exterminou em média um milhão de índios a cada cem anos⁵⁸. E, conforme observa o autor, isso se deveu fundamentalmente a fatores como v.g. as guerras promovidas pelos colonos portugueses; a captura de indígenas para uso como mão de obra escrava em trabalhos para os quais não estavam preparados; e a perda dos territórios por eles ocupados anteriormente à chegada portuguesa⁵⁹. Mas nenhum desses fatores foi tão decisivo para o extermínio massivo dos indígenas brasileiros quanto a hecatombe epidemiológica ocasionada pela “união microbiana do mundo completada pelos Descobrimentos”⁶⁰. Tal como conta Darcy Ribeiro:

⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*; Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 159.

⁵⁵ MOREIRA, Adilson. *Racismo Recreativo*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. p. 30.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 64.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.* p. 65.

⁶⁰ ALENCASTRO, Luís Felipe *apud* GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 65.

Aquele desencontro de gente índia que enchia as praias, encantada de ver as velas enfunadas, e que era vista com fascínio pelos barbudos navegantes recém-chegados, era, também, o enfrentamento biótico mortal da higidez e da morbidade. A indiada não conhecia doenças, além de coceiras e desvanecimentos por perda momentânea da alma. A branquitude trazia da cárie dental à bexiga, à coqueluche, à tuberculose e ao sarampo. Desencadeia-se ali, desde a primeira hora, uma guerra biológica implacável. De um lado, povos peneirados, nos séculos e milênios, por pestes a que sobreviveram e para as quais desenvolveram resistência. Do outro lado, povos indenes, indefesos, que começavam a morrer aos magotes. Assim é que a civilização se impõe, primeiro, como uma epidemia de pestes mortais. Depois, pela dizimação através de guerras de extermínio e da escravização. Entretanto, esses eram tão só os passos iniciais de uma escalada do calvário das dores inenarráveis do extermínio genocida e etnocida.⁶¹

Conforme aponta o sociólogo e historiador Clóvis Moura, “os primeiros colonizadores portugueses, ao entrarem em contato com os indígenas, iniciaram o sistema de escambo”⁶² por meio do qual as populações nativas cediam seu trabalho na extração e transporte do pau-brasil e outras riquezas naturais em troca de miçangas, espelhos, pentes, animais nativos, utensílios, etc. Na avaliação do autor, tal “sistema exigia do índio o seu trabalho e nada lhe dava em troca. Degradava-o social e culturalmente”⁶³.

Todavia, com o surgimento das Capitâneas Hereditárias e o início da exploração da terra pelos portugueses, não tardou para que se processassem tentativas violentas de escravização dos índios⁶⁴. Com efeito, há registros que apontam para a escravização e comercialização indígena logo após a chegada dos portugueses em solo brasileiro, já em 1.511, quando “a nau *Bretoa*, de propriedade do florentino Bartolomeu Marchionni e do cristão-novo Fernando de Noronha, chegou a Portugal com uma carga de papagaios, peles de onças-pintadas, toras de pau-brasil e 35 indígenas cativos”⁶⁵. Em 1.545, explica Gomes, a capitania de São Vicente, situada no litoral paulista, contava com cerca de 3 mil nativos escravos trabalhando nos engenhos de açúcar e nas lavouras. A compra e venda de cativos indígenas, vale dizer, “foram a primeira grande atividade de Campos de Pratininga, região da futura cidade de São Paulo, fundada em 1.554 pelos jesuítas do padre e hoje santo José de Anchieta”⁶⁶. Até mesmo os bandeirantes, cujas expedições asseguraram as atuais dimensões continentais do país, tinham como principal objetivo a captura de índios. Tratando-se de empreendimentos privados e totalmente independentes de subsídio do tesouro real, os gastos e os lucros das bandeiras

⁶¹ RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro: A formação e o sentido do Brasil*. 1ª versão digital. São Paulo: Global editora, 2014. p. 87.

⁶² MOURA, Clóvis. *Rebeliões da Senzala*. São Paulo: Editora Ciências Humanas, 1981. p. 24.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid. p. 26.

⁶⁵ GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 66.

⁶⁶ Ibid. p. 67.

resultavam exclusivamente da pilhagem, do roubo e da escravização indígenas em escala e mediante violência incomparáveis⁶⁷.

Para a frustração de todo o empreendimento colonial, entretanto, os nativos escravizados se mostraram na sua maioria improdutivos dentro dos quadros de trabalho aos quais o colonizador os queria submeter. A desvantagem da escravidão indígena, conforme explica Clóvis Moura, consistia “no próprio material humano que a compunha”⁶⁸, eis que proveniente de um estágio cultural destacadamente mais primitivo se comparado ao exigido para as tarefas das quais era encarregado. A mão de obra do indígena escravizado era, portanto, uma peça subsidiária que desempenhava um trabalho complementar e não qualificado; incontestavelmente mais duro e rudimentar⁶⁹. E assim é que, obstaculizados pela inaptidão cultural do indígena para o trabalho qualificado, os setores da cadeia produtiva, que se desenvolviam como elementos dinâmicos, exigiam material humano mais adaptável; mais predisposto, do ponto de vista cultural, ao seu desempenho⁷⁰.

Nessa ordem de eventos, importa mencionar que, segundo Thomas E. Skidmore, quando da sua chegada nessas novas terras, os portugueses já conservavam a prática de exploração de africanos como escravos, pois, “ao explorarem o litoral ocidental da África no século XV, trouxeram consigo escravos para as plantações dos Açores e Madeira”⁷¹, estimando-se que na década de 1450 Portugal já recebia uma média de setecentos a oitocentos africanos por ano. Dessa forma, na medida em que os conquistadores portugueses notaram, já na década de 1530, que a população indígena não lhes serviria mão-de-obra extrativista e de cultivo satisfatória, malgrado a sua escravização não tenha sido completamente abandonada por pelo menos mais cem anos⁷², eles se voltaram rapidamente à obtenção de escravos na África Ocidental, dando início então ao comércio de escravos no Brasil que perdurou até os idos de 1850 a um custo humano chocante⁷³. Nas palavras de Abdias do Nascimento, “a imediata exploração da nova terra se iniciou com o simultâneo aparecimento da raça negra fertilizando o solo brasileiro com suas lágrimas, seu sangue, seu suor e seu martírio na escravidão”⁷⁴.

⁶⁷ GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 69.

⁶⁸ MOURA, Clóvis. *Rebeliões da Senzala*. São Paulo: Editora Ciências Humanas, 1981. p. 26.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.* p. 27.

⁷¹ SKIDMORE, Thomas E. *Uma História do Brasil*; tradução: Raul Fiker. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 32.

⁷² GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 67.

⁷³ SKIDMORE, Thomas E. *Uma História do Brasil*; tradução: Raul Fiker. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 32.

⁷⁴ NASCIMENTO, Abdias do. *O Genocídio do Negro Brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 48.

Mas há ainda um aspecto dessa substituição do escravo indígena pelo africano que não pode ser ignorado. Segundo sustenta Clóvis Moura, paralelamente à necessidade de obtenção de mão de obra qualificada, assomou-se a evolução do tráfico “de simples atividade de *pirataria* em atividade mercantil, com o emprego de grandes somas de dinheiro na aquisição de veleiros, equipagens, portos e contratação de material humano para o comércio de carne humana”⁷⁵. Conforme o autor, o tráfico de escravos contribuiu grandemente para a acumulação capitalista, destacando-se que os traficantes negreiros dispunham de uma estrutura econômica inteiramente capaz de dominar o mercado escravo brasileiro; e assim o fizeram. Outrossim, a dominação do mercado escravocrata pelos traficantes contou ainda com o amparo de uma “campanha *humanitarista* em defesa das populações indígenas”⁷⁶, tida como corolário ideológico dessa mudança de situação que, no entanto, já era previsível e até mesmo inevitável. A grande questão fomentada por filósofos, teólogos e autoridades portuguesas e espanholas, vale dizer, envolvia o debate religioso e cultural a respeito de “se os índios eram seres humanos dotados de alma e passíveis de redenção pela graça divina, como se julgavam ser os europeus”⁷⁷, bem assim como se deveriam gozar dos mesmos direitos e deveres tal como o cidadão europeu.

No Brasil, o debate se encerrou em 1.570, quando a Coroa portuguesa, baseando-se em uma série de tratados filosóficos e teológicos produzidos pelo padre Manuel da Nóbrega a respeito da “inocência’ dos indígenas brasileiros”⁷⁸, declarou que todos os nativos eram súditos do rei de Portugal e – embora com ressalvas opostas por meio de concessões feitas sob pressão popular⁷⁹ – não estavam mais sujeitos à escravização⁸⁰. Todavia, Clóvis Moura sustenta que, menos que um arroubo humanístico da comunidade escravocrata, o abandono da escravização indígena se deu em grande parte em razão da influência exercida pelas grandes organizações dos traficantes de escravos africanos que não poderiam admitir a existência de concorrência com uma mercadoria muito mais barata tal qual o índio nas áreas sob seu domínio⁸¹. Não por outra razão, destaca-se que jamais houve semelhante discussão sobre o negro ao longo dos três

⁷⁵ MOURA, Clóvis. *Rebeliões da Senzala*. São Paulo: Editora Ciências Humanas, 1981. p. 27.

⁷⁶ *Ibid.* p. 28.

⁷⁷ GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 70.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ No ponto, Laurentino Gomes observa que “segundo uma dessas ressalvas, poderiam ser escravizados os índios ‘tomados em guerra justa’. Porém, o que seria uma guerra justa? A explicação estava no próprio texto do alvará real: ‘guerra justa’ seria aquela que ‘os portugueses fizerem ao dito gentio com autoridade ou licença minha ou do governador das ditas partes’. Ou seja, a escravização dos índios continuaria sujeita às necessidades e conveniências de cada momento. *In* GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 70.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ MOURA, Clóvis. *Rebeliões da Senzala*. São Paulo: Editora Ciências Humanas, 1981. p. 28.

séculos de escravidão que se seguiram; considerava-se que estes eram passíveis de cativo e ponto⁸². Por todas as razões elencadas ou elencáveis, não se pode olvidar que a escravidão africana veio a ser uma solução lógica para o explorador europeu à dificuldade de construir no Brasil uma sociedade onde, com uma mão de obra autóctone insatisfatória aos seus misteres, não se pretendia que a força de trabalho europeia fosse considerada suscetível de submissão à condição de trabalhador que lhe era mais economicamente interessante; isto é, o trabalhador escravo⁸³.

Clóvis Moura sustenta que o “estabelecimento da escravidão sistemática veio subverter em suas bases o regime de trabalho até então dominante na sociedade brasileira”⁸⁴, cujas transformações foram sentidas em todas as esferas da vida social. Isso porque, demograficamente, a escravidão contribuiu para o aumento da população colonial em ritmo acelerado e ininterrupto. Do ponto de vista sociológico, menciona o autor, “cindiou a sociedade colonial em duas classes fundamentais e antagônicas”⁸⁵, a saber: aquela constituída pelos senhores de escravos, ligados economicamente à metrópole em face do monopólio comercial; e outra constituída pela escravaria, “inteiramente despojada de bens materiais, que formava a maioria da população do Brasil Colônia e era quem produzia toda a riqueza social que circulava em seus poros”⁸⁶.

Com efeito, a historiografia demonstra um passado escravocrata marcado pela violência do arrebatamento e objetificação dos nativos colonizados sob o espectro do paradigma civilizatório europeu e da dicotomia presente na filosofia colonial. Na definição do historiador Marcus Rediker mencionada por Laurentino Gomes, o navio negreiro era “uma estranha combinação de máquina de guerra, prisão móvel e fábrica [...] de mão de obra cativa”⁸⁷. E a linha de produção dessa fábrica flutuante começava já no interior do continente africano:

Em Angola, os escravos esperavam pelo embarque estocados em barracões imundos, escuros e sem ventilação, com janelas situadas a três metros do solo de terra batida, por onde entrava apenas uma nesga de luz do sol. Geralmente, chegavam ali em péssimas condições. Vindos do interior, às vezes tinham marchado centenas de quilômetros com pouca comida. Os que estivessem muito doentes eram separados dos demais e colocados em quarentena. Se não houvesse navios prontos para o embarque,

⁸² GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 70.

⁸³ MOURA, Clóvis. *Rebeliões da Senzala*. São Paulo: Editora Ciências Humanas, 1981. p. 29.

⁸⁴ *Ibid.* p. 30.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ REDIKER, Marcus *apud* GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 151.

esses homens eram usados durante o dia em trabalhos agrícolas nas vizinhanças, especialmente no plantio e no corte da mandioca.⁸⁸

Da captura na África à chegada no Brasil, prossegue o autor, um escravo africano já contaria com quase um ano de cativo e teria passado por até cinco operações de compra e venda⁸⁹. Após o embarque, era natural que mais da metade da carga de escravos a bordo dos navios morresse antes mesmo de concluir a travessia em razão das péssimas condições dessas embarcações e das doenças que proliferavam com facilidade⁹⁰. Segundo Gomes, no período entre 1.776 e 1.830, quase dois milhões de cativos africanos morreram na travessia do Atlântico⁹¹. Outrossim, especialmente emblemática e representativa da filosofia de dominação escravocrata era a prática da identificação dos escravos africanos por meio de marcações com ferro em brasa, do embarque no navio negreiro à venda ao seu consumidor final, conforme apresenta Gomes:

Antes de partir, os africanos eram marcados com ferro em brasa. Em geral, recebiam sobre a pele quatro diferentes sinais. Os que vinham do interior, já chegavam com a identificação do comerciante responsável pelo seu envio ao litoral. Em seguida, o selo da Coroa portuguesa era gravado sobre o peito direito, indicação de que todos os impostos e taxas haviam sido devidamente recolhidos. Uma terceira marca, em forma de cruz, indicava que o cativo já estava batizado. A quarta e última, que poderia ser feita sobre o peito ou nos braços, identificava o nome do traficante que estava despachando a carga. Ao chegar ao Brasil, poderia ainda receber uma quinta marca, do seu novo dono — o fazendeiro, minerador ou senhor de engenho para o qual trabalharia até o fim da vida. Os fugitivos contumazes teriam, ainda, um “F” maiúsculo (de “fuga” ou “fujão”) gravado a ferro quente no rosto. Em Angola, o trabalho de marcação dos escravos chamava-se carimbar (de carimbo, palavra que, em idioma quimbundo, significa marca). Era executado por um funcionário do governo conhecido como “marcador de negros” e supervisionado por outro chamado de “capitão das marcas”.⁹²

O ritual de marcação pela brasa, vale mencionar, era particularmente angustiante. Empunhando o carimbo de metal incandescente, os marcadores imobilizavam o escravo e aplicavam a marca no local determinado, que era encoberto por cera e um pedaço de papel lubrificado com o óleo a fim de evitar que a pele grudasse ao ferro e fosse arrancada durante a operação. “Os cativos urravam e se debatiam ao sentir a aproximação do metal em brasas e

⁸⁸ GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 149.

⁸⁹ *Ibid.* p. 152.

⁹⁰ SKIDMORE, Thomas E. *Uma História do Brasil*; tradução: Raul Fiker. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 33.

⁹¹ GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 149.

⁹² *Ibid.* p. 153.

precisavam ser fortemente contidos pelos assistentes do ‘marcador’, que lhes seguravam as pernas e os braços”⁹³.

Após desembarcarem no Brasil, os africanos provenientes das diversas regiões da África central e do sudoeste africano – regiões que abrigavam uma ampla diversidade linguística e cultural – eram divididos de acordo com a sua reputação para o trabalho e sua propensão à resistência⁹⁴. Para amenizar o risco de insurreições escravas, realizava-se a divisão dos grupos que ofereciam um maior risco de insurreição a partir da sua comercialização separadamente para diversas regiões do país, pois com a mistura de africanos pertencentes a diferentes grupos linguísticos evitava-se a solidariedade e organização entre os escravos e produzia-se uma “força de trabalho dócil ao deixar-lhes poucos meios de comunicação até que aprendessem o português”⁹⁵. Se considerado apto ao trabalho urbano, provavelmente seria posto no andar térreo de uma casa de dois andares, não raro dividindo espaço com animais domésticos, onde permanecia à disposição e sob o controle de seus senhores, que viviam no piso superior. Se, ao invés de urbano, estivesse destinado ao trabalho rural, *v.g.*, em fazendas e engenhos de açúcar, seria levado para alojamentos coletivos de escravos denominados senzalas, onde permaneceriam sob a vigilância de um feitor⁹⁶.

No ponto, registra-se que a fase inicial da vida escrava no Brasil era particularmente mais difícil e repleta de provações, eis que se tratava do momento em que os seus novos proprietários buscavam mostrar aos cativos “quem era o dono e o senhor do seu destino”⁹⁷. Tal fase envolvia a prática de “uma série de torturas, físicas e psicológicas, até que o escravo se ‘colocasse em seu lugar’ – ou seja, o mesmo ocupado por animais domésticos e de trabalho”⁹⁸. Conforme narra o padre jesuíta Manuel Ribeiro Rocha, missionário na Bahia em meados do século XVIII, havia

[...] homens tão inumanos que o primeiro procedimento que têm com os escravos e a primeira hospedagem que lhes fazem, logo que comprados aparecem na sua presença, é mandá-los açoitar rigorosamente, sem mais causa que a vontade própria de o fazer assim [...] e serem temidos e respeitados.⁹⁹

⁹³ GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 153.

⁹⁴ SKIDMORE, Thomas E. *Uma História do Brasil*; tradução: Raul Fiker. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 33-34.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 166.

⁹⁷ *Ibid.* p. 168.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ ROCHA, Manuel Ribeiro *apud* GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 168.

Pelas mais insignificantes ofensas ou insubordinações, os senhores jogavam seus escravos vivos na fornalha ou os matavam de várias outras maneiras bárbaras e desumanas¹⁰⁰. Tal é o retrato encontrado no relato de um escritor holandês em meados do século XVII, no Rio de Janeiro, descrito pelo historiador Jean Marcel Carvalho França:

Vi um negro faminto que, para encher a barriga, furtara dois pães de açúcar [bloco de cristal no formato de um pão caseiro no qual o açúcar bruto era comercializado assim que saía do engenho]. Seu senhor, ao saber do ocorrido, mandou amarrá-lo de braços a uma tábua e, em seguida, ordenou que um negro o surrasse com um chicote de couro. Seu corpo ficou, da cabeça aos pés, uma chaga aberta, e os lugares poupados pelo chicote foram lacerados a faca. Terminado o castigo, um outro negro derramou sobre suas feridas um pote contendo vinagre e sal. O infeliz, sempre amarrado, contorcia-se de dor. Tive, por mais que me chocasse, de presenciar a transformação de um homem em carne de boi salgada e, como se isso não bastasse, de ver derramarem sobre suas feridas piche derretido. O negro gritava de tocar o coração. Deixaram-no toda uma noite, de joelhos, preso pelo pescoço a um bloco, como um mísero animal, sem ter as suas feridas tratadas.¹⁰¹

No que toca aos ciclos de produção envolvendo a mão de obra escrava, o escritor Gilberto Freyre, em “Casa-grande e Senzala”, define que a sociedade colonial no Brasil se desenvolveu “patriarcal e aristocraticamente à sombra das grandes plantações de açúcar”¹⁰². Por quase dois séculos, as plantações de cana-de-açúcar e seu processamento requereram a concentração de escravos na região nordestina do Brasil¹⁰³. Os donos dos maiores engenhos, conforme aponta Gomes, contavam com a mão de obra de cerca de 100 a 150 escravos¹⁰⁴. E, somente após séculos de hegemonia da cultura açucareira, a descoberta de ouro e diamantes no estado de Minas Gerais nos idos do século XVIII levou ao deslocamento do foco escravista mais ao sul do país. Mais tarde, com a queda da produtividade das minas e o início do ciclo do café, o fenômeno se repetiu com a migração da mão de obra escrava mais ao sul, porquanto as plantações estavam localizadas predominantemente nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo¹⁰⁵.

Mas certo é que, independentemente se nas plantações de cana-de-açúcar e de café, ou ainda na mineração ou nas cidades, “o africano incorporava as mãos e os pés das classes

¹⁰⁰ SKIDMORE, Thomas E. *Uma História do Brasil*; tradução de Raul Fiker. São Paulo: Paz e Terra, 1998. p. 34.

¹⁰¹ FRANÇA, Jean Marcel Carvalho. *A construção do Brasil na literatura de viagem dos séculos XVI, XVII e XVIII, antologia de textos (1591-1808)*. Rio de Janeiro: EdUERJ; José Olympio, 1999. p. 257.

¹⁰² FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e Senzala*. apresentação de Fernando Henrique Cardoso. 481 ed. rev. São Paulo: Global, 2003. versão digital. p. 39.

¹⁰³ NASCIMENTO, Abdias do. *O Genocídio do Negro Brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 49.

¹⁰⁴ GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 180.

¹⁰⁵ NASCIMENTO, Abdias do. *O Genocídio do Negro Brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 49.

dirigentes que não se autodegradavam em ocupações vis como aquelas do trabalho braçal”¹⁰⁶. Como observa Freyre, “se o ponto de apoio econômico da aristocracia colonial deslocou-se da cana-de-açúcar para o ouro e mais tarde para o café, manteve-se o instrumento de exploração: o braço escravo”¹⁰⁷. E marcadamente exaustivo e até mesmo desumano era o trabalho escravo nas lavouras e nos engenhos. Naquelas, “o trabalho começava antes ainda do nascer do sol e ia até o anoitecer. Picadas de cobras ou ferimentos produzidos por facões, machados e outros instrumentos cortantes eram comuns. Muitos causavam mutilações”¹⁰⁸ e até a morte do sujeito escravizado. Nos engenhos, a jornada de trabalho podia chegar a dezoito ou vinte horas no período de safra, auge da produção anual de açúcar. Como relata Gomes, “as caldeiras ferviam dia e noite sobre fornalhas que os cativos iam alimentando com lenha, expostos a temperaturas altíssimas”¹⁰⁹.

Da imposição de jornadas de trabalho exaustivas e excruciantes aos escravos nos primeiros séculos de regime escravocrata, vale dizer, não poderia resultar outra consequência além da drástica redução da sua expectativa de vida e aptidão para o trabalho. Neste sentido, Thales de Azevedo observa que “desde a chegada da África – à meia idade ou na juventude – um escravo ao cabo de sete a oito anos estava imprestável para o trabalho, que, não era raro, ia de sol a sol, por assim dizer, sem descanso”¹¹⁰ e quase sem nenhuma alimentação. Segundo avaliam sociólogos e historiadores, isso se deveu fundamentalmente à facilidade com que se importava escravos africanos em razão da proximidade entre as costas brasileiras e o continente africano, vantagem logística que reduzia o seu preço de importação¹¹¹. “Tão barato se conseguia escravos que mais fácil e econômico era substituí-los por outros quando imprestáveis, do que cuidá-los e alimentá-los convenientemente”¹¹².

Todavia, malgrado o sistema de eitos haja sobrevivido praticamente intocado até o último dia de vigência da escravidão, Maria Helena Machado observa que as restrições ao tráfico transatlântico e o consequente encarecimento da mão-de-obra ocorridos na segunda

¹⁰⁶ NASCIMENTO, Abdias do. *O Genocídio do Negro Brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 48-49.

¹⁰⁷ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e Senzala*. apresentação de Fernando Henrique Cardoso. 481 ed. rev. São Paulo: Global, 2003. versão digital. p. 46.

¹⁰⁸ GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 183.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ AZEVEDO, Thales *apud* NASCIMENTO, Abdias do. *O Genocídio do Negro Brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 58.

¹¹¹ SKIDMORE, Thomas E. *Uma História do Brasil*; tradução de Raul Fiker. São Paulo: Paz e Terra, 1998. p. 34.

¹¹² NASCIMENTO, Abdias do. *O Genocídio do Negro Brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 58.

metade do século XIX teriam sido a causa da adoção de uma política senhorial mais interessada na longevidade dos plantéis¹¹³. Isso porque, com a consolidação do capitalismo industrial na Inglaterra, a continuação prolongada do regime escravocrata tornou-se um entrave ao seu pleno desenvolvimento, eis que a África passou a ser, menos que “uma região onde se preava o negro”¹¹⁴, um espaço de mercado em potencial para a comercialização de suas manufaturas. Dessa forma, conquanto haja ocupado posição de destaque por anos no comércio escravista, a Inglaterra se empenhou na campanha de extinção da escravidão, impondo severas consequências aos países que mantiveram tal prática desequilibrando os custos da concorrência. Assim é que, “no esteio dessa política, em 25 de março de 1.807, o tráfico foi considerado ilegal na Inglaterra e, em 1º de março de 1.808, crime contra a humanidade”¹¹⁵.

No Brasil, logo após a sua independência, notadamente em 07 de novembro de 1.831, aprovou-se a primeira lei brasileira contrária à escravidão. Denominada “Lei Diogo Feijó”, a mencionada lei determinava que todos os escravos que doravante ingressassem em território nacional seriam considerados livres. Todavia, o diploma não logrou satisfatoriamente a inibição do tráfico e a manutenção do trabalho escravo, dando causa à ainda hoje conhecida expressão “lei para inglês ver”¹¹⁶. Após grande relutância e em meio a protestos infrutíferos, o governo brasileiro teve afinal de ceder, tendo sido então promulgada a lei em 4 de setembro de 1.850, que, “seguida de outras providências e da enérgica atitude do Ministro Eusébio de Queirós, estancou por completo, em menos de dois anos, o tráfico africano”¹¹⁷.

Entrementes, embora se pudesse notar uma maior preocupação senhorial com a longevidade dos negros cativos, os relatos de Maria Helena Machado indicam que “o sistema de exploração da mão-de-obra escrava e o arcabouço disciplinar a ele atinente não só se manteve intocado, como recrudesciu ao longo das duas últimas décadas da escravidão”¹¹⁸. Dessa forma, conquanto melhor tratados, melhor alimentados e mais bem cuidados, os escravos tinham que trabalhar mais¹¹⁹. E assim é que o sistema disciplinar das fazendas brasileiras,

¹¹³ MACHADO, Maria Helena. *O Plano e o Pânico: os movimentos sociais na década da abolição*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, EDUSP, 1994. p. 22.

¹¹⁴ MOURA, Clóvis. *Rebeliões da Senzala*. São Paulo: Editora Ciências Humanas, 1981. p. 36.

¹¹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão et al (org.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 118.

¹¹⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão et al (org.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 118.

¹¹⁷ MOURA, Clóvis. *Rebeliões da Senzala*. São Paulo: Editora Ciências Humanas, 1981. p. 36.

¹¹⁸ NASCIMENTO, Abdias do. *O Genocídio do Negro Brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 35.

¹¹⁹ LAËRNE *apud* MACHADO, Maria Helena. *O Plano e o Pânico: os movimentos sociais na década da abolição*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, EDUSP, 1994. p. 22.

especialmente as cafeeiras do século XIX, marcou-se pelo trabalho intensivo realizado em grupo, tarefas auxiliares em comum, a alimentação e alojamento feitos coletivamente, tudo sob a fiscalização de um feitor, é dizer, como expressão das diferentes estratégias de controle social da mão-de-obra que ganharam força sobretudo no decorrer da década de 80¹²⁰.

Mas a manutenção desse regime disciplinar se mostrou e cada vez mais um desafio à classe senhorial na medida em que as revoltas dos escravizados se avolumavam em todo o país. Na província de São Paulo, conforme anota Célia Maria Azevedo, os relatórios dos chefes de polícia dirigidos aos presidentes provinciais expressavam uma crescente preocupação com as lutas dos escravos já na virada das décadas de 1860 e 1870. Para a autora, “a julgar pela longa lista de casos de assassinatos de feitores e senhores incluídos entre os ‘crimes notáveis’ pelo chefe de polícia Sebastião José Pereira”¹²¹, aparentemente o ano de 1871 foi predominantemente marcado pelas revoltas de escravos. Sintomaticamente, matar os seus senhores, feitores e administradores das fazendas poderia significar uma libertação, ainda que momentânea, de um regime cruel de trabalho e de vida. Formou-se então um paradoxo, pois os relatórios policiais dos anos 70 se destacam pelos relatos de escravos homicidas que, “ao invés de intentar fugas, buscavam a polícia, como se nela vissem uma espécie de atalho para a liberdade”¹²². Diferentemente dos anos 70, é dizer, década marcada pela criminalidade individual e crimes praticados por pequenos grupos de escravos, a década de 80 do século XIX registra revoltas coletivas e insurreições em diversas fazendas e regiões como a da província de São Paulo, as quais, diante do descrédito do regime de trabalho escravo e a insuficiência do regime disciplinar escravista para coibir a escalada da violência, paulatinamente foram ganhando apoio popular com a arregimentação de novos membros pelos movimentos emancipacionistas e abolicionistas às suas fileiras¹²³.

É possível notar, portanto, que a questão da criminalidade escrava foi um poderoso fator de corrosão do sistema escravocrata, “desgastando lentamente o controle pessoal que os senhores e seus prepostos necessitavam manter com vistas a viabilizar o trabalho organizado dos escravos”¹²⁴. A essa altura, repressão violenta e castigos ferozes acompanhavam

¹²⁰ MACHADO, Maria Helena. *O Plano e o Pânico: os movimentos sociais na década da abolição*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, EDUSP, 1994. p. 26.

¹²¹ AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. *Onda Negra Medo Branco: o negro no imaginário das elites; prefácio* Peter Elenberg. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 185.

¹²² Ibid. p. 193.

¹²³ Ibid. p. 200.

¹²⁴ MACHADO, Maria Helena. *O Plano e o Pânico: os movimentos sociais na década da abolição*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, EDUSP, 1994. p. 68.

invariavelmente os levantes escravos, “buscando pela força aquilo que outrora a política paternalista sabia acomodar”¹²⁵. E fatores como a precariedade das forças repressivas, ineficiência da justiça e insuficiência dos recursos policiais diante do avolumar exponencial das insubordinações escravas denotavam o movimento de transferência da missão de contenção dos senhores para o Estado. E assim o clima de incerteza e insegurança minava a tranquilidade pública, tão cara aos senhores e autoridades.¹²⁶ Mas essa luta terminou, ao menos formalmente, em 13 de maio de 1888, quando o parlamento brasileiro aprovou a abolição total e imediata da escravidão com a chamada Lei Áurea. Com Pedro II na Europa, a Lei Áurea foi assinada pela princesa Isabel, que por tal razão veio a ser cognominada benfeitora dos escravos. Eis então que “um carnaval de celebração irrompeu no Rio quando o Brasil se uniu à companhia das nações ‘civilizadas’ abolindo o sistema escravagista.”¹²⁷

Para Abdias do Nascimento, entretanto, a abolição da escravidão no Brasil não fez mais do que atirar os africanos e seus descendentes para fora da sociedade, exonerando de responsabilidades os seus senhores, o Estado e a Igreja. Tudo cessou, afirma o autor, “extinguiu-se todo o humanismo, qualquer gesto de solidariedade ou de justiça social: o africano e seus descendentes que sobrevivessem como pudessem”¹²⁸. Em “Os Bestializados”¹²⁹, José Murilo de Carvalho avalia as circunstâncias e consequências do advento da República no Brasil, especialmente na então capital Rio de Janeiro, com destaque para a posição do escravo recém liberto e da parcela mais pobre da população em geral. Segundo afirma o autor, “a abolição lançou o restante da mão-de-obra escrava no mercado de trabalho livre e engrossou o contingente de subempregados e desempregados”¹³⁰. Como consequência desse abrupto acréscimo populacional, acumularam-se aos milhares pessoas mal remuneradas ou sem ocupação fixa – em 1.890, trabalhadores com ocupações mal definidas chegavam a mais de 100 mil pessoas, e esse número chegou a dobrar em 1.906; pessoas essas que “viviam nas tênues fronteiras entre a legalidade e a ilegalidade, às vezes participando simultaneamente de ambas”¹³¹. Conforme Carvalho, o movimento republicano não logrou a adesão do setor pobre

¹²⁵ MACHADO, Maria Helena. *O Plano e o Pânico: os movimentos sociais na década da abolição*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, EDUSP, 1994. p. 77.

¹²⁶ Ibid. p. 81.

¹²⁷ SKIDMORE, Thomas E. *Uma História do Brasil*; tradução: Raul Fiker. São Paulo: Paz e Terra, 2003.p. 101.

¹²⁸ NASCIMENTO, Abdias do. *O Genocídio do Negro Brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 66.

¹²⁹ CARVALHO, José Murilo de. *Os Bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

¹³⁰ Ibid. p. 16.

¹³¹ Ibid. p. 17.

da população, sobretudo o dos negros, não raro perseguidos na condição de “classes perigosas ou potencialmente perigosas”¹³², o que na sua avaliação revela um “abismo existente entre os pobres e a República”¹³³.

1.2. Vida e morte do sujeito escravizado

Com efeito, poder-se-á afirmar com Lilia Moritz Schwarcz que “a escravidão, em primeiro lugar, legitimou a inferioridade, que de social tornava-se natural, e, enquanto durou, inibiu qualquer discussão sobre cidadania”¹³⁴. Outrossim, a dinâmica colonial instituiu no Brasil uma “sociedade dicotômica”¹³⁵ onde a letra da Constituição se destinou desde sempre a poucos, excluindo-se da sanção da lei os menos favorecidos e especialmente os escravizados, “que como ‘coisas’ ao menos diante da lei permaneceram formalmente impedidos de usufruir das benesses do Estado”¹³⁶. Desse modo, até o advento do fim da escravidão, “como ‘propriedade’, o escravo era por definição o ‘não cidadão’¹³⁷ e estava sujeito ao arbítrio quase absoluto do seu senhor sobre o seu destino.

Nestes termos, ao cabo de quase quatro séculos desde o início do tráfico transatlântico, o africano escravizado é posto pelo colonizador europeu num limiar entre a civilização e a barbárie; uma zona cinzenta onde as regras comuns à civilização não se lhe aplicam como aos outros indivíduos, mas que, embora seja por excelência um “não cidadão”¹³⁸, não deixa de submetê-lo aos desmandos dos seus senhores na qualidade de “propriedade privada”¹³⁹ protegida pelo Estado. E assim é que a relação entre o sujeito escravizado e o Estado se dá, ao longo de todo o período escravocrata, sob a fórmula da *submissão* e *exclusão*; ou, como diria Giorgio Agamben, uma relação de “exceção-inclusão”¹⁴⁰.

