

Direito, violência e polícia: divagações e radicalizações sobre a catástrofe policial-penal brasileira

*Law, violence and police:
wanderings and radicalizations on the brazilian police-penal catastrophe*

Fernando Nogueira Martins Júnior¹

Resumo: O artigo tem como campo de estudo a criminologia, em sua interface com os demais saberes penais (direito penal, processo penal) e com a política (criminal e geral). Ele busca explorar o tema do Estado Policial-Penal, seus cantos escuros e suas conexões com outros elementos, em especial aqueles vinculados ao sistema penal, por meios de divagações e radicalizações analíticas, sucintas e fragmentárias. Traz-se um breve diagnóstico da questão policial-penal, para então se analisar a pena enquanto base para a ação policial e a operatividade do sistema penal. Discorre-se sobre a violência como estruturante do sistema policial-penal (e não uma mera desregulação acidental), a irracionalidade da pena enquanto instituto e prática, a funcionalidade da coisificação do humano para o exercício da violência penal, o substrato arbitrário e brutal de todo e qualquer direito e, finalmente, alguns pontos cegos da discussão sobre polícia e sistema penal. Nas (in)conclusões, apontam-se alguns caminhos de pesquisa a serem tomados futuramente.

Palavras-chave: polícia; direito; violência; política.

Abstract: The article has criminology as its field, in its interface with the other criminal knowledges (criminal law, criminal procedure) and with politics (criminal and general). The article seeks to explore the issue of the Penal-Police State, its dark corners and its conexions with other elements, especially those linked to the criminal justice system, by wanderings and analytical, succinct and fragmentary radicalizations. It is brought a brief diagnosis of the penal-police question, in order to analyze the criminal penalty as basis to police action and to the criminal justice system's operativity. It is discussed the violence as structuring element of the criminal justice system (and not a mere accidental deregulation), the irrationality of the criminal penalty as an institution and a practice, the functionality of the reification of the human for the exercising of penal violence, the arbitrary and brutal substract of every and any law and right and, finally, some blind spots regarding the discussion about police



Este é um artigo publicado em acesso aberto (Open Access) sob a licença Creative Commons Attribution, que permite uso, distribuição e reprodução em qualquer meio, sem restrições desde que sem fins comerciais e que o trabalho original seja corretamente citado.

¹ Doutor em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto de Direito Penal, Direito Processual Penal e Prática Jurídica Real no Departamento de Direito – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – Universidade Federal de Lavras. Advogado criminalista. E-mail: fernando.martins@ufla.br

and criminal justice system. On the (in)conclusions, it is pointed some reasearch paths to be taken in the future.

Keywords: police; law; violence; politics.

Introdução

As discussões críticas acerca do sistema penal – e do exercício do poder de polícia em específico – na cena brasileira reiteradamente costumam se apresentar de duas maneiras: ou a justa denúncia em enfrentamento (com maior ou menor respaldo acadêmico),¹ ou as circunvoluções atuariais e tecnocráticas sobre uma dada busca por eficiência no “combate à criminalidade”.²

Ambas as abordagens se furtam de se aproximar de críticas mais profundas, se perpassam por uma análise estrutural da própria dinâmica policial-penal, da vigilância e da ordem como fundações do Estado contemporâneo, ou do modo de sociabilidade atual. E usamos o epíteto “policial-penal” pois entendemos que o Estado neofascista contemporâneo tem a repressão como um dos seus eixos principais e, por sua vez, a polícia é o “eixo principal do eixo principal”: é através do exercício do poder de polícia que a abissal violência empregada pelo Estado brasileiro cumpre seus desígnios.

É este artigo para avançar na exploração de tais elementos, buscando a articulação transdisciplinar para sustentar algo de lineamentos para uma crítica mais avançada do estado de coisas. Notar-se-á que a tal questão, conforme a argumentação aqui apresentada, aparece em situação-limite, apresentando uma “aproximação

barrada” – por enquanto. Para tanto, a argumentação se dá por meio de fragmentos discursivos (prudentemente tomados por “divagações”) e por debates que buscam ir mais fundo (ainda que de forma sucinta), até a raiz – “radicalizações”, por assim dizer.

Eis aí a justificativa do epíteto de “exploratória” para as considerações aqui expostas. Trilharemos, um tanto erraticamente, vários caminhos que possam nos elucidar algo sobre a catástrofe policial-penal que vivemos – e sobre como poderíamos pensar sua superação. Cada tópico, construído sob o alicerce de pesquisas, indagações e reflexões teórico-práticas sobre vários temas, são em si pontos a serem desenvolvidos em trabalhos posteriores, consubstanciando desde já um fragmentário e multívoco protoprograma de pesquisa que, passando ao largo das insuficientes pautas sumamente pós-modernas das discussões acadêmicas, possam tecer um quadro mais preciso e objetivo na catástrofe policial-penal em que vivemos.

1. Diagnose – ou “terra arrasada”

Em maio de 2006, em São Paulo, entre os dias 12 e 20, após uma onda de ataques do PCC,³ policiais e milicianos supostamente mandaram um recado a seus familiares, a amigos, a conhecidos “de boa índole”, e a outros lugares e pessoas: “ninguém sai de casa ou do escritório: hoje o bicho vai pegar.” Durante algumas noites centenas de pessoas foram executadas no meio da rua, elevando a taxa normal de homicídios prevista para o período a

¹ KUCINSKI *et al.* *Bala perdida*.

² LIMA, *Revista Época*.

³ Primeiro Comando da Capital, dita “organização criminosa” brasileira, de base paulista, mas cada vez mais nacionalizada – e internacionalizada. Sobre a referida facção, cf. FELTRAN, *Irmãos*.

índices exorbitantes.⁴ A grandiosíssima maioria estava apenas no lugar errado, e na hora errada: muitos estavam trabalhando no período noturno. Foi amplamente conhecido no Brasil e no mundo que os principais suspeitos do massacre eram policiais. O PCC em seus ataques matou 59 (cinquenta e nove) “alvos militares” (pessoal envolvido na segurança pública do Estado de SP). Os tais executores (policiais? Com a ajuda de civis envolvidos em grupos de extermínio?) mataram 505 (quinhentos e cinco) pessoas.⁵ Todas estas pessoas atacadas indiscriminadamente – ou seja, eram “alvos civis”. Em 117 (cento e dezessete casos) surgiram provas cabais de execução sumária.⁶ Na imensa maioria dos demais casos os indícios de participação de membros da polícia paulista eram sólidos. Nenhum dos casos foi devidamente apurado.

Além dos casos que não aparecem na mídia, mas que são conhecidos por advogados criminalistas e por militantes em Direitos Humanos de todo o Brasil.

Além dos casos de mesmo tipo trazidos à luz pela mídia que são veiculados inúmeras vezes.

Além dos casos que não chegam ao conhecimento de ninguém, e cujo único rastro que mostram é um corpo rotulado

como “indigente” no Instituto Médico Legal.

A resposta oficial, repetida o tempo todo: “isso foi um caso isolado. A Corregedoria vai cuidar do caso. O Ministério Público e o Poder Judiciário vão processar e eventualmente punir o culpado. Isso foi um caso isolado. Circulando... Circulando... Não há nada a ver aqui...”

1.1. Do discurso da regulação

O “discurso da regulação” (“a regra não é essa, é só uma desregulação contingente, temporária, algo fora do normal, mas que será sanado, e tudo ficará bem”), típico da posição liberal-conservadora brasileira, é um discurso ideológico por excelência: ele tenta permanentemente mostrar a necessidade como contingência, o permanente como efêmero, o objetivo como falha.

Talvez seja hora de (re)acionarmos a chave de interpretação já usada por Michel Foucault e tantos outros⁷ para reconhecermos de uma vez por todas que a violência do policiamento ostensivo no Brasil é *institucionalizada* – não é erro, não é falha, não é contingência: os meios concretos para a consecução dos objetivos reais do sistema repressivo de controle social verticalizado e militarizado no Brasil passa pelo livre uso

⁴ “O número estimado de mortos por arma de fogo para 2006, continua o estudo, tomando como parâmetro o ano de 2005, seria de 176 óbitos para o período de dez dias. No entanto, se fosse considerada a tendência de redução do número de mortos, a estimativa seria de 135 mortos. Considerando o número de mortos em maio de 2006, o estudo [Análise dos impactos dos ataques do PCC em São Paulo em maio de 2006, datado de 2008] conclui que ‘esse número é três a quatro vezes superior ao esperado em função dos anos anteriores’”. CENTRO DE ANTROPOLOGIA E ARQUEOLOGIA FORENSE DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO, *Violência de Estado no Brasil*, p. 68.