Conforme a tese de Agamben, a “dupla categorial fundamental”¹⁴¹ da política ocidental não se define, como alhures em Schmitt¹⁴², por *amigo-inimigo*, mas antes por “exclusão-

¹³² CARVALHO, José Murilo de. *Os Bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. p. 18.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Nem Preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociedade brasileira*. São Paulo: Claro Enigma, 2012. (Agenda brasileira). p. 30.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 15.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² SCHMITT, Carl. *O Conceito de Político*. Teoria do Partisan; Coordenação e Supervisão Luiz Moreira; tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 29.

inclusão”¹⁴³, que possibilita que haja, num mesmo movimento, uma parcela que participa ativamente do Estado, usufruindo assim das suas benesses, e uma outra dele excluída que, como expressão de uma relação bem mais profunda e originária, internaliza a relação *amigo-inimigo* em decorrência da decisão soberana acerca da constituição da “exceção”¹⁴⁴. E a dinâmica dessa relação de exceção inclusiva, vale dizer, é ilustrada por Agamben através do resgate da constituição do *homo sacer*, enigmática figura do direito romano arcaico¹⁴⁵, assim como da sua paradoxal relação com aquilo que convencionou chamar de *bando soberano*¹⁴⁶.

A toda evidência, as premissas formuladas por Agamben giram em torno da compreensão histórica sobre como a vida se insere no ambiente político e vice-versa. E, para desenvolver tais premissas, o autor alemão recorre inicialmente à filosofia clássica grega e suas duas expressões utilizadas para designar o que nas línguas da contemporaneidade se traduz de maneira unívoca para o termo *vida*, a saber: *zoé* e *bíos*¹⁴⁷. A primeira delas, a *zoé*, corresponde segundo Agamben ao “simples fato de viver, comum a todos os seres vivos”¹⁴⁸; isto é, a “vida nua”¹⁴⁹, natural e puramente biológica. A *bíos*, por outro lado, define-se enquanto vida ética e politicamente qualificada¹⁵⁰. E assim se formam, conforme assinala H. Arendt, “duas ordens de existência”¹⁵¹ que se distinguem e se separam fundamentalmente porque, desde o surgimento da cidade-estado, além da sua vida natural e privada, centrada sobretudo na casa (*oikia*) e na família, o homem recebe também uma espécie de segunda vida politicamente qualificada que se desenvolve na *polis*, o seu *bios politikos*¹⁵².

Todavia, da literatura de Arendt ainda se observa que, malgrado a separação entre as esferas política e familiar pareça evidente no período Clássico e até mesmo na Idade Média, “no mundo moderno, as duas esferas constantemente recaem uma sobre a outra”¹⁵³, num movimento em que a vida biológica ocupa cada vez mais o centro da vida política. Também sob o espectro da inserção da vida não qualificada na esfera política, Michel Foucault sustenta

¹⁴³ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 15.

¹⁴⁴ Ibid. p. 25.

¹⁴⁵ Ibid. p. 79.

¹⁴⁶ Ibid. p. 35.

¹⁴⁷ Ibid. p. 09-15.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid. p. 16.

¹⁵⁰ Ibid. p. 09-15.

¹⁵¹ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*; tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 33.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid. p. 43.

que um dos fenômenos fundamentais do século XIX foi “a assunção da vida pelo poder”¹⁵⁴, isto é, “uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico ou, pelo menos, uma certa inclinação que conduz ao que se poderia chamar de estatização do biológico”¹⁵⁵.

Esse movimento ou inclinação se dá em Foucault por meio do desenvolvimento daquilo que denomina “poder de *causar* a vida ou *devolver* à morte”¹⁵⁶, em certa medida uma evolução de um “direito de vida e de morte”¹⁵⁷ que por muito tempo foi um privilégio do poder soberano, tido como uma derivação atenuada da velha *patria potestas*¹⁵⁸ do antigo direito romano. Esse “direito de espada”¹⁵⁹, como é chamado por Foucault o direito de vida e morte da teoria clássica da soberania, somente se exerce de forma desequilibrada e invariavelmente por meio da morte. Isto é, “o efeito do poder soberano sobre a vida só se exerce a partir do momento em que o soberano pode matar”¹⁶⁰; “é porque o soberano pode matar que ele exerce seu direito sobre a vida”¹⁶¹. Muito embora inadmitido o seu exercício em termos absolutos e incondicionalmente como antes na Roma Antiga, esse privilégio da soberania era admitido no período clássico em circunstâncias nas quais o soberano se encontrava exposto em sua própria existência, seja exigindo que seus súditos exponham a risco suas vidas em defesa de sua soberania ou impondo a morte como forma de castigo quando um deles infringe suas leis¹⁶². Assim, o direito de vida e morte em sua concepção clássica define-se em Foucault como “o direito de *causar* a morte ou de *deixar viver*”¹⁶³. Entretanto, Foucault aponta que os mecanismos de poder legitimados pelo direito de vida e de morte sofreram uma profunda transformação desde a época Clássica e com a chegada da Modernidade, apoiando-se doravante nas exigências de um poder que deve gerir a vida e se ordenar em função de seus reclamos¹⁶⁴. Assim é que o autor considera que uma

¹⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*: curso no College de France (1975-1976); tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 285-286.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: a vontade do saber*; tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988. p. 127.

¹⁵⁷ Ibid. p. 130.

¹⁵⁸ Prerrogativa dada ao pai de família romano de “dispor” da vida de seus filhos e de seus escravos, podendo inclusive lhes retirar a vida uma vez que a tinha dado em primeiro lugar. In FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: a vontade do saber*; tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988. p. 127.

¹⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*: curso no College de France (1975-1976); tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 287.

¹⁶⁰ Ibid. p. 286.

¹⁶¹ Ibid. p. 287.

¹⁶² FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A vontade de saber*. 20ª. reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012. p. 127.

¹⁶³ Ibid. p. 128.

¹⁶⁴ Ibid.

das mais maciças e relevantes transformações do direito político do século XIX foi o surgimento de um novo direito que, embora não tivesse o condão de substituir completamente ou fazer desaparecer o primeiro, veio a complementá-lo, ou melhor, modifica-lo para se tornar um poder verdadeiramente inverso; isto é, “poder de ‘fazer’ viver e de ‘deixar’ morrer”¹⁶⁵, ao qual denomina “bio-poder”¹⁶⁶.

Segundo Foucault, essa nova forma de exercício de poder sobre a vida se desenvolveu fundamentalmente em dois polos primordiais que não são antitéticos, mas interligados entre si¹⁶⁷. O primeiro deles, perceptível nos idos séculos XVII e XVIII, caracteriza-se pela utilização de técnicas primordialmente centradas no corpo individual¹⁶⁸; “ao corpo que se manipula, se treina, que obedece, responde, se torna hábil ou cujas forças se multiplicam”¹⁶⁹. No ponto, advirta-se que essa pretensão de investimento sobre o corpo não é necessariamente nova na história das sociedades. Segundo o autor, a escravidão e as grandes empresas escravistas no contexto da expansão colonial podem ser tomadas por exemplos de modelos de mecanismos disciplinares antecedentes¹⁷⁰. Todavia, as inovações tecnológicas no controle dos corpos de que fala Foucault apresentam aspectos essencialmente novos que as diferenciam de tudo aquilo que as precedeu, sobretudo no que diz respeito à *escala* que lhes é atribuível, o *objeto* sobre o qual recaem, e, enfim, a *modalidade* em que exercidas¹⁷¹.

Neste sentido, Foucault atribui ao exercício de tais técnicas a *escala* do detalhe, de trabalhar o corpo detalhadamente e exercer sobre ele uma coerção sem folga para mantê-lo ao nível da mecânica. O *objeto* do controle, ao seu turno, deixa de ser os elementos significativos do comportamento ou da linguagem para dar lugar à economia da eficácia dos movimentos, da sua organização interna, exercendo-se a coação mais sobre as forças que sobre os sinais e atribuindo ao exercício o *status* de única cerimônia relevante. A *modalidade* dessas novas técnicas, enfim, implica “numa coerção ininterrupta, constante, que vela sobre os processos da atividade mais que sobre seu resultado e se exerce de acordo com uma codificação que

¹⁶⁵ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*: curso no College de France (1975-1976); tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 287.

¹⁶⁶ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A vontade de saber*. 20ª. reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012. p. 132.

¹⁶⁷ Ibid. p. 131.

¹⁶⁸ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*: curso no College de France (1975-1976); tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 288.

¹⁶⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. p. 163.

¹⁷⁰ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*; org. e trad. de Roberto Machado. – Rio de Janeiro, Edições Graal, 1979. p. 105.

¹⁷¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. p. 163.

esquadrinha ao máximo o tempo, o espaço, os movimentos”¹⁷². A esses métodos que possibilitam o controle minucioso das operações do corpo e sujeitam suas forças impondo-lhe uma relação de docilidade-utilidade, Foucault denomina “disciplinas”¹⁷³, às quais qualifica como uma “*anátomo-política do corpo humano*”¹⁷⁴, centrada no corpo como máquina, visando ao seu adestramento, ampliação de suas aptidões e extorsão de suas forças; no acréscimo simultâneo de sua utilidade e docilidade por meio da sua integração a sistemas de controle eficazes e econômicos que dissociam o poder do corpo ao aumentar a sua capacidade enquanto inverte a sua potência, fazendo dela um viés de sujeição estrita¹⁷⁵.

Mas, menos que uma descoberta súbita, Foucault classifica essa anatomia política como de processos múltiplos, de diferentes origens e localizações esparsas que, por meio da repetição e sobreposição uns aos outros, pouco a pouco se revestem do caráter de método geral. E tais processos, conforme o autor, são encontrados muito cedo nos colégios e mais tarde nas escolas primárias, recaindo em seguida sobre o espaço hospitalar e, após algumas dezenas de anos, reestruturaram a organização militar. Isso quase que invariavelmente a pretexto de atender às exigências da conjuntura; é dizer, “aqui uma inovação industrial, lá a recrudescência de certas doenças epidêmicas, acolá a invenção do fuzil ou as vitórias da Prússia”¹⁷⁶.

Significa dizer, *v.g.*, que, até o início do século XVII, os exércitos eram um amontoado de pessoas divididas segundo a sua habilidade e bravura; sua força era medida pela densidade da massa de indivíduos que se formava. Com o surgimento do fuzil, todavia, sobretudo a partir do século XVIII, tornou-se necessário estudar a distribuição dos indivíduos e posicioná-los de maneira a alcançar a máxima eficácia do instrumento, isto é, “a disciplina do exército começa no momento em que se ensina o soldado a se colocar, se deslocar e estar onde for preciso”¹⁷⁷. Técnicas essenciais e minuciosas que, segundo Foucault, se generalizam mais facilmente e têm sua devida importância porque “definem um certo modo de investimento político e detalhado do corpo, uma nova ‘microfísica’ do poder”¹⁷⁸ que, desde o século XVII, não deixou de ganhar

¹⁷² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. p. 163-164.

¹⁷³ *Ibid.* p. 164.

¹⁷⁴ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A vontade de saber*. 20ª. reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012. p. 131.

¹⁷⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. p. 165.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*; org. e trad. de Roberto Machado. – Rio de Janeiro, Edições Graal, 1979. p. 105.

¹⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. p. 165.

campos cada vez mais vastos rumo ao encobrimento de todo o corpo social. “Pequenas astúcias”¹⁷⁹ de aparência inocente que instituem dispositivos que podem obedecer a economias inconfessáveis ou procurar coerções sem muita grandeza. A disciplina é, pois, conforme Foucault, “uma anatomia política do detalhe”¹⁸⁰.

O segundo polo desse poder sobre a vida, surgido a partir da segunda metade do século XVIII na avaliação de Foucault, consubstanciou-se em uma nova tecnologia de poder que, menos que excluir a técnica disciplinar, passou a integrá-la e a modificá-la parcialmente, inclusive dela se utilizando para incrustar-se efetivamente graças à sua existência prévia¹⁸¹. Isso porque essa nova técnica não disciplinar centrou-se não no corpo como indivíduo, mas antes sobre o corpo-espécie, “no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos”¹⁸². Com efeito, se instala e se dirige à multiplicidade dos homens enquanto massa global, “afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, a morte, a reprodução, a doença, etc.”¹⁸³, sobre os quais se exerce uma série de intervenções e controles reguladores; chamada por Foucault de “*uma bio-política da população*”¹⁸⁴. São esses processos de natalidade, de mortalidade e de longevidade que, “justamente na segunda metade do século XVIII, juntamente com uma porção de problemas econômicos e políticos”¹⁸⁵, constituíram os primeiros objetos do saber e, embora não os únicos, foram os primeiros alvos do controle dessa técnica biopolítica. Assim é que o poder soberano, antes simbolizado pela velha potência da morte, passa a se exercer por meio da administração dos corpos e pela gestão calculista da vida¹⁸⁶.

Para Foucault, essa gestão se dá, ou ao menos teve início, a partir de pelo menos três campos de intervenção biopolítica, a saber: a medicina, a seguridade e a cidade. Medicina porque, além dos problemas da natalidade e fecundidade, a partir do final do século XVIII, a biopolítica se ocupava também do problema da morbidade, mas não a morbidade decorrente,

¹⁷⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. p. 165.

¹⁸⁰ Ibid. p. 166.

¹⁸¹ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*: curso no College de France (1975-1976); tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 289.

¹⁸² FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I*: A vontade de saber. 20ª. reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012. p. 131.

¹⁸³ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*: curso no College de France (1975-1976); tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 289.

¹⁸⁴ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I*: A vontade de saber. 20ª. reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012. p. 131.

¹⁸⁵ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*: curso no College de France (1975-1976); tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 290.

¹⁸⁶ FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I*: A vontade de saber. 20ª. reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012. p. 132.

v.g., das epidemias que assolaram a Idade Média, que, conquanto dramáticas e dizimadoras de populações inteiras, eram sazonais e temporárias; e sim das endemias, “doenças mais ou menos difíceis de extirpar, e que não são encaradas como as epidemias, a título de causas de morte mais frequente, mas como fatores permanentes – e é assim que as tratam – de subtração das forças, diminuição do tempo de trabalho”¹⁸⁷, redução das energias e geração de custos econômicos resultantes da queda na produção e dos dispêndios com os tratamentos. Tais fenômenos levaram então à introdução de uma medicina mais preocupada com a higiene pública, de organismos de coordenação de tratamentos médicos, de centralização das informações médicas, “de normalização do saber, e que adquire também o aspecto de campanha de aprendizado da higiene e da medicalização da população”¹⁸⁸.

Já no início do século XIX, no contexto da industrialização, surge o problema daqueles que caem para fora do campo da capacidade produtiva, seja pela velhice, seja pelos acidentes, enfermidades e ou as anomalias diversas. São fenômenos universais e acidentais que acarretam consequências análogas de incapacidade e neutralização que demandaram da biopolítica a introdução, além das instituições de assistência essencialmente vinculadas à Igreja já existentes, de mecanismos economicamente mais racionais. Neste segundo domínio surgem então “mecanismos mais sutis, mais racionais, de seguros, de poupança individual e coletiva, de seguridade, etc”¹⁸⁹. Enfim, o último domínio de incidência da biopolítica envolve a preocupação com as relações entre a espécie humana e seu meio de existência – v.g., os problemas dos pântanos, “das epidemias ligadas à existência dos pântanos durante toda a primeira metade do século XIX”¹⁹⁰, “na medida em que não é um meio natural e em que repercute na população; um meio que foi criado por ela. Será, essencialmente, o problema da cidade”¹⁹¹. Em suma, portanto, “é da natalidade, da morbidade, das incapacidades biológicas diversas, dos efeitos do meio, é disso tudo que a biopolítica vai extrair e definir o campo de intervenção do seu poder”¹⁹²

Em resumo, nota-se que as proposições de Ardent e Foucault põem de manifesto que, no contexto da Modernidade, o objeto próprio da política deixa de ser a exclusivamente *bíos*

¹⁸⁷ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*: curso no College de France (1975-1976); tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 290.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Ibid. p. 291.

¹⁹⁰ Ibid. p. 292.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Ibid. p. 290.

para abrir espaço à *zoé*¹⁹³. Giorgio Agamben, ao seu turno, embora tributário das contribuições de ambos os autores, sustenta que a politização da *zoé*, da vida não qualificada politicamente, antes que uma novidade da Modernidade, é co-originária da soberania e mantém com esta uma constante relação de exclusão inclusiva. É dizer, nas palavras do autor italiano, que o que caracteriza a política na modernidade, menos que a inclusão da *zoé* na *pólis* – por ele considerada em si antiquíssima – ou o fato de que a vida não qualificada politicamente venha a ser objeto dos cálculos e das previsões do poder estatal, é o fato de que o espaço da vida nua, originariamente situado à margem do ordenamento, “vem progressivamente coincidir com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, *bíos* e *zoé*, direito e fato entram em uma zona de irreduzível indistinção”¹⁹⁴.

Neste passo, a relação de simbiose entre o direito e a vida se dará, na perspectiva de Agamben, por meio da *exceção*. E, assim, sobre as bases formadas pela literatura de Carl Schmitt, o autor advoga que a detenção dos poderes de decisão acerca do estado de exceção define a própria soberania, porquanto o soberano, por meio da exceção, busca criar e garantir uma situação por ele considerada necessária para a manutenção da ordem jurídica vigente¹⁹⁵. E isso fundamentalmente porque, segundo afirma Schmitt, não existe uma só norma que seja aplicável ao caos, de modo que somente fará sentido o ordenamento jurídico se antes se puder (re)estabelecer a ordem ante os *riscos* que a vulneram. É necessário, então, criar uma situação normal; e cabe ao soberano decidir de modo definitivo acerca desse estado de normalidade¹⁹⁶. Numa palavra, a pretexto de manutenção da ordem jurídica vigente, ao soberano assiste o poder de *decisão* sobre o estado de exceção. Destarte, o (re)estabelecimento da normalidade se dá por meio da inclusão de uma exclusão na ordem jurídica pela decisão soberana; isto é, a manutenção da regra como tal desaplicando-a excepcionalmente. Em suma, “não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela”¹⁹⁷.

¹⁹³ CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*; tradução Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012. p. 24.

¹⁹⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 16.

¹⁹⁵ Ibid. p. 25.

¹⁹⁶ SCHMITT, Carl. *Teología política*. Tradiciones Francisco Javier Conde Jorge Navarro Pérez. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 34

¹⁹⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 26.

Sob tais premissas, Agamben atribui à soberania a definição de “estrutura original pela qual o direito refere-se à vida e a inclui em si mesmo por meio de sua própria suspensão”¹⁹⁸. E a essa potência da lei, de aplicar-se desaplicando-se, Giorgio Agamben propõe chamar de *bando*, antigo termo germânico que pode designar tanto a exclusão da comunidade quanto o comando e a insígnia do soberano. Desse modo é que, sob a ótica do autor, a relação de exceção corresponde à relação de bando uma vez que aquele que foi banido da comunidade não é verdadeiramente simplesmente posto para fora da lei e permanece indiferente a ela, sendo particularmente *abandonado* por ela, porém permanecendo ainda sob o jugo do soberano. Ou seja, o abandonado é posto em um limiar onde vida e direito, externo e interno se confundem¹⁹⁹.

Voltando-se para a figura do *homo sacer*, Agamben traça o nexos entre a vida nua e a dupla exceção inclusiva existente numa condição de sacralidade que lhe é particular. Segundo o autor, o sintagma *homo sacer* corresponde à designação da vida que, em decorrência da exceção soberana, é posta numa zona de indistinção entre a vida nua e a vida ética e politicamente qualificada; entre *zoé* e *bíos*²⁰⁰. E isso porque homem sagrado, o *homo sacer*, segundo a definição de Festo²⁰¹ retomada por Agamben, “é aquele que o povo julgou por algum delito, e não é lícito sacrificá-lo, porém, se alguém o mata, não será condenado por homicídio”²⁰². Assim é que a sacralidade da vida nua, antes que uma ambiguidade, resulta de uma dupla exceção que, ao incluí-la, também exclui, seja do direito divino por não poder ser objeto de sacrifício, seja do direito dos homens por poder ser morto sem que com isso se tenha praticado homicídio. Desse modo, “assim como, na exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste, do mesmo modo o *homo sacer* pertence ao Deus na forma da insuscetibilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade”²⁰³. A vida nua é, assim, a vida natural enquanto objeto da relação política de soberania por meio da exceção, quer dizer, a vida *abandonada*.²⁰⁴

¹⁹⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 35.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Ibid. p. 09-15.

²⁰¹ Sobre a citação a Festo: “O dito sacer carrega uma verdadeira mácula que o coloca fora da sociedade dos homens: deve-se fugir de seu contato. Se alguém o mata, não por isso será um homicida.” In: BENVENISTE, Émile. *O vocabulário das instituições indo-européias*, vol II poder, direito, religião. Tradução Denise Bottmann. Campinas: Editora da Unicamp, 1995. pág. 190.

²⁰² AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 79.

²⁰³ Ibid. p. 90.

²⁰⁴ CASTRO, Edgardo de. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*; tradução Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012. p. 27.

Nesses termos, o poder político moderno para Agamben funda-se na cisão entre uma esfera da vida nua e outra referente à vida politicamente qualificada, onde o poder soberano passa a regular a vida biológica, incidindo todo o poder normativo na regulamentação desta em diversas esferas, de modo que “as distinções políticas tradicionais perdem sua clareza e sua inteligibilidade entrando em uma zona de indeterminação”²⁰⁵. Significa dizer que, por meio dessa anomia excepcional, a legitimidade do direito se afirma e abre espaço à formulação de normas que atuam no controle biopolítico da população, na medida em que a cada conflito com os poderes centrais simultaneamente preparam “uma tácita porém crescente inscrição de suas vidas na ordem estatal, oferecendo assim uma nova porém temível instância ao poder soberano”²⁰⁶.

Mais importante é notar que a tese histórico-interpretativa sustentada por Agamben envolve a percepção de que, desde a sua criação, o estado de exceção passou pela progressiva emancipação da sua justificação a partir das situações de *risco* para tornar-se um instrumento extraordinário da função de polícia exercida pelo governo, e, enfim, converter-se no paradigma de governo das democracias contemporâneas. Para Agamben, a tendência nos estados modernos é a de inclusão do estado de exceção no ordenamento jurídico e a sua apresentação como estado legal, vinculando-se fundamentalmente à necessidade como forma de justificação, podendo esta converter-se em fundamento e fonte de lei. Assim, desenvolvendo-se a partir das reflexões de Carl Schmitt, a vinculação entre estado de exceção e soberania em Agamben se dá por meio de um elemento formal essencialmente jurídico que é a *decisão*, eis que é o soberano quem decide sobre a suspensão da aplicação da norma. E, neste caso, “o soberano situa-se fora da ordem jurídica, porém, enquanto responsável pela suspensão, está ao mesmo tempo incluído”²⁰⁷.

No limiar de suas conclusões, Agamben aponta que a experiência eugênica e totalitária nazista revela que o campo inaugura um espaço onde a decisão acerca do estado de exceção, isto é, sobre a suspensão da aplicabilidade da norma, sobretudo as garantias constitucionais, deixa de estar vinculada à necessidade, a uma situação de ameaça extrema, e passa a converter-se em regra. Com isso, o soberano não se limita mais a decidir sobre o estado de exceção com base no espírito de uma situação de fato, *v.g.* o perigo para a segurança pública, pois, “exibindo

²⁰⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 119.

²⁰⁶ *Ibid.* p. 118.

²⁰⁷ CASTRO, Edgardo de. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*; tradução Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012. p. 30-31.

a nu a íntima estrutura de *bando* que caracteriza o seu poder, ele agora produz a situação de fato como consequência da decisão sobre a exceção”²⁰⁸.

Por isso, observando-se bem, no campo a *quaestio iuris* não é mais absolutamente distinguível da *quaestio facti* e, neste sentido, qualquer questionamento sobre a legalidade ou ilegalidade daquilo que nele sucede é desprovido de sentido. *O campo é um híbrido de direito e de fato, no qual os dois termos tornaram-se indiscerníveis.*²⁰⁹

Assim é que o campo se define em Agamben enquanto o paradigma do espaço político no ponto em que a política abrange a vida biológica, tornando-se *biopolítica*, e o *homo sacer* se confunde virtualmente com o cidadão²¹⁰.

[se] isto é verdadeiro, se a essência do campo consiste na materialização do estado de exceção e na conseqüente criação de um espaço em que a vida nua e a norma entram em um limiar de indistinção, deveremos admitir, então, que nos encontramos virtualmente na presença de um campo toda vez que é criada uma tal estrutura, independentemente da natureza dos crimes que aí são cometidos e qualquer que seja a sua denominação ou topografia específica.²¹¹

Desse modo, a conclusão a que chega Agamben é a de que o campo, que agora se estabeleceu firmemente como normalização do estado de exceção no interior do ordenamento jurídico dos estados-nação, passa a ser o “novo *nómos* político do planeta” na contemporaneidade²¹².

Para Achile Mbembe, a escravidão pode ser considerada uma das primeiras manifestações da experimentação biopolítica, da inserção da vida biológica no campo político, assim como a estrutura e as conseqüências do sistema de *plantation* poderiam representar uma das diversas facetas da “figura emblemática e paradoxal do estado de exceção”²¹³. No contexto da *plantation*, conforme expõe o autor, a humanidade do escravizado se manifesta na forma de uma “sombra personificada”²¹⁴; e a condição de escravo resulta de uma perda tríplice: “perda de um ‘lar’, perda de direitos sobre o seu corpo e perda de estatuto político”²¹⁵. Então “essa perda equivale a uma dominação absoluta, uma alienação de nascença e uma morte social (que é expulsão fora da humanidade)”²¹⁶. Significa dizer que, se até o advento do fim da escravidão

²⁰⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 176.

²⁰⁹ Ibid. p. 177.

²¹⁰ Ibid. p. 178.

²¹¹ Ibid. p. 181.

²¹² Ibid. p. 183.

²¹³ MBEMBE, Achile. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018. p. 27.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ Ibid.

o escravo era por definição um “não cidadão”²¹⁷ e estava sujeito ao arbítrio quase absoluto do seu senhor, poder-se-á chegar ao tracejo de um paralelo no qual o escravo tem no navio negroiro e na senzala o seu *campo* e a sua zona de anomia.

Como instrumento de trabalho, o escravo tem um preço. Como propriedade, tem um valor. Seu trabalho responde a uma necessidade e é utilizado. O escravo, por conseguinte, é mantido vivo, mas em “estado de injúria”, em um mundo espectral de horrores, crueldade e profanidade intensos. O curso violento da vida de escravo se manifesta pela disposição de seu capataz em se comportar de forma cruel e descontrolada ou no espetáculo de sofrimentos imposto ao corpo do escravo.²¹⁸

Desse modo, à semelhança da figura do *homo sacer*, “a vida do escravo, em muitos aspectos, é uma forma de morte-em-vida”²¹⁹. A humanidade do sujeito escravizado, prossegue Mbembe, dissolve-se até o ponto em que se pode dizer que a sua vida é propriedade do seu senhor; e que, como *coisa* possuída por outra pessoa, “sua existência é a figura perfeita de uma sombra personificada”²²⁰.

Como visto em Agamben, a decisão sobre a exceção é que cria a situação de fato excepcional no paradigma político contemporâneo²²¹. O estado de exceção exsurge do caminho inverso. É dizer, mais uma vez com Mbembe, que o poder – e não somente ou necessariamente o poder estatal – se refere e apela continuamente à exceção, à emergência e a uma noção ficcional de inimigo; mas também trabalha para produzir esses mesmos elementos²²². Mas qual é, afinal, o fundamento que sustenta esse sistema excepcional? Como justificar v.g. a dissolução da humanidade do sujeito a ponto de torna-lo uma *sombra personificada*? Torna-lo – metaforicamente – um *homo sacer*? A tais questões, novamente sob o espectro da literatura de Michel Foucault, se poderia responder que por meio de um mecanismo fundamental do poder, do biopoder, exercido em diversos matizes e em diferentes instâncias nos Estados modernos; nomeadamente o “racismo”²²³.

Antes de mais, registre-se que Foucault não ignora a contradição existente na realização de uma função de morte por um poder exercido numa ambiência onde vige um sistema político

²¹⁷ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Nem Preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociedade brasileira*. São Paulo: Claro Enigma, 2012. (Agenda brasileira). p. 30.

²¹⁸ MBEMBE, Achile. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018. p. 28.

²¹⁹ Ibid. p. 29.

²²⁰ Ibid. p. 30.

²²¹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 176.

²²² MBEMBE, Achile. *Necropolítica*. MBEMBE, Achile. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018. p. 17.

²²³ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*; tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 304.

centrado no biopoder, isto é, no poder que se incumbe de aumentar e prolongar a vida, aumentar suas possibilidades e aptidões, desviar seus acidentes ou compensar suas deficiências. Entretanto, é por meio da intervenção do racismo que Foucault explica e fundamenta essa subversão de papéis no sistema do biopoder. E isso porque, segundo o autor, o aparecimento das raças, a distinção das raças, sobretudo a qualificação de certas raças como boas e de outras como inferiores, foram maneiras de se fragmentar o campo biológico do qual o poder se incumbiu. Assim é que a função primeira do racismo seria a de introduzir nesse domínio da vida uma cesura biológica: um “corte entre quem deve viver e o que deve morrer”²²⁴. Por outro lado, menciona Foucault que o racismo vai ainda permitir estabelecer uma relação que, embora à sua semelhança, não é propriamente militar ou guerreira de enfrentamento – “para viver, é preciso que você massacre seus inimigos”²²⁵, mas antes uma relação do tipo biológico segundo a qual

[...] quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, quanto mais os indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação à espécie, mais eu – não enquanto indivíduo mas enquanto espécie – viverei, mais forte serei, mais vigoroso serei, mais poderei proliferar.²²⁶

Em suma, a morte de um não representaria simplesmente a vida do outro, mas a sua segurança pessoal. No sistema do biopoder, vale ainda dizer, tirar a vida somente seria admissível se com vistas à eliminação do perigo biológico e ao fortalecimento da própria raça ou espécie²²⁷. Significa dizer, nas palavras de Foucault, que “a raça, o racismo, é a condição de aceitabilidade de tirar a vida numa sociedade de normalização”²²⁸. Se o poder de normalização, o biopoder, pretende exercer o velho direito soberano de matar, ele deve necessariamente passar pelo racismo; assim como se, inversamente, o poder de soberania deseja funcionar à moda da tecnologia da normalização, deve ele também passar pelo racismo.

Adverta-se, no entanto, que, no marco foucaultiano, por tirar a vida não se entende tão somente o assassinio direto, mas também tudo aquilo que pode ser considerado assassinio indireto: “o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc.”²²⁹. Neste sentido, Foucault sustenta ser possível compreender o vínculo que se estabeleceu entre as teorias biológicas do século

²²⁴ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no College de France (1975-1976); tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 304.

²²⁵ Ibid. p. 305.

²²⁶ Ibid.

²²⁷ Ibid. p. 305-306.

²²⁸ Ibid. p. 306.

²²⁹ Ibid.

XIX e o discurso do poder. Isso sobretudo porque o evolucionismo²³⁰ se tornou uma maneira de pensar e explicar “as relações da colonização, a necessidade das guerras, a criminalidade, os fenômenos da loucura e da doença mental, a história das sociedades com suas diferentes classes, etc.”²³¹. E assim é que o racismo, conforme menciona o autor, “vai se desenvolver *primo* com a colonização, ou seja, com o genocídio colonizador”²³². É dizer, afinal, que foi através dos temas do evolucionismo, mediante o exercício do racismo, que se pôde justificar a aniquilação de pessoas, populações e civilizações sob a égide do funcionamento do biopoder.

Conforme intelecção de Zygmunt Bauman, no mundo moderno, “o racismo declara certa categoria de pessoas endêmica e irremediavelmente resistente ao controle e imune aos esforços de melhoria”²³³. A consequência disso, segundo o autor, é a associação do racismo à estratégia de isolamento. Isto é, “se as condições permitem, o racismo exige que a categoria ofensora deve ser removida para além do território ocupado pelo grupo que ofende”²³⁴. Porém, se tais condições não existem, o racismo exige que o grupo ofensor seja fisicamente exterminado. É dizer, “a expulsão e a destruição são métodos intercambiáveis de isolamento”²³⁵.

Destarte, mais uma vez com Achile Mbembe, compreende-se que o empreendimento colonial mercantilista envolvia a apreensão, demarcação e afirmação do controle físico e geográfico. Isto é, “inscrever sobre o terreno um novo conjunto de relações sociais e espaciais”²³⁶. Essa nova inscrição de relações espaciais, chamada pelo autor de “territorialização”²³⁷, ocasionou a produção de fronteiras e hierarquias; a subversão dos regimes de propriedades; classificação de pessoas conforme diferentes categorias; extração de recursos; e, enfim, a produção de “uma ampla reserva de imaginários culturais”²³⁸ que deram sentido à atribuição de direitos diferentes a diferentes categorias de pessoas no interior de um mesmo

²³⁰ Foucault ressalta que o termo deve ali ser entendido em sentido amplo, isto é, não tanto ou apenas e tão somente a teoria de Darwin, mas o conjunto de suas noções como a hierarquia das espécies sobre a árvore comum da evolução, luta pela vida entre as espécies, seleção que elimina os menos adaptados. In FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*; tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 307.

²³¹ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*; tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 307.

²³² Ibid.

²³³ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*; Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 151.

²³⁴ Ibid. p. 152.

²³⁵ Ibid.

²³⁶ MBEMBE, Achile. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018. p. 38.

²³⁷ Ibid. p. 39.

²³⁸ Ibid.

espaço e com finalidades diferentes. Numa palavra, o exercício da *soberania*. E, neste caso, soberania para o autor significa *ocupação*; “e ocupação significa relegar o colonizado a uma terceira zona, entre o estatuto de sujeito e objeto”²³⁹. Significa ainda a “capacidade de definir quem importa e quem não importa, quem é ‘descartável’ e quem não é”²⁴⁰. Uma noção embrionária daquilo que o autor denomina “necropoder”²⁴¹ no marco da chamada “ocupação colonial tardia”²⁴² da contemporaneidade.

No cenário brasileiro, a cesura biológica inspirada no racismo, alhures precursora da redução do sujeito escravizado à situação de morte em vida, tem seu *continuum* no período pós-abolição com o surgimento das teorias raciais, caudatárias de uma ciência positiva e determinista, cujo condão era justamente explicar objetivamente uma suposta diferença entre grupos e novamente firmar a noção de inferioridade e dominação. Com efeito, com o fim da escravidão e a instauração da democracia por meio da república, as esperanças se renovavam com a liberdade prometida pela abolição e a igualdade canonizada pela nova Constituição, que transformava a todos em cidadãos. Entretanto, com o advento da liberdade conseguida mediante tais conquistas políticas, não tardou para que se buscasse repensar a organização desse novo país²⁴³. É dizer, conforme sustenta Lilia Schwarcz, que “a ‘raça’ era introduzida [...] com base nos dados da biologia da época e privilegiava a definição dos grupos segundo seu fenótipo, o que eliminava a possibilidade de pensar no indivíduo e no próprio exercício da cidadania e do arbítrio”²⁴⁴. A alternativa foi, deste modo, relegar às ciências da natureza a função de promover as cisões às quais a igualdade jurídica e o liberalismo impuseram um fim.

Há, no entanto, uma particularidade na introjeção no Brasil das teorias raciais, advindas sobretudo da Europa e da América do Norte. Isso porque, diferentemente do modelo original europeu, que pregava que a miscigenação levava sempre e inevitavelmente à degeneração, no Brasil se buscou unir os modelos evolucionista, cujo principal aspecto era o de que a humanidade apresentava diferentes etapas de desenvolvimento, e darwinista, marcado pela negação de qualquer futuro à miscigenação racial; o que permitiu explicar a desigualdade como

²³⁹ MBEMBE, Achile. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018. p. 39.

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Ibid. p. 41.

²⁴² Ibid.

²⁴³ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das Raças: instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 177.

²⁴⁴ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Nem Preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociedade brasileira*. São Paulo: Claro Enigma, 2012. (Agenda brasileira). p. 30-31.

inferioridade, e, no entanto, defender que havia esperança em uma miscigenação positiva na busca de tornar o país cada vez mais branco²⁴⁵. Por tal razão é que,

Falar da adoção das teorias raciais no Brasil implica pensar sobre um modelo que incorporou o que serviu e esqueceu o que não se ajustava. No Brasil, evolucionismo combina com darwinismo social, como se fosse possível falar em “evolução humana”, porém diferenciando as raças; negar a civilização aos negros e mestiços, sem citar os efeitos da miscigenação já avançada. Expulsar “a parte gangrenada” e garantir que o futuro da nação era “branco e ocidental”.²⁴⁶

Neste contexto, Schwarcz observa que houve “uma convivência bastante extravagante entre discurso liberal e racial”²⁴⁷. Citando Hannah Arendt, a autora se refere ao liberalismo como uma “teoria do indivíduo”²⁴⁸, essencialmente incompatível com o racismo científico representante da negação do arbítrio e do predomínio das ideologias voluntaristas, eis que, sob tais perspectivas, o indivíduo não passa da soma das características de seu grupo racial e suas ações estão por elas condicionadas²⁴⁹.

Particularmente no Brasil, se o discurso liberal constava no texto das leis, das falas oficiais, o discurso racial se fazia notar por meio dos romances naturalistas e nas teses científicas. É dizer, se nas esferas institucionais o argumento racial de análise social, embora cientificamente legitimado pelas teorias raciais, é por vezes referido com carga de culpa, “na representação popular, nos jornais de circulação diária, é quase corriqueiro o argumento que traduz a ciência em termos populares e encara a raça como uma questão de importância fundamental nos destinos da nação”²⁵⁰. Destarte, Lilia Schwarcz aponta que, conquanto as teorias raciais jamais tenham constado expressamente das leis ou dos documentos oficiais, estas conformaram um argumento frequente nos debates que levaram à elaboração dessas mesmas medidas²⁵¹. Nessa esteira, os historiadores sustentam que o advento da abolição veio acompanhado de uma política que estimulou uma dramática onda de imigração para o Brasil.

À questão sobre quais as causas propulsoras desse fenômeno de imigração poder-se-ia responder que, conquanto houvesse uma vasta oferta de mão-de-obra recém-liberta no país, os fazendeiros preferiam os imigrantes europeus aos trabalhadores não-brancos, eis que a elite em

²⁴⁵ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Nem Preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociedade brasileira*. São Paulo: Claro Enigma, 2012. (Agenda brasileira). p. 30-31.

²⁴⁶ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das Raças: instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 178.

²⁴⁷ Ibid. p. 181.

²⁴⁸ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Nem Preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociedade brasileira*. São Paulo: Claro Enigma, 2012. (Agenda brasileira). p. 31.

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Ibid.

geral julgava-os, v.g., fisicamente inferiores, incapazes de hábitos sérios de trabalho e carecedores das aptidões que lhes eram necessárias, além de que pensava-se que seria mais fácil manter os imigrantes sob controle ao invés daqueles que haviam acabado de deixar os grilhões. Todavia, a entrada de imigrantes no Brasil serviria antes à consecução de um empreendimento pautado nas teorias raciais, um plano de melhoria da linhagem étnica do país; uma estratégia de “branqueamento” da nação²⁵².

Preocupada com a sua posição e imagem diante da comunidade internacional, a elite brasileira passou a adotar a evidência biológica e histórica propugnada pelas doutrinas europeias e norte-americanas de racismo científico para justificar suas afirmações de superioridade branca e a busca pela erradicação da “mancha negra”²⁵³ que impedia o país de avançar em desenvolvimento²⁵⁴. Mas

Como poderia então um país branquear-se? A elite acreditava que a resposta estava na miscigenação, combinada com a alta mortalidade (natural) afro-brasileira. Em outras palavras, os brasileiros brancos estavam apostando basicamente na mistura de raças, um processo que horrorizava os norte-americanos brancos, para gradualmente tornarem-se o equivalente da raça superior. Nas palavras de João Batista de Lacerda, um importante médico e antropólogo, “no decorrer de mais de um século os mestiços terão desaparecido do Brasil. Isto vai coincidir com a extinção da raça negra em nosso meio”. As confiantes palavras de Lacerda foram pronunciadas no Primeiro Congresso de Raça em Londres, em 1911.²⁵⁵

É importante ainda que se diga que a previsão de branqueamento da nação de João Batista Lacerda “foi recebida com muito pessimismo, pois, à época, julgava-se que um século era tempo demais para que o Brasil se tornasse definitivamente branco”²⁵⁶. O antropólogo Roquete Pinto, que, enquanto presidente do I Congresso Brasileiro de Eugenia, ocorrido em 1929, previa, a despeito das críticas feitas às posições racistas, “um país cada vez mais branco: em 2012 teríamos uma população composta de 80% de brancos e 20% de mestiços; nenhum negro, nenhum índio”²⁵⁷. Assim a população brasileira era compreendida: “uma raça em formação”²⁵⁸; “cujo bom resultado dependia de um aprimoramento biológico”²⁵⁹. E tal propósito de aprimoramento não envolveu apenas as previsões de branqueamento pelas políticas de

²⁵² SKIDMORE, Thomas E. *Uma História do Brasil*; tradução: Raul Fiker. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 104-106.

²⁵³ Ibid. p. 112.

²⁵⁴ Ibid.

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Nem Preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociedade brasileira*. São Paulo: Claro Enigma, 2012. (Agenda brasileira). p. 21.

²⁵⁷ Ibid.

²⁵⁸ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das Raças: instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 171.

²⁵⁹ Ibid.

imigração e miscigenação positiva, mas também pela eliminação da degeneração populacional por meio das técnicas de *eugenia*.

Surgida no Brasil em meados de 1.914 e aparentemente amadurecida nos anos 20 do século passado, essa estratégia médica dividia a população entre regeneráveis e não regeneráveis e impunha a cada um dos dois grupos medidas absolutamente diversas²⁶⁰. O artigo “Do conceito de eugenia no habitat brasileiro”, escrito pelo prof. Dr. João Henrique e publicado no periódico carioca *Brazil Médico* em 1.918, buscava esclarecer a classe médica a respeito dos usos e vantagens da eugenia:

Nova ciência a eugenia consiste no conhecer as causas explicativas da decadência ou levantamento das raças, visando a perfectibilidade da especie humana, não só no que respeita o phisico como o intellectual. Os métodos tem por objetivo o cruzamento dos sãos, procurando educar o instinto sexual. Impedir a reprodução dos defeituosos que transmitem taras aos descendentes. Fazer exames preventivos pelos quais se determina a siphilis, a tuberculose e o alcoolismo, trindade provocadora da degeneração. Nesses termos a eugenia não é outra cousa sinão o esforço para obter uma raça pura e forte ... Os nossos males provieram do povoamento, para tanto basta sanear o que não nos pertence.²⁶¹

Sobre o primeiro grupo, o dos *regeneráveis*, recairiam todas as atenções das práticas eugenistas, pois “era preciso educá-los, incitá-los a casamentos desejáveis, evitar maus hábitos e perversões”²⁶². Significa dizer que a nação, idealizada pelos eugenistas como um corpo homogêneo e saudável, necessitava passar por um processo de mudança cujos prognósticos mais otimistas levava alguns desses idealizadores a sonhar com a transformação da população local mestiça em “gregos puros”²⁶³, modificados em suas características físicas e morais.

Havia, porém, o segundo grupo, uma grande massa de “doentes crônicos”²⁶⁴ a respeito dos quais as opiniões médicas se dividiam. Alguns mais moderados, como os médicos da faculdade da Bahia, previam o seu desaparecimento pela seleção natural. Outros mais radicais, como a escola de medicina carioca, céticos com relação à seleção natural e familiarizados com os projetos eugenistas alemães e a política restritiva imigratória adotada nos EUA,

²⁶⁰ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das Raças: instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 171.

²⁶¹ HENRIQUE, João *apud* SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das Raças: instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 170.

²⁶² SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das Raças: instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 171.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ *Ibid.*

consideravam que a esterilização seria o único meio eficaz de se atingir o seu desaparecimento²⁶⁵.

“Porque consentir na perpetuação hereditária da imbecilidade da loucura moral, da epilepsia, da paranóia, da delinquência, se se pode esterilizar os deficientes e degenerados de modos a impedi-los de procriar, sem tirar-lhes entretanto o prazer sexual”, dizia um artigo do *Brazil Medico* em apoio à lei de esterilização aplicada em Nova Jersey.²⁶⁶

Conforme aponta Lilia Schwarcz, “era como raça que a nação era entendida. Por meio dela se explicavam sucessos políticos, fracassos econômicos ou hierarquias sociais assentadas”²⁶⁷. E assim é que, por meio da ciência, se justificava os projetos mais violentos e autoritários e se permitia o controle biopolítico da população em busca da melhoria desejada. Assim, conforme sustenta Hugo Leonardo:

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. O uso e a legitimação do discurso científico como instrumento político esterilizador daqueles indivíduos indesejados de forma bastante eficiente. Isso porque a elite política brasileira, em suma, seria a encarregada de dar um destino ao País, mas, a contrapelo, não era essa elite, por exemplo, quem afirmava a degenerescência de algumas **raças**, mas a própria ciência.²⁶⁸

Em outras palavras, a elite brasileira, responsável pela emancipação nacional dessa figura inferior que era o negro, se exime da responsabilidade da atribuição do *status* negativo ao sujeito inferiorizado a pretexto de que era a própria ciência que o dizia.

2. CONSTRUINDO O INIMIGO

Não obstante a ambição de branqueamento da nação, as teorias raciais também vieram a influenciar de forma decisiva o desenvolvimento de estudos no âmbito da criminalidade e suas supostas causas determinantes. Conforme se sustenta, a necessidade de se manter a posição de discurso dominante fez emergir a adequação do discurso acadêmico ao atendimento dos anseios das classes hegemônicas²⁶⁹. Assim é que ganham espaço as teorias criminológicas formuladas sob o espectro do positivismo científico, fundamentalmente voltadas à manutenção

²⁶⁵ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das Raças: instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 172.

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ Ibid.

²⁶⁸ LEONARDO, Hugo. Recontando a história do Brasil: o pensamento criminológico positivista na visão de cândido Motta e a sua realocação política como pressuposto histórico de análise. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 146.

²⁶⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Questão Criminal*; tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 69.

da racionalidade da ordem social²⁷⁰. Grosso modo, a criminologia positivista se define pela abrangência de teorias patológicas da criminalidade, com a diferenciação entre indivíduos criminosos e indivíduos normais, essencialmente vinculadas à negação do livre arbítrio, fundada em um rígido determinismo que atribui ao homem delinquente a pecha de sujeito diferente, clinicamente observável²⁷¹.

Destarte, a expansão do positivismo criminológico tem por consectário a extensão da ideologia racista ao hemisfério sul do planeta²⁷², servindo de fundamento de legitimação à consolidação da dominação territorial dos novos continentes²⁷³. Com efeito, o racismo se revela no positivismo criminológico enquanto fundamentação de atribuição ao homem delinquente da definição enquanto raça diferente dos homens normais, condição que lhe relega ao *status* de inferioridade²⁷⁴. Por todos os teóricos positivistas e suas contribuições à criminologia, destacam-se os seus precursores Césare Lombroso e o conceito de criminoso nato²⁷⁵; Enrico Ferri e o desenvolvimento do espaço de defesa social cunhado por Rogmanosi²⁷⁶; e Rafeale Garofalo e os conceitos de delito natural, temibilidade/periculosidade e propostas de inocuidade²⁷⁷.

No Brasil, com o fim da escravidão, a necessidade da demarcação de novos limites de diferenciação²⁷⁸ atribuiu ao discurso científico a missão de dar conta da condição do negro liberto; “o estigma deixava de residir na condição de escravo para situar-se na cor da pele”²⁷⁹. Caudatário das teorias criminológicas positivistas europeias, o médico baiano Raimundo Nina

²⁷⁰ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *A Criminologia da Repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 44.

²⁷¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; tradução Juarez Cirino dos Santos. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 29.

²⁷² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Questão Criminal*; tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 82.

²⁷³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 103.

²⁷⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*; tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15). p. 297.

²⁷⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 55.

²⁷⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*; tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15). p. 311.

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ CORRÊA, Mariza. *As Ilusões de Liberdade: a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil*. 2. ed. rev. Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001. p. 153.

²⁷⁹ LEONARDO, Hugo. Recontando a história do Brasil: o pensamento criminológico positivista na visão de cândido Motta e a sua realocação política como pressuposto histórico de análise. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 121.

Rodrigues opunha os direitos de igualdades políticas às desigualdades científicas²⁸⁰ do sujeito dissemelhante, especialmente a negação do livre arbítrio²⁸¹, considerando a adoção de medidas penais distintas a diferentes tipos de delinquentes – para o tratamento e a inocuização desses indivíduos – os meios mais eficazes de proteção social²⁸².

No ponto, vale mencionar que a proposta de adoção de tratamentos penais distintos para determinados indivíduos ou grupos é um dado recorrente nas sociedades do ponto de vista criminológico. Com efeito, nota-se que, historicamente, o poder punitivo sempre promoveu a discriminação de seres humanos elegendo inimigos e lhes atribuindo tratamento punitivo não condizente com a condição de pessoas, considerando-os fundamentalmente apenas sob o aspecto de “*ente perigoso ou daninho*”²⁸³. A estes indivíduos, portanto, houve sempre a atribuição da pecha de “*inimigos da sociedade*”²⁸⁴, para assim lhes negar o direito de sofrer sanções como resposta às suas infrações dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, “das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente”²⁸⁵, substituído por penas sem delito; “medidas detentivas policiais ilimitadas” que mais se aproximam do Direito Administrativo. Nasceram, então, em fins do século XIX e início do século XX, as teorias envolvendo a instituição de um Direito Penal para os *iguais* e um outro para os *inimigos*²⁸⁶.

A adoção de tratamentos penais diferenciados a diferentes tipos de indivíduos, vale dizer, serve fundamentalmente à pretensão de segurança na identificação dos inimigos da sociedade para então neutraliza-los²⁸⁷. Neste particular, o Direito Penal se converte em um “direito de gestão (punitiva) de riscos gerais”²⁸⁸, culminando num processo de

²⁸⁰ CORRÊA, Mariza. *As Ilusões de Liberdade: a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil*. 2. ed. rev. Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001. p. 50.

²⁸¹ SCHWARCZ, Lilia. *Nem preto, nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociedade brasileira*. São Paulo: Claro Enigma, 2012. (Agenda brasileira). p. 18.

²⁸² FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 18.

²⁸³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14).

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ *Ibid.* p. 11.

²⁸⁶ *Ibid.* p. 96.

²⁸⁷ *Ibid.* p. 97.

²⁸⁸ SANCHES, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direitos e ciências afins; v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). p. 148.

“administrativização”²⁸⁹ do sistema punitivo e reforçando os laços entre este e a política sob o espectro da política criminal²⁹⁰. O pressuposto, portanto, é o da “prevenção cognitiva”²⁹¹ na gestão de riscos e neutralização de determinados grupos delinquentes. Assim, o modelo administrativo-sancionador encampa as teorias de neutralização seletiva, em especial a política criminal atuarial²⁹², marcada por uma criminologia administrativa voltada à gestão da criminalidade mediante a redução dos riscos previstos e a neutralização dos seus autores com base em dados estatísticos²⁹³. Outrossim, uma outra proposta de tática de contenção com base no espoco de neutralização seletiva é chamada de “*direito penal do inimigo*”²⁹⁴, formulada por Günter Jakobs. Grosso modo, a proposta de Jakobs envolve dividir o Direito Penal em dois sistemas distintos, destinados à categorização de seres humanos enquanto cidadãos e inimigos, negando aos segundos a personalidade imanente aos primeiros²⁹⁵.

É certo que no Brasil de hoje não há, ao menos formal ou expressamente, normas que expressem políticas criminais que proponham a discriminação entre grupos raciais hegemônicos e inferiorizados e se lhes atribuam tratamentos penais distintos de acordo com semelhantes critérios. Todavia, como se poderá ver adiante, o acesso a pesquisas envolvendo estatísticas referentes à criminalidade e o exercício da repressão estatal por meio do Direito Penal no país permite verificar sintomas de uma ação preventiva baseada numa presunção de periculosidade de certos grupos raciais, buscando assim a eliminação de um suposto perigo por meio de táticas de contenção e de gestão biopolítica mais ou menos organizadas que vão desde a abordagem policial à perpetuação das prisões cautelares e condenações baseadas em reconhecimentos fotográficos equivocados.

²⁸⁹ ²⁸⁹ SANCHES, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direitos e ciências afins; v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). p. 148.

²⁹⁰ ZAFFARONI, Raúl E. et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 274.

²⁹¹ SANCHES, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direitos e ciências afins; v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). p. 168.

²⁹² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. ed. Tirant lo Blanch: 2021. p. 316.

²⁹³ Ibid. p. 315.

²⁹⁴ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Câncio. *Direito Penal do Inimigo*; org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

²⁹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 103.

2.1. A herança positivista

No marco da busca incessante pela consolidação da hegemonia branco-europeia sobre todo o planeta, onde – a despeito dos fenômenos sociais que a partir do século XVIII trouxeram luz à racionalidade e ergueram as bandeiras da liberdade, igualdade e fraternidade – distinguia-se os indivíduos entre os mais e menos iguais segundo critérios das classes dominantes, Eugênio Raúl Zaffaroni observa que os pensadores da questão criminal não podiam permanecer alheios aos temores e anseios do setor social que garantiam a sua posição de discurso dominante, razão pela qual passaram a adequar a sua narrativa para se esquivar do risco de incorrer na deslegitimação do poder punitivo indispensável à manutenção da subordinação dos indisciplinados no interior do continente europeu e também dos colonizados situados à margem da civilização. E assim o autor delimita dois momentos na consecução dessa tarefa acadêmica, a saber: o hegelianismo penal e criminológico e o positivismo racista²⁹⁶.

Conforme expõe Zaffaroni, os ideólogos da questão criminal que invocaram a filosofia de Hegel em suas formulações partiram da sua afirmação de que o *espírito* avança dialeticamente, isto é, que o avanço da história se dá por meio da fórmula tese e antítese, que confrontadas dão lugar à síntese. Havia, deste modo, “um momento de ‘espírito subjetivo’ (tese) em que o ser humano alcançava a autoconsciência e, com ela, a liberdade, contraposto a outro, do ‘espírito objetivo’ (antítese), em que duas liberdades se relacionavam e, finalmente, ambos se sintetizavam no ‘espírito absoluto’”²⁹⁷. Neste sentido, o esquema de Hegel atribui o direito ao momento objetivo do espírito, eis que os seres vivos se relacionavam efetivamente nesse plano. Grosso modo, a consequência prática da fórmula hegeliana é que não é livre quem não tem autoconsciência, e bem por isso não pode ascender ao espírito objetivo, de modo que sua conduta não se subsume ao direito e não é, desse modo, jurídica.

Mais ainda: os hegelianos afirmavam que a conduta “não livre” não era conduta para o direito. Por conseguinte, os criminólogos e penalistas concluíam facilmente que os seres humanos se dividem em “não livres” e “livres” e o direito era patrimônio destes últimos. Pois bem: quanto um “não livre” lesava outro não cometia um delito, mas sim operava sem nenhuma relevância jurídica, porque não realizava propriamente uma conduta. Pelo contrário, apenas os “livres” podiam cometer delitos, pois eram eles que realizavam condutas.²⁹⁸

O efeito prático desse entendimento resultava em que os livres receberiam pela prática dos delitos retribuições proporcionais e nos limites da liberdade com que havia decidido praticar

²⁹⁶ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *A Questão Criminal*; tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 69.

²⁹⁷ Ibid. p. 70.

²⁹⁸ Ibid.

o ato. Já os não livres que causavam danos somente poderiam ser submetidos a “medidas”²⁹⁹ de segurança, as quais não eram efetivamente penas e não se referiam à máxima medida de sua culpabilidade ou liberdade, mas unicamente ao do perigo que representavam para os livres. Em geral, esses não livres eram definidos pelos penalistas hegelianos como os loucos; os delinquentes profissionais e habituais que, a julgar por seu comportamento, não partilhavam dos valores dos setores hegemônicos e, portanto, não pertenciam à comunidade jurídica; além dos “selvagens colonizados”³⁰⁰. Todos esses, “definitivamente, eram os que não podiam ser considerados ‘gente como a gente’, mas somente como tipos perigosos”³⁰¹. E assim é que, nas palavras de Zaffaroni,

O etnocentrismo de Hegel legitimava o colonialismo e abria o caminho das “grandes narrativas” com centro na Europa. Combinado com o que os criminólogos que o invocavam diziam para o controle dos europeus clandestinos, resultava um esquema muito adequado para os interesses da classe que ia alcançando a hegemonia: a pena com limites ficava reservada aos dessa classe ou a quem ela julgava conveniente; os “diferentes” (loucos, ameaçadores e “incômodos”) que não eram livres, como não realizavam condutas humanas, eram submetidos a penas sem limites, que eram rebatizadas como “medidas”. Quanto aos territórios extraeuropeus povoados por selvagens, podiam ser ocupados porque eram perigosos para o “espírito” e, ademais, colonizá-los era a maneira de introduzi-los na história, de levar-lhes o “espírito”. É claro que o “espírito hegeliano” avançava na história como dominação colonial no planetário e, ao mesmo tempo, como dominação de classe no plano interno. Mais que um espírito, parecia um monstro que arrasava tudo em seu avanço massacrador e que, além disso, arremessava para as margens de seu caminho de espoliação mundial os sobreviventes – índios, negros, árabes, judeus, latinos, asiáticos etc. -, ou seja, todas as culturas que não atingiam a clareza de Hegel, que se sentava, satisfeito, na ponta de flecha da história, posição por certo muito incômoda.³⁰²

Ainda sob o espectro da adequação do discurso acadêmico aos anseios das classes dominantes, vale lembrar que as diversas mudanças na estrutura política do paradigma civilizatório do planeta e o fim da dominação violenta pela escravidão demandaram uma nova formatação do esquema hegemônico em consonância com a racionalidade predominante à época. Nessas circunstâncias, o novo paradigma que convinha às classes hegemônicas passou a ser o do cientificismo e do organicismo, pautados fundamentalmente em dados da natureza revelados pela ciência³⁰³. Eis que emerge, então, o paradigma positivista, assim definido por Juarez Cirino dos Santos:

O positivo científico é a designação geral de um tipo de conhecimento qualificado pelo uso sistemático do método positivo das ciências naturais para sua aquisição. Esse método supõe a existência real de leis gerais que determinam os fenômenos da

²⁹⁹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *A Questão Criminal*; tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 70.

³⁰⁰ Ibid. p. 72.

³⁰¹ Ibid.

³⁰² Ibid. p. 73.

³⁰³ Ibid. p. 75.

natureza, e a sua aplicação visa identificar essas leis gerais, compreendidas sob o conceito de causas: a ciência positiva o conhecimento organizado das relações causais dos fenômenos naturais, produzido pela aplicação do método positivo, consistente na observação regular e reprodução experimental dos fenômenos observados. A observação regular de fenômenos naturais particulares possibilita a indução de causas, ou leis gerais, que determinam a existência desses fenômenos, e a formulação de hipóteses explicativas, a reprodução experimental ou a verificação empírica da natureza causal das leis contidas nas hipóteses induzidas é, portanto, a comprovação prática que confere ao conhecimento adquirido indutivamente o caráter de conhecimento positivo³⁰⁴.

O autor ainda menciona que a noção filosófica de que os fenômenos sociais, tais quais os fenômenos naturais, estão submetidos a leis gerais, assim como o comportamento social pode ser explicado por relações causais, desenvolveu-se sob o espectro da ideia geral do determinismo fundada nos trabalhos de Comte, tornados populares sob o lema “conhecer para prever”³⁰⁵. Desta feita, além da vantagem sustentada a partir da comprovada eficácia na construção das ciências naturais, a alternativa do modelo positivista surge ainda enquanto uma revolução no modo de pensar os fenômenos sociais, notadamente compreendidos como produtos do pressuposto científico do positivismo, isto é, “o determinismo causal geral de natureza física e social”³⁰⁶.

Neste contexto, o abandono da noção de liberdade de comportamento é compensado pela perspectiva de que o conhecimento científico das relações causais dos fenômenos sociais possibilita a sua previsão e, conseqüentemente, o seu controle segundo propósitos ou interesses específicos da classe dominante. É dizer, segundo a conclusão a que chega Juarez Cirino dos Santos, que a conveniência do modelo reside no ponto em que “a racionalidade da ordem social pode ser mantida porque as hipóteses determinísticas explicam o comportamento desviante por relações naturais, não políticas”³⁰⁷. E assim é que, se por um lado os problemas sociais podem ser reduzidos a questões científicas, será possível submeter o comportamento desviante ao método positivo, explicável por suas relações causais observáveis, cuja aplicação dá azo ao aparecimento histórico do positivismo criminológico³⁰⁸, definido, de forma simples e resumida, ressaltando-se as inúmeras diferenças e particularidades entre seus partidários, como o estudo feito com base no “homem delinquente”³⁰⁹.

³⁰⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia da Repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 43.

³⁰⁵ Ibid. p. 44.

³⁰⁶ Ibid.

³⁰⁷ Ibid.

³⁰⁸ Ibid. p. 46.

³⁰⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*; tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15). p. 297.

Conforme definição de Alessandro Baratta, inspirada na filosofia e na psicologia do positivismo naturalista, a criminologia positivista se refere sobretudo às teorias patológicas da criminalidade, baseadas nas características biológicas e psicológicas que serviriam à diferenciação dos sujeitos *criminosos* dos indivíduos *normais*, guiadas fundamentalmente pela negação do livre arbítrio e vinculadas a um rígido determinismo. Em outras palavras, o positivismo criminológico se traduz em uma “pretensa possibilidade de individualizar ‘sinais’ antropológicos da criminalidade e de observar os indivíduos assim ‘assinalados’ em zonas rigidamente circunscritas dentro do âmbito do universo social”³¹⁰, nomeadamente o cárcere e o manicômio judiciário. Desse modo, a criminologia positivista não terá por objeto propriamente o delito, nesta perspectiva considerado apenas como conceito jurídico, mas antes o homem delinquente, considerado um indivíduo *diferente* e clinicamente observável. Enfim,

Em sua origem, pois, a criminologia tem como específica função cognoscitiva e prática, individualizar as causas desta diversidade, os fatores que determinam o comportamento criminoso, para combater-los com uma série de práticas que tendem, sobretudo, a modificar o delinquente. A concepção positivista da ciência como estudo das causas batizou a criminologia.³¹¹

Conforme Zaffaroni, o chamado positivismo criminológico “foi sendo armado em todo o hemisfério norte e estendeu-se ao sul do planeta, como parte de uma ideologia racista generalizada na segunda metade do século XIX”³¹². Nestes termos, Shecaira observa que o recurso às diferenciações raciais dentro do gênero humano se revestiu de especial utilidade às potências europeias, eis que a divisão das pessoas em grupos superiores e inferiores fornecia o fundamento de legitimidade de que necessitava o colonialismo europeu para consolidar a dominação territorial nos novos continentes³¹³.

Gabriel Ignacio Anitua aponta que a definição de *homem delinquente* “seria a de um ente diferenciado, como outra ‘raça’ em tudo diferente da dos seres humanos normais”³¹⁴. Para o autor, “a influência do racismo é evidente, pois quando se destacava que alguém era diferente, isso queria indicar também que era inferior, de acordo com toda a construção teórica que se

³¹⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 29.

³¹¹ Ibid. p. 30.

³¹² ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *A Questão Criminal*; tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 82.

³¹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 103.

³¹⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*; tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15). p. 297.

faria no século XIX”³¹⁵. Novamente com Shecaira, sustenta-se que nos idos do século XIX não restavam dúvidas de que as raças seriam subdivisões da espécie humana, fundamentalmente identificadas segundo as diferentes populações nativas dos diferentes continentes e caracterizadas conforme as suas particularidades morfológicas como a cor da pele, formato do nariz, grossura dos lábios e forma do crânio. Com efeito, “o sentimento humano sempre foi o de tentar mostrar sua superioridade sobre os outros animais, bem como de diferenciar-se de outros homens tidos como inferiores”³¹⁶.

Sob tais premissas teóricas e metodológicas, o professor Juarez Cirino dos Santos explica que Cesare Lombroso, considerado o precursor do positivismo criminológico e da própria criminologia enquanto ciência autônoma, elaborou, sob o influxo das ideias evolucionistas predominantes na segunda metade do século XIX, uma teoria radical do comportamento criminoso cuja ideia central apareceria em todas as formulações posteriores do positivismo biológico, a saber: a noção do *criminoso nato*³¹⁷. No ponto, vale mencionar que o paradigma científico pautado no pressuposto evolucionista teve sua gênese revolucionária com Charles Darwin e sua obra *The origin of species*, em 1.859³¹⁸. Sobre a teoria lombrosiana, nas palavras de Juarez Cirino:

Essa teoria, como desenvolvimento criminológico de uma intuição darwiniana, supõe que o crime é o produto de fixações atávicas do criminoso: o comportamento anti-social é definido como uma forma de regressão ao estado selvagem, produzido por degenerações biológicas identificáveis por estigmas (caracteres físicos) do sujeito, tais como, face assimétrica, dentição anormal, dentes ou dedos extranumerários, orelhas grandes, olhos defeituosos, características sexuais invertidas, etc. A base empírica dessa formulação foi extraída do estudo da estrutura anatômica de alguns desviantes da época, e ampliada pela comparação das características de grupos de detentos e de soldados.³¹⁹

Lombroso “examinava profundamente as características fisionômicas com dados estatísticos que verificava desde a estrutura do tórax até o tamanho das mãos e das pernas. A

³¹⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*; tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15). p. 297.

³¹⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 132.

³¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia da Repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 55.

³¹⁸ Grosso modo, a obra de Darwin se prestou a demonstrar a escala evolutiva das espécies desde as formas de vida mais elementares até se chegar aos homínídeos, cuja teoria buscava demonstrar que a humanidade não resultou de um processo criador repentino, mas em decorrência de uma paulatina evolução natural. Para Darwin, “os membros que se denominavam ‘gêneros idênticos’ (o homem, por exemplo) são descendentes lineares de alguma outra espécie, sendo a seleção natural o meio de modificação mais importante, ainda que não o único” in SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 132.

³¹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia da Repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 55.

quantidade de cabelo, estatura, peso, maior ou menor barba, enfim, tudo era circunstanciadamente analisado”³²⁰. Adotou, conforme apontam seus estudos, “dezenas de parâmetros frenológicos para examinar as cabeças, pesando-as, medindo-as e conferindo grande sentido científico nos estudos do criminoso nato”³²¹. Para Zaffaroni, o *criminoso nato* segundo a tese lombrosiana se explicava por sua semelhança com o selvagem colonizado, eis que as raças selvagens eram menos evoluídas do que a raça branca europeia. Era ele – o *criminoso nato* – produto acidental de uma interrupção do processo evolutivo, fazendo com que nascesse um sujeito diferente e semelhante ao colonizado em meio à raça superior europeia³²².

Dos antropólogos que o antecederam, Lombroso fez uso do conceito de atavismo e de espécie não evolucionada³²³. Tornando-se tese central da teoria lombrosiana, tal conceito permitia afirmar que “o criminoso atávico, exteriormente reconhecível, corresponderia a um homem menos civilizado que os seus contemporâneos, representando um enorme anacronismo”³²⁴. E os caracteres atávicos que o assemelhavam ao colonizado, segundo sustenta Zaffaroni, atribuíam ao *criminoso nato* traços “africanoides’ ou ‘mongoloides’ (parecidos aos africanos ou aos índios)”³²⁵, bem como que, à semelhança dos selvagens, desconheciam a moral, o pudor, e eram insensíveis à dor v.g. porque se tatuavam. Dito de outro modo:

Para Lombroso, o criminoso era uma espécie de fóssil de um tempo passado: o corpo estigmatizado remete para o horror do crime e para a suspensão na evolução que o conduziria à humanidade plena.³²⁶

Destarte, as bases sobre as quais se firmou a teoria de Lombroso foram, fundamentalmente, o *atavismo*; a *degeneração pela doença* – especialmente a epilepsia, causadora da degeneração que conduz ao nascimento do criminoso como consequência do ataque aos seus centros nervosos, sendo que o ataque epilético, que causa convulsões, podia ser substituído por impulsos violentos; e o *criminoso nato*, identificável por certas

³²⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 132.

³²¹ Ibid.

³²² ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *A Questão Criminal*; tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 86.

³²³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 132.

³²⁴ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 16.

³²⁵ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *A Questão Criminal*; tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 87.

³²⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 114.

características³²⁷. O criminoso era, afinal, considerado um espécime retardatário de escalas evolutivas já superadas pela humanidade.

Neste sentido, Gabriel Anitua afirma que a fama mundial alcançada por Lombroso se deveu especialmente à sua teoria explicativa de que os delinquentes eram homens *primitivos*, proposição convergente com as teorias racistas e eugênicas das classes hegemônicas alhures mencionadas. Com efeito, o autor ainda observa que, embora não fosse exatamente um racista convicto, Lombroso escreveu, em 1.871, “uma obra que indubitavelmente o era – *O homem branco e o homem de cor* –, na qual afirmaria a inferioridade do negro e também a dos habitantes do sul da Itália”³²⁸.

Enfim, por julgar ser o *homem delinquente* um subtipo da espécie humana, Lombroso considerava ser prioritário o seu estudo, sistematicamente posto acima do estudo do crime, ente abstratamente considerado. Segundo Shecaira, o teórico italiano sustentava que o mundo ao redor do sujeito era motivo desencadeador de uma predisposição inata à criminalidade. Significa dizer que Lombroso não nega os fatores exógenos da criminalidade, mas apenas afirma que estes somente servem de gatilhos desencadeadores de fatores clínicos – endógenos – determinantes. Em outras palavras, “para Lombroso, o criminoso sempre nascia criminoso. O positivismo lombrosiano é marcadamente de um determinismo biológico, em que a liberdade humana – o livre arbítrio – é uma mera ficção”³²⁹.