⁵ Subtraindo-se deste número o *quantum* de vítimas fatais de arma de fogo esperado para o período – 176 – pode-se afirmar com alguma segurança que cerca de 329 (trezentos e vinte e nove) pessoas foram alvos da sanha assassina que tomou São Paulo naquele período.

⁶ Para todos os dados, cf. o capítulo “Análise Quantitativa dos Crimes de Maio” de CENTRO DE ANTROPOLOGIA E ARQUEOLOGIA FORENSE DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO, *Violência de Estado no Brasil*.

⁷ Cf. FOUCAULT, *Vigiar e punir*. O autor usa essa chave interpretativa para pensar principalmente o sistema prisional. Para o sistema penal como um todo e pelo viés materialista histórico-dialético, cf. SANTOS, *A criminologia radical*.

de violências várias e de força letal por parte principalmente da Polícia Militar contra grupos sociais bem definidos – ainda que a violência estatal espirre vez ou outra para fora do âmbito destes grupos sociais.

Em outras palavras: o projeto de controle social no Brasil seria em suma o controle social hiperrepressivo das camadas miseráveis ou mais vulneráveis socioeconomicamente, que necessariamente busca o encarceramento em massa (onde a tortura, seja no momento da apreensão, seja dentro do cárcere, é onipresente)⁸ e, nos casos mais recalcitrantes, a execução extrajudicial (em bom português: o assassinato de cidadãos por agentes do Estado).⁹

1.2. Com Zaffaroni: por uma visão realista da operatividade do sistema penal

Eugenio Raul Zaffaroni, penalista e criminólogo argentino, afirma algo a nosso ver importante para um entendimento mais profundo da questão penal: o verdadeiro poder em um sistema penal não é o Poder Judiciário, com sua canhestra ritualística de celebração do poder do Estado, nem é o Ministério Público e a assunção de seu mister apenas pelo viés de Acusação – esquecendo de sua função como *custos legis* (fiscal da lei), nem o massivo complexo carcerário. O verdadeiro poder num sistema penal é a *polícia*, em especial a ostensiva, pois é ela que está

nas ruas vigiando condutas; é ela que segrega *in loco* os grupos sociais mais vulneráveis através do tratamento violento, humilhante e ininterrupto de largos contingentes de pessoas nos aglomerados, favelas e bairros pobres de todo tipo; é ela que seleciona quem entra no processo de criminalização, e que será levado ou a seus ulteriores estágios formais pelas outras supracitadas instituições (Judiciário, MP, Sistema Penitenciário...) ou ao momento de aplicação, direta e sem mediações processuais, da sanção penal mais dura: a pena de morte imposta extrajudicialmente (em bom português: execução sumária).

As agências que exercem o poder punitivo são as policiais [...]. As outras agências as influenciam, as limitam ou as estimulam, mas não exercem diretamente o poder punitivo, ainda que seus integrantes se iludam acreditando que o fazem. Não é o juiz que exerce o poder punitivo, pois ele se limita a ordenar e, na prática, os executivos decidem se cumprem ou não a ordem: sabemos que uma ordem pode ser cumprida com relutância e formalmente, ou podem empenhar-se a cumpri-la.¹⁰

Portanto urge ao analista do sistema penal se voltar em profundidade para a Polícia Militar, para entendê-la, denunciar seus vícios e oferecer pontuações e construções que possam transformar a operatividade do nosso sistema penal em algo mais alinhado às aspirações democráticas plenas – o que, em última instância, poderia levar a sua completa *extinção* nos termos como o conhecemos.

⁸ TV PUC SÃO PAULO, *Encarceramento em massa*.

⁹ ZACCONE, *Indignos de vida*.

¹⁰ ZAFFARONI, *A palavra dos mortos*, p. 420. Ainda sobre o tema: “este exercício de poder [o poder configurador das polícias, agências não judiciais do sistema penal] em nossa região marginal [a América Latina] é enorme. As agências não judiciais de nossos sistemas penais encontram-se militarizadas e a burocratização das agências judiciais permite que operem com inteira discricionariedade. Como regra geral, os órgãos judiciais preferem não entrar em conflito com as agências não judiciais, uma vez que as reconhecem como mais poderosas. Além disso, esses conflitos implicam, em geral, enfrentamentos com outros setores – particularmente com o político – que os órgãos judiciais preferem evitar”. ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas*, p. 126.

1.3. Auto de resistência e etc.: a blindagem institucional da polícia militar

Caco Barcellos, em seu livro “Rota 66 – a história da polícia que mata”,¹¹ mostra como o documento chamado “auto de resistência” se presta a resolver todo e qualquer imbróglio de sangue no qual um policial se envolve. O criminoso atirou em você e você revidou? Auto de Resistência, e tá tudo certo. Você espancou sem motivo alguém, apenas pelo fato deste ter questionado verbalmente a sua ação como policial? Auto de Resistência, e tá tudo certo. Você torturou alguém para conseguir informações? Auto de Resistência, e tá tudo certo. Você resolveu executar alguém, porque ele se atreveu a trocar tiros com você, ou porque ele não te deu a parte da propina prometida, ou porque você não foi com a cara dele, ou porque você estava entediado e não tinha mais o que fazer? Auto de Resistência, e tá tudo certo.

O peso do Auto de Resistência como exonerador da responsabilidade do policial é impactante: a partir do momento em que se preenche tal documento, nem mesmo um laudo pericial mostrando lesões graves na vítima é levado, *de facto et de iure*, em conta; o Auto tem o condão de firmar (quase)

inviolavelmente uma situação fática que, por vezes, é fictícia.¹²

Mas não é só isso que existe no aparato de blindagem policial.

Seja o Judiciário, sejam outras instâncias de investigação e processamento levam sempre com o máximo de peso a palavra do policial. É a chamada “fé pública” elevada à enésima potência – ao ponto de se tomar, corriqueira e nacionalmente, a palavra de um policial num caso onde ele participou da apreensão de alguém como se fosse a palavra de uma testemunha – ou seja, de uma pessoa desinteressada na condenação do réu *que ele mesmo apreendeu*. Ora, se o policial apreendeu um cidadão, ele tem o maior interesse na condenação deste cidadão: uma absolvição é um atestado de que ele prendeu a pessoa errada (prendeu um inocente) ou prendeu alguém de forma tão frágil faticamente, que nem o mínimo de provas para a condenação surgiu no processo. Portanto ele deveria ser ouvido em juízo como alguém diretamente interessado no caso, ou seja, como um informante. Deixa-se a simples lógica de lado para se atender a intentos político-criminais que aviltam o devido processo legal.¹³

¹¹ BARCELLOS, *Rota 66*. Caco Barcellos teve que sair do país após ter publicado este livro, ameaçado de morte que estava por membros da PM de São Paulo.

¹² ZACCONE, *Indignos de vida*. Uma medida para fins de enfrentar a querela dos Autos de resistência foi o que fez a Secretaria Estadual de Segurança Pública de São Paulo no dia 08/01/2013: proibiu-se a lavratura de Autos de Resistência, renomeando as situações para “morte decorrente de intervenção policial” e “lesão corporal decorrente de intervenção policial”. Ainda, proibiu-se que policiais façam o socorro de vítimas, obrigando o agente a chamar o SAMU (Serviço de Atendimento Móvel de Emergência): a justificativa de “prestação de socorro” era rotineiramente usada por policiais para retirar cadáveres de pessoas assassinadas, desfigurando assim a cena do crime e dificultando as investigações para se determinar quem causou a morte e como ela se deu. Cf. SÃO PAULO, *Diário Oficial do Estado de São Paulo*.