Também Enrico Ferri, um dos mais famosos sucessores das premissas teóricas de Cesare Lombroso e relevante contribuinte da escola criminológica positivista, sustentou a tese conforme a qual se buscava demonstrar que o livre arbítrio na conduta humana se tratava de uma mera ficção. Conforme explicação de Gabriel Anitua, Ferri buscou empreender a compatibilização da ciência penal na sua versão naturalista lombrosiana com a ideia da defesa social de Rogmanosi. Segundo observa o autor, “a pena era, para Ferri, uma repressão necessária para defender o organismo social, não contra decisões a-sociais, mas sim contra o estado perigoso de alguns indivíduos”³³⁰. Desse modo, o delito seria apenas o sintoma que revela a personalidade perigosa do agente, sendo que a pena se destinaria especificamente à

³²⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 114.

³²⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*; tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15). p. 304.

³²⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 114.

³³⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*; tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15). p. 311.

transformação dessa personalidade. Ainda segundo Anitua, as contribuições do positivismo criminológico na perspectiva de Ferri foram por ele sistematicamente sintetizadas em sua obra *Princípios de direito criminal*, de 1.928, a saber:

[...] as demonstrações de que o conceito de livre-arbítrio não tem lugar no direito penal, de que a defesa social é o propósito da justiça criminal, de que são três as modalidades de fatores que influem na causalidade do crime; a classificação dos criminosos em cinco classes; os substitutos penais como meios de defesa social indireta; a motivação mais do que a natureza objetiva do crime como base para a medida da pena; a demanda de que as colônias agrícolas substituíssem o isolamento celular dos prisioneiros durante o dia; a ênfase no uso da indenização pecuniária como sanção a favor da vítima; o princípio de que o crime devia ser estudado na figura do delinquente.³³¹

Além disso, o autor aponta que Enrico Ferri influenciou decisivamente na classificação do *homem delinquente* que tornou a escola positivista mundialmente famosa, compreendendo assim as figuras do delinquente nato, louco, habitual, ocasional e passional³³². Tal classificação é bem sintetizada por Shecaira:

Nato era o criminoso conforme a classificação original de Lombroso. Caracterizava-se por impulsividade ínsita que fazia com que o agente passasse à ação por motivos absolutamente desproporcionados à gravidade do delito. Eram precoces e incorrigíveis, com grande tendência à recidiva. O louco é levado ao crime não somente pela enfermidade mental, mas também pela atrofia do senso moral, que é sempre a condição decisiva na gênese da delinquência. O delinquente habitual preenche um perfil urbano. É a descrição daquele que nascido e crescido num ambiente de miséria moral e material começa, de rapaz, com leves faltas (mendicância, furtos pequenos etc.) até uma escalada obstinada no crime. Pessoa de grave periculosidade e fraca readaptabilidade, preenche um perfil que se amolda, em grande parte, ao perfil dos criminosos mais perigosos. O delinquente ocasional está condicionado por uma forte influência de circunstâncias ambientais: injusta provocação, necessidades familiares ou pessoais, facilidade de execução, comoção pública etc.; sem tais circunstâncias não haveria atividade delituosa que impelisse o agente ao crime. [...] Por derradeiro, encontramos o criminoso passional, categoria que inclui os criminosos que praticam crimes impelidos por paixões pessoais, como também políticas e sociais.³³³

Diz-se com Enrico Ferri que o crime seria o resultado de múltiplas causas que, conquanto extremamente ligadas, poderiam ser analisadas em *individuais* ou *antropológicas*, *físicas* ou *naturais e sociais*³³⁴. É que as ações humanas, dizia Ferri, “honestas ou desonestas, sociais ou anti-sociais, são sempre o produto de seu organismo fisiopsíquico e da atmosfera física e social que o envolve. Eu distingui [dizia Ferri] os fatores antropológicos ou individuais

³³¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*; tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15). p. 312.

³³² Ibid.

³³³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 119.

³³⁴ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 16.

do crime, os fatores físicos e os fatores sociais”³³⁵. Neste particular, os primeiros fatores, os antropológicos, consistem na constituição orgânica do indivíduo, assim como a psíquica, a raça, idade, o sexo e assim por diante. Os físicos, ao seu turno, são o clima, o solo e as estações; e, enfim, os sociais são a opinião pública, a densidade da população, religião, o alcoolismo, a educação, a justiça penal, dentre outros³³⁶.

Nota-se, portanto, a subordinação da tarefa criminológica à biologia e à sociologia, transformada por Ferri “na forma de salvar as derivações metafísicas do direito penal por intermédio dos dados empíricos da biologia e da sociologia”³³⁷. E assim é que todo o sistema penal deveria atuar sob a égide do método científico no sentido de conseguir, objetivamente, a defesa social em face daquele que está *determinado* a delinquir³³⁸. Conforme afirmação da Zaffaroni, “o delinquente era, para Ferri, um agente infeccioso do corpo social do qual era preciso ser separado, com o que convertia os juízes em leucócitos sociais”³³⁹.

Ferri propunha, de fato, substituir a categoria “clássica” de responsabilidade moral pela “positiva” de responsabilidade social. O delito não podia imputar-se, segundo ele, a um ato de livre vontade, mas sim a um comportamento individual concreto e “causado”: a reação lógica da sociedade será, mirando o futuro, a de impedi-lo. Essa reação será uma medida de legítima defesa tanto depois de um comportamento delitivo quanto também antes dele, para o qual Ferri proporia os “substitutivos penais” e as “medidas” pré-delituais. Todas elas não teriam somente um valor para a sociedade ao excluir, mas também pretenderiam “incluir”, através do tratamento curativo ou reeducador. Isso dependeria do “tipo” de autor, e não do fato, e também do tratamento considerado mais idôneo. Daí se deduziria a duração do castigo, a qual, para sua maior comprovação, tenderia à pena indeterminada.³⁴⁰

Já o terceiro grande nome do positivismo criminológico italiano foi Rafele Garofalo, membro da aristocracia italiana e jurista de renome, cuja obra restou caracterizada fundamentalmente pela tentativa de definição de um conceito de crime capaz de satisfazer as exigências de universalidade que a criminologia deveria conservar a fim de manter o seu *status* de ciência. Com isso, o positivista italiano formulou a teoria do *delito natural*, grosso modo compreendido como a violação de sentimentos básicos e universais cuja ausência ou

³³⁵ FERRI, Enrico *apud* ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*; tradução de Sérgio Lamarão. – Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15). p. 312.

³³⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*; tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15). p. 312.

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *A Questão Criminal*; tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 89.

³⁴⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*; tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15). p. 313.

inoperância conduziria a uma explicação *psicológica* do crime³⁴¹. Conforme Zaffaroni, o delito natural seria para o seu precursor “a lesão do sentimento médio de piedade ou de justiça imperante em cada tempo e sociedade. Assim, ele construía um quadro de valores e subvalores lesionados no qual colocava diferentes delitos”³⁴². Em outras palavras, o conceito de delito natural em Garofalo se apresenta como a violação da parcela do sentido moral que consiste nos sentimentos fundamentais de piedade – vida ou saúde – e de probidade – propriedade, isto é, conforme o padrão médio em que se encontram as raças humanas superiores, indispensável à adaptação do indivíduo à sociedade³⁴³.

Para Garofalo, a defesa social se definia pela luta contra os *inimigos naturais* da sociedade, de modo que, mais do que o delito natural, seu espoco visava a demonstrar a existência de um *delinquente natural*, definido fundamentalmente por um racismo idealista. Todavia, o autor não olvida que os delitos não são exatamente os mesmos em todas as sociedades, de maneira que os seus *inimigos naturais* poderiam também variar. Com base nessas ideias, Rafael Garofalo afirmava a degeneração das sociedades que diferiam das valorações europeias. É dizer, nesta perspectiva, que apenas as valorações jurídicas europeias guiavam os indivíduos quanto aos sentimentos saudáveis e naturais³⁴⁴. “Para Garófalo, os delinquentes naturais, os inimigos naturais, seriam aqueles que carecem de tais sentimentos. E contra eles não haveria nenhuma medida ressocializadora possível”³⁴⁵. E assim é que o autor introduz o conceito de *temibilidade* ou *periculosidade*, que se define pela perversidade constante e ativa do indivíduo delinquente e a quantidade do mal previsto que se deve temer com relação a ele. Tal conceito foi decisivo à formulação das propostas do positivismo criminológico referentes às *medidas de segurança*³⁴⁶.

A temibilidade implicava a perversidade constante do delinquente, bem como a quantidade de mal previsto que se deveria recear por parte do indivíduo perigoso, configurando-se a medida de segurança seu instrumento de contenção; nascia a relação temibilidade-medida de segurança. Com a análise dos exames que constataavam a inadaptabilidade social do delinquente, bem como seu perigo social, escolhia-se, na medida de tratamento, o fim profilático a proteger a sociedade. A temibilidade era a justificativa para a imposição do tratamento. Unificava os fins de

³⁴¹ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 16.

³⁴² ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *A Questão Criminal*; tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 89.

³⁴³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 120.

³⁴⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*; tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15). p. 314.

³⁴⁵ Ibid.

³⁴⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 120.

proteção social e tratamento, alcançando a eficácia com a obstrução de novos delitos.³⁴⁷

A periculosidade, desta feita, seria o parâmetro por meio do qual se recomendava a aplicação da pena proporcionalmente a essa temibilidade medida no sujeito, e, não, o dano efetivamente ocasionado pelo fato criminoso ou a medida de sua culpabilidade. Conforme Anitua, Garofalo logrou recrudescer o espectro repressivo ao unir critérios médicos e psiquiátricos do século XIX com aqueles próprios da ciência jurídica. Crítico daquilo que denominava benevolência para reprimir e separar os temíveis das pessoas probas e piedosas, o autor foi defensor das “mais terríveis idéias de inoculação como solução diante desses inimigos perigosos”³⁴⁸. Isto é, para os que não apresentassem sentido de justiça íntegro, a proposta era a de deportação ou a expulsão da comunidade; já para os sem piedade, por serem irrecuperáveis, Garofalo propunha a pena de morte. “A lei seria cumprida ao realizar essa eliminação mediante a lei da seleção natural e impediria que a sociedade em conjunto se degenerasse”³⁴⁹.

Nessa ordem de ideias, vale lembrar que a obtenção de liberdade formal pelo negro no Brasil coincidiu não apenas com a emergência de uma elite profissional imbuída dos princípios liberais da época, mas também com o surgimento de um discurso científico que tentava incluí-lo em uma nova esfera de inferioridade, vivificando mais uma vez o espírito escravista da história recente. Tendo caído as barreiras visíveis entre a civilização e a barbárie, dizia Mariza Corrêa, “era necessário estabelecer novos limites onde se pudessem encerrar as diferenças entre os seres humanos”³⁵⁰. Em suma, a elite intelectual brasileira precisava lidar com uma parcela da população formada por negros, índios e mestiços tornados cidadãos com o advento da Constituição Federal de 1.891, tarefa para a qual as teorias raciais europeias seriam de grande valia no propósito de justificar as diferenças e manter por outros meios parte da população alijada dessa cidadania efetiva. Neste contexto, “o discurso científico procurará dar conta também da condição negra, já que a partir desse momento esse elemento será, na visão da época, antes de tudo um ‘objeto de ciência’”³⁵¹.

³⁴⁷ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 22.

³⁴⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*; tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15). p. 314.

³⁴⁹ Ibid. p. 315.

³⁵⁰ CORRÊA, Mariza. *Ilusões da liberdade: a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil*. 2. ed. rev. Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001. p. 153.

³⁵¹ LEONARDO, Hugo. Recontando a história do Brasil: o pensamento criminológico positivista na visão de Cândido Motta e a sua realocação política como pressuposto histórico de análise. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 121.

Conforme Hugo Leonardo, “a desigualdade socioeconômica dos negros saídos de uma relação de subjugo decorrente da escravidão expunha essa parcela da população às malhas do sistema penal”³⁵². “A criminalização de condutas de costumes dos negros, por exemplo, a prática da capoeiragem, aliada à completa vulnerabilidade dessa parcela da população em relação ao sistema penal, por fatores econômicos e culturais, tornavam-lhes vítimas dessa repressão estatal”³⁵³.

Considerado por Lombroso o apóstolo da antropologia criminal na América do Sul, Raimundo Nina Rodrigues foi um dos maiores responsáveis pelo desenvolvimento das teorias criminológicas brasileiras nos finais do século XIX³⁵⁴. Shecaira menciona que, na qualidade de filho de donos de escravos, a fala de Nina Rodrigues não poderia deixar de ser a de defesa e manutenção da ordem racial e social, “sendo um típico representante do mundo branco ameaçado em seu poder pela campanha abolicionista que questionava o discurso hegemônico então vigente”³⁵⁵. Segundo observa Mariza Corrêa, ao sustentar a existência de uma dualidade na população entre igualdades políticas e constitucionais e desigualdades científicas pela etnologia, Nina Rodrigues explicita a tarefa da ciência de desmontar a pretensão dessa suposta igualdade entre homens³⁵⁶.

No mesmo movimento em analítico através do qual os integrava num coletivo cultural, reconhecendo-os como grupo social, Nina Rodrigues os excluía da participação integral na sociedade brasileira como um todo. É como se, com a eliminação da barreira jurídica da escravidão e a visibilidade que, talvez por isso, a ‘miscigenação’ parecia assumir naquele momento, se explicitasse também a diferença entre as velhas táticas de separação, de exclusão, utilizadas pelas classes dominantes e essa nova, de procurar o perigo potencial, virtual que o negro passava a representar.³⁵⁷

O Direito em geral, e o direito penal em particular, portanto, serviriam como instrumento de alocação social e estratificação da população nos moldes desse novo paradigma de civilidade³⁵⁸. Segundo a síntese de Thaís Dumêt Faria, Nina Rodrigues tratou da

³⁵² LEONARDO, Hugo. Recontando a história do Brasil: o pensamento criminológico positivista na visão de cândido Motta e a sua realocação política como pressuposto histórico de análise. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 135.

³⁵³ Ibid.

³⁵⁴ FÁRIA, Thaís Dumêt. Oxalá, conhecêssemos Nina Rodrigues. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 93.

³⁵⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 126.

³⁵⁶ CORRÊA, Mariza. *Ilusões da liberdade: a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil*. 2. ed. rev. Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001. p. 50.

³⁵⁷ Ibid. p. 136.

³⁵⁸ LEONARDO, Hugo. Recontando a história do Brasil: o pensamento criminológico positivista na visão de cândido Motta e a sua realocação política como pressuposto histórico de análise. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 121

responsabilidade penal sob o espectro da questão racial e o determinismo característico das escolas criminológicas positivistas. Conforme a autora, o médico baiano sustentava que as *raças inferiores* ostentavam uma incapacidade orgânica e cerebral para assimilarem a cultura civilizada, sendo necessário um tempo para que a hereditariedade evoluísse as raças e possibilitasse essa assimilação. Por tal razão, defendia que não se poderia aplicar uma mesma lei, que é fruto da cultura de um determinado povo, a grupos tão distintos na escala evolutiva e civilizatória. Isso porque a definição de crime para Nina Rodrigues decorre da construção social e está intimamente ligada à cultura e princípios de um povo. Portanto, na sua perspectiva, como no Brasil havia raças diversas com desenvolvimento e culturas próprias, seria inviável uma lei penal para pessoas que não têm o mesmo grau de desenvolvimento³⁵⁹. E assim é que, com base em argumentos sociológicos dessa natureza, chegou a sustentar que o Brasil deveria ter pelo menos quatro códigos penais distintos, eis que um único código não atendia às diversidades raciais e regionais³⁶⁰.

Para Nina Rodrigues, índio e negro, sobretudo o negro, caracterizado por ser “rixoso, violento nas suas impulsões sexuais, muito dado à embriaguez”³⁶¹, não poderiam ser contidos pelo temor do castigo e receio da violência, típicos de um escopo de prevenção geral negativa³⁶², eis que não teriam a consciência de que seus atos pudessem violar um dever ou o exercício de um direito de acordo com noção do que era para eles direito e dever até o momento³⁶³. Assim, ao analisar, *v.g.*, a conduta desviante de um senhor de engenho, homem branco, comparativamente à de um negro, destacando neste comportamentos mais grosseiros de repúdio à norma social de cuja história estavam excluídos e naquele formas mais sutis dessa expressão, Nina Rodrigues relativizava apenas o comportamento do primeiro. É dizer, ambos eram considerados ameaças sociais e deveriam ser retirados do convívio em sociedade, porém por razões distintas: “os negros porque estavam historicamente defasados em relação a ela, os brancos por não terem se adaptado às normas de conduta que eles próprios produziram”³⁶⁴.

³⁵⁹ FARIA, Thaís Dumê. Oxalá, conhecêssemos Nina Rodrigues. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 93.

³⁶⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 127.

³⁶¹ RODRIGUES, Raimundo Nina. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*. 1. vol., 2. ed. Bahia: Guanabara, 1894. p. 71.

³⁶² SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 430.

³⁶³ RODRIGUES, Raimundo Nina. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*. 1. vol., 2. ed. Bahia: Guanabara, 1894. p. 71.

³⁶⁴ CORRÊA, Mariza. *Ilusões da liberdade: a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil*. 2. ed. rev. Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001. p. 113.

O argumento central de Nina Rodrigues, caudatário da convicção eurocêntrica de desigualdade das raças humanas, era, pois, o da negação do livre arbítrio, sendo a liberdade das ações humanas apenas ilusória³⁶⁵. Para o autor, o livre arbítrio não passava de uma espécie de “dogma espiritualista”³⁶⁶, definindo assim a existência de ontologias raciais e a permanência de variações relevantes, tanto orgânicas como biológicas e cerebrais, que retiravam do indivíduo a sua capacidade de autodeterminação³⁶⁷. Outrossim, o psiquiatra baiano considerava que a legislação penal brasileira não passava de uma “velha doutrina da uniformidade das ideias e dos sentimentos”³⁶⁸, diametralmente oposta ao que julgava ser o conceito adequado de crime: o *crime relativo* – que se altera de acordo com a idade, a raça e o povo respectivo.

Destarte, a própria noção de cidadania passa a ser questionada em Nina Rodrigues, já que não cabe ao indivíduo julgar seus atos, uma vez que predeterminados por fatores alheios à sua vontade³⁶⁹. Neste sentido, esmerando-se na doutrina de Enrico Ferri, o autor sustentava a necessidade de se “abandonar o critério da uniformidade do livre arbítrio nas diversas raças, formalmente desmentido pela biologia, e substituir por meios educadores a estúpida panacéia da prisão celular”³⁷⁰. Sugere, então, na mesma linha dos criminalistas italianos de seu tempo, a substituição da prisão pelo asilo, eis que, convencidos de que a sanção penal unicamente retributivista não gozava de plena eficácia, tais autores passaram a estimular a finalidade preventiva, apostando no tratamento e na inocuidade como meios mais eficazes de proteção social³⁷¹.

Segundo aponta Zaffaroni, o positivismo criminológico em geral “teorizou todo o direito penal como direito administrativo e todas as penas como medidas de coerção frente aos perigosos”³⁷². Neste caso, a pena deu lugar às medidas administrativas de coerção direta e de contenção do perigo à sociedade representado pelos infratores. Aos *estranhos* ou *inimigos*,

³⁶⁵ CORRÊA, Mariza. *Ilusões da liberdade: a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil*. 2. ed. rev. Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001. p. 144.

³⁶⁶ RODRIGUES, Raimundo Nina. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*. 1. vol., 2. ed. Bahia: Guanabara, 1894. p. 49.

³⁶⁷ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Nem Preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociedade brasileira*. São Paulo: Claro Enigma, 2012. (Agenda brasileira). p. 19.

³⁶⁸ RODRIGUES, Raimundo Nina. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*. 1. vol., 2. ed. Bahia: Guanabara, 1894. p. 38.

³⁶⁹ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Nem Preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociedade brasileira*. São Paulo: Claro Enigma, 2012. (Agenda brasileira). p. 19.

³⁷⁰ RODRIGUES, Raimundo Nina. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*. 1. vol., 2. ed. – Bahia: Guanabara, 1894. p. 209.

³⁷¹ FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 18.

³⁷² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 91.

assim assinalados pela própria natureza e identificáveis pelo estereótipo, caracterizados desde muito antes como *classes perigosas* e posteriormente denominados de *má vida*, se destinariam penas sem delito. Isto é, “medidas detentivas policiais ilimitadas”³⁷³, uma vez que representavam um perigo muito maior do que os *iguais*, e, dada sua inferioridade imutável, não restava alternativa a não ser eliminá-los do convívio social.

O exemplo mais jurisdicizante das propostas positivistas de inocuização do indivíduo ficou ao encargo do teórico alemão Franz von Lizst, o qual propugnava a imposição de penas ressocializadoras para os *iguais* e penas meramente intimidatórias para os *muito iguais*, assim designados os criminosos ocasionais e episódicos. Aos *inimigos*, por outro lado, ante à impossibilidade legal de sua execução em massa ou deportação, Lizst propunha a imposição de penas neutralizantes. Dizia: “A sociedade deve proteger-se dos irrecuperáveis, e como não podemos decapitar nem enforcar, e como não nos é facultado deportar, não nos resta outra saída senão a privação de liberdade por toda a vida”³⁷⁴.

Nascem, então, em fins do século XIX e início do século XX, formulações teóricas envolvendo a instituição de um direito penal para os *iguais* e outro para os *inimigos*, onde aos primeiros se destinam as penas retributivas, isto é, na medida proporcional de sua culpabilidade, e aos segundos *medidas administrativas* que, segundo Zaffaroni, “estão com um pé no penal e outro na coerção administrativa direta, pois não respondem à gravidade do fato, mas sim ao direito penal de autor, conforme sua *periculosidade positivista*”³⁷⁵. Discípulo de Hegel, Carl Stoos foi o responsável pela formulação do que hoje se conhece por *medidas de segurança*, às quais negava o caráter essencialmente penal:

as medidas de segurança não se baseiam em uma ação determina, mas sim no estado da pessoa. Não se trata de impor uma punição e ninguém por sua conduta culpável, mas sim de trata-la de modo adequado ao seu estado. Esta modalidade decide sobre a forma e a duração do tratamento. Não obstante, a medida de segurança tem em comum com a pena a finalidade de deter os crimes.³⁷⁶

Também Hans Welzel, outra relevante figura do Direito Penal alemão, afirmava que a pena cumpre seu compromisso ante à criminalidade dos autores ocasionais ou de conflito entre as camadas da população socialmente aptas para a convivência, porém não seria suficiente para

³⁷³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 94.

³⁷⁴ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*; trad. de Enrique Aimone Gibson. Valparaíso: Edeval, 1994. p. 120.

³⁷⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 96.

³⁷⁶ STOOS, Carl *apud* ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 96.

inocuizar a periculosidade da criminalidade que ultrapassa a culpabilidade em certos “delinquentes por estado”³⁷⁷. Para estes agentes, dizia Welzel, “a pena deve ser complementada por medidas de segurança cuja base não está na culpabilidade mas sim na periculosidade”³⁷⁸.

Assim sintetiza Zaffaroni:

Deste modo, por iniciativa de um dos mais destacados autores alemães do século passado, ficaram claramente estabelecidos dois tratamentos penais bem diferenciados: (a) um para os infratores que pertencem às camadas socialmente aptas para a convivência e (b) outro para aqueles que não pertencem a elas. Os primeiros são retribuídos com uma pena limitada e proporcional, ao passo que os segundos são neutralizados com uma pena desproporcional e indeterminada (medida), conforme a exigência de incapacitação sustentada por von Liszt e racionalizada por Stoos.³⁷⁹

Sob a crítica de Zaffaroni, as tais *medidas de segurança* se traduziram numa racionalidade segundo a qual se poderia aplicar penas sem os limites nem as garantias penais, isto é, se “permitiu o expediente prático de impor penas limitadas aos *iguais* e penas ilimitadas aos *diferentes* ou *inimigos*”³⁸⁰.

Nesse contexto, o positivismo criminológico teve papel decisivo enquanto pano de fundo contra o qual se revelaram as justificações à adoção das *medidas de segurança* tal como propostas pelos autores mencionados. Sobretudo porque a aceitação das *medidas* decorreu fundamentalmente da segurança com que se pretendia identificar os *inimigos* a serem neutralizados; segurança essa proveniente da tradição positivista, especialmente a garofaliana, depurada pela categorização de Liszt, onde o *inimigo* não representaria uma mera sinalização política enquanto tal, mas um conceito pretensamente material, de natureza ôntica e, portanto, alheia à arbitrariedade política³⁸¹.

2.2. Seletividade e neutralização aplicadas

Conforme aponta Jesús-María Silva Sánchez, o movimento em que o Direito Penal, essencialmente destinado à reação *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente limitado, se converte em um “direito de gestão (punitiva) de riscos gerais”³⁸², culmina num processo de

³⁷⁷ WELZEL, Hans *apud* ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 100.

³⁷⁸ *Ibid.* p. 101.

³⁷⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 97.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ *Ibid.* p. 103.

³⁸² SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direitos e ciências afins; v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). p. 148.

“administrativização”³⁸³ do sistema punitivo. O decisivo, portanto, reside na finalidade que perseguem um e outro modelo; o critério teleológico de diferenciação dos institutos. Assim, expõe o autor que o Direito Penal tem por objetivo a proteção de bens juridicamente relevantes concretos, em casos concretos, e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio. O modelo administrativo-sancionador, por outro lado, tem por finalidade a ordenação de setores da atividade; “o reforço, mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial”³⁸⁴, razão pela qual não se exige a observância de critérios de lesividade ou periculosidade concreta, pois visa a atender considerações de afetação geral; estatísticas. Ainda assim, escreve Sánchez, “não tem por que ser tão estrito na imputação, nem sequer na persecução (regida por critérios de oportunidade e não de legalidade)”³⁸⁵. E conclui:

Precisamente por ser essa sua perspectiva própria, o Direito Administrativo sancionador não precisa, para sancionar, que a conduta específica, em si mesma concebida, seja relevantemente perturbadora de um bem jurídico, e por tal razão *tampouco é necessária uma análise de lesividade* no caso concreto. Do mesmo modo, tampouco parece haver óbices a aceitação de que o Direito Administrativo sancionador não se oriente por critérios de legalidade na persecução dos ilícitos, senão por *puros critérios de oportunidade*. O que é necessário, mais que tudo, é que o gênero de condutas represente, em termos estatísticos, um perigo para o modelo setorial de gestão ou, se se preferir, em termos menos tecnocráticos, para a boa ordem do setor de atividade determinado.³⁸⁶

Daí que emerge com renovado fôlego o debate a respeito da relação de simbiose entre Direito e Política, especialmente o Direito Penal e sobretudo as relações entre a dogmática jurídico-penal e a política criminal. Segundo Zaffaroni, utilizada desde o século XVIII, a expressão *política criminal* geralmente é empregada conforme o conceito que lhe atribui a “função de estabelecer como devem ser configuradas a legislação e a jurisprudência, para prover uma proteção mais eficaz da sociedade”³⁸⁷. É, pois, tradicionalmente, um “discurso legitimante do poder punitivo”³⁸⁸.

Na definição de Luiz Regis Prado, a política criminal enquanto tal busca primordialmente a análise crítica do direito posto a fim de melhor ajustá-lo aos ideais jurídico-

³⁸³ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direitos e ciências afins; v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). p. 145.

³⁸⁴ Ibid. p. 150.

³⁸⁵ Ibid.

³⁸⁶ Ibid. p. 151.

³⁸⁷ ZAFFARONI, Raúl E. et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 274.

³⁸⁸ Ibid.

penais de justiça e está intimamente ligada à dogmática jurídica, eis que a interpretação e a aplicação da lei penal sofrem a interferência dos critérios de política criminal. Sobretudo porque a política criminal se baseia em considerações filosóficas, sociológicas, políticas e de oportunidade para propor adequações no sistema penal vigente, abrangendo, assim, “o conjunto de procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”³⁸⁹. Em outra vertente, escreve o autor, “a política criminal pode ser entendida como a política estatal adotada para cumprir sua função em matéria criminal e tem como objetivo principal a luta contra o delito para a existência de uma sociedade ordenada, o que realiza com sua prevenção/repressão”³⁹⁰.

Segundo a formulação de Franz von Lizst, a política criminal em geral exige que a pena, enquanto meio, seja adequada ao fim a que se destina. Isto é, que a pena “seja determinada quanto ao gênero e à medida segundo a natureza do delinquente, a quem inflige um mal para impedir que no futuro ele cometa novos crimes”³⁹¹. Assim, a política criminal em Lizst somente se ocupa com a repressão do crime; somente tem relação com o delinquente individualmente considerado. Em suma, sustenta o autor que a política criminal vem a ser o ramo da ciência ao qual incumbe apreciar o direito posto sob o espectro da sua relação com o fim de repressão do crime atribuído ao Direito Penal, para assim indicar, dentre os meios disponíveis, aqueles mais adequados para a consecução desse fim³⁹². É dizer, conforme a perspectiva de Lizst, que incumbe à política criminal fornecer os critérios para a apreciação dos valores sob os quais o direito deve vigorar; cabe-lhe, por suas próprias palavras, “ensinar-nos também a atendê-lo à luz de considerações tiradas dos fins a que ele se dirige e aplicá-lo em casos singulares de conformidade com esses fins”³⁹³.

O direito penal e a política criminal, pondera o autor, são dois ramos do mesmo tronco, duas partes do mesmo todo, que se tocam, se cruzam e se frutificam; sem essa relação de mútua dependência, desnaturam-se e é inevitável a decadência do direito penal. Sem o perfeito conhecimento do direito vigente em todas as suas ramificações, sem completa posse da técnica da legislação, sem o rigoroso freio do raciocínio lógico-jurídico, a política criminal degenera em um racionalismo estéril a flutuar desorientado sobre as ondas. Por outro lado, o direito penal perde-se em um formalismo infecundo e estranho à vida, se não for penetrado e guiado pela convicção de que o crime não é somente uma ideia, mas um fato do mundo dos sentidos, um fato gravíssimo na vida assim do indivíduo como da sociedade; que a pena não existe por

³⁸⁹ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2017. p. 113.

³⁹⁰ *Ibid.* p. 114.

³⁹¹ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, v. 1, 2006. p. 52.

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ *Ibid.*

amor dela mesma, mas tem o seu fundamento e o seu objetivo na proteção de interesses.³⁹⁴

Frederico Figueiredo avalia que o que von Lizst pretende com tais formulações seria construir um modelo preventivo sobre bases científicas, recorrendo-se a dados empíricos. Seria nesse contexto que sua concepção de política criminal deveria ser compreendida; isto é, “ela seria o combate ao crime, amparado na experiência, através da pena e de medidas análogas a ela. A política criminal seria, portanto, ciência aplicada”³⁹⁵.

Bem por isso, conforme obtempera Jesús-María Silva Sánchez, “se o delito se contempla como um risco social, é razoável que, ao afrontá-lo, se levem em conta critérios observados para a gestão de outros riscos”³⁹⁶, ao que resulta particularmente coerente com tal formulação o recurso a critérios de *prevenção cognitiva*. Todavia, insiste que a incorporação de mecanismos de asseguramento cognitivo destinados à neutralização fática do fenômeno delitivo conduz à *administrativização* do Direito Penal. E a dimensão de destaque dessa administrativização vem a ser o “redescobrimto da *neutralização*”³⁹⁷.

Segundo aponta Sánchez, embora a vinculação do positivismo criminológico às ideias de *neutralização* e inocuização, sobretudo a categorização de Lizst³⁹⁸, tenha sido responsável pelo descrédito da proposta no âmbito da teoria dos fins do Direito Penal no último meio século, tal proposta nunca esteve de fora, *v.g.*, da discussão norte-americana sobre a finalidade da pena. Muito antes o contrário, observa o autor que, por se tratar de um debate onde a ponderação de custos e benefícios econômicos sempre teve um papel relevante, subsistiu a predisposição à aceitação de argumentos que justifiquem a utilidade da *neutralização* de determinados grupos delinquentes. Nas últimas décadas, escreve Sánchez, essa predisposição vem atingindo considerável proeminência a partir de dois fenômenos: “um, legislativo, a proliferação das leis *three strikes* [grosso modo, a fixação da pena corporal mais grave para os criminosos que

³⁹⁴ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, v. 1, 2006. p. 54.

³⁹⁵ FIGUEIREDO, Frederico. *Política criminal populista: para uma crítica do direito penal instrumental*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 70, p. 100-132, jan./fev., 2008.

³⁹⁶ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direitos e ciências afins; v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). p. 168.

³⁹⁷ Ibid. p. 169.

³⁹⁸ LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*; trad. de Enrique Aimone Gibson. Valparaíso: Edeval, 1994. p. 120.

cometem três infrações penais sucessivas]; o outro, doutrinário, a difusão das teorias da *neutralização* seletiva”³⁹⁹. Sobre esta última, expõe o autor que

A premissa maior da *neutralização* seletiva é a de que é possível identificar um número relativamente pequeno de delinquentes (*high risk offenders*), concernente aos quais cabe determinar que têm sido responsáveis pela maior parte dos fatos delitivos e predizer, a partir de critérios estatísticos, que eles seguirão fazendo o mesmo. Desse modo, se entende que a *neutralização* ou incapacitação de tais delinquentes – isto é, sua retenção em prisão pelo máximo período possível – provocaria uma radical redução do número de fatos delitivos e, por extensão, importantes benefícios ao menor custo.⁴⁰⁰

Nessa ordem de raciocínio, os métodos de previsão baseados na análise psicológica individual de responsabilidade ou periculosidade, caudatários ainda do positivismo criminológico, foram substituídos por outros de natureza atuarial, passando-se à abordagem do delito com técnicas probabilísticas e estatísticas para a gestão de riscos. Desse modo, o recurso ao método estatístico implica em tomar por base certos indicadores cuja quantificação vem a ser o ponto de partida para emitir prognósticos de periculosidade sobre grupos ou classes de sujeitos (*low risk offenders*, *médium risk offenders*, *high risk offenders*), sem que seja necessário adentrar os estudos da psicologia do indivíduo concreto (diagnóstico e prognóstico clínico)⁴⁰¹.

O *telos* da *neutralização* seletiva, expõe Massimo Pavarini, “origina-se de uma cultura tecnocrática e administrativa da penalidade: esta interpreta a justiça penal como sistema que persegue objetivos de eficiência”⁴⁰², dentre os quais e principalmente diferenciar a resposta conforme a predição dos níveis de periculosidade e implementar estratégias de controle sobre grupos sociais. A retórica que emerge, portanto, “é aquela do cálculo probabilístico e de distribuição estatística aplicados no confronto das populações que criam problemas sociais”⁴⁰³.

O professor Juarez Cirino dos Santos aponta que, no último quarto do século XX, nos EUA, se desenvolveu uma *criminologia administrativa* operada por *experts* desprovidos de qualificação acadêmica ou científica, porém dotados de habilidades atuariais empenhadas em trabalhar os registros estatísticos da criminalidade, cujos resultados têm significativa influência no sistema de controle social, eis que, escudados numa aura de neutralidade atribuída ao trabalho técnico desempenhado, apresentavam “uma linguagem numérica capaz de legitimar

³⁹⁹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direitos e ciências afins; v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). p. 170.