¹³ “A principal consequência dessa ‘presunção de veracidade’ se dá na dimensão probatória. Em razão de se reconhecer como verdadeiras as declarações dos agentes públicos (presunção relativa) têm-se o fenômeno da inversão do ônus probatório: cabe a quem alegar que a declaração não é verdadeira, ou apresentar versão contrária, comprovar a mentira. No processo penal, portanto, se os depoimentos dos policiais confirmam a imputação veiculada na denúncia (e, não raro, a acusação foi formulada com base exclusivamente nas declarações prestadas por essas mesmas pessoas em sede policial), não há alternativa à defesa, a quem caberá provar a inocência do réu. Não há dúvida possível diante do teor

Além do que, quem investiga a PM é *ela mesma, através de IPMs (Inquéritos Policial-Militares)*.¹⁴ São os próprios policiais que investigam seus amigos, seus colegas, seus parceiros, seus subordinados. O corporativismo no desenvolvimento de IPMs, para quem tem contato com tais peças, é notório em muitíssimos casos.

1.4. A militarização do policiamento ostensivo

No “Grito dos Excluídos” – manifestação dos movimentos sociais no dia 07 de setembro –, em sua edição de 2010 em Belo Horizonte, o autor deste texto, jovem advogado popular criminalista, notou algo que era e é patente em tais situações (quais sejam, aquelas onde há o emprego de forças policiais em manifestações e protestos políticos): em meio a crianças, jovens e idosos presentes na manifestação, estavam soldados da ROTAM¹⁵ com escopetas gigantescas em punho, cara fechada, e atitude hostil para que chegasse perto deles. Por que tanta hostilidade? Ali havia algum inimigo?

Pois havia. Por mais que não houvesse.

No treinamento dos oficiais da PM existe algo chamado “acampamento”, onde o policial segue para uma área rural, dorme em barraca, rasteja na lama, corre cantando canções militares, sofre

torturas físicas e psicológicas etc. Fazem como se faz no Exército e nas demais Forças Armadas.

Pergunta-se: para quê?

A hierarquia e a disciplina, pilares da vida militar, são compreensíveis nas Forças Armadas: elas são treinadas para atuarem em estados de extrema emergência e de extrema “anomia”, quando uma Força Armada estrangeira invade o seu país, num verdadeiro ato de guerra, onde as leis internacionais que regulam as relações interestatais e as leis intraestatais que regem o cotidiano das pessoas já não surtem mais efeito considerável.

Nestes termos pode-se entender um corpo armado e treinado para agir prontamente, sem questionamentos maiores, com o máximo de rigidez volitiva e de violência para rechaçar a ameaça externa, o inimigo que invade o país.¹⁶

Seria esta a mesma lógica a ser empregada na segurança pública? O policial deveria ser treinado para lidar com cidadãos, em relações interpessoais de alta complexidade social e carga emocional, as quais podem chegar a situações atritivas, agressivas. O policial deveria saber tratar tais crises com o máximo de tato. Mesmo se tais crises são tão sérias quanto um crime. Entre

das declarações dessas ‘testemunhas acreditadas’. Presumir a veracidade das declarações de uma testemunha (aquela comprometida, em linha de princípio, com os fins da persecução penal) significa conferir a esse relato um valor superior aos demais. Correlata a essa presunção de veracidade há, ainda que velada, uma presunção de desconfiança em relação às demais testemunhas”. CASARA, *Mitologia processual penal*, p. 150-151.

¹⁴ Conforme art. 9º ss do Código de Processo Penal Militar. A Polícia Civil costuma ter atribuição para a investigação dos mesmos crimes, notadamente os mais graves (como os homicídios cometidos por PMs), e por isso por vezes vemos fatos sendo investigados *ao mesmo tempo* pela polícia civil e pela polícia militar.

¹⁵ Rondas Táticas Metropolitanas – um batalhão especial da PMMG, notório, como a ROTA paulista, pela imensa brutalidade e letalidade.

¹⁶ E é exatamente esta característica da atividade militar que faz com que tais instituições não possam, em nenhuma circunstância, ser empregadas em atividades de policiamento ou de segurança pública *lato sensu*. Quando tal se dá, as mais intensas violências contra civis são consequência necessária. Para mais, cf. SOARES, *Desmilitarizar*.

cidadãos, as relações devem ser pautadas pela civilidade constitucional, não pela dureza antidialógica da abordagem belicista militar.

Infelizmente isto não se verifica: a polícia é uma coisa, o corpo de cidadãos é outra. Mesmo quem é entusiasta das ações da polícia nunca se porta como se tais agentes fossem cidadãos como ele. São diferentes. Mais brutos, mais fortes. Apartados da sociedade, das “pessoas comuns”. Temíveis de algum tanto.

Por que militarizar a atividade policial? Seria o cidadão infrator comparável com um inimigo, ainda que interno, contra o qual se deve ser implacável?

A militarização da Polícia estadual é algo antigo, que poderíamos remontar aos tempos coloniais,¹⁷ avançando para os corpos de proteção de Dom João VI e das oligarquias monárquicas (1809, com a fundação da Divisão Militar da Guarda Real de Polícia no Rio de Janeiro). Todavia, uma referência mais moderna seria a Força Pública, verdadeiro Exército estadual, existente nos idos da República Velha. Um dos efeitos do federalismo brasileiro era a manutenção de verdadeiras forças militares a serviço das oligarquias estaduais, que poderiam resolver contendas de ordem pública ou mesmo de natureza estritamente político-partidária, a tiros de canhões e obuses. Em todos estes marcos (como sinceramente disse Washington Luiz, a propósito da greve geral de 1917) “a

questão social é caso de polícia”.¹⁸ E “pau no lombo do cidadão” – com o perdão do coloquialismo.

Somado a isso vem a Doutrina de Segurança Nacional da época da Ditadura Militar de 64, de trágica memória, que destruiu qualquer resquício do marco civil do policiamento ostensivo,¹⁹ e que elegia inimigos internos no corpo de cidadãos, e declarava uma “guerra suja” contra eles.²⁰

2. Elementos para a discussão do tema – I: Barreto e Zaffaroni – a postulação da desrazão penal

Para a compreensão mais adequada do tema, vale a pena redirecionar o tratamento do mesmo e entrar em outra seara fulcral: a pena enquanto consequência do delito, sobre a qual se sustenta o sistema penal *in totum*, incluindo a força policial.

A pena, e a sua patente *irracionalidade*.

A acepção de que a pena é completamente despida de qualquer fundamento racional não é algo novo, ou mesmo algo de um discurso irresponsável. Esta acepção é defendida há muito, e por grandes pensadores e juristas de variados carizes políticos, e através dos tempos.

A título de mera ilustração, citemos dois exemplos de argumentação neste sentido.

¹⁷ COTTA, *Matrizes do sistema policial brasileiro*.

¹⁸ “A agitação operária é uma questão que interessa mais à ordem pública do que à ordem social [...]”.

¹⁹ O policiamento no Brasil, até antes de 1964, tinha um marco relativamente civil (havia a Polícia Judiciária, de investigação e similar à Polícia Civil contemporânea, e a Guarda Civil uniformizada, que era ostensiva, trabalhava nas ruas); com o golpe militar, tal marco foi cada vez mais minado, substituindo-se a Guarda Civil por policiais com o mesmo estrito treinamento que a tropa de guerra das Forças Armadas recebiam. A chegada do Ato Institucional nº 5 (AI-5), em dezembro de 1968, ensejou a destruição de vez do marco civil: o ano de 1969 foi notório pela ofensiva militar aniquiladora do policiamento ostensivo de índole civil. Cf. ZAVERUCHA, *Relações civis-militares*, pp. 41-76.

²⁰ HUGGINS, *Polícia e Política*.

Primeiramente, vale resgatar a formulação de Tobias Barreto. Brasileiro, jurista filósofo, poeta e crítico literário, além de “imortal” – patrono da cadeira 38 da Academia Brasileira de Letras, este pensador, nos idos de 1884, escreve um apêndice para sua obra *Menores e loucos* nomeado *Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir*. Essas poucas páginas, alocadas ao fim de um livro, são, a nosso sentir, um texto imprescindível para se compreender a questão policial-penal com alguma densidade.

Barreto, neste apêndice, e para defender o instituto da pena, nos fala que discutir a racionalidade da punição criminal é simplesmente irrelevante.

Logo depois de discorrer sobre o sacrifício e a vindicta (vingança) em momentos anteriores da história, o autor afirma que

[a] idéia (sic) de vindicta, que vigorou no direito penal dos romanos, que estendeu-se mesmo á (sic) tempos muito posteriores, não foi arredada, como costumam afigurar-se, pelas chamadas theorias (sic) do direito de punir; theorias (sic) que, como todas do mesmo gênero, não fazem mais do que procurar prender ás (sic) leis da racionalidade moderna uma velha cousa (sic) bárbara e absurda, posto que necessária, qual é a pena, sem que d’ahi (sic) resulte a mínima alteração na natureza do facto (sic).²¹

Após, ele compara a pena com a instituição da “realeza (castas aristocráticas, monarquia)”, dizendo que ambas têm “mais ou menos” a mesma

natureza social, o que significaria que, por mais que se esforce para se justificar e se alinhar tais institutos com os predicados da cultura do tempo de Barreto, elas nunca deixam de ser o que sempre foram: “uma anomalia, uma excrescência do corpo social, que aliás não tem por si a razão da necessidade imperiosa e fatalmente indeclinável”.²²

Sem pudores político-acadêmicos, Barreto ainda se dirige a seus colegas penalistas em tom de repreensão:

Os criminalistas que ainda julgam se (sic) obrigados a fazer exposição dos diversos systemas (sic) engendrados para explicar o direito de punir, o fundamento jurídico e o fim racional da pena, commetem (sic) um erro, quando na frente da série colocam (sic) a vindicta. Por quanto a vindicta não é um systema (sic); não é, como a defeza directa (sic) ou indirecta, e as de mais (sic) fórmulas explicativas ideadas (sic) pelas theorias absolutas, relativas e mixtas, um modo de conceber e julgar, de accordo com esta ou aquella doutrina abstracta, o instituto da pena; a vindicta é a pena mesma, considerada em sua origem de facto, em sua genesis histórica, desde os primeiros esboços de organização (sic) social, baseada na communhão de sangue e na communhão de paiz, que naturalmente se deram logo depois do primeiro albor da consciência humana, logo depois que o *pithecanthropo* fallou... et *homo factus est*.²³

Tobias Barreto então tomava a pena como algo “bárbaro”, “absurdo”, mas que segundo ele, mesmo assim teria uma valia social.

Leitor de Barreto, Eugenio Raul Zaffaroni, através do seu “realismo marginal jurídico-penal”,²⁴ avança

²¹ BARRETO, *Estudos de direito*, p. 138.

²² BARRETO, *Estudos de direito*, p. 138. Barreto neste momento trai o objetivo de sua obra, que seria a sustentação da necessidade da pena. Nada mais compreensível: ao assumir a irracionalidade da pena, a consequência última dessa linha de argumentação seria a destituição total do valor da pena como algo válido socialmente – numa sociedade que fosse regida por um direito no mínimo razoável. Quando Barreto, a despeito de suas próprias conclusões, faz a defesa da pena do jeito que ele faz, ele mostra e reforça seu próprio argumento sem o saber, ao deixar claro e explícito que o próprio validar a pena não é algo racional, não é algo juridicamente aceitável em si, mas é sim uma decisão política, sem referência normativa ou lógica nenhuma.

²³ BARRETO, *Estudos de direito*, pp. 138-139.

²⁴ ZAFFARONI, *Criminologia*; ZAFFARONI, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. O realismo jurídico-penal marginal é uma linha de pensamento que assume, sem reservas, a irracionalidade do sistema

pontuações semelhantes. Em pronunciamento feito no Encontro Internacional *La Experiencia Del Penitenciarismo Contemporáneo: aportes y experiencias*, ocorrido nos dias 26 e 27 de julho de 1993 na cidade do México, pronunciamento intitulado *Que hacer con la pena – las alternativas a la prison*, Zaffaroni assim discorre sobre a função da pena:

Se nesse momento tivesse que definir a função da pena, o faria muito mexicanamente, com duas palavras: *ni modo* [“sem chance”, ou “sem possibilidade de fazê-lo”]. Efetivamente, todas as teorias da pena que se tem enunciado são falsas, e tudo o que nos disse a ciência social sobre a pena nos mostra a sua multifuncionalidade, as funções tácitas que não têm nada a ver com as funções manifestas que se lhe quiseram designar. De modo que a pena está aí, irremediavelmente, como um fato político, como um fato de poder, como um fato que está presente e não se pode apagar.²⁵

Zaffaroni iguala a existência da pena à existência de outro fato de poder, facilmente reconhecível no seio de uma sociedade, qual seja, a guerra. Assim como a guerra, a pena é algo ilegítimo, irracional, mas que de todo modo existe, faz parte do contexto humano na contemporaneidade. E assim como a guerra sofre uma tentativa de regulamentação – como se vê nas Convenções de Genebra, nos documentos da Cruz Vermelha Internacional e em outras normativas que tratam de “direito da guerra” – também a pena deve sofrer um regramento, com o desenvolvimento da teoria penalista constitucionalmente e antropologicamente orientada, que teria como função primordial conter o poder punitivo, irracional, classista e racista do Estado, rumo a uma quiçá possível

abolição total do instituto da pena vertical, unilateral e violentamente aplicada.

A pena, fato político utilizado como mero instrumento de dominação e controle, nunca deixa o sistema penal ocioso, independentemente do regime político sob o qual tal sistema opera. Quando trata da política de encarceramento estatal, Zaffaroni afirma que

[...]devemos deixar de aumentar o número de presos, porque se temos prisões superlotadas e construímos novas prisões, o que teremos serão novas prisões superlotadas. Talvez possa haver alguma circunstância na qual haja capacidade de ocupação livre nas prisões; isto é certo. Quando, por exemplo, cai uma ditadura que tem um nível de repressão muito alto, momentaneamente o número de presos baixará. Mas paulatinamente, ao cabo de cinco, seis, oito ou dez anos, novamente subirá até alcançar a mesma quantidade de presos. Ainda que tenham mudado as condições, surgirão argumentos novos.²⁶

Zaffaroni é enfático em sua posição “realista marginal”, e repisa a irracionalidade estrutural da pena criminal e a limitada possibilidade de atuação imediata do operador do sistema de justiça criminal orientado democraticamente: “Eu não sei para que serve a pena; tudo o que se disse sobre ela é falso. Sociologicamente, tem uma grande quantidade de funções múltiplas, tácitas, que não conhecemos ou que não esgotamos ainda, e por fim, porquanto seja fato não legitimado, trato de reduzi-lo”.²⁷

Eis a desrazão da pena.

Mas a mera apresentação deste fato não nos desvenda qual o seu fundamento, a sua razão de ser. Para

penal e tenta compreender tal fenômeno com uma visão estritamente latinoamericana, rompendo com certos hábitos intelectuais colonizados, subservientes ao pensamento penal/criminológico europeu e estadunidense.

²⁵ ZAFFARONI, *Que hacer con la pena?*.

²⁶ ZAFFARONI, *Que hacer con la pena?*.

²⁷ ZAFFARONI, *Que hacer con la pena?*.

isso seguiremos para outros campos, e trataremos do assunto não só pelo direito, mas também pela filosofia, pela psicanálise, pela sociologia e pela ciência política.

3. Elementos para a discussão do tema – II: “a opressão nossa de cada dia” – Zizek e a violência sistêmica

Slavoj Zizek, filósofo e psicanalista esloveno, conta, em seu livro intitulado *Violência*, uma velha anedota sobre um trabalhador suspeito de furtar no seu trabalho:²⁸ todos os dias, os supervisores, quando o trabalhador saía da fábrica, vasculhavam o carrinho de mão que ele empurrava, na esperança de ali achar algum objeto furtado. Num belo dia estes supervisores descobrem o que ocorria: o tal trabalhador furtava carrinhos de mão.

Não seria esta uma metáfora para a forma como o penalismo contemporâneo aborda a operatividade do sistema penal? Vasculhando o sistema, nada acham de errado, a não ser um *déficit* de eficiência que nada teria a ver com a estrutura do sistema (tomando o encarceramento em massa e a arbitrariedade dos juízes como algo casual, acidental, em nada ligado às necessidades do aparato penal, e que é “corrigível”).

E se na verdade o problema do sistema penal fosse o sistema em si?

Daí perguntamos: qual o *quantum* de violência que é necessário para que o sistema funcione?

Cabe aqui uma outra referência à obra de Zizek. No mesmo livro acima citado, o filósofo nos conta algo que ocorreu em 1922, na Rússia: o governo bolchevique decidiu expulsar do país alguns intelectuais antiesquerdistas – filósofos, teólogos, economistas, historiadores, etc.²⁹ O navio que os levou da Rússia para a Alemanha ficou lembrado como o *vapor da filosofia*.