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ Ibid. p. 172.

⁴⁰² PAVARINI, Massimo. *Punir os Inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*; tradução Juarez Cirino dos Santos; Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe Editora, 2012. p. 155.

⁴⁰³ Ibid.

qualquer discurso político ou de adequar projetos tecnocráticos aos interesses institucionais do Estado”⁴⁰⁴. Esses técnicos, escreve o autor, incapazes de pensar a criminalidade desde uma perspectiva sociológica, psicológica ou jurídica, são, no entanto, “capazes de perceber a criminalidade como dado do real e, segundo suas projeções, como um dado permanente no futuro e, desse modo, descobrem sua tarefa no presente: *gerir a criminalidade* como fenômeno inevitável, mediante redução dos riscos previstos e neutralização seletiva dos autores desses riscos”⁴⁰⁵.

O retorno da *neutralização*, afirma Sánchez, vem se manifestando nas formas mais diversas. A mais notável, segundo o autor, é “a adoção de medidas de segurança (privativas de liberdade ou consistentes em uma liberdade vigiada), que se impõem uma vez cumprida a pena ajustada à culpabilidade do sujeito e que podem chegar a durar toda a vida do condenado”⁴⁰⁶. Mas a ideia de *neutralização* se plasma ainda, conclui Silva Sánchez, “na tendência crescente de adotar medidas prévias à condenação, já cautelares, já estritamente preventivas (predelituais, na terminologia mais clássica)”⁴⁰⁷. E assim surge, conforme expõe Juarez Cirino dos Santos, a “*política penal atuarial*, com uma linguagem de guerra, projetada contra os novos inimigos internos, os responsáveis pela criminalidade predatória e violenta”⁴⁰⁸; “marginalizados dos processos formais de produção e de consumo, que o Estado capitalista não pode ou não quer incluir, mas pretende aniquilar ou incapacitar para evitar o caos social”⁴⁰⁹. No modelo estadunidense, exemplifica o autor, “os fatores de medição do risco individual implicam absoluta presunção legal de periculosidade, contra a qual são inúteis argumentos jurídicos ou criminológicos”⁴¹⁰.

O governo administrativo do controle penal, escreve Pavarini, “tende a construir-se em torno de objetivos sistêmicos que divergem, radicalmente, do uso simbólico da penalidade”⁴¹¹:

Uma administração da pena que inverte, portanto, os próprios paradigmas do uso ideológico do sofrimento legal. Enquanto o expediente simbólico do sistema de justiça

⁴⁰⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. ed. Tirant lo Blanch: 2021. p. 315.

⁴⁰⁵ Ibid.

⁴⁰⁶ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direitos e ciências afins; v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). p. 174.

⁴⁰⁷ Ibid. p. 176.

⁴⁰⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. ed. Tirant lo Blanch: 2021. p. 316.

⁴⁰⁹ Ibid.

⁴¹⁰ Ibid. p. 320.

⁴¹¹ PAVARINI, Massimo. *Punir os Inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*; tradução Juarez Cirino dos Santos; Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe Editora, 2012. p. 155.

penal utiliza um vocabulário em que os termos mais utilizados são imputação, responsabilidade pessoal, merecimento do castigo, exemplaridade da pena etc., em suma, as muitas expressões que definem a redução individual da dimensão social dos problemas, a gestão administrativa das penas fala em outra língua: não mais aquela de punir os indivíduos, mas de gerir grupos sociais em razão do risco criminal; não mais aquela correcionalística, mas aquela burocrática de como otimizar os recursos escassos, em que a eficácia da ação punitiva não está mais em razão dos *telos* externo ao sistema (educar e intimidar), mas em razão de exigências intrassistêmicas (neutralizar e reduzir os riscos).⁴¹²

Ainda sob o espectro da gestão de riscos, conforme observam Fábio Guedes Machado e Bruno Moura:

A excessiva preocupação com a gestão e prevenção de riscos derivados da vida moderna induz à antecipação da intervenção penal através da crescente previsão legislativa de delitos de perigo, fenômeno que começa a questionar a tradicional hegemonia dos delitos de dano como técnica padrão de tipificação de condutas. Com efeito, a legislação mais recente se nega a aguardar a ocorrência de um efetivo dano ao objeto de proteção e pune já em um estágio prévio aquelas condutas que representam uma ameaça concreta ou abstrata à integridade do bem jurídico, alcançando às vezes inclusive os comportamentos situados ainda na fase de preparação. Enquanto a situação político-criminal e dogmática dos tipos de perigo concreto parece mais tranquila, os tipos de perigo abstrato enfrentam graves objeções no que tange à observância ao princípio da ofensividade e à redução das possibilidades de defesa do imputado (dado à redução dos pressupostos de punição por prescindirem da verificação de um resultado).⁴¹³

Enfim, por todas as propostas de táticas de gestão e prevenção de riscos mais ou menos declaradas havidas ao longo da história, provavelmente aquela que provocou mais amplo debate num passado recente foi a proposta formulada por Günther Jakobs, chamada de “Direito Penal do inimigo”⁴¹⁴. Conforme Juarez Cirino dos Santos, o autor da proposta retrocede quatrocentos anos de história em busca de precedentes filosóficos que embasassem a categorização dos seres humanos em *pessoas racionais e indivíduos perigosos*, tornada base empírica de sistema de imputação diferenciado, definido pelo *direito penal do cidadão* e pelo *direito penal do inimigo*, que agitou o debate acerca da política criminal na Europa e na América Latina no início do século XXI⁴¹⁵.

Eugênio Raúl Zaffaroni explica que, conforme Jakobs, “o direito penal deveria habilitar o poder punitivo de uma maneira para os *cidadãos* e de outra para os *inimigos*, reservando o

⁴¹² PAVARINI, Massimo. *Punir os Inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*; tradução Juarez Cirino dos Santos; Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe Editora, 2012. p. 155.

⁴¹³ MACHADO, Fábio Guedes de Paula; MOURA, Bruno. Perspectivas político-criminais e dogmáticas do direito penal no contexto da sociedade de riscos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, p. 357-393, jul./dez., 2011.

⁴¹⁴ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Câncio. *Direito Penal do Inimigo*; org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

⁴¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. ed. Tirant lo Blanch: 2021. p. 325.

caráter de *pessoa* para os primeiros e considerando *não-pessoas* os segundos”⁴¹⁶. E, contra os inimigos, dizia Massimo Pavarini, vale a lógica de guerra: “um Direito Penal da neutralização e da incapacitação seletiva, da inocuização e do controle social tecnocrático, até um Direito Penal do extermínio”⁴¹⁷.

Em linhas gerais, a proposta de Jakobs parte da premissa de que “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”⁴¹⁸. Assim, o pressuposto para a existência de dois polos ou tendências do Direito Penal em suas regulações reside na “segurança cognitiva”⁴¹⁹. É dizer, aquele que não presta segurança cognitiva suficiente de um determinado comportamento pessoal esperado “não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* trata-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas”⁴²⁰.

Advirta-se, entretanto, que a proposição de Jakobs não é inédita. Segundo observa Francisco Muñoz Conde, também no passado houve fundamentações doutrinárias semelhantes e se defendeu a existência de dois polos no Direito Penal⁴²¹. Para ilustrar tal proposição, o autor menciona a aterrorizante experiência nazista. Exemplificativamente, menciona os informes subscritos pelo famoso penalista alemão Mezger na década de 40 para o regime nacional-socialista sobre um projeto de lei acerca do tratamento de “Estranhos à Comunidade”⁴²²:

No futuro haverá dois (ou mais) “Direitos penais”: um Direito penal para a generalidade (no qual em essência continuarão os princípios vigentes até agora), e um Direito penal (completamente diferente) para grupos especiais de determinadas pessoas, como, por exemplo, os delinquentes por tendência. O decisivo é em que grupo deve ser incluída a pessoa em questão. Uma vez que se realize a inclusão, o “Direito especial (isto é, a reclusão por tempo indefinido) deverá ser aplicado sem limites. E desde esse momento carecem de objeto todas as diferenciações jurídicas... Esta separação entre diversos grupos de pessoas me parece realmente nova (estar na nova Ordem; nela se radica um “novo começo”).⁴²³

Mas, afinal, o que singulariza a formulação teórica de Günter Jakobs e fomenta mais amplo debate, se comparada às demais? Na visão de Zaffaroni, o maior mérito da proposta do

⁴¹⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 103.

⁴¹⁷ PAVARINI, Massimo. *Punir os Inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*; tradução Juarez Cirino dos Santos; Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe Editora, 2012. p. 157.

⁴¹⁸ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Câncio. *Direito Penal do Inimigo*; org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 35.

⁴¹⁹ Ibid. p. 40.

⁴²⁰ Ibid.

⁴²¹ CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal do Inimigo*; tradução de Karyna Batista Sposato. – Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 58.

⁴²² Ibid. p. 61.

⁴²³ MEZGER, Edmund *apud* CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal do Inimigo*; tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 61.

professor de Bonn é a clareza e a sinceridade com que o problema é definido; “justamente o vocabulário é seu maior acerto”⁴²⁴, pois, se houvesse utilizado termos tradicionais para dizer mais do mesmo, não teria provocado nenhum impacto negativo ou repercussão relevantes. Massimo Pavarini explicita:

Zaffaroni não tem dúvidas: Jakobs não fala do “Inimigo no Direito Penal”, mas do “Direito Penal do Inimigo” e, portanto, não se limita a denunciar as contradições ínsitas na história e na atualidade do Direito Penal liberal; ao contrário, prescritivamente teoriza que o sistema da justiça criminal deva ter várias velocidades, de modo que, ao lado de um sistema penal de garantias para os cidadãos, sejam legítimos outros e distintos sistemas penais contra aqueles que não podem ser considerados como “pessoas” e que, portanto, devem ser definidos como “inimigos”, enquanto socialmente perigosos.⁴²⁵

Zaffaroni ainda afirma vislumbrar que a proposta de Jakobs, ao propor a cisão do Direito Penal entre um poder punitivo de mera contenção e um outro de reparação da contradição com a lei penal, manifesta-se como expressão de “mais absoluta boa-fé quanto ao futuro do Estado constitucional de direito”⁴²⁶, pois com isso pretendia “impedir que todo o direito penal fosse contaminado e se afastasse *do inimigo* e, por conseguinte, que todo o poder punitivo fosse exercido sem limitações”⁴²⁷. É dizer, sua proposta visava a permitir que ambos funcionassem concomitantemente numa ambiência de Estado de direito, evitando-se a alteração da tradição pacífica na doutrina penal liberal. Assim é que, para Jakobs, o “*Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra*”⁴²⁸.

Com efeito, a pena para o *cidadão*, segundo a formulação de Jakobs explicada por Juarez Cirino dos Santos, “é uma reação contrafática com significado simbólico de afirmação da *validade da norma*, em relação de contradição com o fato passado do crime, cuja natureza de *negação* da validade da norma a pena pretende reprimir”⁴²⁹. A pena é, nas palavras de Jakobs, coação; coação de diversas classes, mescladas em íntima combinação. E, sob um primeiro aspecto, essa coação é portadora de um significado enquanto resposta ao fato⁴³⁰:

⁴²⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 158.

⁴²⁵ PAVARINI, Massimo. *Punir os Inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*; tradução Juarez Cirino dos Santos; Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe Editora, 2012. p. 157.

⁴²⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 159.

⁴²⁷ Ibid.

⁴²⁸ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Câncio. *Direito Penal do Inimigo*; org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 28.

⁴²⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. ed. Tirant lo Blanch: 2021. p. 325.

⁴³⁰ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Câncio. *Direito Penal do Inimigo*; org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 22.

[...] o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante, e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato.⁴³¹

Por outro lado, a perspectiva da pena destinada ao *inimigo* em Jakobs, sintetizada por Juarez Cirino, “é uma medida de força dotada do efeito físico de *custódia de segurança*, em obstáculo antecipado ao fato futuro do crime, cuja natureza de *negação* da validade da norma a pena pretende prevenir”⁴³². Nesta medida, afirma o autor da proposta, “a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva, isto é, que não se dirige contra a pessoa *em Direito*, mas contra o indivíduo perigoso”⁴³³. E assim é que, neste caso, a perspectiva não contempla apenas a contradição que resulta da negação da validade da norma retrospectivamente, mas sobretudo se dirige para o futuro no qual uma tendência ao cometimento de crimes de considerável gravidade poderia ter efeitos perigosos para a generalidade. Portanto:

no lugar de uma pessoa que de per si é capaz, e a que se contradiz através da pena, aparece o indivíduo perigoso, contra o qual se procede – neste âmbito: através de uma medida de segurança, não mediante uma pena – de modo fisicamente efetiva: luta contra um perigo em lugar de comunicação, Direito Penal do inimigo (neste contexto, Direito Penal ao mesmo em um sentido amplo: a medida de segurança tem como pressuposto a comissão de um delito) em vez do Direito Penal do cidadão, e a voz “Direito” significa, em ambos os conceitos, algo claramente diferente [...].⁴³⁴

Em suma, portanto, o “*Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma*, [ao passo que] o *Direito Penal do inimigo* (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) *combate perigos*”⁴³⁵. Em outras palavras: por um lado, o tratamento penal do cidadão transgressor da norma exige que se espere até que se exteriorize a sua conduta para reagir, cuja finalidade é confirmar a estrutura normativa da sociedade e a sua validade; por outro lado, o tratamento com o inimigo demanda a sua interceptação já no estado prévio, a quem se combate apenas por sua periculosidade⁴³⁶.

Sob a ótica de Jesus-María Silva Sánchez, o inimigo definido por Jakobs é um “indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente,

⁴³¹ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cândio. *Direito Penal do Inimigo*; org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 22.

⁴³² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. ed. Tirant lo Blanch: 2021. p. 325.

⁴³³ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cândio. *Direito Penal do Inimigo*; org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 22.

⁴³⁴ Ibid. p. 23.

⁴³⁵ Ibid. p. 29.

⁴³⁶ Ibid. p. 36.

mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental”⁴³⁷. Em duas palavras, “é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta”⁴³⁸. Então, as características de um Direito Penal de inimigos segundo a compreensão de Jakobs seriam a ampla “antecipação da proteção penal; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais”⁴³⁹.

Esmerando-se na doutrina de Massimo Donini, Massimo Pavarini oferece uma extensa lista daquilo que se poderia entender por Direito Penal do inimigo:

Sob o perfil sancionatório, por exemplo, as tantas “sanções” ou “medidas” atípicas em função cautelar, preventiva, probatória: portanto, e por antonomásia, a pena de morte, enquanto exprime uma função típica de aniquilação, ou as penas desmedidas que exprimem neutralização mediante retribuição, como as condenações a pena indeterminada ou desproporcionada pela recidiva reiterada, ou as figuras clássicas das medidas de segurança pessoais, se aplicadas no alcance máximo de exclusão no contexto social. No que concerne, por, às fases que precedem a verdadeira e própria condenação penal, qualquer rejeição, elusão ou desnaturamento da função jurisdicional, como o internamento outrora nos *lager* nazistas, como hoje a detenção em Guantánamo, são perfis inequívocos de um Direito Penal do inimigo.⁴⁴⁰

No ponto, Eugênio Raúl Zaffaroni anota que o poder punitivo latino-americano se destaca pelo característico aprisionamento predominantemente provisório, isto é, de pessoas não condenadas. Para o autor, conquanto isso signifique uma “inversão do sistema penal”⁴⁴¹, a realidade percebida e descrita pela criminologia na América Latina denota que o poder punitivo de há muito prefere operar mediante “*medidas de contenção provisórias*”⁴⁴² que na prática são tornadas definitivas.

Neste particular, os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) do período de julho a dezembro de 2019⁴⁴³ indicam que havia no Brasil um total

⁴³⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direitos e ciências afins; v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). p. 170.

⁴³⁸ Ibid.

⁴³⁹ Ibid.

⁴⁴⁰ PAVARINI, Massimo. *Punir os Inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*; tradução Juarez Cirino dos Santos; Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe Editora, 2012. p. 182.

⁴⁴¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*; Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 70.

⁴⁴² Ibid.

⁴⁴³ Departamento Penitenciário Nacional. “**Levantamento nacional de informações penitenciárias**”: período de julho a dezembro de 2019. 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiN2ZlZWVmNzktNjRlZi00MjNiLWFhYmYtNjExNmMyNmYxMjRkLiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

de 748.009 de pessoas privadas de liberdade, dos quais aproximadamente 30% eram ainda presos provisórios. No aspecto étnico-racial, 32,29% das pessoas privadas de liberdade foram classificadas como brancas, 16,81% como pretas e 49,88% pardas. Conforme o informativo da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua 2019⁴⁴⁴, realizada periodicamente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população brasileira se dividia no mesmo período em 42,7% de pessoas autodeclaradas brancas, 9,4% pretas e 46,8% pardas. Ou seja, considerando a delimitação do Estatuto da Igualdade Racial de que por “população negra” compreende-se por conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas conforme a classificação dada pelo IBGE⁴⁴⁵, a população carcerária brasileira em 2019 era 66,69% negra ao passo que 52,1% da população geral se enquadrava nessa mesma classificação.

Especialmente ilustrativas do que se está a expor, pesquisas publicadas pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro indicam o perfil dos indivíduos assistidos pelo órgão em processos nos quais há circunstâncias que permitem verificar os sintomas da presença de estigmas étnico-raciais na construção social da delinquência e no espoco de neutralização imbricado na atividade dos órgãos de persecução.

Regulamentadas pela Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça⁴⁴⁶, as audiências de custódia⁴⁴⁷ passaram a ser realizadas na cidade do Rio de Janeiro em setembro do ano de 2015. Desde então, os defensores públicos passaram a preencher um questionário na constância do atendimento aos presos em flagrante assistidos pelo órgão durante a realização das audiências, por meio dos quais é possível apurar o perfil dos custodiados e o resultado da análise da prisão feita pelo juiz durante o ato⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). “**Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: características gerais dos domicílios e moradores**”. 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707_informativo.pdf. Acesso em 16 de jan. de 2022.

⁴⁴⁵ PETRUCCELLI, José Luís; SABOIA, Ana Lúcia. *Características étnico-raciais da população: classificações e identidades*. IBGE: Rio de Janeiro, 2013. p. 96.

⁴⁴⁶ BRASIL. Resolução Nº 213 de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. *Dário de Justiça Eletrônico/Conselho Nacional de Justiça nº 1*, de 08 de jan. de 2016, p. 2-13.

⁴⁴⁷ Grosso modo, a audiência de custódia se caracteriza fundamentalmente enquanto ato em que, uma vez formalizada a prisão do agente, o preso deve ser prontamente ouvido por um juiz, oportunidade em que decidirá se o flagrante deve ser homologado e se a prisão preventiva ou outras medidas cautelares são necessárias. Neste sentido, ver LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁴⁴⁸ Defensoria Pública do Rio de Janeiro. “**Perfil dos entrevistados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro nas audiências de custódia entre setembro de 2017 e setembro de 2019**”. 2020. Disponível em <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/0b6d8d161c1b41739e7fc20cca0c1e39.pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

Conforme sustenta a defensoria, a par das questões processuais, a audiência de custódia serve também para “avaliar eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades, além de permitir que o acusado tenha acesso ao defensor o mais rápido possível, assegurando os direitos à ampla defesa e à compreensão do teor das acusações contra si”⁴⁴⁹. Segundo consta do relatório, a proposta do questionário é viabilizar a análise do perfil das pessoas que passaram pelas audiências de custódia no período entre 18 de setembro de 2017 a 30 de setembro de 2019, observando-se em especial a resposta do Poder Judiciário à situação de flagrância e o perfil das mulheres presas em flagrante atendidas pela Defensoria Pública no período de referência. No total, foram entrevistados 23.497 custodiados, dos quais 1.283 eram mulheres cisgênero⁴⁵⁰.

Com efeito, informa o relatório que, do total de casos em que houve tal informação (22.119), 38,3% relataram haver sofrido agressões no momento da prisão, dos quais cerca de 80% dos entrevistados foram identificados como negros no período de referência. Nos casos em que o entrevistado pôde identificar o seu agressor, a maioria dos ofensores indicados foram policiais militares (60,5%), seguidos por populares (30%) e policiais civis (4,9%)⁴⁵¹. Particularmente entre as mulheres custodiadas em que consta informação, 22% informaram haver sofrido agressões por ocasião da prisão, das quais 71,8% se identificaram como negras.

Dos flagrados entrevistados que declararam sua cor, 77,4% foram classificados como pretos/pardos, ao passo que os classificados como brancos representam apenas 22%. Entre as mulheres custodiadas, a proporção de negras é de 74,8%. A partir dessa classificação, foi possível indicar a concessão de liberdade provisória aos flagrados brancos em 30,8% dos casos, enquanto negros puderam responder ao processo em liberdade em 27,4% nos casos em que se classificaram como tais⁴⁵².

Da totalidade de casos com informação, 64,3% dos entrevistados e 60,6% das entrevistadas cursaram apenas o ensino fundamental; 89% dos homens e 81,7% das mulheres se enquadram na faixa etária entre 18 e 40 anos; 90,9% (homens) e 79,5% (mulheres) declararam que trabalhavam antes de serem presos, dos quais, respectivamente, 87,3% e 97% não estavam inseridos no mercado de trabalho formal; e, enfim, 61,7% dos homens e 72,7%

⁴⁴⁹ Defensoria Pública do Rio de Janeiro. “**Perfil dos entrevistados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro nas audiências de custódia entre setembro de 2017 e setembro de 2019**”. 2020. Disponível em <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/0b6d8d161c1b41739e7fc20cca0c1e39.pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

⁴⁵⁰ Ibid.

⁴⁵¹ Ibid.

⁴⁵² Ibid.

das mulheres informaram receber um salário mínimo ou menos anteriormente à prisão. Dados que permitem concluir que a expressiva maioria dos que compõem o universo de atuação da Defensoria Pública do Rio de Janeiro no âmbito das audiências de custódia é representada por pessoas negras, de baixa escolaridade, jovens, exercentes de atividades no mercado informal de trabalho e de baixa remuneração. “Punidos e mal pagos”⁴⁵³.

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro realizou ainda uma outra pesquisa com o escopo de apurar a ocorrência de uma filtragem racial na abordagem policial, isto é, saber se as forças policiais reproduzem no campo da segurança pública os estigmas decorrentes das questões raciais arraigadas na história do Brasil. Para tanto, os pesquisadores buscaram identificar, nos registros policiais de processos judiciais, as características dos acusados e a descrição da forma como se deu a abordagem⁴⁵⁴.

Conforme consta no relatório da pesquisa, o órgão buscou identificar a questão racial nos critérios de seleção de pessoas suspeitas, partindo da premissa de que não há uma padronização dos procedimentos e orientação da atuação das forças policiais com vistas a conferir sistematicidade e uniformidade nos critérios de abordagem. A rigor, tais procedimentos passam por um saber informal, construído pelos agentes policiais no momento da ação concreta, saber ao qual há quem denomine “tirocínio policial”⁴⁵⁵. Assim, de modo a conferir maior acuidade na identificação da influência da questão racial na seleção de suspeitos para abordagem, os crimes escolhidos para investigação foram aqueles previstos no Estatuto do Desarmamento⁴⁵⁶, eis que, na maioria das vezes, “a abordagem não decorre de alguma atividade explícita da pessoa considerada suspeita, como a venda de drogas ou a subtração de algum bem alheio, mas sim de uma fundada suspeita de que a pessoa esteja de posse de algo ilícito”⁴⁵⁷. No total, a pesquisa envolve a análise de 139 processos e 180 casos individuais.

⁴⁵³ BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 169.

⁴⁵⁴ Defensoria Pública do Rio de Janeiro. “**Filtragem racial nos crimes do Estatuto do Desarmamento**”. 2020. Disponível em <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/f1f5b2ab644b40429428097e0193b30c.pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

⁴⁵⁵ De acordo com Jacqueline Sinhoretto et al., esse termo é utilizado para designar “a experiência que o policial adquire nas ruas para identificar um suspeito ao primeiro olhar e os signos da suspeição”. In: Defensoria Pública do Rio de Janeiro. “**Filtragem racial nos crimes do Estatuto do Desarmamento**”. 2020. Disponível em <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/f1f5b2ab644b40429428097e0193b30c.pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

⁴⁵⁶ BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília/DF, 23 de dez. de 2003.

⁴⁵⁷ Defensoria Pública do Rio de Janeiro. “**Filtragem racial nos crimes do Estatuto do Desarmamento**”. 2020. Disponível em <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/f1f5b2ab644b40429428097e0193b30c.pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

A pesquisa demonstra que, do total de casos analisados, a fração de negros abordados equivale a 75%, dos quais 51% foram identificados pela polícia como pardos e 24% como pretos⁴⁵⁸, contra um remanescente de 25% de brancos. Assim, as circunstâncias da abordagem foram classificadas como i) patrulhamento de rotina (59%), os quais são casos em que os policiais estavam patrulhando a área e notaram algo suspeito; ii) operação policial (11%), que define a abordagem durante alguma incursão policial planejada em determinado local; iii) denúncia de terceiros (22%), isto é, quando a abordagem ocorreu em razão do aviso de uma terceira pessoa; e iv) cumprimento de mandado de prisão (8%), notadamente o comparecimento de força policial na residência do réu para o cumprimento de ordem de prisão oriunda de outro processo. Com efeito, o relatório justifica que “a opção por esse tipo de classificação possibilita identificar os casos que indicam uma possível filtragem racial na abordagem realizada”⁴⁵⁹. Isso porque situações como denúncia de terceiros ou cumprimento de mandado de prisão são essencialmente distintas, sob o viés da pesquisa realizada, de casos de patrulhamento de rotina e operação policial. E, conforme o relatório, “é possível perceber que pardos são maioria em todas as circunstâncias de abordagem, seguido de brancos, porém quando se trata de patrulhamento de rotina, os negros [pretos] se sobrepõem”⁴⁶⁰.

Para analisar as circunstâncias das abordagens e melhor identificar os casos que permitissem apurar a questão racial na escolha do suspeito, considerou-se atitude suspeita situações nas quais os agentes policiais indicaram haver notado nervosismo com a aproximação da polícia; a realização de patrulhamento em locais de maior incidência de assaltos; e a ordem de parada dada a carro ou motocicleta em suposta situação suspeita. Conforme a descrição dos policiais em seus depoimentos prestados na delegacia de polícia, vale dizer, 48% das pessoas abordadas em atitude suspeita eram de cor parda, 31% pretas e 21% brancas do total de casos com informação.

Quanto à idade, vale dizer, a maioria dos abordados apresenta idade entre 18 e 29 anos, somando um total de 72%; apenas 10% têm mais de 40 anos. Dos casos em que houve a informação de que o acusado residia na cidade do Rio de Janeiro, apenas 6% declarou residir na Zona Sul, região nobre da capital carioca, e, ainda assim, com exceção de um caso, todos

⁴⁵⁸ Advirta-se que, no original, a classificação constatada nos registros policiais utiliza as cores negra, parda e branca. Todavia, considerando a indicação do IBGE de que a classificação “negro” corresponde a pardos e pretos, por razões metodológicas e de modo a facilitar a compreensão de todo o conjunto, considerou-se a classificação negro enquanto preto, e a somatória de pretos e pardos como negros.

⁴⁵⁹ Defensoria Pública do Rio de Janeiro. “**Filtragem racial nos crimes do Estatuto do Desarmamento**”. 2020. Disponível em <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/f1f5b2ab644b40429428097e0193b30c.pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

⁴⁶⁰ Ibid.

em uma favela ou local de moradia de baixa renda. Ademais, excluídos os registros em que a ocupação foi classificada como desempregado, desocupado, ignorado, não possui e não foi informado, o relatório indica que em 59% dos registros dos abordados brancos têm ocupação indicada, contra 26% para os pretos e 42% para os pardos. Ou seja, mais uma vez, os dados permitem afirmar que a maioria dos suspeitos arrebatados pelas forças policiais são negros, jovens e provenientes dos estratos sociais mais baixos.⁴⁶¹

Sem embargo da indicação de seletividade étnico-racial na ação dos agentes de segurança pública no estado do Rio de Janeiro, as defensorias públicas deste e de outros estados da federação realizaram um levantamento sobre a realização de reconhecimento fotográfico em solo policial, o qual permite também traçar o perfil das pessoas submetidas a tal procedimento em dado período. Para tanto, promoveu-se uma sistematização dos dados e informações conforme descritos nos casos encaminhados e que foram confirmados através de consulta às sentenças criminais. Assim, os casos deveriam atender a três requisitos: i) o reconhecimento pessoal em sede policial ter sido feito por fotografia; ii) o reconhecimento não ter sido confirmado em Juízo; iii) sentença ter sido absolutória. A pesquisa envolve processos recebidos pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro entre os meses de junho de 2019 e março de 2020 e pelas demais defensorias entre novembro e dezembro de 2020, com ano de ocorrência dos fatos/distribuição do feito no Judiciário de 2004 a 2020.⁴⁶²

Consolidados os dados oriundos da Defensoria Pública do Rio de Janeiro e de outros 10 estados, foram analisados 75 processos e 90 acusados. Considerando que um processo pode conter mais de um(a) acusado(a) ou um(a) acusado(a) pode figurar em mais de um processo, a pesquisa envolve um total de 85 pessoas, das quais 95% foram processados(as) pela suposta prática do crime de roubo simples ou majorado, este último em sua maioria pelo concurso de pessoas e emprego de arma de fogo. Da totalidade de casos com informação, consta do relatório que 81% foram identificados como negros nos registros policiais, bem como que em 77% dos casos foi decretada a prisão preventiva do(a) acusado(a), submetendo-os(as) a prisões

⁴⁶¹ Defensoria Pública do Rio de Janeiro. “**Filtragem racial nos crimes do Estatuto do Desarmamento**”. 2020. Disponível em <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/f1f5b2ab644b40429428097e0193b30c.pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

⁴⁶² Defensoria Pública do Rio de Janeiro. “**Relatório consolidado sobre reconhecimento fotográfico em sede policial**”. 2020. Disponível em <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/92d976d0d7b44b338a660ec06af008fa.pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

cautelares por um período médio de 09 meses, chegando-se ao período máximo de 03 anos e 21 dias.⁴⁶³

Como visto, todos os casos têm em comum o reconhecimento fotográfico em solo policial e a absolvição posterior em sede judicial. Os motivos da absolvição, vale dizer, contemplam em sua maioria a ausência de confirmação do reconhecimento pela vítima em juízo; havendo, porém, casos em que houve a comprovação de que os(as) acusados(as) estavam v.g. presos na data dos fatos, sendo rastreado eletronicamente ou trabalhando embarcado na ocasião da ocorrência do crime. Outrossim, o relatório menciona ainda que, da leitura dos relatos, é possível notar que em pelo menos metade dos casos os(as) acusados(as) ostentavam histórico criminal, “o que explica constarem nos registros fotográficos das delegacias de polícia, verificando-se ser comum que sejam apresentadas fotos de pessoas acusadas de outros crimes, o que reforça a estigmatização criminal”.⁴⁶⁴

À vista do exposto, os relatórios em questão permitem verificar sintomas acentuados de uma seletividade racial no direcionamento da repressão criminal pelos órgãos de persecução e a influência dos estigmas raciais na formação da imagem do delinquente no imaginário social. Em outras palavras, as prisões em flagrante, abordagens policiais e reconhecimentos fotográficos abordados nas pesquisas apontam com veemência para a presença de um escopo de neutralização da ameaça representada pela parcela da população marcada pelo estigma racial, sobretudo através da utilização indiscriminada da prisão preventiva, não raro revestidas de caráter definitivo, à míngua da fragilidade probatória que impera na maioria dos casos.

3. DESCONSTRUINDO O INIMIGO

No marco do paradigma constitucional contemporâneo, todavia, teorias envolvendo táticas de neutralização de indivíduos aos quais se atribui o *status* de inimigo ignoram uma série de fatores que infirmam e deslegitimam suas pretensões sob o prisma dos direitos fundamentais. Marcadamente seletiva, a doutrina penal do inimigo propugna selecionar e punir como inimigos indivíduos socialmente assim demarcados e à margem das garantias fundamentais. Forma-se uma dicotomia: um Direito Penal normal, dos cidadãos, destinado ao tratamento de fatos normais, processáveis com a estrita observância das garantias fundamentais; e um Direito Penal

⁴⁶³ Defensoria Pública do Rio de Janeiro. “**Relatório consolidado sobre reconhecimento fotográfico em sede policial**”. 2020. Disponível em <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/92d976d0d7b44b338a660ec06af008fa.pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

⁴⁶⁴ Defensoria Pública do Rio de Janeiro. “**Análise dados agrupados RJ sobre reconhecimento fotográfico em sede policial**”. 2020. Disponível em <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/33e974efa1004184954cc1b08ac2f253.pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

do inimigo, que abrange fatos praticados por indivíduos considerados não merecedores da proteção das garantias legais/constitucionais. Trata-se, a rigor, de um Direito Penal de produção e exclusão de inimigos⁴⁶⁵; sujeitos aos quais se nega os direitos mais mezinhos de personalidade.

Sem embargo, o primeiro passo na trilha da crítica criminológica é dado sobre o degrau da constatação de que “o cárcere seleciona sujeitos que o sistema social *não pode* ou *não quer* incluir”⁴⁶⁶. “Cadeia”, entoa uma das mais notáveis letras e rap da antologia nacional, “guarda o que o sistema não quis; esconde o que a novela não diz”⁴⁶⁷. E, de fato, as estatísticas permitem notar que o aparelho repressivo exerce sua força motriz mais incisivamente sobre as classes sociais mais débeis, alijadas da dinâmica mercadológica e privadas dos direitos de cidadania, cujas características intrínsecas são classificadas como ameaças à pacificação social e, por tal razão, ensejam a sua neutralização enquanto representantes das “*novas classes perigosas*”⁴⁶⁸. É dizer, o processo de neutralização seletiva se inicia já desde a formulação técnica dos tipos penais no sistema penal abstrato, com acentuada proteção à propriedade privada e contemplação de condutas nas quais há maior suscetibilidade de incorrência entre os grupos sociais mais débeis e marginalizados. Logo em seguida, a estigmatização desses grupos ocorre mediante a criação de preconceitos e estereótipos que direcionam a atuação dos órgãos de persecução e jurisdicionais⁴⁶⁹.

Situação ocupacional, carência de profissionalização, baixa escolaridade, gênero, origem regional, idade, e sobretudo a *cor* da pele são algumas das características mais frequentes e determinantes nesse processo de criminalização seletiva. Os negros, conforme se sustenta, apresentam superioridade numérica entre os estratos mais baixos das hierarquias sociais na sociedade brasileira; discrepância que é acentuada pelo preconceito e estigmatização enquanto potenciais dismanteladores da paz social e merecedores de maior rigor e severidade por parte do aparelho repressivo⁴⁷⁰. O que se ignora, entretanto, é a qualificação oportunística na criminalidade de massa, predatória, ocorrida de acordo com a quantidade de oferta de

⁴⁶⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. ed. Tirant lo Blanch: 2021. p. 339.