Um desses intelectuais expulsos, Nikolai Lossky, ficou abismado com a medida governamental, que o privou do “confortável modo de vida da alta burguesia, com criados e amas de crianças à disposição de sua família”.³⁰ Lossky tomava este acontecimento como “indícios de um novo espírito incompreensivelmente malévol”.³¹

Zizek então pondera sobre esta incapacidade do pensador de compreender a privação imposta pelos bolcheviques:

Embora Lossky fosse sem dúvida uma pessoa benevolente e sincera, que se preocupava realmente com a assistência à pobreza e estava empenhado na tentativa de civilizar as condições de vida russas, esta sua atitude trai uma insensibilidade arrepiante frente à violência *sistêmica* necessária ao conforto de sua existência. Estamos a falar aqui da violência intrínseca de um sistema: não só da violência física direta, mas também das formas mais subtis de coerção que sustentam as relações de dominação e de exploração, incluindo a ameaça de violência. Os Lossky e os seus semelhantes de facto “nada de mal tinham feito”. Não havia qualquer maldade subjectiva nas suas vidas, excepto o pano de fundo da violência *sistêmica*.³²

Explanando melhor o conceito de violência *sistêmica*, que é um tipo de violência objetiva, Zizek diz:

²⁸ ZIZEK, *Violência*, p. 09.

²⁹ ZIZEK, *Violência*, p. 17. O fato histórico está detalhadamente registrado em CHAMBERLAIN, *A guerra particular de Lenin*.

³⁰ ZIZEK, *Violência*, p. 17.

³¹ ZIZEK, *Violência*, p. 18.

³² ZIZEK, *Violência*, p. 18

[...]Há aquilo a que eu chamo violência “sistêmica”, que consiste nas consequências muitas vezes catastróficas do funcionamento homogêneo dos nossos sistemas econômico e político. A questão é que as violências subjectiva e objectiva não podem ser percebidas do mesmo ponto de vista: a violência subjectiva é experimentada enquanto tal contra o pano de fundo de um grau zero de não-violência. Aparece como uma perturbação do estado de coisas ‘normal’ e pacífico. Todavia, a violência inerente a este estado de coisas ‘normal’ é precisamente a violência objectiva. A violência objectiva é uma violência invisível uma vez que é nela que se sustenta a normalidade do nível zero contra aquilo que percebemos como sendo objetivamente violento.³³

O “grau zero” de não-violência, notadamente na periferia do capitalismo – como o é o Brasil – importa em uma quantidade gigantesca de violência – dos mais diversos tipos, inclusive a letal – empregada de forma capilarizada e cotidiana nos mais variados espaços sociais. As dezenas de milhares de cadáveres – basicamente pretos/pardos e pobres –,³⁴ além da multidão de pessoas diuturnamente agredidas e humilhadas pela superexploração do seu trabalho ou pela exclusão social direta, desenham o quadro social no qual o conjunto dos(as) brasileiros(as) vivem suas vidas.

Eis a pergunta a ser sempre feita: qual o índice de violência necessário para que tudo se mantenha do jeito que está? Quantas pessoas devem ser subjugadas e brutalizadas para que as condições presentes, que nós chamamos de “normais” – onde vamos para a faculdade, discutimos coisas “inteligentes”, escrevemos e lemos

artigos como o presente trabalho, concordamos e discordamos, voltamos para casa para tomar o nosso leite quente ou o nosso vinho fino – quantas pessoas devem ser violentadas ou mesmo sucumbir para que o nosso espaço social chamado de “normalidade” se sustente?

As teorias penais alinhadas com o conceito de “sociedade de risco”, nos moldes do mostrado pelo penalista espanhol Jesús-Maria Silva Sanchez em sua obra *A expansão do direito penal*³⁵ e conforme o defendido e elogiado pelo jurista alemão Günther Jakobs em tantos textos³⁶ querem otimizar a busca dentro do carrinho de mão pelos itens furtados; elas (as teorias) tomam por postulados, por axiomas indubitáveis as relações sociais *atuais* – prenhes de violência sistêmica (competição, exploração, indiferença com a vida e o bem-estar das pessoas) – e conseqüentemente o sistema penal contemporâneo correspondente, e daí tentam trabalhar em prol da efetivação dos objetivos oficiais deste mesmo sistema.

Mas e se o sistema penal contemporâneo for feito exatamente para não funcionar (nos termos de seu discurso oficial de “pacificação social e proteção dos direitos humanos”)? E se este sistema for na verdade um sistema muito eficiente? E se o sistema se pautar não pelo discurso oficial (que serviria para mascarar, para mistificar a situação real), mas sim por um discurso subterrâneo de controle e dominação de um ou mais grupos sociais sobre os outros, mais vulneráveis?

³³ ZIZEK, *Violência*, p. 10.

³⁴ Para os dados sobre o sistema penal, cf. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, *Anuário brasileiro de segurança pública*; para a superexploração e outros elementos econômico-políticos, cf. LUCE, *Teoria marxista da dependência*.

³⁵ SANCHEZ, *A expansão do direito penal*.

³⁶ P. ex.: JAKOBS, *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Günther Jakobs é o proponente do “Direito Penal do Inimigo” que – ainda que veladamente – resgata para a contemporaneidade as referências e os argumentos do direito penal nazifascista vigente na Alemanha entre 1933-1945. Cf. RODRÍGUEZ, *Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)*, pp. 391-400.

4. Elementos para a discussão do tema – III: quatro fatos sobre ordenamento jurídico e violência

Em nossas reflexões sobre o fundamento – ou a falta de fundamento idôneo – do sistema penal como um todo (e, notadamente, de sua “eminência parda”, a polícia – ostensiva)³⁷ chegamos a posições que nos indicavam que, ao fim e ao cabo, a política embasa o sistema penal em todas as suas instituições, com a instituição policial precipuamente fixando e revogando sua pauta para a ação.

Com efeito, certos elementos apontam para a verossimilhança da afirmação acima. Ao longo da história as construções intelectuais e os pronunciamentos oficiais e extraoficiais, justificando ou não a validade de normas jurídicas, mostram a origem arbitrária do direito. A título de exemplificação, vejamos quatro momentos na história do direito no qual a fundação política, violenta, arbitrária da norma jurídica se deixa entrever.

Primeiro momento: 1789, França. Emmanuel Joseph Sieyès, mais conhecido por sua posição eclesiástica (“Abade”), publica uma obra chamada *O que é o Terceiro Estado*³⁸ na qual ele afirma, tomando os ensinamentos de John Locke e Jean-Jacques Rousseau sobre o “contrato social”, que existe um poder acima de todos aqueles ordinariamente constituídos, o qual é imutável e é o que legitima todo e qualquer Estado ou ordenamento jurídico: tal poder seria o “Poder Constituinte”, que nada mais seria do que a “Vontade Geral”,

manifestação política do “Terceiro Estado” – que na França significava todos que não eram nobres ou eclesiásticos, ou seja, o “povo”. Sieyès rompia com a tradição jurídica centenária que validava o poder monárquico dizendo que sua condição de validade vinha diretamente de Deus Todo-Poderoso.

Segundo momento: 1863, Prússia. Ferdinand Lassale, advogado e militante socialista alemão, dá uma conferência para intelectuais e operários, que posteriormente seria vertida em texto e publicada sob o nome *A essência da constituição*³⁹ ou *O que é a constituição*, obra de referência em Direito Constitucional. Nesta conferência Lassale diz que a Constituição escrita nada mais é do que “um pedaço de papel” quando negligenciar a verdadeira Constituição, que é a constituição real, “as verdadeiras forças vitais do país”. Em suma, de nada adianta uma Constituição formal promulgada ou outorgada se ela não corresponde à balança de poder no Estado, ou seja, aos posicionamentos e tensionamentos de quem tem “o poder dos canhões”.

Terceiro momento: 1922, Alemanha. Carl Schmitt, professor na Universidade de Bonn, escreve um ensaio de nome *Teologia política*⁴⁰, cuja primeira frase é: “Soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”. Para o pensador alemão, a soberania se manifesta claramente não na subsunção do fato à norma pelos órgãos estatais, mas sim nos casos onde nenhuma norma jurídica dá conta da realidade: neste momento a dimensão francamente política do poder se apresenta e, numa decisão sem

³⁷ MARTINS JÚNIOR, *Os bons executores da lei*.