⁴⁶⁶ Ibid.

⁴⁶⁷ MC’s, Racionais. *Sobrevivendo ao Inferno*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 41.

⁴⁶⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. ed. Tirant lo Blanch: 2021. p. 325.

⁴⁶⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; tradução Juarez Cirino dos Santos. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 176.

⁴⁷⁰ ADORNO, Sergio. Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo. *Novos Estudos*, nº 43. nov. de 1995. Disponível em: https://bradonegro.com/content/arquivo/11122018_194015.pdf. Acesso em 16 de jan. de 2022.

ocasiões de delinquência e que sempre encontrará adeptos na sociedade capitalista, sobretudo entre as classes sociais menos favorecidas⁴⁷¹. Desse modo, a lógica da incapacitação é guiada por uma expectativa geral de criminalidade voltada para as zonas sociais marginalizadas, eis que a ação seletiva das instâncias oficiais faz com que, mesmo havendo criminalidade em igualdade percentual entre as zonas sociais, se produza nelas um percentual superior em comparação às menos desfavorecidas⁴⁷². Não por outra razão, essa “coerência intrínseca dos estereótipos”⁴⁷³ cria um *loop* infinito de seleção e reprodução da criminalidade estigmatizada.

De mais a mais, a crítica criminológica segue argumentando que a *segurança cognitiva*, causa e fundamento da existência da teoria de Jakobs, não é nada menos que a aspiração de todo e qualquer sistema jurídico, embora não seja possível alcançá-la em plenitude⁴⁷⁴. Aliás, a doutrina penal do inimigo apresenta vicissitudes inerentes aos critérios de sinalização dos inimigos dentre a população civil e, mais ainda, desconhece limites no tocante à discricionariedade no juízo subjetivo do agente sinalizador⁴⁷⁵. Por essas e outras razões, um Direito Penal do inimigo se apresenta para a criminologia contemporânea incompatível com o Estado de Direito⁴⁷⁶, de tal modo que não se poderia qualificar democráticas as sociedades que, ainda assim, o admitem abertamente⁴⁷⁷.

Além disso, é necessário pôr em causa também a admissibilidade de critérios discriminatórios na atuação dessa criminalização seletiva operada sob o manto da doutrina penal do inimigo. Sobretudo porque os processos de exclusão em destaque, que se desenvolvem por meio de meta-discursos insidiosos, resultam na retirada da dignidade dos sujeitos excluídos mediante a negação sistemática dos direitos fundamentais e de todos os consectários jurídicos que lhes são inerentes⁴⁷⁸. O paradigma constitucional contemporâneo, vale dizer, caudatário do marco civilizatório e evolutivo dos direitos fundamentais, parece não admitir critérios

⁴⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. ed. Tirant lo Blanch: 2021. p. 326.

⁴⁷² BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; tradução Juarez Cirino dos Santos. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 180.

⁴⁷³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 389.

⁴⁷⁴ CONDE, Francisco Munõz. *Direito Penal do Inimigo*; tradução de Karyna Batista Sposato. – Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 67.

⁴⁷⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 151.

⁴⁷⁶ Ibid. p. 144.

⁴⁷⁷ CONDE, Francisco Munõz. *Direito Penal do Inimigo*; tradução de Karyna Batista Sposato. – Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 77.

⁴⁷⁸ MÜLLER, Friederich. *Quem é o Povo: a questão fundamental da democracia*; tradução Peter Naumann; revisão Paulo Bonavides. 3. ed. – São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 94.

discriminatórios na atuação das instâncias oficiais, seja na formulação de políticas públicas excludentes; seja na atuação discriminatória dos seus agentes. E, neste caso, como consequência do reconhecimento dos direitos fundamentais indistintamente pela simples condição de humanidade, o princípio democrático tem ainda por corolário o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais, garantindo às minorias a liberdade-autonomia necessária ao gozo dos seus direitos com dignidade⁴⁷⁹.

A rigor, o modelo constitucional adotado pelas sociedades autoproclamadas democráticas busca combinar o Estado de direito com a soberania popular e vê nesse arranjo a fórmula ideal para a realização dos anseios da Modernidade, especialmente a consolidação das limitações ao exercício do poder, da dignidade humana, dos direitos fundamentais, da justiça social, da tolerância, etc.⁴⁸⁰ Tornados centro do sistema jurídico e parâmetros da atuação do Estado, os programas normativos constitucionais contemporâneos investem os órgãos estatais de um aspecto instrumental na consolidação dos seus protocolos⁴⁸¹. E assim é que, somando características como taxatividade, pluralismo e forte cunho programático e dirigente⁴⁸², o constitucionalismo contemporâneo atribui à Constituição e aos direitos fundamentais força transformadora que irradia por todo o ordenamento e direciona a formação de uma sociedade conforme o projeto constitucional em desenvolvimento⁴⁸³.

Nesses termos, o paradigma constitucional de cunho democrático envolve a imposição de igualdade substancial⁴⁸⁴ a todos simplesmente por sua condição de seres humanos, o que leva à inadmissibilidade de práticas excludentes e de privação de direitos de personalidade em qualquer nível⁴⁸⁵. Fundamentalmente associado à dignidade da pessoa humana, um direito fundamental ao reconhecimento intersubjetivo se manifesta enquanto prerrogativa de igual respeito à identidade pessoal; livre de estigmas e humilhações⁴⁸⁶. Trata-se, pois, do respeito ao

⁴⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 62.

⁴⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29.

⁴⁸¹ JÚNIOR, Valdir Ferreira de Oliveira. O Estado Constitucional Solidarista: Estratégias para sua Efetivação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 54.

⁴⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 65.

⁴⁸³ SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 89.

⁴⁸⁴ FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 6ª ed., t. I. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 181.

⁴⁸⁵ MÜLLER, Friederich. *Quem é o Povo: a questão fundamental da democracia*; tradução Peter Naumann; revisão Paulo Bonavides. 3. ed. – São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 94.

⁴⁸⁶ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 257.

valor intrínseco do sujeito em sua individualidade; da negação do valor instrumental à condição humana de origem kantiana⁴⁸⁷. Sem embargo, como consectário do valor intrínseco e da dignidade humana, exsurge também o direito à diferença, importando no respeito à diversidade e ao pluralismo de valores democráticos⁴⁸⁸.

3.1. Inimigo e Estado de Direito

Poder-se-ia destacar, como de resto entre outras, a crítica de Juarez Cirino dos Santos à teoria de Jakobs no ponto em que esta ignora que “a violência estrutural de exclusão das massas marginalizadas do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania produz e explica os defeitos individuais relacionados à violência pessoal, sexual e patrimonial das sociedades contemporâneas”⁴⁸⁹. De fato, salienta-se com o criminólogo brasileiro que o Direito Penal do inimigo *seleciona e pune* conforme inimigos sujeitos socialmente construídos como tais. É dizer, o Direito Penal da prisão se destina à produção e à exclusão dos inimigos assim socialmente demarcados. O Direito Penal *normal* ou do *cidadão* abarca fatos *normais*, cometidos por autores processáveis mediante a observância das garantias legais/constitucionais; o Direito Penal do *inimigo* é voltado para os autores reincidentes, habituais, profissionais, membros de organizações criminosas, terroristas, enfim, fatos cometidos por *não pessoas* sujeitas a processos sem a observância dos direitos fundamentais.⁴⁹⁰

Então, vem a pergunta de Pavarini que Jakobs não responde: por que a construção social do inimigo seleciona os últimos da escala social? E a resposta: o cárcere seleciona sujeitos que o sistema social *não pode* ou *não quer* incluir. A metáfora da guerra exprime a retórica declarada da guerra contra alguns: a economia globalizada representa a mudança de uma cultura bulfímica para uma cultura anoréxica, segundo a qual a inclusão social não é para todos, como define a lúcida percepção de Massimo Pavarini.⁴⁹¹

No ponto, o sociólogo Zygmunt Bauman lembra que o estado de bem-estar foi originariamente concebido enquanto um instrumento empregado pelo estado com o espoco de reabilitar os temporariamente inaptos a reempregarem-se e estimular aqueles que ainda estavam aptos a fim de precavê-los do medo de perda da aptidão ao longo do processo. Os dispositivos

⁴⁸⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005. p. 73.

⁴⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009. p. 295.

⁴⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. ed. Tirant lo Blanch: 2021 p. 339.

⁴⁹⁰ Ibid.

⁴⁹¹ Ibid.

da previdência, neste sentido, eram considerados uma rede de segurança estendida por toda comunidade, sobre cada um dos seus membros, de modo que cada vez menos deles precisassem algum dia de utilizá-la e os que o fizessem a utilizassem com a menor frequência possível. Assim é que, na concepção original do estado de bem-estar, a comunidade assumia a responsabilidade pelos infortúnios dos alijados da cadeia produtiva – efeitos colaterais das vantagens do capital – e, antes que um instituto de caridade, o *welfare-state* era concebido como um direito do cidadão; uma forma de seguro coletivo⁴⁹².

Na atualidade, todavia, o setor da população – em constante crescimento – que provavelmente jamais (re)ingressará na cadeia produtiva não desperta interesse presente ou futuro naqueles que dirigem a economia global. Como consequência disso, pode-se dizer que os dispositivos de previdência se transformaram no estigma dos incapazes e imprevidentes. Determinados homens e mulheres são assim reunidos em um limbo formado pela *subclasse* por serem considerados inúteis. Numa sociedade de consumidores, vale dizer, um mundo que avalia qualquer coisa ou pessoa conforme seu valor como mercadoria, eles não têm valor de mercado; seu fracasso em obter o *status* mercadológico é consequência da incapacidade de engajamento numa atividade de consumo plenamente desenvolvida. São “*consumidores falhos*”, classifica Bauman, “símbolos ambulantes dos desastres que aguardam os consumidores decadentes e do destino final de qualquer um que deixe de cumprir seus deveres de consumo”⁴⁹³.

“Concentrados nos que necessitam deles”, sujeitos a verificações dos meios de subsistência cada vez mais estritas e cada vez mais humilhantes, difamados como sendo um sorvedouro do “dinheiro dos contribuintes”, associados no entendimento público a parasitismo, negligência censurável, promiscuidade sexual ou abuso de drogas – eles tornaram-se cada vez mais a versão contemporânea da recompensa do pecado, e recompensa do pecado que nós não só já não podemos custear, como para a qual não existe razão moral por que deveríamos tentar fazê-lo.⁴⁹⁴

Reclassificados como “baixas colaterais do *consumismo*”, esses *consumidores falhos* são, pela primeira vez que se tem notícia, puramente um aborrecimento; “não possuem nenhum mérito capaz de aliviar seus vícios, e muito menos de redimi-los”⁴⁹⁵. “Dinheiro transferido para eles é mau investimento, que dificilmente será recompensado, muito menos trará lucros. Formam um buraco negro que suga qualquer coisa que se aproxime e não devolve nada, a não

⁴⁹² BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 82.

⁴⁹³ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 261.

⁴⁹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 83.

⁴⁹⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 265.

ser problemas e premonições vagos”⁴⁹⁶. Em suma, se antes o estado de bem-estar social se destinava a pagar pelos custos humanos da economia capitalista, e se hoje ouvimos dizer que os *contribuintes* já não podem custeá-lo, significa que o “estado, a comunidade, já não considera conveniente ou desejável subscrever os custos sociais e humanos da solvência econômica”⁴⁹⁷ e transfere a conta às suas próprias vítimas, presentes e futuras.

Segundo sustenta Bauman, toda ordem social produz internamente fantasias sobre os perigos que lhe ameaçam a identidade segundo o tipo particular de ordem social que se esforça em ser. De um modo geral, explica o autor, “tais fantasias tendem a ser imagens espelhadas da sociedade que as gera, enquanto a imagem da ameaça tende a ser um auto retrato da sociedade com um sinal negativo”⁴⁹⁸. E assim é que a sociedade, insegura da sobrevivência de sua ordem, desenvolve a mentalidade de uma fortaleza sitiada por inimigos que são, afinal de contas, os seus próprios “demônios interiores”⁴⁹⁹. E “o desejo de demonizar os outros se baseia nas incertezas ontológicas’ dos de dentro”⁵⁰⁰. Os medos que se avultam na vida diária e ameaçam a *normalidade*, para se tornar possível a realidade cotidiana, devem ser dominados e moldados em um corpo estranho, transformados em um inimigo tangível com que se possa lutar na esperança de vencê-lo⁵⁰¹.

O que se tem registrado, em anos recentes, como *criminalidade cada vez maior* (um processo, observemos, paralelo ao decréscimo da associação ao partido comunista ou a outros partidos radicais da ‘ordem alternativa’) não é um produto de mau funcionamento ou negligência – muito menos de fatores externos à própria sociedade (embora assim seja descrito cada vez mais frequentemente -, quando, de forma típica, a correlação entre criminalidade e imigração, afluxo de pessoas estranhas, de raças ou culturas estrangeiras, se especula ou se declara). É, em vez disso, o próprio produto da sociedade de consumidores, logicamente (se não legalmente) legítimo; e, além disso – também um produto *inevitável*. Quanto mais elevada a “procura do consumidor” (isto é, quanto mais eficaz a sedução do mercado), mais a sociedade de consumidores é segura e próspera. Todavia, simultaneamente, mais amplo e mais profundo é o hiato entre os que desejam e os que podem satisfazer seus desejos, ou entre os que foram seduzidos e passam a agir do modo como essa condição os leva a agir e os que foram seduzidos mas se mostram impossibilitados de agir do modo como se espera agirem os seduzidos.⁵⁰²

Assim é a força de sedução do mercado: “simultaneamente, a grande igualadora e a grande divisora”⁵⁰³. “A cultura líquido-moderna não tem ‘pessoas’ a cultivar; mas clientes a

⁴⁹⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 265.

⁴⁹⁷ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 84.

⁴⁹⁸ Ibid. p. 85.

⁴⁹⁹ Ibid.

⁵⁰⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 180.

⁵⁰¹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 85.

⁵⁰² Ibid. p. 86.

⁵⁰³ Ibid.

seduzir”⁵⁰⁴. Levando em conta que em nenhum jogo as cartas recebidas são exatamente idênticas, Bauman sugere que a estratégia para se aproveitar bem as cartas de que se dispõe envolve lançar mão de quaisquer recursos que se possa reunir. Neste particular, a linha que separa o lícito do ilícito parece esmaecer do lado dos *jogadores*; particularmente dos jogadores *aspirantes* que, *incapacitados* de agir conforme se espera frente à sedução mercadológica, devem recorrer aos recursos que de fato possuem – quer reconhecidos como legais ou declarados ilegais – ou optar por sair totalmente do jogo – opção esta tornada praticamente impossível de se pretender.⁵⁰⁵

O desarmamento, a inabilitação e a supressão de jogadores insatisfatórios constituem, pois, um suplemento indispensável da integração mediante sedução numa sociedade de consumidores guiada pelo mercado. Os jogadores incapazes e indolentes devem ser *mantidos fora do jogo*. Eles são o refúgio do jogo, mas um produto que o jogo não pode parar de sedimentar sem emperrar. Além disso, há uma outra razão por que o jogo não se beneficiaria em deter a produção de refúgio: é necessário mostrar aos que permanecem no jogo as horripilantes cenas (como se lhes diz) da outra única alternativa – a fim de que estejam aptos e dispostos a suportar as agruras e tensões geradas pela vida vivida como jogo.⁵⁰⁶

Destarte, dadas as regras do jogo em disputa, as mazelas daqueles que dele são excluídos – alhures tratadas como custos humanos da produção capitalista que precisavam ser tratados com instrumentos coletivos de previdência – agora só podem ser redefinidas como um *crime individual*. As *classes perigosas*, acrescenta Bauman, “são assim redefinidas como *classes de criminosos*. E, desse modo, as prisões agora, completa e verdadeiramente, fazem as vezes das definhantes instituições do bem-estar”⁵⁰⁷. Em outras palavras, os *excluídos do jogo* são exatamente a encarnação dos “demônios interiores” peculiares à vida do consumidor. Seu isolamento em *guetos* e sua *incriminação*; a severidade dos padecimentos que lhes são aplicados; a crueldade do destino que lhes é imposto, são, metaforicamente, “maneiras de exorcizar tais demônios interiores e queimá-los em efígie”⁵⁰⁸.

Um gueto, conforme definição de Loïc Wacquant, atua como “mecanismo de dominación racial y opección económica”⁵⁰⁹. Isto é, a exemplo dos arquetípicos guetos norte-americanos, combinando classe e raça, os guetos sedimentam uma dupla rejeição; “e a cor da pele mantém os moradores do gueto em sua prisão com mais firmeza do que um exército de

⁵⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. p. 36.

⁵⁰⁵ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 87.

⁵⁰⁶ Ibid.

⁵⁰⁷ Ibid. p. 88.

⁵⁰⁸ Ibid.

⁵⁰⁹ WACQUANT, Loïc. *Parias urbanos: marginalidade em la ciudad a comienzos del milenio*. 1ª ed. 2ª reimp. Buenos Aires: Manantial, 2007. p. 37.

carcereiros”⁵¹⁰. Neste sentido, Bauman refere que a expressão *nós*, sob o espectro de um credo patriótico/nacionalista, significa “pessoas *como nós*”⁵¹¹; *eles*, por outro lado, representam “pessoas que são *diferentes de nós*”⁵¹². Todavia, com isso não se quer dizer que *nós* sejamos idênticos em tudo, mas antes que as semelhanças diminuam e neutralizam o impacto das diferenças. Igualmente, não que *eles* sejam diferentes de nós em tudo, “mas eles diferem em um aspecto que é mais importante que todos os outros, importante o bastante para impedir uma posição comum e tornar improvável a solidariedade genuína, independente das semelhanças que existam”⁵¹³. Mas a questão concernente a qual das diferenças importa mais do que qualquer semelhança é, para Bauman, menor e acima de tudo derivativa. É dizer, as fronteiras não são traçadas sobre um estranhamento preexistente; em regra, elas surgem antes que o estranhamento seja produzido: “primeiro, há um conflito, uma tentativa desesperada de separar ‘nós’ e ‘eles’ então os traços cuidadosamente espiados ‘neles’ são tomados como prova da estranheza que não admite conciliação”⁵¹⁴.

Sem embargo, sustenta Bauman que a guetificação é simultânea e complementar à criminalização da pobreza. Há uma troca constante de população entre os guetos e as penitenciárias, os quais se alimentam reciprocamente⁵¹⁵. Guetos e prisões, neste sentido, “são dois tipos de estratégia de ‘prender os indesejáveis ao chão’, de *confinamento* e *imobilização*”⁵¹⁶. E, cada vez mais, *ser pobre* é encarado como um crime; *empobrecer* o produto de predisposições ou intenções criminosas⁵¹⁷. Neste sentido, os pobres são retratados como desleixados, pecaminosos e destituídos de quaisquer padrões morais. A mídia, sem qualquer recato, contribui com a polícia ao apresentar retratos chocantes de *elementos criminosos* “infestados pelo crime, pelas drogas e pela promiscuidade sexual, que buscam abrigo na escuridão de lugares proibidos e ruas perigosas”⁵¹⁸. Longe de fazer jus ao cuidado e assistência, os pobres merecem ódio e condenação enquanto a própria encarnação do pecado⁵¹⁹. Desnecessários, indesejados e desamparados, o lugar deles não é outro senão fora das nossas

⁵¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca pela segurança na sociedade atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 204.

⁵¹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 184.

⁵¹² Ibid.

⁵¹³ Ibid.

⁵¹⁴ Ibid.

⁵¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca pela segurança na sociedade atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 204.

⁵¹⁶ Ibid. p. 210.

⁵¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 90.

⁵¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 267.

⁵¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 90.

vistas. “Se não for possível encontrar uma desculpa para deportá-los, ainda podem ser encarcerados em prisões longínquas ou em campos semelhantes a prisões”⁵²⁰. Os pobres, conforme a conclusão de Bauman, “fornecem os ‘suspeitos de sempre’ a serem recolhidos, com o acompanhamento de clamores público sempre que uma falha na ordem habitual é detectada e revelada à sociedade”⁵²¹. E é assim que se afirma que a questão da pobreza é, antes de mais, “uma questão de *lei e ordem*”⁵²².

Tendo se afastado de seu papel de supervisor normativo das relações de trabalho, e cada vez mais de suas funções econômicas em geral, o Estado recorre em lugar disso a causar dor (a descrição feita por Neil Christie da política penitenciária baseada sobretudo no confinamento na prisão) como meio de reconciliar os pobres com sua nova condição: como se tornaram as únicas alternativas às incertezas de um mercado de trabalho desregulamentado, a prisão e o gueto transformaram uma humilde aceitação da “economia de cassino” com seu jogo de sobrevivência sem regras numa opção suportável, e talvez até desejável.⁵²³

Destarte, é de se observar mais uma vez que o sistema punitivo responde cada vez mais ao propósito de utilização da prisão enquanto mecanismo de segregação e neutralização. O instrumento do cárcere se torna via de contenção para todos aqueles demarcados, sob uma lógica de incapacitação seletiva, como pertencentes a grupos sociais de elevado risco criminal. Este enfoque sistêmico ao governo dos criminosos, escreve Massimo Pavarini, “reflete um novo discurso sobre o próprio crime e sobre o papel do sistema penal”⁵²⁴.

Os desviantes não são mais, ou são sempre menos, o referente organizativo do saber criminológico, porque a criminologia está progressivamente tornando-se um capítulo marginal de uma análise geral de *public policy*. A questão em jogo não é mais aquela, tão pretensiosa quanto ingênua, de derrotar o crime, mas simplesmente de racionalizar a operatividade dos sistemas que permitem gerir a criminalidade sobre a base de avaliações de tipo atuarial.⁵²⁵

Nessa ordem de raciocínio, Juarez Cirino dos Santos sustenta que o “projeto de controle social do capitalismo globalizado aprofunda a desigualdade de classes do modo de produção e revitaliza a prisão como local de confinamento das *novas classes perigosas*”⁵²⁶, contando agora com a legitimação *v.g.* de uma política criminal atuarial expressada em prognósticos de riscos, fundada em características intrínsecas de grupos sociais subalternos, os quais são objetos da violência estrutural das relações de produção e da violência institucional da desigualdade

⁵²⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 266.

⁵²¹ *Ibid.*

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 90.

⁵²⁴ PAVARINI, Massimo. *Punir os Inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*; tradução Juarez Cirino dos Santos; Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe Editora, 2012. p. 157.

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. ed. Tirant lo Blanch: 2021. p. 325.

formal perante a lei, eis que “a *cidadania* depende da utilidade econômica dos sujeitos portadores de ‘capital humano’ para expandir o capital”⁵²⁷.

Citando o exemplo norte-americano de política criminal atuarial, Juarez Cirino revela que a parcela de excluídos da economia e da cidadania, chamada *underclass* predominantemente composta de negros e hispânicos; desempregados crônicos sem mobilidade social, personagens típicos do cenário urbano – mães solteiras, jovens desempregados e autores de ilícitos – estigmatizados pela conduta *autodestrutiva*, incapacidade de constituir família e conseguir emprego, que, intuitivamente, viveriam na imoralidade, na promiscuidade e na preguiça, “deveriam ser controlados para estabilidade das relações de produção e distribuição de mercadorias, segundo a ideologia dominante”⁵²⁸.

Esses estereótipos são, como expõem Figueiredo Dias e Costa Andrade, “sistemas de representações que orientam as pessoas na interação quotidiana”⁵²⁹, que condicionam não só a experiência e a interação dos leigos como de resto a dos próprios *experts*. Com efeito, sustentam ser precisamente o que sucede nos processos de reação, formal e informal, às manifestações mais claras de *desconformidade*; isto é, “à delinquência, à doença mental, à droga e à embriaguez, ao homossexualismo, à prostituição, etc.”⁵³⁰. Sem embargo, registram que todas essas formas de desconformidade surgem, nas representações coletivas, vinculadas a um conjunto de sinais exteriores: “a cor da pele, a origem étnica, o corte do cabelo ou da barba, o estilo do vestuário, os locais frequentados e as horas de frequência; bem como a toda uma série de outras atitudes simbólicas ‘próprias’ de um delinquente”⁵³¹.

Mas fato é que, conforme expõe Juarez Cirino, a *underclass* é nada menos que “o produto do desemprego estrutural do capitalismo contemporâneo – e as atividades informais marginais, clandestinas ou ilegais são subprodutos inevitáveis da falta de emprego e do desmanche do Estado social”⁵³². Não obstante,

e como sempre, a Justiça criminal se reorganiza para adequar-se à nova configuração do capital internacional: a *ressocialização* é substituída pela *incapacitação seletiva* da época da globalização, porque os que não foram socializados (*underclass*) não

⁵²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. ed. Tirant lo Blanch: 2021. p. 325.

⁵²⁸ Ibid. p. 320.

⁵²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 388.

⁵³⁰ Ibid. p. 389.

⁵³¹ Ibid.

⁵³² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. ed. Tirant lo Blanch: 2021. p. 320.

podem ser ressocializados – ao contrário, devem ser vigiados, segregados e incapacitados.⁵³³

Não por outra razão, Nilo Batista aponta que a construção social do delinquente se subordina à sua origem de classe, embora o sistema penal assuma o condão de disfarçá-lo, cujo “principal expediente é proclamar, na lei e nas teorias jurídicas, que as pessoas são punidas pelo que fazem e não pelo que são, ainda que baste visitar uma penitenciária para convencer-se do contrário”⁵³⁴; ou, observado o aspecto étnico evidenciado, validar uma das várias associações e alegorias feitas na música popular brasileira de que “todo camburão tem um pouco de navio negreiro”⁵³⁵.

Nessa ordem de raciocínio, a crítica criminológica contemporânea se ocupa em apontar a função atribuída ao sistema penal por esse projeto de controle social de “reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, criando, em particular, eficazes contra-estímulos à integração dos setores mais baixos e marginalizados do proletariado, ou colocando em ação processos marginalizadores”⁵³⁶. Conforme sustenta Alessandro Baratta, o sistema de valores exprimido no direito penal abstrato, processo ao qual denomina “criminalização primária”⁵³⁷, reflete de maneira predominante o universo moral característico de uma cultura burguesa-individualista, cuja ênfase é massificada relativamente à proteção do patrimônio privado e o aparelho repressivo se orienta predominantemente para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados. É dizer, “a seleção criminalizadora ocorre já mediante a diversa formulação técnica dos tipos penais e a espécie de conexão que eles determinam com o mecanismo das agravantes”⁵³⁸.

Advirta-se, entretanto, que a seletividade na criminalização de condutas não se trata de uma novidade ou é exclusiva da contemporaneidade. Por todos, Nilo Batista observa que “historicamente o capitalismo recorreu ao sistema penal por duas operações essenciais: 1ª garantir a mão-de-obra; 2ª impedir a cessação do trabalho”⁵³⁹. Para garantir a mão de obra, vale

⁵³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. ed. Tirant lo Blanch: 2021. p. 325.

⁵³⁴ BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 169.

⁵³⁵ YUKA, Marcelo. Todo camburão tem um pouco de navio negreiro. Intérprete: o rappa. In: *Instinto coletivo ao vivo – versão simples*. São Paulo: Warner, 2002, CD-ROM, faixa 3.

⁵³⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 175.

⁵³⁷ Ibid. p. 176.

⁵³⁸ Ibid.

⁵³⁹ BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 35.

dizer, desde a revolução industrial e a assunção de feições mais nítidas pelo sistema jurídico de escopo operacional capitalista, criou-se o delito de *vadiagem* para criminalizar o pobre que não se convertesse em trabalhador; e, para impedir a cessação do trabalho, passou-se a criminalizar o trabalhador que se recusasse ao trabalho “tal como ele era”⁵⁴⁰, dando azo à criação do delito de *greve*.

Não obstante, a literatura de Alessandro Baratta sustenta ainda que, seguidamente aos processos de *criminalização primária*; de seleção criminalizadora por meio da formulação técnica dos tipos penais no sistema penal abstrato, há também os processos de “criminalização secundária”⁵⁴¹ que lhes acentua o caráter seletivo:

Têm sido estudados os preconceitos e os estereótipos que guiam a ação tanto dos órgãos investigadores como dos órgãos judicantes, e que os levam, portanto, assim como ocorre no caso do professor e dos erros nas tarefas escolares, a procurar a verdadeira criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é *normal* espera-la.⁵⁴²

No ponto, o sociólogo brasileiro Sergio Adorno observa que, nas sociedades modernas onde não há a consolidação de um grau mínimo de generalização do bem-estar social entre os diversos grupos sociais, ainda que formalmente reconhecido e introjetado em seu ordenamento, o princípio da igualdade jurídica tende a permanecer restrito à sua expressão puramente simbólica; sem eficácia material. Em tais situações, sustenta o autor que a distribuição da justiça não raro atinge alguns cidadãos em detrimento de outros, e dificilmente as decisões judiciais deixam de ser discriminatórias. E, como antes já visto, diferentes clivagens interferem neste cenário social, v.g.: situação ocupacional, carência de profissionalização, baixa escolaridade, gênero, origem regional, idade e, acima de tudo, a *cor* da pele. Sobretudo porque, autorizado por uma plêiade de produções científicas, Adorno argumenta que os negros se encontram nos degraus mais inferiores das hierarquias sociais na sociedade brasileira, sendo que, entre os pobres, os negros são aqueles que recebem os salários mais baixos e obtêm os níveis mais baixos de escolaridade⁵⁴³.

Na mesma esteira, Adorno aponta que a exclusão social é reforçada pelo preconceito e pela estigmatização. Especialmente porque, no senso comum, cidadãos negros são percebidos

⁵⁴⁰ BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 35.

⁵⁴¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; tradução Juarez Cirino dos Santos. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 176.

⁵⁴² Ibid.

⁵⁴³ ADORNO, Sergio. Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo. *Novos Estudos*, nº 43. nov. de 1995. Disponível em: https://bradonegro.com/content/arquivo/11122018_194015.pdf. Acesso em 16 de jan. de 2022.

como potenciais perturbadores da ordem social; não fornecem aquilo que Jakobs chama de “segurança cognitiva”⁵⁴⁴ e, talvez por isso, se constituem enquanto alvo privilegiado dos órgãos de persecução penal; embora não haja evidências empíricas de maior contribuição dos negros para a criminalidade. Sintomaticamente, obtempera o autor, “intimidação policial, as sanções punitivas e a maior severidade no tratamento dispensado àqueles que se encontram sob tutela e guarda nas prisões recaem preferencialmente sobre os ‘mais jovens, os mais pobres e os mais negros’”⁵⁴⁵. Bem por isso, observa Adorno que “o núcleo teórico que articula estas questões diz respeito à persistência do autoritarismo no interior da sociedade democrática, no caso a sociedade brasileira”⁵⁴⁶.

A sobrevivência do autoritarismo social em suas múltiplas formas de manifestação — isolamento, segregação, preconceito, carência de direitos, injustiças, opressão, permanentes agressões às liberdades civis e públicas, em síntese, violação de direitos humanos — indica que as forças comprometidas com os avanços democráticos não lograram superar as forças comprometidas com heranças conservadoras e autoritárias, legadas do passado colonial, escravista e patrimonialista.⁵⁴⁷

Sem embargo, há ainda um outro dado relevante do ponto de vista criminológico e social que não pode ser ignorado. Tal como apontado por Juarez Cirino dos Santos, a “criminalidade predatória é oportunística, segundo o *modelo situacional* usado em criminologia: a quantidade de criminalidade é determinada pela quantidade de oferta de ocasiões de crimes em dada sociedade, que sempre encontra satisfação à demanda”⁵⁴⁸, sobretudo no capitalismo. Assim, a “incapacitação [neutralização] de determinados sujeitos é imediatamente compensada por outros sujeitos dispostos a aproveitar as oportunidades de delinquência ofertadas”⁵⁴⁹. Mais ainda, se a criminalidade de massa é oportunística, e se a predição da criminalidade tem como pano de fundo déficits sociais, econômicos e raciais, “então situações sociais problemáticas circunscrevem as definições de periculosidade, levando à conclusão de que todos os socialmente desfavorecidos são perigosos”⁵⁵⁰, sendo necessária a incapacitação de toda população em situação de marginalização social.

⁵⁴⁴ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cândio. *Direito Penal do Inimigo*; org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 40.

⁵⁴⁵ ADORNO, Sergio. Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo. *Novos Estudos*, nº 43. nov. de 1995. Disponível em: https://bradonegro.com/content/arquivo/11122018_194015.pdf. Acesso em 16 de jan. de 2022.

⁵⁴⁶ Ibid.

⁵⁴⁷ Ibid.

⁵⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. ed. Tirant lo Blanch: 2021. p. 326.

⁵⁴⁹ Ibid.

⁵⁵⁰ Ibid.

Nessa mesma medida, Alessandro Baratta sustenta que a expectativa geral de criminalidade circundante sobre certas zonas sociais marginalizadas em que se pautam a atenção e a ação das instâncias oficiais faz com que, em igualdade percentual de comportamentos ilegais, se produza nelas um percentual significativamente superior se comparadas a outras zonas sociais menos desfavorecidas. Um número desproporcional de penas detentivas e estigmatizantes, aduz o autor, “que comportam a aplicação de definições criminais e uma drástica redução do *status* social se concentra, assim, nos grupos sociais mais débeis e marginalizados da população”⁵⁵¹.

Essa “*coerência intrínseca* dos estereótipos”⁵⁵², explicam Figueiredo Dias e Costa Andrade, “ajuda a explicar que as instâncias formais de resposta – de controlo e de tratamento – recrutem preferencialmente seus ‘clientes’ entre os que exibem os respectivos estigmas”⁵⁵³. Outrossim, ajuda ainda a desvendar o viés *reprodutivo* dos processos formais de resposta à *desconformidade*, sobretudo porque o apelo ao estereótipo vale não apenas como reprodução da realidade, mas também desencadeia um efeito de *feedback* sobre a realidade; isto é, “racionalizando e potenciando as ‘razões’ que geram os estereótipos e as diferenças de oportunidade que eles exprimem”⁵⁵⁴. É dizer, “o estereótipo surge simultaneamente como mecanismo de *seleção e reprodução*, funcionando como estabilizador entre a sociedade e os seus criminosos”⁵⁵⁵. Dito de outro modo sob o manto da formulação de Scheff acerca da eficácia de uma *self-fulfilling-prophecy* dos estereótipos:

Em momentos de crise, quando a *deviance* de indivíduo se converte em problema público, os estereótipos tradicionais tornam-se as imagens que orientam tanto a acção dos que controlam o desviante como, por vezes, a do próprio desviante. Quando os representantes oficiais da colectividade e as pessoas que o rodeiam reagem à conduta do desviante de modo uniforme, em função dos estereótipos tradicionais, a sua transgressão, amorfa e não estruturada, tende a cristalizar-se de acordo com essas expectativas.⁵⁵⁶

Não obstante, parece ainda pertinente observar a objeção feita por Francisco Muñoz Conde a respeito de que, na atualidade, não basta identificar e descrever embriões ou exemplos evidentes de um Direito Penal do inimigo, porquanto necessário antes perquirir se tais

⁵⁵¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 180.