³⁸ SIEYES, *A constituinte burguesa*.

³⁹ LASSALLE, *A essência da constituição*.

⁴⁰ SCHMITT, *Teologia política*.

suporte em norma legal alguma, o soberano submete os fatos a sua vontade mais ou menos “pura”. Soberano seria aquele que pode decidir sobre algo que está além do direito – mas que, paradoxalmente, se constrói em referência ao direito.

Quarto momento: 1934, Áustria. Hans Kelsen, jurista tcheco radicado em Viena, publica a *Teoria pura do direito*⁴¹, onde discorre sobre sua visão de direito/ordenamento jurídico, e algo mais. Ao montar sua hierarquia de normas, assim coloca: as leis validam os decretos, a Constituição valida as leis. Mas o que valida a Constituição? Aí surge a Norma Fundamental (*Grundnorm*). Mas o que seria essa Norma Fundamental? Nada mais do que um *pressuposto lógico*, uma *ficção*, *arbitrariamente* colocada no alto do construto teórico kelseniano para criar um “efeito de validade” para a sua pirâmide normativa; sem este pressuposto, a validade de todo ordenamento jurídico se desmancharia no ar, e a natureza impositiva política dos comandos normativos subiria à tona.

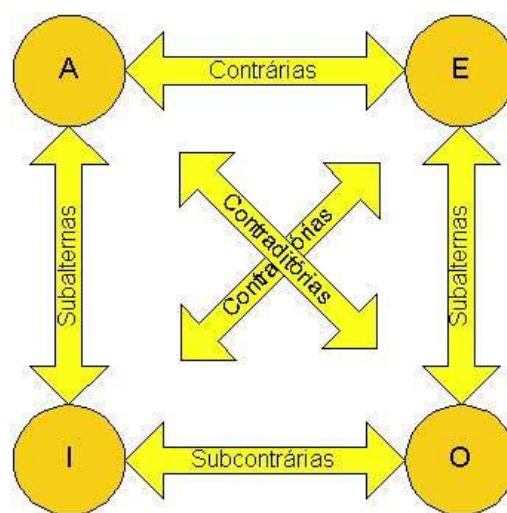
Com estes quatro fatos na algibeira (ou no coldre), dissequemos agora como a natureza arbitrária do direito – e, enfaticamente, do direito criminal – é encoberta.

5. Elementos para a discussão do tema – IV: a construção do “universal concreto”, ou o quadrado lógico aristotélico e a teoria das subculturas criminais

Quanto à questão da mistificação do fundamento violento da norma e de como o sistema penal (e o sistema jurídico como um todo) opera sobre esta mistificação, valeria a pena acionarmos tanto a filosofia clássica quanto a criminologia sociológica para elucidarmos alguns pontos interessantes

Primeiramente, discorramos sobre a análise da questão criminal contemporânea com o uso do quadrado lógico de Aristóteles.⁴²

Pois bem, eis o quadrado lógico de Aristóteles, exposto no *Órganon*⁴³ (na sua notação gráfica dada por Apuleio de Madaura, poeta latino):



Carlos Fontes

44

⁴¹ KELSEN, *Teoria pura do direito*.

⁴² Uma breve advertência: sabemos que o instrumental filosófico de Aristóteles, no caso aqui tratado, versa sobre proposições lógicas e suas interrelações – sem que haja qualquer referência à empiria ou a quaisquer dados propriamente sociológicos. Contudo, como a reflexão exposta a seguir veio, ainda que de forma pouco rigorosa e estritamente “lógico-filosófica” em uma meditação sobre a formulação aristotélica (cruzada, diga-se, com certos ensinamentos da psicanálise de perfil lacaniano), permitimo-nos manter a “desajustada” referência à obra do Estagirita.

⁴³ ARISTÓTELES. *Organon*.

⁴⁴ ARISTÓTELES, *Quadrado Lógico de Aristóteles*.

Neste quadrado, “A” seria a premissa universal afirmativa (“todo X é Y”), “I” seria a particular afirmativa (“algum X é Y”), “E” seria a universal negativa (“nenhum X é Y”) e “O” seria a particular negativa (“algum X não é Y”).

Dentre todas as relações entre as diversas premissas, a mais forte – e a que nos importa agora – é a de contradição, na qual as proposições diferem de quantidade e qualidade (as contrárias e subcontrárias diferem apenas na qualidade e as subalternas diferem apenas na quantidade).

Isto posto, tratemos da contradição entre a universal afirmativa (“todo X é Y”) e a particular negativa (“algum X não é Y”), e de como que é nesta relação que o universal concreto aparece.

Se nos dispusermos a transpor o acima exposto para o campo da política, teremos que para que algo seja válido para todos, a universal afirmativa deve ser tomada como verdade (no direito, p. ex.: todas as pessoas têm o direito à vida e à integridade física e psíquica) e a particular negativa como falsa de pronto (alguma pessoa não tem direito à vida e à integridade física e psíquica).

Entretanto, a universal afirmativa tomada por si só é abstrata, é uma expressão sem concretude alguma. Por que ela é abstrata? Porque no dia-a-dia o poder político tem interesse em violar os direitos de algumas (várias) pessoas, e realmente os violam, tanto no Brasil como no exterior (ou seja, na realidade, o particular negativo de fato existe). O universal abstrato, nas mais diversas sociedades, se choca com a concretude das relações de dominação, e aquele, se levado ao pé da letra, necessariamente destituiria estas de sua validade e legitimidade, desvelaria o fundo de arbitrariedade e de opressão destas.

Então, como transformar o universal abstrato em universal concreto? *Negando*, numa decisão além de qualquer normatividade, num ato de violência, a existência e a possibilidade do particular negativo (tal processo tem o nome de “*fasis*”, ao contrário da “*lexis*”, onde não haveria ato violento algum, mas sim uma mera leitura das consequências lógicas na relação entre as premissas do quadrado lógico). O universal afirmativo, ao invés de ser “todas as pessoas têm o direito à vida e à integridade física e psíquica”, acaba se tornando “nada de pessoas que não tenham direito à vida e à integridade física e psíquica!”

Para que isto seja possível, o que é necessário fazer? Repitamos: negar o particular negativo, ou seja, negar que “existam pessoas que não têm direito à vida e à integridade física e psíquica”. Como se faz isso concretamente, mantendo a validade do universal afirmativo? *Negando o estatuto de “pessoa” aos seres humanos que o poder político quer destruir ou brutalizar*. Aí a premissa universal fica inatacada, e suas consequências acabam parecendo racionais (“Ah, estes aí têm seus direitos negados? De forma alguma! Os direitos são para pessoas; esses aí não são pessoas”).

Na contemporaneidade do sistema penal, como isso se dá? Na teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs, que separa entre os seres humanos os “cidadãos” e os “inimigos”, e nega *expressamente* a estes o próprio estatuto de pessoa perante o Direito interno e internacional, não reconhecendo a eles quaisquer direitos, mesmo os consagrados no “direito de

guerra” (convenções de Genebra, etc);⁴⁵ na aplicação desta teoria pelas Forças Armadas estadunidenses, que usam este exato argumento (chamando as pessoas que eles prendem, torturam e/ou executam – em atividades de policiamento planetário *lato sensu* – de “combatentes inimigos” e não “prisioneiros de guerra”, e dispendo da vida e dos corpos destes “inimigos” como bem entende a “razão de Estado” ianque);⁴⁶ na forma como as autoridades brasileiras lidam na prática com a população carente e com os encarcerados em cadeias e penitenciárias, justificando – um tanto veladamente, é verdade – as execuções extrajudiciais e o tratamento desumano dispensado com o “fato” de que quem é criminoso – leia-se “preto e pobre que caiu na rede de criminalização secundária da polícia”⁴⁷ – “é um animal”, “é um monstro”, “é um câncer para a sociedade”, “é um fardo inconveniente para o erário público e para os órgãos de segurança pública do país”.

Mostramos então como se constrói o universal concreto na aplicação do construto lógico aristotélico à política. Agora mostremos como se desconstrói este universal. Para isto usaremos a teoria da culpabilidade atual, dita “normativa” e a teoria das subculturas criminais, como exposta por Alessandro Baratta na obra *Criminologia crítica e crítica do direito penal*.

A culpabilidade normativa funda-se na reprovação do comportamento do agente frente às exigências do ordenamento jurídico-penal. Portanto é culpável aquele que realiza um injusto penal (ato típico e ilícito) sendo plenamente capaz (ou seja, sendo imputável), entendendo ou podendo entender o caráter ilícito do ato (ou seja, tendo consciência real ou potencial da ilicitude) e podendo efetivamente agir de outra forma que não a ilícita (ou seja, havendo no caso exigibilidade de conduta diversa).⁴⁸

Mas toda essa conversa se sustenta em um postulado: o conjunto de valores sociais protegidos pela norma é único, só há um conjunto de normas sociais que, quando afrontado, dá origem ao delito.

A teoria das subculturas criminais derruba este postulado.

Nas palavras de Alessandro Baratta:

[...] Nos interessa sublinhar o núcleo teórico contido nessas teorias [as das subculturas criminais], que se opõe ao princípio da ideologia da defesa social acima denominado *princípio da culpabilidade*. Sob esse ponto de vista, a teoria das subculturas criminais nega que o delito possa ser considerado como expressão de uma atitude contrária aos valores e às normas sociais gerais, e afirma que existem valores e normas específicos dos diversos grupos sociais (subcultura). Estes, através de mecanismos de interação e de aprendizagem no interior dos grupos, são interiorizados pelos indivíduos pertencentes aos mesmos e determinam, portanto, o comportamento, em concurso com os valores e as normas institucionalizadas

⁴⁵ JAKOBS; MELIÁ, *Direito penal do inimigo*.

⁴⁶ AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Enemy combatants*.

⁴⁷ Para a criminologia, a criminalização primária é feita pelo legislador, ao escolher condutas para transformar em tipos penais; a criminalização secundária é a seleção feita pelos órgãos de segurança pública de quem vai entrar no processo de criminalização que se inicia com a apreensão pela polícia e termina com a prolação de uma sentença condenatória (duas observações: a criminalização secundária, como é óbvio, recai sobre as camadas vulneráveis socialmente, e; as consequências desta criminalização se estendem indefinidamente, com a estigmatização do cidadão que cumpriu sua pena como alguém relativamente imprestável socialmente e apto a sofrer o processo de criminalização a qualquer momento, por causa de sua “personalidade desviante”).

⁴⁸ “Culpabilidade é o juízo que permite vincular pessoalmente o injusto ao seu autor, operando, pois como o principal indicador oferecido pela teoria do delito para autorizar o exercício de poder punitivo sobre ele e limitar a magnitude de tal exercício”. ZAFFARONI *et al*, *Direito penal brasileiro*, p. 160.

pelo direito ou pela moral 'oficial'. Não existe, pois *um* sistema de valores, ou o sistema de valores, em face dos quais o indivíduo é *livre* de determinar-se, sendo *culpável* a atitude daqueles que, *podendo*, não se deixam “determinar pelo valor”, com quer uma concepção antropológica da culpabilidade, cara principalmente para a doutrina penal alemã (concepção normativa, concepção finalista). Ao contrário, não só a estratificação e o pluralismo dos grupos sociais, mas também as reações típicas de grupos socialmente impedidos do pleno acesso aos meios legítimos para a consecução dos fins institucionais, dão lugar a um pluralismo de subgrupos culturais, alguns dos quais rigidamente fechados em face do sistema institucional de valores e normas, e caracterizados por valores, normas e modelos de comportamento alternativos àquele.⁴⁹

O universal concreto criado pelo discurso jurídico-penal afirma que existe apenas um conjunto de valores, uma só cultura que legitima as leis penais, e suprime violentamente a mera ideia de que em uma sociedade complexa muitos são os âmbitos normativo-culturais, muitas são as “subculturas”, que têm os seus próprios *modi vivendi*, e que inclusive constroem para si diversas explicações e aproximações quanto ao fenômeno criminal.

Para que o universal afirmativo do discurso jurídico-penal tenha semblante de validade, o conjunto de valores específico de um grupo social dirigente deve passar necessariamente como o conjunto de valores de *toda a sociedade* – e o particular negativo, que diz respeito aos diversos valores dos diversos grupos sociais não-dirigentes deve ser suprimido à força. Este procedimento tem um nome muito preciso: construção de hegemonia.⁵⁰

Com a teoria das subculturas criminais, a falha no discurso do direito penal é

colocada às claras. Se muitas são as subculturas, cada uma com seus próprios valores, então o que embasa o sistema penal é uma dessas subculturas apenas, qual seja, a subcultura da classe dirigente, da classe de maior poder político numa determinada sociedade. E aí se desvela o viés arbitrário, classista do discurso jurídico-penal.

6. Pontos cegos: direito e polícia, violência

Alguns pontos cegos da análise então se apresentam. O poder soberano – e sua imponderável arbitrariedade, em suma, surgiria diuturnamente, e de forma massificada, nas rotinas do sistema penal, e em especial no exercício do mandato policial do Estado. A violência surgiria não nas grandiloquentes manifestações da política corrente, mas na capilaridade oculta do exercício do poder por cada soldado, cabo, sargento ou oficial da polícia ostensiva.

Neste caminho é Walter Benjamin no opúsculo *Para uma crítica da violência*:

A afirmação de que os fins do poder policial seriam sempre idênticos aos do direito restante ou pelo menos ligados a eles, é falsa. Na verdade, o “direito” da polícia é o ponto em que o estado – ou por impotência ou devido às inter-relações imanentes a qualquer ordem judiciária – não pode mais garantir, através da ordem jurídica, seus fins empíricos, que deseja atingir a qualquer preço. Por isso, ‘por questões de segurança’, a polícia intervém em inúmeros casos, em que não existe situação jurídica definida, sem falar dos casos em que a polícia acompanha ou simplesmente controla o cidadão, sem qualquer referência a fins jurídicos, como um aborrecimento brutal ao longo de uma vida regulamentada por decretos. Ao contrário do direito que, na ‘decisão’ fixada no espaço e no tempo, reconhece uma categoria metafísica, graças à qual ele faz jus à crítica,

⁴⁹ BARATTA, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, pp. 71-72.

⁵⁰ Hegemonia, para o filósofo Antonio Gramsci (um dos formuladores mais conhecidos desta categoria, seria algo como o “exercício ‘normal’ da hegemonia no terreno que se tornou clássico do regime parlamentar [...] caracterizado por uma combinação da força e do consenso que se equilibram”. GRAMSCI *apud* LIGUORI; VOZA, *Dicionário gramsciano*, p. 722.

a observação da instituição da polícia não encontra nenhuma essência. Seu poder é amorfo, como é amorfa sua aparição espectral, inatacável e onipresente na vida dos países civilizados.⁵¹

Tal dimensão estruturalmente anômica da polícia – mormente, no Brasil, a ostensiva, que de fato se encaixa na descrição do fenômeno indicado por Benjamin – é patente. O policial militar é uma espécie de “guarda de fronteira” que vigia para que os “estrangeiros”, os “outsiders”, os “bárbaros” não perturbem significativamente o contorno do Estado como ele está posto. Na sanha conservadora que informa a própria noção clássica de polícia, tudo vale, ao fim e ao cabo, para que a ordem seja mantida. Lembremos: a ordem posta, hodierna, por mais inegavelmente injusta e desigual que seja.

Algo não se mostra para além da violência, sorrateira e espreitada, arregimentando segundo uma verdadeira “linha geral” a rede micropolítica, molecular de opressão-resistência nos diversos espaços sociais. Uma sofisticada direção se apresenta, redirecionando a todo momento a rede de exercício ininterrupto de violência para uma pauta que, *grosso modo*, pode ser chamada de uma “Razão de Estado”.