⁵⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 389.

⁵⁵³ Ibid.

⁵⁵⁴ Ibid.

⁵⁵⁵ Ibid.

⁵⁵⁶ SCHEFF, T. *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 389.

expedientes são compatíveis com o paradigma constitucional vigente em um Estado de Direito e com os pactos internacionais de direitos civis reconhecidos e introjetados nos ordenamentos domésticos dos Estados civilizados. Sob um primeiro aspecto, a crítica do autor reside no concernente à limitação da teoria de Jakobs à simples constatação de uma realidade e alusão à necessidade de uma *segurança cognitiva* como causa primeira de sua existência. E a crítica se deve a que essa mesma *segurança cognitiva*, “que ele descreve como aspiração fundamental do Direito penal do inimigo, é, logicamente, também uma aspiração de qualquer sistema jurídico”⁵⁵⁷. Entretanto, objeta Muñoz Conde,

[...] uma segurança cognitiva total nunca será garantida por nenhum sistema de qualquer tipo que seja. Poderá haver níveis maiores ou menores de segurança; e trata-se de determinar quando tais níveis são compatíveis com o exercício dos direitos fundamentais. O equilíbrio entre os dois pólos é difícil e sempre se encontram em tensão. Mas se, como acontece em momentos de crise, a balança se inclina descaradamente e sem nenhum tipo de limites, a favor da segurança cognitiva, a consequência imediata será a paz, porém, a paz dos cemitérios. Uma sociedade em que a segurança se torna o valor fundamental é uma sociedade paralisada, incapaz de assumir a menor possibilidade de mudança e de progresso, o menor risco.⁵⁵⁸

Outrossim, há ainda duas questões as quais Muñoz Conde reputa haver Jakobs deixado sem resposta. A primeira, do tipo conceitual, indaga *quem* define e *como* é definido o inimigo. Pergunta-se: todos os delinquentes são inimigos? Se a resposta for afirmativa, há de se concluir intuitivamente que “todo o Direito Penal é um Direito Penal do inimigo”⁵⁵⁹. Mas se, diferentemente, “apenas um grupo de delinquentes merece tal qualificação, temos que identifica-los com maior precisão”⁵⁶⁰. A segunda questão colocada por Muñoz Conde, essencialmente relacionada ao marco de referência da teoria, indaga se esta é “compatível com o Estado de Direito e com o reconhecimento a todos, sem exceções, dos direitos fundamentais que correspondem ao ser humano pelo fato de serem considerados inimigos?”⁵⁶¹

Mas é possível defender a democracia com meios inadmissíveis no Estado de Direito e incompatíveis com seus princípios fundamentais? O Estado de Direito pode utilizar, sem perder seu nome, os meios de repressão punitiva que caracterizam um Estado ditatorial ou autoritário? É possível, dentro do Estado de Direito, a coexistência de dois modelos diferentes de Direito penal, um que respeita as garantias e direitos fundamentais e outro, puramente policial, para os “inimigos”, que faça tábula rasa dos princípios e garantias característicos do Estado de Direito?⁵⁶²

⁵⁵⁷ CONDE, Francisco Munõz. *Direito Penal do Inimigo*; tradução de Karyna Batista Sposato. – Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 67.

⁵⁵⁸ Ibid.

⁵⁵⁹ Ibid.

⁵⁶⁰ Ibid.

⁵⁶¹ Ibid.

⁵⁶² Ibid.

Com efeito, os questionamentos de Muñoz Conde parecem ser puramente retóricos. Sobretudo porque, conforme adverte o autor, “o Direito penal do inimigo representa ou pode representar uma ameaça para os princípios e garantias do Estado de Direito e, com isso, desvalorizar a segurança normativa, acentuando apenas a segurança puramente cognitiva”⁵⁶³. É dizer, tomando emprestada a expressão de Eugênio Raúl Zaffaroni, um Direito Penal eminentemente “perigosista”⁵⁶⁴, e, não, restaurador da vigência da norma ou confiança dos cidadãos nesta.

De fato, já se disse em linhas anteriores que Zaffaroni, em absoluta lealdade intelectual, reconhece a boa-fé do professor de Bonn ao formular sua teoria imaginando que, em assim se procedendo, seria possível impedir que todo o direito penal fosse contaminado pela sanha *perigosista* e, via de consequência, todo o poder punitivo fosse exercido sem limitações. Todavia, conforme objeção de Zaffaroni, ao pretender ceder espaço ao *inimigo* no ordenamento repressivo do Estado de direito, Jakobs ignora que “*esse pretense conceito, fora de uma hipótese de guerra real, corresponde ao Estado absoluto, que, por sua essência, não tolera limite nem parcialização de espécie alguma, ou seja, que inevitavelmente importa o abandono do princípio do Estado de direito*”⁵⁶⁵.

Para Zaffaroni, portanto, “o conceito de *inimigo* nunca é compatível com um Estado de direito nem com os princípios do liberalismo político”⁵⁶⁶. E isso se deve ao fato de que, quando se admite a introdução do inimigo no direito penal ou administrativo *normal*, isto é, fora de um contexto bélico em sentido estrito, não se fala propriamente em guerra e em dever de observância dos princípios do direito internacional humanitário, mas na criação de uma zona cinzenta e um “*conceito espúrio ou particular de guerra permanente e irregular*”⁵⁶⁷; uma guerra que não conhece limites jurídicos. E, respondendo à primeira questão de Muñoz Conde⁵⁶⁸, os limites jurídicos se perdem fundamentalmente porque essa *guerra suja* não consegue distinguir os verdadeiros inimigos da população civil – argumentando-se inclusive que aqueles se ocultam no seio desta e não raro contam com a sua proteção. Assim, legitima-se a *agressão indiscriminada* contra a população civil, rompendo com o princípio diretor de todo

⁵⁶³ CONDE, Francisco Munõz. *Direito Penal do Inimigo*; tradução de Karyna Batista Sposato. – Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 74.

⁵⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 108.

⁵⁶⁵ Ibid. p. 159.

⁵⁶⁶ Ibid. p. 144.

⁵⁶⁷ Ibid. p. 145.

⁵⁶⁸ “Se apenas um grupo de delinquentes merece tal qualificação [de inimigos], temos que identifica-los com maior precisão”. In: CONDE, Francisco Munõz. *Direito Penal do Inimigo*; tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 67.

o direito internacional humanitário de Genebra⁵⁶⁹. E assim é que a incompatibilidade da introdução do inimigo no direito ordinário de um Estado de direito, ainda que de forma pretensamente matizada ou limitada, é marcada desde o início pela incoerência da hipotética admissão de um direito de resistência – ínsito aos sistemas de controle do Estado de direito – por parte do cidadão arbitrariamente indicado como inimigo; incoerência com a própria essência política da medida e do poder de definição do soberano⁵⁷⁰. Significa dizer que somente um Estado totalitário poderia empreender tais medidas sem que isso trouxesse crise às suas bases legitimadoras.

Novamente com Muñoz Conde, sustenta-se que talvez se possa combater o *inimigo* de forma mais ou menos eficaz com o recurso a penas draconianas, empregando-as muito além dos limites da essencial *ultima ratio* caracterizadora do Direito Penal democrático, sobretudo com limitações aos direitos fundamentais do imputado no processo penal. Entretanto, é certo antes que, ao fazê-lo, se está abrindo uma porta pela qual pode entrar, sem que se dê conta, “um Direito penal de cunho autoritário, um Direito penal do e para o inimigo, tão incompatível com o Estado de Direito como o são as legislações excepcionais das mais brutais ditaduras”⁵⁷¹.

No ponto, o criminólogo espanhol Jesus-María Silva Sánchez sustenta a existência de elementos que caracterizam ao menos “duas velocidades”⁵⁷² do Direito Penal contemporâneo. Isto é, uma primeira representada pelo Direito Penal da prisão, na qual, em razão da relevância do direito à liberdade posto em mira, se haveria de “manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais”⁵⁷³. E uma segunda velocidade, caracterizada pela ausência de ameaça de privação de liberdade, senão de penas restritivas de direitos ou de prestação pecuniária, na constância da qual “aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção”⁵⁷⁴. Não obstante, o autor alude a emersão de uma “terceira velocidade”⁵⁷⁵ do Direito Penal atual, com “regras de imputação e processuais menos estritas que as do Direito Penal de

⁵⁶⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 149

⁵⁷⁰ Ibid. p. 150.

⁵⁷¹ CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal do Inimigo*; tradução de Karyna Batista Sposato. – Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 75.

⁵⁷² SANCHES, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direitos e ciências afins; v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). p. 193.

⁵⁷³ Ibid.

⁵⁷⁴ Ibid.

⁵⁷⁵ Ibid.

primeira velocidade”⁵⁷⁶; intimamente ligada à teoria de Jakobs, pautada essencialmente na antecipação da proteção penal com relação com aquilo que ainda está – ou se espera – por vir, diga-se, sem que haja a correspondente redução da pena aplicada proporcionalmente à antecipação realizada e, de um só golpe, transpondo-se da legislação jurídico-penal à legislação de guerra e solapando-se garantias processuais e direitos fundamentais. Neste último aspecto, considerado expressão de uma espécie de Direito de *guerra*, eis que instrumento de abordagem de fatos considerados de *emergência*, o Direito Penal de terceira velocidade enseja que a sociedade, “diante da gravidade da situação excepcional de conflito, renunci[e] de modo qualificado a suportar os custos da liberdade de ação”⁵⁷⁷.

Neste caso, a incompatibilidade persiste para Zaffaroni em razão de que a limitação das liberdades em geral a pretexto da individualização eficaz dos inimigos tem por resultado, ao fim e ao cabo, o estreitamento das possibilidades de defesa dos cidadãos contra esses mesmos organismos, pois estar-se-ia escamoteando os controles do Estado de direito por meio da criação de um “sistema penal paralelo”⁵⁷⁸. De fato, considerando que não há como prever exatamente o que qualquer um fará no futuro, nem mesmo os próprios agentes a respeito dos quais se especula, a incerteza do porvir mantém em aberto o juízo de periculosidade até o momento em que o detentor do poder de decisão deixe de considera-lo inimigo. “Assim, o *grau de periculosidade* do inimigo dependerá sempre, na medida em que o poder real o permitir, do juízo subjetivo do individualizador”⁵⁷⁹; constatação esta não tão diferente das concernentes à subjetividade e influência de elementos raciais no exercício do chamado tirocínio policial nas ruas do Rio de Janeiro ou o reconhecimento fotográfico feito pelas vítimas em solo policial. Aliás, é importante que se diga, ainda com base em Zaffaroni, que, não por acaso, “todos os Estados de polícia tendem à homogeneização, que é incompatível com a ideia de uma sociedade plural e com a tolerância e que, em seus extremos, acaba na limpeza étnica”⁵⁸⁰.

Neste particular, Jesus-Maria Silva Sánchez considera remanescer a questão conceitual de que “se, então, o Direito Penal do inimigo persiste sendo ‘Direito’ ou se é já, ao contrário,

⁵⁷⁶ SANCHES, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direitos e ciências afins; v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). p. 193.

⁵⁷⁷ Ibid.

⁵⁷⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 150.

⁵⁷⁹ Ibid. p. 151.

⁵⁸⁰ Ibid.

um ‘não Direito’, uma pura reação defensiva de fato perante sujeitos ‘excluídos’⁵⁸¹. Eis a lógica do problema segundo Juarez Cirino dos Santos:

[...] **se** o princípio de igualdade perante a lei é substituído pelo princípio da desigualdade legal, ou **se** as garantias constitucionais do processo legal devido são casuísmos dependentes do **tipo de autor** – aplicadas ao cidadão e negadas ao inimigo, conforme preferências idiossincráticas dos agentes de controle social –, **então** o Estado de Direito foi substituído pelo estado policial.⁵⁸²

Por isso, conforme expõe Zaffaroni, “*existe uma dialética contínua no Estado de direito real, concreto ou histórico, entre este e o Estado de polícia. O Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar*”⁵⁸³, buscando se livrar das amarras que os direitos fundamentais que constituem o Estado de direito lhe impõem. É dizer: quanto maiores as amarras de contenção do Estado de direito, tanto mais próximo se estará do modelo ideal sob o prisma dos direitos fundamentais e vice-versa. Mas a consolidação desse modelo ideal torna-se utopia na medida em que, para tanto, “seria preciso afogar definitivamente o Estado de polícia e isso implicaria uma redução radical – ou uma abolição – do próprio poder punitivo”⁵⁸⁴.

Pertinentemente sintetizado por Muñoz Conde: se é certo que as sociedades democráticas da atualidade não podem baixar a guarda diante de qualquer dos graves problemas que constituem uma ameaça à sua ordem ou existência, elas também não podem, se quiserem continuar ostentando com dignidade tal definição, “renunciar aos princípios e garantias que lhes são substanciais e que constituem a essência de sua própria forma de ser”⁵⁸⁵. Ou seja:

Depreciar ou ignorar esses controles ou filtros, internos e/ou internacionais, que como último bastião podem ser utilizados para sancionar esses abusos, é o mesmo que legitimá-los e deixar a porta aberta para a lei do mais forte, que declare como “inimigo” todo aquele que, pelas razões que sejam, considere contrário a determinados interesses, sejam estes econômicos, ideológicos ou raciais.⁵⁸⁶

À guisa de conclusão, Zaffaroni aponta que a extrema seletividade do aparelho repressivo é uma característica estrutural que pode ser atenuada, porém jamais inteiramente

⁵⁸¹ SANCHES, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direitos e ciências afins; v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). p. 193.

⁵⁸² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. ed. Tirant lo Blanch: 2021. p. 326.

⁵⁸³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 170.

⁵⁸⁴ Ibid.

⁵⁸⁵ CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal do Inimigo*; tradução de Karyna Batista Sposato. – Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 77.

⁵⁸⁶ Ibid.

suprimida. Neste caso, a questão penal será sempre o campo pulsante do Estado de polícia, eis que se trata do muro mais frágil das fronteiras do Estado de direito. E assim é que, “quanto mais habilitações o poder punitivo tiver nas legislações, maior será o campo de arbítrio seletivo das agências de criminalização secundária e menores poderão ser os controles e contenções do poder jurídico a seu respeito”⁵⁸⁷; e, “como a segurança absoluta não existe, quem avalia a oportunidade desta medida terá sempre a chance de invocar a necessidade de maior segurança”⁵⁸⁸.

3.2. Seletividade e direitos fundamentais

Com efeito, feitas as aproximações teóricas acerca da (in)compatibilidade de um Direito Penal do inimigo com o ordenamento estabelecido numa ambiência de Estado de direito, cabe ainda abordar, no marco dos direitos fundamentais, o fundamento de inadmissibilidade da seletividade do aparelho repressivo alhures evidenciada conforme o paradigma constitucional adotado nas sociedades democráticas; sobretudo o critério racial sintomaticamente nelas incrustado. Ainda sobre este aspecto, importa destacar que não se ignora os demais vetores de seletividade e discriminação existentes no âmbito dos órgãos de persecução intuitivamente apreendidos pelos *experts* e pelo senso comum hodierno. Entretanto, o recorte da abordagem tal como proposto tem o condão de evidenciar, de forma pontual e específica, apenas uma das várias causas urgentes em matéria penal cuja constitucionalidade se deve questionar. A saber: o *racismo*.

Conforme sucinta locução de Zygmunt Bauman, a essência filosófica do racismo consiste em que “[o] homem é antes de agir; nada que ele faça pode mudar o que ele é”⁵⁸⁹. Com efeito, o autor reconhece que, no contexto da modernidade, qualquer um pode se tornar alguém. Todavia, adverte que a fé moderna não permite que esse alguém se torne “*alguém que nunca foi*”⁵⁹⁰, pois “mesmo o mais zeloso e diligente dos assimilados voluntários carrega consigo na ‘comunidade de destino’ a marca de suas origens alienígenas, estigma que nenhum juramento de lealdade pode apagar”⁵⁹¹. O “pecado da origem errada”, assevera Bauman, “pode ser tirado do esquecimento a qualquer momento e transformado em acusação contra o mais consciencioso

⁵⁸⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 170.

⁵⁸⁸ Ibid. p. 152.

⁵⁸⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*; Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 152.

⁵⁹⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca pela segurança na sociedade atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 87.

⁵⁹¹ Ibid.

e devoto dos ‘assimilados’. O teste de admissão nunca é definitivo; não há aprovação conclusiva”⁵⁹².

Segundo sustenta Friederich Müller, o esquema inclusão/exclusão se sobrepõe como uma *superestrutura* à estrutura da sociedade enquanto “uma espécie de metacódigo [...], que mediatiza todos os outros códigos”⁵⁹³. Na prática, escreve o autor, “se retira aos excluídos a dignidade humana, retira-se-lhes mesmo a qualidade de seres humanos, conforme se evidencia na atuação do aparelho de repressão”⁵⁹⁴ v.g. com a não aplicação sistemática dos direitos fundamentais e de outras garantias jurídicas.

Conforme ensina a experiência, as distorções no campo do Estado de Direito assumem aqui proporções estarrecedoras: por um lado se recorre à maior parte da população, por outro lado não se investe essa parte da população de direitos; por um lado a maior parte da população é “integrada” na condição de obrigada, acusada, demandada, por outro lado ela não é integrada na condição de demandante, de titular de direitos. Os direitos fundamentais não estão positivamente à disposição dos indivíduos e dos grupos excluídos, mas os direitos fundamentais e humanos destes são violados (de forma repressiva e de outras formas). Normas constitucionais manifestam-se para eles “quase só nos seus efeitos limitadores da liberdade”, seus direitos de participação política aparecem – diante do pano de fundo a sua depravação integral – preponderantemente só no papel, assim como também o acesso aos tribunais e à proteção jurídica.⁵⁹⁵

Entretanto, Müller refere que tal *superestrutura* deslegitima uma sociedade não apenas no âmbito do Estado de Direito, mas também a partir de sua base democrática. Fundamentalmente porque, na luta contra a exclusão, uma democracia constitucional não pode se justificar apenas diante do *povo ativo* ou deste enquanto *instância de atribuição* de poder, mas também perante o *demos como destinatário* de todas as prestações afiançadas que o paradigma constitucional respectivo invoca⁵⁹⁶.

Inspirando-se na doutrina de Jürgen Habermas e o debate sobre o valor do “estado constitucional democrático”⁵⁹⁷, Zygmunt Bauman reflete que, “se concordarmos que o reconhecimento da diversidade cultural é o direito e o ponto de partida apropriado para qualquer discussão sensata dos valores humanos compartilhados, devemos também concordar que o

⁵⁹² BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca pela segurança na sociedade atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 87.

⁵⁹³ MÜLLER, Friederich. *Quem é o Povo: a questão fundamental da democracia*; tradução Peter Naumann; revisão Paulo Bonavides. 3. ed. – São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 94.

⁵⁹⁴ Ibid.

⁵⁹⁵ Ibid. p. 95.

⁵⁹⁶ Ibid.

⁵⁹⁷ HABERMAS, Jürgen *apud* BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade. a busca pela segurança na sociedade atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 242.

‘estado constitucional’ é o único referencial pra tal debate”⁵⁹⁸. Uma sociedade autônoma, prossegue o autor, é inconcebível sem a autonomia de seus membros; uma república não se concebe sem os direitos assegurados ao indivíduo.

Conforme o magistério de Norberto Bobbio, a afirmação dos direitos do homem deriva, no plano histórico, de uma inversão radical de perspectiva – característica fundamental da formação do Estado moderno – na representação da relação Estado/cidadão; relação a qual, em correspondência com a emergência da visão individualista da sociedade, é cada vez menos representativa dos direitos do soberano ou dos cidadãos como súditos e, *pari passu*, compreendida de baixo, isto é, aos olhos dos indivíduos que a compõem⁵⁹⁹. É dizer, conforme sucinta análise de Paulo Gustavo Blanco, que os direitos fundamentais assumem posição de destaque na sociedade com a inversão da tradicional relação entre Estado e indivíduo, reconhecendo a este, com precedência, uma plêiade de direitos, e somente depois se lhe impondo deveres; inversamente, o Estado tem, antes de mais, deveres em relação ao indivíduo, e apenas subsidiariamente tem direitos a ele oponíveis⁶⁰⁰.

Novamente com Bobbio, é seguro afirmar que os direitos não nascem todos de uma vez; “nascem quando devem ou podem nascer”⁶⁰¹. Surgem no momento em que as instâncias de poder ameaçam a liberdade do indivíduo ou podem oferecer mecanismos de melhoramento das suas condições de humanidade; ameaças às quais se combate por meio de demandas pela limitação do poder e mecanismos os quais introduzidos através da exigência de intervenções protecionistas⁶⁰². Com efeito, expõe o autor que o desenvolvimento histórico dos direitos do homem se deu em três fases:

[...] num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em *relação ao* Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente como autonomia — tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no* Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências — podemos mesmo dizer, de

⁵⁹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade. a busca pela segurança na sociedade atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 242.

⁵⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed., 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 08.

⁶⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 107.

⁶⁰¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed., 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 09.

⁶⁰² *Ibid.*

novos valores —, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou *por meio* do Estado.⁶⁰³

Adverta-se, entretanto, que, como consectário da historicidade que lhe é inerente, a lista de direitos do homem não é estanque. A sempre presente possibilidade de mudanças significativas na organização da vida humana e das relações sociais mantém vivas as chances de criação de condições favoráveis ao nascimento de novas demandas por liberdades e poderes⁶⁰⁴.

Neste contexto, a doutrina de José Afonso da Silva atribui ao *constitucionalismo* a qualidade de instrumento nascido com o mote de limitar a ação do poder e garantir a vigência dos direitos da pessoa humana; “pois o *constitucionalismo* surgiu na história da Humanidade no bojo de revoluções destinadas a refazer pactos sociais existentes, em busca de nova ideia de Direito e do acolhimento de novos valores sociais”⁶⁰⁵. Sustenta o autor que as constituições nasceram como instrumentos de luta pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária. E, conquanto geradas sob o jugo do absolutismo do século XVIII como mecanismo de positivação das liberdades fundamentais e limitação de poder, “fecundaram-se de novos direitos ao longo desses dois últimos séculos”⁶⁰⁶. E assim é que o “Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais”, na dicção de Ingo Sarlet, “assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente”⁶⁰⁷. Neste sentido, José Afonso da Silva sustenta que o constitucionalismo, como todo conceito histórico, não é estático, mas dinâmico; se enriquece a cada novos direitos fundamentais incorporados à constituição. Trata-se, conforme expõe o autor, “de processo enriquecedor, sem que a forma de constitucionalismo subsequente importe superar o anterior”⁶⁰⁸.

Mais uma vez com Ingo Sarlet, há de se mencionar que, afora sua função limitativa do poder, os direitos fundamentais constituem critérios de legitimação do poder estatal e, conseqüentemente, da ordem constitucional ela mesma, eis que “o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos”⁶⁰⁹. Além disso, cabe apontar a imbricação dos direitos fundamentais à ideia específica de

⁶⁰³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed., 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 20.

⁶⁰⁴ Ibid.

⁶⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 67.

⁶⁰⁶ Ibid. p. 68.

⁶⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 59.

⁶⁰⁸ SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 74.

⁶⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 60.

democracia ressaltada por Sarlet. Isso pois, conforme o autor, “verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo”⁶¹⁰; sobretudo por meio do reconhecimento de igualdade perante a lei e de oportunidades, da formação de um espaço de liberdade real, como também a outorga do direito de participação efetiva, com liberdade e igualdade, na conformação da comunidade e do processo político, neste sentido considerada o fundamento funcional da ordem democrática, seu parâmetro de legitimidade e complemento indispensável das demais liberdades.

Sem embargo, o feixe de direitos fundamentais reconhecido na ambiência de um regime democrático detém ainda uma função decisiva de garantidora das minorias em face da ameaça de possíveis desvios praticados pela maioria no poder, consolidando-se, ao lado da liberdade política, a garantia da liberdade-autonomia. Neste sentido, sustenta-se que aos direitos fundamentais é atribuído um caráter contramajoritário, que, conquanto inerente às democracias constitucionais, não deixa de estar, segundo observa Ingo Sarlet, “permanentemente em conflito com o processo decisório político, já que os direitos fundamentais são fundamentais precisamente por estarem subtraídos à plena disponibilidade por parte dos poderes constituídos”⁶¹¹, não importando que estejam democraticamente legitimados para o exercício do poder.

Em suma, conforme lição de José Afonso da Silva, as constituições contemporâneas têm “*por objeto* estabelecer, sob forma escrita, a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação assegurar os direitos e garantias dos indivíduos”⁶¹², além de “fixar o regime político e disciplinar os fins socioeconômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais”⁶¹³. Desse modo, “o constitucionalismo concebeu e mantém a constituição escrita como missão de, estruturando o Estado e racionalizando o poder, proteger os direitos fundamentais da pessoa humana”⁶¹⁴. É dizer, nas palavras do célebre constitucionalista, que os direitos fundamentais designam prerrogativas e instituições que o ordenamento positivo concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais*, desta feita, “acha-se a indicação de que se trata de

⁶¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 62.

⁶¹¹ Ibid.

⁶¹² SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 86.

⁶¹³ Ibid.

⁶¹⁴ Ibid.

situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”⁶¹⁵. Dito de outro modo por Ingo Sarlet, sem embargo da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, constituição e direitos fundamentais, todos estes, reunidos no propósito de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, dos valores da igualdade, liberdade e justiça, representam e constituem *conditio sine qua non* à existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado Democrático de Direito⁶¹⁶.

Na linha do que leciona Luís Roberto Barroso, o constitucionalismo democrático ocupa a posição de ideologia vitoriosa do século XX. Fundamentalmente porque, segundo sustenta o autor, “o imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institucional, que procura combinar Estado de direito [supremacia da lei] e soberania popular, a melhor forma de realizar os anseios da modernidade”⁶¹⁷; consolidar limitações ao exercício do poder, a dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça social, tolerância, etc. No mesmo sentido, Valdir de Oliveira Júnior alude que “o direito constitucional chega ao século XXI numa trajetória ascendente, absorvendo conquistas das mais diversas ciências e consciências”⁶¹⁸. Os programas normativos constitucionais que versam sobre os direitos fundamentais, vale dizer, foram postos no centro do sistema jurídico e a jurisdição constitucional se tornou guardiã das conquistas históricas da sociedade. Os órgãos estatais, enfim, são investidos de um aspecto instrumental no processo de realização dos programas normativos estabelecidos na constituição; processo do qual retiram – e fundamentam – sua legitimidade.

No ponto, registre-se que o fato de os direitos fundamentais constarem na constituição escrita numa ambiência de Estado de direito os torna “parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos”⁶¹⁹. A constitucionalização dos direitos fundamentais, neste sentido, impede que estes sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao seu alvitre. Isto é, nenhum desses poderes se confunde com o poder que consagra os direitos fundamentais, os quais, diga-se, lhes são superiores e inclusive condição de legitimidade: “os direitos fundamentais qualificam-se, juridicamente,

⁶¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 163.

⁶¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 63.

⁶¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29.

⁶¹⁸ JÚNIOR, Valdir Ferreira de Oliveira. O Estado Constitucional Solidarista. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 54.

⁶¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 126.

como obrigações indeclináveis do Estado”⁶²⁰. Neste sentido, vale insistir que a Constituição prestigia o axioma de que seus preceitos provêm do poder constituinte originário; da expressão de soberania de um povo, e bem por isso se situa acima dos poderes constituídos⁶²¹.

Em outras palavras, no instante em que a “norma fundamental”⁶²² toma forma de sistema, está-se diante de uma certa estabilidade ético-política orientadora de um determinado período histórico. De um ponto de vista puramente normativo, vale mencionar, Tarso Genro sustenta que nos direitos fundamentais positivados na Constituição estão gravados os protocolos do contrato político dos quais decorre um sistema coerente, coativo, aceito e legitimado para o presente; embora também admitindo a absorção de um constante “devir”⁶²³ da norma fundamental. E, neste *devir*, conclui o autor, “é que as normas do sistema absorvem os ‘princípios’ constitutivos da ordem. Nele é que são forjados os limites e o conteúdo, tanto do modo de vida democrático imperante, como suas dominações e resistências, como do contrato social legítimo”⁶²⁴.

No Brasil, conforme expõe Luís Roberto Barroso, o modelo constitucional prevalente no século passado chegou com certo atraso; às vésperas da virada do milênio, embora não tarde demais. Sustenta que, desde então, os anos passados representam o percurso vitorioso não de uma constituição específica, mas antes de uma ideia que se consolidou não apenas como um modo de ver o Estado e o Direito, como também de desejar o mundo; desejar tempos de justiça, fraternidade e delicadeza. É dizer, “com as dificuldades inerentes aos processos históricos complexos e dialéticos, temos nos libertado, paulatinamente, de um passado autoritário, excludente, de horizonte estreito”⁶²⁵.

Conforme o escólio de Ingo Sarlet, “três características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988 podem ser consideradas (ao menos em parte) como extensivas ao título

⁶²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 126.

⁶²¹ Ibid.

⁶²² Pressuposto não só de validade, mas também de eficácia, funcionalidade e legitimidade da ordem jurídica que subjaz à Constituição. Ver KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 327.

⁶²³ Os pensadores alemães, em contrapartida, foram propensos a preferir devir à rigidez de ser, e aplicaram “devir” ao DESENVOLVIMENTO autônomo, mas árduo e evitado de conflitos, da HISTÓRIA e da VIDA. Ver INWOOD, Michael. *Dicionário Hegel*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 292-293.

⁶²⁴ GENRO, Tarso. Os Fundamentos da Constituição no Estado de Direito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 117.

⁶²⁵ BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29.

dos direitos fundamentais”⁶²⁶; a saber: “seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente”⁶²⁷. Analítico porque, a rigor, o vasto número de dispositivos legais lançados no texto constitucional pressupõe uma predisposição regulamentadora do constituinte originário a fim de resguardar uma série de reivindicações e conquistas de uma eventual erosão ou supressão pelos poderes constituídos, sobretudo o legislador ordinário⁶²⁸. O aspecto plural da Constituição, ao seu turno, advém fundamentalmente do seu caráter compromissário e conciliatório com – e de – forças e demandas políticas de diversas matizes envolvidas no processo constituinte. Sem embargo, com mais ênfase a característica do pluralismo se faz presente no texto constitucional no título dos direitos fundamentais, onde se há de encontrar uma plêiade de dispositivos reconhecendo uma grande gama de direitos sociais e de diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos, etc.

Enfim, ressalta-se na Constituição de 1988 o seu cunho programático e dirigente, que decorre “do grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins, tarefas, incluindo diversas ordens (imposições) ao legislador, a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos”⁶²⁹. Segundo definição dada por José Joaquim Gomes Canotilho, o conceito de constituição dirigente compreender-se-á por “o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais”⁶³⁰. No ponto, sugere que uma constituição deve revestir-se do cariz de “plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e define fins”⁶³¹; “um estatuto jurídico do político, um plano global normativo do estado e da sociedade”⁶³². Conforme apontado por José Afonso da Silva, no sentido proposto por Canotilho, essa constituição dirigente contempla um programa que procura, antes de mais, uma prática e, não, uma teoria; “daí que a programática de uma constituição dirigente, democraticamente fixada e compromissoriamente aceita, aspira tornar-se a dimensão visível de um projeto de justo comum e de direção justa”⁶³³.

⁶²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 65.

⁶²⁷ *Ibid.*

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ *Ibid.* p. 66.

⁶³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 11.

⁶³¹ *Ibid.*

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 89.

Particularmente no Brasil, a Constituição promete e quer realizar transformações sociais para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme enunciado em seu artigo 3º como objetivo fundamental da República. É neste sentido, portanto, que José Afonso da Silva afirma que a Constituição de 1988 é uma Constituição dirigente:

[...] dirigente “enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática”; dirigente porque orienta de modo mais ou menos intenso o processo econômico e social, à vista da consecução da justiça social, mediante a realização dos direitos fundamentais sociais, porque de outra forma, como a experiência histórica demonstra, não o conseguirá.⁶³⁴

Neste particular, merece destaque o aspecto concernente ao contexto histórico no qual a Constituição de 1988 foi introduzida. Com efeito, sabe-se que a constituição brasileira foi precedida de um período marcadamente autoritário caracterizador da ditadura militar que vigorou no país ao longo de 21 anos. “A relevância atribuída aos direitos fundamentais”, sustenta Ingo Sarlet, “o reforço do seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo aniquilação de liberdades fundamentais”⁶³⁵. Neste sentido, observa o autor, “[também] nesse aspecto é possível traçar um paralelo entre a nossa Constituição Federal de 1988 e diversas Constituições do segundo Pós-Guerra”⁶³⁶. A barbárie do totalitarismo, escreve Flávia Piovesan, “significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. [E se] a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar sua reconstrução”⁶³⁷.

No mesmo sentido, Paulo Gustavo Blanco destaca que a constituição brasileira de 1988 se filiou à tendência de uma gama de constituições ao redor do mundo que, igualmente precedidas de períodos históricos de desprezo de direitos fundamentais, adotaram expressamente o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De fato, é o que se lê no §1º, do artigo 5º, da Constituição de 1988⁶³⁸, cujo significado essencial é, conforme

⁶³⁴ SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 89.

⁶³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 67.

⁶³⁶ Ibid.

⁶³⁷ PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009. p. 298.

⁶³⁸ Art. 5º, §1º. [...] “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. In: BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

observação do autor, “ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e, não, meramente programático”⁶³⁹. Ademais:

Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e, não, na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, e, não, o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.⁶⁴⁰

Sem embargo, Luís Roberto Barroso anota que, desde a sua gênese, e especialmente nos últimos anos, a Constituição Federal de 1988 passou a gozar, como antes nunca visto, de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e normatividade dos princípios fundantes. É dizer, “[compreendida] como uma ordem objetiva de valores, [a Constituição] transformou-se no filtro através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico”⁶⁴¹. “Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito”⁶⁴²:

A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.⁶⁴³

Neste aspecto, a doutrina constitucional atribui aos direitos fundamentais as dimensões subjetiva e objetiva, sendo a primeira correspondente à característica desses direitos e garantias de exigir que se adote uma *ação negativa* ou *positiva* com o condão de produzir efeitos em certas relações jurídicas. É dizer, respectivamente, o respeito ao espaço de liberdade do indivíduo e a promoção do Estado de bem-estar; além da correspondência a *competências* que, conquanto não exijam necessariamente um comportamento ativo ou omissivo, têm o poder de modificação de posições jurídicas. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ao seu turno,

⁶³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 134.

⁶⁴⁰ Ibid. p. 126.

⁶⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27.

⁶⁴² Ibid. p. 28.