Michel Foucault chamou isso de “dispositivo”. Segundo ele:

Aquilo que procuro individualizar por este nome [dispositivo] é, antes de tudo, um conjunto absolutamente heterogêneo que implica discursos, instituições, estruturas arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais e filantrópicas, em resumo: tanto o dito como o não dito, eis os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se estabelece entre estes elementos [...]. Com o termo dispositivo, compreendo uma espécie – por assim dizer –

de formação que num certo momento histórico teve como função essencial responder a uma urgência. O dispositivo tem, portanto, uma função eminentemente estratégica [...]. Disse que o dispositivo tem natureza essencialmente estratégica, que se trata, como consequência, de uma certa manipulação de relações de força, de uma intervenção racional e combinada das relações de força, seja para orientá-las em certa direção, seja para bloqueá-las ou para fixá-las e utilizá-las. O dispositivo está sempre inscrito num jogo de poder e, ao mesmo tempo, sempre ligado aos limites do saber, que derivam desse e, na mesma medida, condicionam-no. Assim, o dispositivo é: um conjunto de estratégias de relações de força que condicionam certos tipos de saber e por ele são condicionados.⁵²

A polícia participa desse plexo emaranhado e vultoso de elementos que agenciam as pessoas em estrato dos mais básicos – qual seja, como seres viventes. E, vale notar, se em geral hoje tais dispositivos tendem a gerar um processo de dessubjetivação/desindividualização, vários outros deles (como o referencial policial-social) ainda têm o condão de interpelar o vivente no sentido de fazer surgir uma subjetividade específica: policializada, enquadrada, ordeira, “de bem” e, consciente ou inconscientemente, amedrontada ou mesmo terrificada.

A análise – e o eventual enfrentamento – da lógica policial-penal mostra-se ainda mais complexa do que se toma à primeira vista.

Aproximamos então de um fundo acerca da polícia? O ponto de partida, limpando campo, para se pensar a polícia, a violência e o direito seria algo como bem coloca Agamben?

El hecho es que la policía, em contra la opinión común que ve em ella una función meramente administrativa de ejecución del derecho, es quizá el lugar em que se muestra al desnudo com mayor claridad la proximidad, la intercambialidad casi, entre violencia y derecho que caracteriza a la figura del soberano.⁵³

⁵¹ BENJAMIN, *Escritos sobre mito e linguagem*, pp. 135-136.

⁵² FOUCAULT *apud* AGAMBEN, *O que é o contemporâneo? e outros escritos*, p. 28.

⁵³ AGAMBEN, *Medios sin fin*.

7. De uma (in)conclusão

Com efeito, “há algo de podre no reino da Dinamarca”. O tratamento corrente dos temas “sistema penal” e “polícia”, multívocos e carnalmente entremeados, mostra-se insuficiente quando confrontado com situações limítrofes, com padrões inafastáveis, com a violência onipresente – e supostamente estruturante.

O campo de trabalho mais aprofundado sobre a questão policial-penal, então, permanece em aberto – e urgente. Se alguns laivos de teoria mais fina (num sentido pascaliano) são postos – como Benjamin e Agamben, supracitados – muito há de ser construído. A título de exemplos, para um programa de pesquisa por vir: a relação entre (des)armamento da população e ruptura do paradigma policial-penal contemporâneo; a relação entre desmilitarização da segurança pública e a quebra do monopólio do exercício legítimo da violência por parte do Estado; a (des)necessidade de “milicianização” das forças policiais (entendendo-se a “milicianização” como uma entrega da prestação de serviços de segurança pública para as pessoas atingidas pelos problemas securitários, para as pessoas comuns moradoras dos espaços sociais a serem policiados); a (in)viabilidade da abolição do exercício do poder de polícia (em outras palavras: é possível que o campo progressista – ou mesmo radicais revolucionários – prescindam do poder de polícia?);

A construção de um perfil radical satisfatório do sistema penal e do poder de polícia *in generis* é “mata relativamente virgem” ainda, se tomarmos em termos de um pensamento

radical e destemido, que enfrente as aporias e olhemos o abismo nos olhos. Aqui, como dito no início, temos apenas divagações e certos arranques radicalizados. Criemos, pois, destrutivamente as categorias que nos expliquem o que é o sistema policial-penal e, principalmente, o que podemos fazer para obliterar o Estado e a violência que daí surge.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Medios sin fin*: notas sobre la política. Trad. Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia: Pre-textos, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. O que é um dispositivo? In: *O que é contemporâneo? e outros ensaios*. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Enemy combatants*. Disponível em: https://www.americanbar.org/advocacy/governmental_legislative_work/priorities_policy/civil_liberties/enemy_combatants/. Acesso em: 10 out. 2020.

ARISTÓTELES. *Organon*. 2. ed. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2010.

ARISTÓTELES. *Quadrado Lógico de Aristóteles*. Disponível em: <https://alias1981.blogspot.com/2013/04/apostila-de-logica-aristotelica.html>. Acesso em: 10 out. 2020.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARCELLOS, Caco. *Rota 66: a história da polícia que mata*. 9. ed. São Paulo: Editora Record, 2008.

- BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Ed. Fac-simile. Brasília: Senado Federal, 2004.
- BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: *Escritos sobre mito e linguagem*. Trad. Suzana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Editora 34, 2011.
- CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CENTRO DE ANTROPOLOGIA E ARQUEOLOGIA FORENSE DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO. *Violência de Estado no Brasil: uma análise dos Crimes de Maio de 2006 na perspectiva da antropologia forense e da justiça de transição*. Disponível em: https://www.unifesp.br/reitoria/caaf/images/Relatorio_final_2.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.
- CHAMBERLAIN, Lesley. *A guerra particular de Lenin: a deportação da intelectualidade russa pelo governo bolchevique*. Trad. Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Record, 2008.
- COTTA, Francis Albert. *Matrizes do sistema policial brasileiro*. Belo Horizonte: Crisálida, 2012.
- FELTRAN, Gabriel. *Irmãos: uma história do PCC*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 31. ed. Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020.
- HUGGINS, Martha K. *Polícia e Política: relações Estados Unidos/América Latina*. Trad. Lólio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Cortez, 1998.
- JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 2. ed. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KUCINSKI, Bernardo et al. *Bala perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação*. São Paulo: Boitempo, 2015
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Trad. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LIGUORI, Guido; VOZA, Pasquale. *Dicionário gramsciano – 1926-1937*. Trad. Ana Maria Chiarini, Diego Silveira Coelho Ferreira, Leandro de Oliveira Galastri e Silvia de Bernardinis. São Paulo: Boitempo, 2015.
- LIMA, Luis. “O modelo atual de polícia não funciona”, diz Cláudio Beato. *Revista Época*, 13 fev. 2017. Disponível em: <https://epoca.globo.com/brasil/noticia/2017/02/o-modelo-atual-de-policia-nao-funciona-diz-claudio-beato.html>. Acesso em: 10 out. 2020.
- LUCE, Mathias Seibel. *Teoria marxista da dependência – problemas e categorias*. São Paulo: Expressão Popular, 2018.
- MARTINS JÚNIOR, Fernando Nogueira. *Os bons executores da lei: a polícia soberana como dispositivo central do estado de exceção brasileiro*. 2016. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

- RODRÍGUEZ, Javier Llobet. *Nacional-socialismo e antigarrantismo penal (1933-1945)*. Trad. Paulo César Busato. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.
- SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A expansão do direito penal*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SÃO PAULO. Governo do Estado – Secretaria de Segurança Pública. Resolução SSP-05, de 07 de janeiro de 2013. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, São Paulo, SP, 08 jan. 2013. Disponível em: https://www.imprensaoficial.com.br/DO/GatewayPDF.aspx?link=/2013/executivo%20secao%20i/janeiro/08/pag_0005_AMUH5M4HK8F4Re3H5BVT6K4RT59.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006.
- SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Trad. Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. Madri: Editorial Trotta, 2009.
- SIEYES, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?* 5. ed. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SOARES, Luiz Eduardo. *Desmilitarizar – segurança pública e direitos humanos*. São Paulo: Boitempo, 2019.
- TV PUC SÃO PAULO. *Encarceramento em massa: a tragédia prisional brasileira*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uiYtMlcaUc4>. Acesso em: 10 out. 2020.
- ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. Trad. Cecília Perlingeiro, Gustavo de Souza Preussler, Lucimara Rabel e Maria Gabriela Viana Peixoto. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Criminologia: reflexiones desde un margen*. Bogotá: Editorial Temis, 1988.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Avila Latinoamericana, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Que hacer con la pena?* In: *Encontro Internacional La Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo: Aporte e Experiencias*. Cidade do México, 1993. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/85/3.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – II*, II. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- ZAVERUCHA, Jorge. *Relações civis-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988*. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- ZIZEK, Slavoj. *Violência – seis reflexões laterais*. São Paulo: Boitempo, 2014.

Recebido em: 31.10.2020

Aprovado em: 16.11.2020