⁶⁴³ Ibid.

corresponde ao “significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional”⁶⁴⁴. Sobretudo porque, conforme Paulo Gustavo Blanco, “os direitos fundamentais são da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para sua ação”⁶⁴⁵. Além do mais,

O aspecto objetivo dos direitos fundamentais leva, também, a que se lhes atribua uma eficácia irradiante, servindo de diretriz para a interpretação e aplicação das normas dos demais ramos do direito. Enseja, ainda, a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais – a eficácia desses direitos na esfera privada, no âmbito das relações entre particulares.⁶⁴⁶

Assim é que se transcende a perspectiva individual dos direitos fundamentais para alçá-los à “estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático”⁶⁴⁷. Nesse turno, adverte Friederich Müller que o “mero fato de que as pessoas se encontram no território de um Estado é tudo menos irrelevante”⁶⁴⁸. Compete-lhes, antes de mais, a atribuição e proteção constitucional e infraconstitucional da qualidade de ser humano, a dignidade humana e a personalidade. Desta feita, o objetivo “é impor a *igualdade de todos* no tocante à sua qualidade de seres humanos, à dignidade humana, aos direitos fundamentais e às restantes garantias legalmente vigentes de proteção”⁶⁴⁹. É dizer, nas palavras do autor, que as pessoas podem ser pobres, “mas isso não significa que ‘se’ possa tortura-las impunemente”⁶⁵⁰. Elas também podem ser “social, cultural e politicamente destituídas de oportunidades de participação, mas isso não significa que ‘a gente’ possa mata-las impunemente”⁶⁵¹. Relembrando mais uma vez de Agamben, a vulnerabilidade de grupos minoritários não confere a prerrogativa de relegá-las ao *status* de *homo sacer*⁶⁵² e se lhes retirar o caráter de pessoa.

Neste sentido, o magistério de José Afonso da Silva atribui à igualdade e à liberdade o jaez de valores democráticos, marcadamente no sentido de que a democracia serve de

⁶⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 153.

⁶⁴⁵ Ibid.

⁶⁴⁶ Ibid. p. 155.

⁶⁴⁷ Ibid. p. 153.

⁶⁴⁸ MÜLLER, Friederich. *Quem é o Povo: a questão fundamental da democracia*; tradução Peter Naumann; revisão Paulo Bonavides. 3. ed. – São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 75.

⁶⁴⁹ Ibid. p. 94.

⁶⁵⁰ Ibid.

⁶⁵¹ MÜLLER, Friederich. *Quem é o Povo: a questão fundamental da democracia*; tradução Peter Naumann; revisão Paulo Bonavides. 3. ed. – São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 94.

⁶⁵² AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

instrumento de realização desses valores no plano prático⁶⁵³. Além disso, na esteira do que adverte Pinto Ferreira, sustenta que o axioma *igualdade* no melhor sentido democrático deve significar uma igualdade *substancial*, e, não, uma igualdade apenas formalmente realizada no campo jurídico. Isto é, uma igualdade substancial que estende sua amplitude às demais e diversas dimensões da vida sociocultural⁶⁵⁴. Torna-se, novamente com Tarso Genro, “meta programática e valor ético-político que se projeta na Constituição”⁶⁵⁵.

Indo mais adiante, poder-se-á afirmar com Daniel Sarmento que o direito ao reconhecimento intersubjetivo é essencial e indispensável às pessoas numa ordem constitucional democrática. Isso pois, fundamentalmente associado à dignidade humana em sua dimensão de igualdade e solidariedade, um *direito fundamental ao reconhecimento* se revela enquanto um *direito ao igual respeito da identidade pessoal*. Isto é, livre de estigmas ou humilhações⁶⁵⁶. Assim, o direito ao reconhecimento envolve duas facetas que não são antitéticas, mas complementares entre si. Na primeira delas, a faceta negativa, o direito ao reconhecimento veda a adoção de práticas que desrespeitem as pessoas em sua identidade, estigmatizando-as. Na dimensão positiva, por outro lado, impõe-se ao Estado a adoção de medidas destinadas ao combate de práticas estigmatizantes e à superação dos estigmas existentes⁶⁵⁷. Sobretudo porque, como visto, não raro os grupos estigmatizados são excluídos, implícita ou explicitamente, do acesso igualitário a direitos gozados pelos demais membros da sociedade; exclusão esta que não os priva apenas de bens materiais fundamentais, mas antes corresponde, por si só, a um sinal de desrespeito, “à imposição de um selo oficial de inferioridade”⁶⁵⁸. A história nacional, reforça Sarmento, “é repleta dessas exclusões, a começar pela mais grave, que vitimou os escravos, cujas profundas cicatrizes o país ainda carrega”⁶⁵⁹. E sobre este último aspecto, o autor obtempera que, em geral,

[...] o estigma combatido pelo direito ao reconhecimento resulta do pertencimento da vítima a alguma coletividade desvalorizada pela cultura hegemônica – e.g., negros, índios, homossexuais, mulheres, pessoas com deficiência e trabalhadores que exercem certos ofícios socialmente desqualificados, como prostitutas, lixeiros e empregadas

⁶⁵³ SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 466.

⁶⁵⁴ FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 6ª ed., t. I. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 181.

⁶⁵⁵ GENRO, Tarso. Os Fundamentos da Constituição no Estado de Direito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 117.

⁶⁵⁶ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 257.

⁶⁵⁷ Ibid.

⁶⁵⁸ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 264.

⁶⁵⁹ Ibid.

domésticas. O direito ao reconhecimento busca não apenas combater os efeitos negativos dessa desvalorização identitária – violências materiais e simbólicas contra os grupos estigmatizados, invisibilidade, discriminações diretas e indiretas etc. – como também interferir no plano cultural para “cortar o mal pela raiz”, eliminando a sua causa: os padrões culturais responsáveis por tal desvalorização.⁶⁶⁰

Não por outra razão, sustenta Ingo Sarlet que a formulação adotada pelo constituinte de 1988, ao referir-se à dignidade da *pessoa* humana como fundamento da República e do Estado democrático de Direito, em sua dimensão jurídica e institucional, dá-se ao valor intrínseco o escopo do *indivíduo*, isto é, com vistas a se evitar o sacrifício da dignidade da pessoa individual em prol da dignidade humana ou da humanidade em sua dimensão transindividual⁶⁶¹. Em igual sentido, destaca o autor que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos, constituindo-se a garantia de isonomia de todos os seres humanos pressuposto essencial para o respeito da dignidade humana. Significa dizer que a todos os seres humanos deve ser assegurado para que não sejam submetidos a tratamentos discriminatórios e arbitrários, “razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivos de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material”⁶⁶².

Nessa ordem de raciocínio, parece haver um consenso na esfera doutrinária a respeito da noção de que reside em Immanuel Kant a “mais célebre formulação da ideia de valor intrínseco da pessoa”⁶⁶³. Grosso modo, sabe-se que a filosofia kantiana envolve a formulação de uma teoria moral fundada na existência de normas passíveis de universalização, válidas incondicionalmente e em todas as situações, às quais se poderia designar *imperativos categóricos*. Em sua segunda versão, vale dizer, o imperativo categórico kantiano consagra o valor intrínseco do ser humano; a chamada “fórmula do fim em si mesmo”⁶⁶⁴. Kant apregoa: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim, e nunca simplesmente como um meio”⁶⁶⁵.

⁶⁶⁰ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 258.

⁶⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 27.

⁶⁶² Ibid. p. 49.

⁶⁶³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 106.

⁶⁶⁴ Ibid.

⁶⁶⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*; tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005. p. 73.

Conforme expõe Luís Roberto Barroso, o *valor intrínseco* ao qual se refere é, no plano filosófico, “o elemento ontológico da dignidade humana, ligado à natureza do ser”⁶⁶⁶. Isto é, corresponde ao “conjunto de características que são inerentes e comuns a todos os seres humanos, e que lhes confere um *status* especial e superior no mundo, distinto de outras espécies”⁶⁶⁷. O valor intrínseco, prossegue o autor, “é oposto ao valor atribuído ou instrumental, porque é um valor que é bom em si mesmo e que não tem preço”⁶⁶⁸. E a singularidade da natureza humana consiste fundamentalmente na combinação de características e traços imanentes que incluem inteligência, sensibilidade e capacidade de se comunicar.

No plano jurídico, de outra banda, o valor intrínseco está, segundo Barroso, “na origem de um conjunto de direitos fundamentais”⁶⁶⁹ que envolve o *direito à vida*, neste aspecto compreendido enquanto uma pré-condição indispensável para o desfrute de qualquer outro direito; o *direito à integridade* física e psíquica; e, enfim, o *direito de igualdade perante a lei e na lei*:

Todos os indivíduos têm igual valor e por isso merecem o mesmo respeito e consideração. Isso implica na proibição de discriminações ilegítimas devido à raça, cor, etnia ou nacionalidade, sexo, idade ou capacidade mental (o direito à não discriminação) e no respeito pela diversidade cultural, linguística ou religiosa (o direito ao reconhecimento). A dignidade humana ocupa apenas uma parte do conteúdo da ideia de igualdade, e em muitas situações pode ser aceitável que se realizem diferenciações entre as pessoas.⁶⁷⁰

A rigor, conforme menciona Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana, por se tratar do valor intrínseco a cada uma e de todas as pessoas, somente faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade. Não por outra razão é que se impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, isto é, a fim de se assegurar que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade, “o que, de resto, aponta para a dimensão política da dignidade, igualmente subjacente ao pensamento de Hannah Arendt, no sentido de que a pluralidade pode ser considerada *a* condição (e não apenas como uma das condições) da ação humana e da política”⁶⁷¹.

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma

⁶⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*; tradução Humberto Laport de Mello. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 76.

⁶⁶⁷ Ibid.

⁶⁶⁸ Ibid.

⁶⁶⁹ Ibid. p. 77.

⁶⁷⁰ Ibid.

⁶⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 27.

existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.⁶⁷²

Por fim, segundo resume de Flávia Piovesan, ao longo de toda a história, as mais graves violações dos direitos humanos tiveram como pano de fundo a racionalidade dicotômica do *eu* x *outro*, onde a diversidade serviu de instrumento de fundamentação à aniquilação de direitos e a diferença viabilizadora de uma concepção de inferioridade em dignidade e direitos do *outro* dissemelhante; “ou, em situações-limite, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo)”⁶⁷³.

Como leciona Amartya Sen, “identity can be a source of richness and warmth as well as of violence and terror”. O autor ainda tece aguda crítica ao que denomina como “*serious miniaturization of human beings*”, quando é negado o reconhecimento da pluralidade de identidades humanas, na medida em que as pessoas são “*diversily different*”.⁶⁷⁴

Neste particular, sustenta que o temor à diferença se traduz em fator que permite compreender a base de fundamentação da primeira fase de proteção dos direitos humanos, marcadamente de uma proteção geral e abstrata baseada na igualdade formal. Todavia, adverte que se torna insuficiente tratar o indivíduo genérica e abstratamente, fazendo-se necessária a especificação do sujeito de direito em suas peculiaridades e particularidades. Significa dizer que “determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada”⁶⁷⁵, de tal modo que categorias reconhecidamente vulneráveis como *v.g.* as mulheres, crianças, populações afrodescendentes, migrantes e pessoas com deficiência devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Destarte, “ao lado do direito à igualdade”, ainda segundo Flávia Piovesan, “surge, também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial”⁶⁷⁶, pautado na concepção de igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades. Bem por isso:

⁶⁷² Ibid.

⁶⁷³ PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009. p. 295.

⁶⁷⁴ Ibid.

⁶⁷⁵ Ibid.

⁶⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em*

A ótica material objetiva construir e afirmar igualdade com respeito à diversidade. O reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão a uma plataforma emancipatória e igualitária. A emergência conceitual do direito à diferença e do reconhecimento de identidades é capaz de refletir a crescente voz dos movimentos sociais e o surgimento de uma sociedade civil plural e diversa no marco do multiculturalismo.⁶⁷⁷

Portanto, conforme a célebre formulação de Boaventura de Souza Santos, o paradigma constitucional e de direitos fundamentais hodierno pressupõe que “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza”⁶⁷⁸.

CONCLUSÃO

Como se pôde verificar do arranjo formado a partir do marco teórico eleito, as hipóteses formuladas em atenção ao problema proposto puderam se confirmar integralmente. A toda evidência, a estereotipia e a noção de subalternidade constatadas na atualidade estão vinculadas a uma espécie de *continuum* que remonta a cosmovisão dicotômica inaugurada pela expansão colonialista europeia a partir do êxito das expedições de navegação empreendidas nos idos do século XV. Ao se chocar com o nativo dissemelhante que habitava os rincões dessas novas terras recém-descobertas, o colonizador europeu se apressou em se autoproclamar elemento central do mundo e paradigma de civilidade e humanidade a ser observado e assimilado por todo o restante do globo. Todavia, esse discurso de assimilação, ao qual se deu o nome *colonização*, menos que um arroubo humanístico ou um movimento de elevação desses novos e peculiares exemplares da espécie humana ao *status* de civilizados, serviu, afinal, de pretexto para um violento empreendimento de exploração e subjugação dos povos colonizados. Grosso modo, o conquistador europeu se valeu da dissemelhança enquanto mecanismo de justificação de uma pretensa superioridade evolucionar que supostamente lhe outorgava a prerrogativa de exploração e espoliação do sujeito inferiorizado. A *racialização*, isto é, a hierarquização entre diversos grupos formados a partir das diferentes características físicas ostentadas por seus membros, exsurge no contexto colonial como importante ferramenta de legitimação dos discursos de dominação segundo os interesses do grupo racial dominante. Particularmente no

homenagem a J. J. Gomes Canotilho. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009. p. 295.

⁶⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009. p. 295.

⁶⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

Brasil, as agruras vividas pelos indígenas e negros africanos na constância do sistema escravocrata põem de manifesto a consolidação dos projetos de dominação validados pelo discurso racial hegemônico. O termo “sombra personificada”⁶⁷⁹, de Achile Mbembe, parece ilustrar com absoluta franqueza a circunstância de morte em vida do sujeito escravizado, cuja existência é mantida e forjada ao talante do seu senhor e proprietário.

Com efeito, a circunstância de morte em vida experimentada pelo sujeito escravizado representa, no marco da filosofia política, a ascensão da existência puramente biológica à ambiência política do Estado Moderno; a rigor, representa a “biopolítica”⁶⁸⁰. Todavia, porquanto fundamentalmente empreendida com o propósito de gerir e cultivar a vida em função dos seus reclamos, a biopolítica somente admite a redução do indivíduo à condição de morte em vida por meio do exercício do *racismo*; por meio de uma cesura biológica que permite definir quem deve prevalecer e quem deve sucumbir conforme o grupo fenotípico ao qual pertence. Por todas as representações elegíveis, a condição de morte em vida à qual é submetido o sujeito racializado e escravizado em muito se assemelha à dupla exclusão característica da figura do direito romano arcaico denominada *homo sacer*, metaforicamente resgatada por Giorgio Agamben enquanto representativa de uma peculiar condição de indecidibilidade, eis que inclusiva em uma zona de exclusão. No ponto, essa zona de exclusão merece destaque pois, sob o espectro da teoria política, está intimamente ligada ao *estado de exceção* instaurado pelo soberano a pretexto da restauração da normalidade ameaçada por uma situação de risco. Isto é, a fim de que não haja uma completa desestabilização da ordem, o soberano inclui na ordenação uma excepcional exclusão, restabelecendo-se a normalidade na medida em que a emergência do risco vai se dissipando na constância do estado de exceção. Numa palavra, o estado de exceção se resume à *decisão* do soberano a respeito do risco ensejador da sua decretação. Em última análise, porém, a decisão acerca da decretação do estado de exceção vai se emancipando da noção de risco que outrora lhe servira de fundamento e legitimação para cada vez mais se entregar ao alvitre do soberano, não raro criador da situação de emergência ensejadora da medida; uma noção ficcional de *inimigo* que não deixa de passar pelo racismo.

Sobre a segunda hipótese, vale dizer, o que se pôde verificar foi que a abolição do regime escravocrata no Brasil esteve longe de significar o fim do projeto de dominação racial inaugurado no ensejo da era colonial. Como visto, a resistência da escravaria ao regime

⁶⁷⁹ MBEMBE, Achile. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018. p. 27.

⁶⁸⁰ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*; tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 304.

escravocrata contribuiu ela mesma à perpetuação da noção de inferioridade e nocividade implementada pela racialização da espécie humana. A criminalidade escrava, especialmente acentuada nas últimas décadas do regime, reforçava a noção de risco ligada à imagem bestial e animalésca do negro inferiorizado inculcada no imaginário social. A transferência de responsabilidades dos senhores de escravos ao Estado transformou os atos de revolta em questões de ordem pública; de pacificação social. O negro, ao buscar a sua emancipação dos grilhões após de mais de três séculos de exploração e injúria, tornou-se imediatamente a representação por excelência de uma ameaça à paz social. Não por outra razão, mal o regime escravocrata havia cessado e a classe racial dominante logo se encarregou de relegar ao Estado a missão de manter os negros recém-libertos presos ao chão. A criminalização de condutas tipicamente da cultura escrava, como também da ociosidade para que não ficassem deambulando pelas ruas, são exemplos de medidas tendentes à perpetuação da inferiorização do negro pela condição de cativo no imediato pós-abolição. Sem embargo, o propósito de manutenção da hegemonia racial lançou mão de mecanismos ainda mais sofisticados a fim de conservar a subjugação da raça considerada inferior. Sob o manto de justificações pretensamente científicas, vale dizer, com a obtenção da liberdade e direitos de igualdade pela abolição, a inferioridade do sujeito racializado de legal passou a ser biológica. E assim é que o fator biológico se tornou elemento central no propósito de classificação da espécie humana e demarcação de sinais de inferioridade constitucional e degenerescência, os quais serviram de fundamento e justificação à adoção de medidas de eliminação no limite do possível dos elementos representativos de uma ruptura na escala evolutiva da humanidade. Tal como ocorreu v.g. com as propostas de branqueamento da população por meio da miscigenação positiva ou a prática da eugenia.

Caudatárias do racismo científico deflagrado pelo projeto de hegemonia racial, as teorias criminológicas positivistas assumiram posição de destaque no espoco de manutenção de uma ordem social dicotômica. Intimamente ligada às teorias patológicas da criminalidade, a criminologia positivista se define pela diferenciação dos indivíduos entre criminosos e normais; fundamentalmente vinculada à negação do livre arbítrio e explicada por um rígido determinismo que confere ao delinquente o *status* de sujeito diferente, cujas causas do comportamento criminoso seriam clinicamente observáveis. O racismo, então, se revela para as correntes criminológicas positivistas enquanto mecanismo de atribuição da condição de inferioridade ao homem delinquente; isto é, um sinal negativo de diferença frente aos normais. Com efeito, já se disse que no Brasil, com o advento do fim da escravidão, o discurso científico

se encarregou de dar continuidade à inferiorização do negro liberto que alhures ficava ao encargo da lei e de seus mandatários. Portanto, é feliz a afirmação de Hugo Leonardo de que “o estigma deixava de residir na condição de escravo para situar-se na cor da pele”⁶⁸¹. E um dos grandes contribuintes à justificação científica da inferiorização do negro liberto foi o psiquiatra baiano Raimundo Nina Rodrigues, defensor de teses que vão desde a negação do livre arbítrio à adoção de medidas penais distintas conforme os diferentes grupos de delinquentes e seus níveis de responsabilidade. Eis, então, o busfílis da questão: a adoção de tratamentos penais diferenciados a indivíduos conforme as características comuns dos grupos aos quais pertencem segundo a classificação eleita.

Nesse sentido, a confirmação da terceira hipótese parte da premissa de que a adoção de tratamentos penais diferenciados a determinados indivíduos ou grupos conforme a classificação que recebem das instâncias oficiais de criminalização é um dado recorrente do ponto de vista criminológico. Grosso modo, o sistema punitivo apresenta uma tendência histórica de atribuição de um tratamento penal fundamentalmente voltado à gestão de riscos, buscando neutralizar aqueles que representam um perigo à paz social e por isso recebem a pecha de “*inimigos da sociedade*”⁶⁸². E o pressuposto dessa gestão punitiva de riscos gerais, diga-se, que mais se aproxima do direito administrativo que do direito penal, é o da “prevenção cognitiva”⁶⁸³. Neste particular, a teoria do direito penal do inimigo formulada por Jakobs serve de parâmetro à constatação, na ambiência penal de um determinado ordenamento, do escopo puramente neutralizador daqueles que não emprestam a necessária garantia cognitiva exigível ao *status* de personalidade conforme os parâmetros estabelecidos. Isso porque, promovendo a divisão do direito penal em dois sistemas distintos, nomeadamente a categorização da espécie humana entre cidadãos e inimigos, Jakobs propõe a negação a estes dos direitos de personalidade naturalmente reconhecidos à condição de cidadão. Para o inimigo, a pena não quer dizer nada além da eliminação de um perigo; a neutralização de um mal em si mesmo.

E a doutrina penal do inimigo pode ser percebida em um sistema punitivo sob diversas clivagens e em diferentes matizes. No caso do Brasil, vale dizer, as pesquisas desenvolvidas

⁶⁸¹ LEONARDO, Hugo. Recontando a história do Brasil: o pensamento criminológico positivista na visão de cândido Motta e a sua realocação política como pressuposto histórico de análise. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 121.

⁶⁸² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14). p. 11.

⁶⁸³ SANCHES, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direitos e ciências afins; v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). p. 168.

pelas defensorias públicas estaduais, em especial a do Rio de Janeiro, apontam para uma acentuada seletividade na atuação das instâncias oficiais de repressão e revelam a estigmatização racial incrustada no imaginário social brasileiro. A superioridade numérica de pretos e pardos sobre brancos entre os presos em todo o sistema penal, como também entre todos os presos em flagrante atendidos pela Defensoria Pública; entre os abordados pela polícia em circunstâncias subordinadas à subjetividade do agente policial; entre os erros judiciários envolvendo o reconhecimento fotográfico em solo policial; e a utilização indiscriminada de prisões provisórias na maioria desses casos são fortes sintomas de um escopo de neutralização de uma parcela específica da população que, representada pelas características fenotípicas comuns ao grupo racial ao qual pertence, sobretudo a *cor da pele*, não fornecem a garantia cognitiva mínima necessária ao recebimento de tratamento em conformidade com os direitos de personalidade reconhecidos à pessoa humana.

A toda evidência, as instâncias de criminalização primária introjetam a mentalidade de uma cultura burguesa-individualista para abranger mais frequentemente fatos nos quais incidem de modo mais comum as classes sociais marginalizadas, reforçando o estigma criado no imaginário social e desembocando no *loop* infinito dessa “coerência intrínseca dos estereótipos”⁶⁸⁴ definidora da criminalização secundária. Entre os negros, vale dizer, a marginalização social parece estar mais acentuada e intimamente relacionada à herança escravista da era colonial, como de resto o estigma e a noção ficcional do inimigo parecem remontar a pecha bestial e animalesca que os processos de despersonalização lhes atribuíram. Dito de outro modo, a hierarquização racial e a redução do sujeito racializado e inferiorizado à condição de morte em vida, característicos do passado escravista em *terrae brasilis*, se revelam enquanto precursores dos processos de estigmatização do sujeito não-branco, sobretudo o negro escravizado, que levaram ao seu enquadramento em um dos *lócus* abertos aos *inimigos da sociedade* conforme as diversas doutrinas penais de neutralização seletiva; são, afinal, as raízes dos estereótipos.

A quarta hipótese, ao seu turno, se confirmou na medida em que se pôde verificar que a delimitação de verdadeiros inimigos em meio à sociedade civil, ainda que com a intenção de evitar a integral conversão do direito penal em um direito puramente de guerra como na proposta de Jakobs, não se mostra compatível com o paradigma constitucional a ser observado no Brasil contemporâneo, como de resto nos demais países que se autointitulam democráticos.

⁶⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 389.

Com efeito, lembre-se que a busca pela segurança cognitiva não se trata de uma exclusividade da doutrina penal do inimigo, pois não é nada menos que a aspiração de todo e qualquer sistema normativo que se preste a buscar a pacificação social; embora a dinâmica social inviabilize o seu alcance em plenitude. Outrossim, a prerrogativa de sinalização desses inimigos dispõe de critérios demasiadamente abstratos e a margem de influência da subjetividade sobre o juízo de ausência de garantia cognitiva tende ao infinito, restando a fixação da figura do inimigo, como no caso do estado de exceção, à *decisão* e ao talante do(s) agente(s) sinalizador(es). Desse modo, a assunção da sistemática de um direito penal do inimigo é totalmente incompatível com o Estado de direito porque com isso se estaria a assumir feições de um Estado absoluto, essencialmente avesso a limitações ou contingências de qualquer natureza. É dizer, a cessão de espaço ao inimigo no seio do ordenamento repressivo importa no abandono do princípio do Estado de direito, eis que somente um Estado totalitário poderia fazê-lo sem que isso trouxesse crise às suas bases legitimadoras.

Sem embargo, o modelo constitucional contemporâneo, produzido sob a égide do propósito materializador dos ideais humanísticos no marco evolutivo dos direitos fundamentais, sobretudo no ensejo do segundo pós-guerra, aponta para os caminhos de efetivação de uma Constituição com força transformadora que perpassa todo o universo do direito. Neste sentido é que os princípios basilares que compõem o plexo de direitos humanos e fundamentais, especialmente o da pluralidade e os consectários de tolerância e inclusão, se apresentam não como uma opção, um possível caminho, mas como o que se projeta como objetivo e fim dessa nova ordem constitucional com força explosiva multidirecional. Portanto, os parâmetros constitucionais na ambiência de um Estado democrático conclamam direitos fundamentais inegociáveis em favor da liberdade-autonomia individual, rompendo com o autoritarismo solipsista e resguardando as prerrogativas de humanidade das minorias com todas as suas diferenças. Em outras palavras, o paradigma constitucional a ser observado no Brasil e em outras partes do globo implica na inadmissão de práticas discriminatórias de um passado a ser superado. A democracia exige, como parâmetro de legitimidade, a conservação dos direitos de igualdade como consequência lógica da condição de humanidade pura e simplesmente.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.
- ADORNO, Sergio. *Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo*. Novos Estudos, nº 43. nov. de 1995. Disponível em: https://bradonegro.com/content/arquivo/11122018_194015.pdf.
- ALMEIDA, Silvio. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos Pensamentos Criminológicos*; tradução de Sérgio Lamarão. – Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15).
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*; tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. *Onda Negra Medo Branco: o negro no imaginário das elites*; prefácio Peter Elenberg. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; tradução Juarez Cirino dos Santos. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*; tradução Humberto Laport de Mello. – 3. reimpr. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BATISTA, Nilo. *A violência do estado e os aparelhos policiais*. In: Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade, ano 2, 1997.

BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca pela segurança na sociedade atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

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

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BENVENISTE, Émile. *O vocabulário das instituições indo-européias*, vol II poder, direito, religião. Tradução Denise Bottmann. Campinas: Editora da Unicamp, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova ed., 7. reimp. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Resolução Nº 213 de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. *Dário de Justiça Eletrônico/Conselho Nacional de Justiça* nº 1, de 08 de jan. de 2016, p. 2-13.

BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília/DF, 23 de dez. de 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CARVALHO, José Murilo de. *Os Bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CASTRO, Edgardo de. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*; tradução Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

CHALHOULB, Sidney. *Literatura e escravidão*. In: *Dicionário da escravidão e liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 314-321.

CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal do Inimigo*; tradução de Karyna Batista Sposato. – Curitiba: Juruá Editora, 2012.

CORRÊA, Mariza. *As Ilusões de Liberdade: a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil*. 2. ed. rev. – Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001.

Defensoria Pública do Rio de Janeiro. “**Filtragem racial nos crimes do Estatuto do Desarmamento**”. 2020. Disponível em <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/f1f5b2ab644b40429428097e0193b30c.pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

Defensoria Pública do Rio de Janeiro. “**Perfil dos entrevistados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro nas audiências de custódia entre setembro de 2017 e setembro de 2019**”. 2020. Disponível em <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/0b6d8d161c1b41739e7fc20cca0c1e39.pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

Defensoria Pública do Rio de Janeiro. “**Análise dados agrupados RJ sobre reconhecimento fotográfico em sede policial**”. 2020. Disponível em <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/33e974efa1004184954cc1b08ac2f253.pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

Defensoria Pública do Rio de Janeiro. “**Relatório consolidado sobre reconhecimento fotográfico em sede policial**”. 2020. Disponível em <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/92d976d0d7b44b338a660ec06af008fa.pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

Departamento Penitenciário Nacional. “**Levantamento nacional de informações penitenciárias**”: período de julho a dezembro de 2019. 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiN2ZlZWVmNzktNjRlZi00MjNiLWZhYmYtNjExNmMyNmYxMjRkIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DOMINGUES, Petrônio. *Uma história não contada: negro, racismo e branqueamento em São Paulo no pós-abolição*. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2004.

FANON, Frantz. *Os Condenados da Terra*; tradução de José Laurênio de Melo e prefácio de Jean-Paul Sartre. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1968.

FANON, Frantz. *Pele Negra Máscaras Brancas*; tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. GLOBO, 2001. versão digital.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 6ª ed., t. I. São Paulo: Saraiva, 1983.

FIGUEIREDO, Frederico. *Política criminal populista: para uma crítica do direito penal instrumental*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 70, p. 100-132, jan./fev., 2008.

FILHO, Edson Vieira da Silva; MÜLLER, Bruna Gomes; ROVANI, Allan. Do sistema de controle social moderno ao sistema de garantias constitucionais contemporâneo: o direito penal como instrumento de dominação e gestão da ordem ou protetor de direitos fundamentais. In: *Ratio Juris. Revista Eletrônica da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 1, nº 02, jul./dez. de 2018. pp. 109-137. Disponível em <https://www.fdsm.edu.br/revistagraduacao/index.php/revistagraduacao/article/view/42>. Acesso em 16 de jan. de 2020.

FILHO, Edson Vieira da Silva; MÜLLER, Bruna Gomes. A Formação de uma Clientela Preferencial no Direito Penal Brasileiro à Luz da Criminologia Crítica. In: *Revista Jurídica Cesumar*, setembro/dezembro 2017, v. 17, nº 03. pp. 773-807. Disponível em <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5801>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

FILHO, Edson Vieira da Silva; PAIVA, Matheus Maciel. O Minimalismo Penal de Raúl Zaffaroni e um Diálogo com a Hermenêutica Filosófica como Caminhos para uma Reconstrução do Sistema Penal Brasileiro. *Quaestio Iuris*, vol. 14, nº 03. Rio de Janeiro, 2021. pp. 1001-1038. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/52442/39510>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -Universidade

de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/5117>. Acesso em 16 de jan. 2022.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*: curso no College de France (1975-1976); tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*; org. e trad. de Roberto Machado. – Rio de Janeiro, Edições Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A vontade de saber*. 20ª. reimpressão. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.

FRAGA, W. Pós-abolição; o dia seguinte. In: *Dicionário da escravidão e liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

FRANÇA, Jean Marcel Carvalho. *A construção do Brasil na literatura de viagem dos séculos XVI, XVII e XVIII, antologia de textos (1591-1808)*. Rio de Janeiro: EdUERJ; José Olympio, 1999.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e Senzala*. apresentação de Fernando Henrique Cardoso. 481 ed. rev. São Paulo: Global, 2003. versão digital.

GENRO, Tarso. Os Fundamentos da Constituição no Estado de Direito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Pensamento criminológico v. 6. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GÓES, Luciano; orientadora, Vera Regina Pereira de Andrade. *A “tradução” do paradigma etiológico de criminologia no Brasil: um diálogo entre Césare Lombroso e Nina Rodrigues da perspectiva centro-margem* (Dissertação). Florianópolis, SC, 2015. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/134794>. Acesso em 16 de jan. de 2022.

GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*: características gerais dos domicílios e moradores. 2019. Disponível em:

https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101707_informativo.pdf. Acesso em jan. de 2021.

INWOOD, Michael. *Dicionário Hegel*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

JAKOBS, Güinter; MELIÁ, Manuel Câncio. *Direito Penal do Inimigo*; org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

JÚNIOR, Valdir Ferreira de Oliveira. O Estado Constitucional Solidarista: Estratégias para sua Efetivação. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*; trad. de Enrique Aimone Gibson. Valparaíso: Edeval, 1994.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, v. 1, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula; MOURA, Bruno. *Perspectivas político-criminais e dogmáticas do direito penal no contexto da sociedade de riscos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 15, p. 357-393, jul./dez., 2011.

MACHADO, Maria Helena. *O Plano e o Pânico: os movimentos sociais na década da abolição*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, EDUSP, 1994.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MBEMBE, Achile. *Crítica da Razão negra*; tradução: Marta Lança. Lisboa: Editora Antígona, 2014.

- MBEMBE, Achile. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MC's, Racionais. *Sobrevivendo ao Inferno*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- MOURA, Clóvis. *Rebeliões da Senzala*. São Paulo: Editora Ciências Humanas, 1981.
- MOREIRA, Adilson. *Racismo Recreativo*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.
- MÜLLER, Friederich. *Quem é o Povo: a questão fundamental da democracia*; tradução Peter Naumann; revisão Paulo Bonavides. 3. ed. – São Paulo: Max Limonad, 2003.
- NASCIMENTO, Abdias do. *O Genocídio do Negro Brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- PAIVA, Matheus Maciel; FILHO, Edson Vieira da Silva. Paradoxo do Modelo Penal Brasileiro Contemporâneo: os direitos fundamentais acobertados pelo second code. In: *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifiabe)*. vol. 8, n. 1, 2020. Disponível em: <https://www.unifafib.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/535/pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2022.
- PAVARINI, Massimo. *Punir os Inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*; tradução Juarez Cirino dos Santos; Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe Editora, 2012.
- PETRUCELLI, José Luís; SABOIA, Ana Lúcia. *Características étnico-raciais da população: classificações e identidades*. IBGE: Rio de Janeiro, 2013.
- PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2017.
- RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro: A formação e o sentido do Brasil*. 1ª versão digital. São Paulo: Global editora, 2014.
- RODRIGUES, Raimundo Nina. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*. 1. vol., 2. ed. – Bahia: Guanabara, 1894.
- SANCHES, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direitos e ciências afins; v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira).

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição* [livro eletrônico]. 1. ed. Tirant lo Blanch: 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia da Repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SCHMITT, Carl. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europæum*. Trad. Alexandre Franco Sá; Bernardo Ferreira; José Maria Arruda; Pedro Villas Bôas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2014.

SCHMITT, Carl. *Teología política*. Tradiccionen Francisco Javier Conde Jorge Navarro Pérez. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das Raças: instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Nem Preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociedade brasileira*. São Paulo: Claro Enigma, 2012. (Agenda brasileira).

SKIDMORE, Thomas E. *Uma História do Brasil*; tradução: Raul Fiker. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

YUKA, Marcelo. *Todo camburão tem um pouco de navio negreiro*. Intérprete: o rappa. In: *Instinto coletivo ao vivo – versão simples*. São Paulo: Warner, 2002, CD-ROM, faixa 3.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A Questão Criminal*; tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*; tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014 (Pensamento Criminológico; 14).