

INTERFACES DO PODER E A DINÂMICA CRIMINOLÓGICA: APROXIMAÇÕES ENTRE FOUCAULT E AGAMBEN

Mayara Pellenz¹
Rafaela Baldissera²

RESUMO: O cenário brasileiro, proporcionado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é construído de uma forma livre. Formalmente o Estado constitui-se democrático, baseado nos preceitos do Direito que asseguram tal situação. No entanto, a realidade das experiências humanas não se demonstra dessa forma. Ocorre que a sociedade, a partir de um discurso seletivo de empoderamento seleciona e elege o perfil do criminoso, que passa a ser oprimido e muitas vezes, inclusive perseguido, demonstrando que os dias atuais ainda revela um ambiente segregador dos cidadãos com determinadas características, fazendo com que essa situação evidencie um ambiente baseado em desigualdades cada vez maiores e discriminadoras. Pretende-se, como objetivo geral dessa pesquisa correlacionar o pensamento de Foucault e Agamben, tanto na criminologia quanto à operacionalidade seletiva do Direito Penal. A partir dessa situação, este estudo destina-se a reflexão a partir das ideias de Foucault e Agamben de como pode ser possível encontrar uma alternativa de mudança desse discurso segregador, possibilitando o exercício de um ambiente mais democrático. No desenvolvimento desta proposta analítica e científica, utilizar-se-á a técnica de pesquisa bibliográfica bem como o método dedutivo. A partir do desenvolvimento da pesquisa é possível verificar que o panorama atual ainda rotula o perfil dos criminosos, a partir de características físicas, segregando camadas sociais e tal situação atenta os direitos fundamentais e por isso o Estado Democrático de Direito que acabam não refletindo na prática suas concepções legais.

Palavras-chave: Criminologia. Estado de Direito. Estado de Exceção. Poder. Seletividade.

ABSTRACT: Brazilian scenario, provided by the enactment of the Federal Constitution of 1988, is build freeform. Officially, the State is democratic, based on the principles of Right that ensure such situation. However, it is not the atmosphere revealed on the day by day of the human experiences. It happens that the society, from a selective discourse of empowerment, select and elects the profile of the criminal, which is overwhelmed and sometimes persecuted, demonstrating that the current segregating environment of the citizens with such characteristics, emphasizing this situation based on higher and more discriminatory inequalities. The main objective is to correlate Foulcault's and Agamben's thoughts, regarding criminology and the selective operability of the Criminal Law. From

¹ Mestre em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Meridional - IMED. Integrante do Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade na mesma instituição. Docente do Curso de Direito da Faculdade IBES/SOCIES em Blumenau (SC). Docente da Pós Graduação em Direito da Faculdade Avantis, Balneário Camboriú, SC. Advogada. Email: maypellenz@hotmail.com

² Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional (IMED), linha de pesquisa “Mecanismos de Efetivação da Democracia e da Sustentabilidade”. Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Meridional (IMED). Especialista em Direito Notarial e Registral, Direito Previdenciário, Direito Civil e Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera UNIDERP. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa: Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico pela Faculdade Meridional (IMED). Membro do Grupo de Pesquisa: Ética, Cidadania e Sustentabilidade. Advogada. Passo Fundo/RS. Brasil. Email: rafaela_baldissera@hotmail.com

that situation, this study is destined to the reflection of how to find an alternative to change this segregating discourse, based on Foucault's and Agamben's ideas, enabling a truly democratic environment. Therefore, the bibliographic research method as well as the deductive method are used. It is possible to verify, from the study, that the current panorama still labels the profile of the criminals, from its physical characteristics, segregating social strata and this situation violates the fundamental rights and, therefore, the Democratic state of Law.

Keywords: Criminology. Power. Selectivity. State of Exception. State of Law.

INTRODUÇÃO

O discurso criminológico, no que tange a seleção ou à eleição do perfil do criminoso, a ser perseguido e oprimido, socialmente e juridicamente, por aqueles que detêm o poder, desvela, ainda nos dias de hoje, uma condição que segrega e afasta os cidadãos, aumentando ainda mais as desigualdades no contexto brasileiro. A partir desse cenário, cabe aos estudiosos do Direito uma reflexão profunda acerca dessa questão, partindo do pressuposto do império da lei em condição de igualdade para todos. Contudo, o que se observa, cada vez mais, é a seletividade cruel do Direito Penal. O presente estudo se propõe a analisar o poder e a dinâmica seletiva do Direito Penal a partir das ideias de Foucault e Agamben. As práticas de dominação e punição foram objeto das teorias dos autores, respectivamente, e possuem relação com a dinâmica seletiva da sociedade atual, no que diz respeito aos sistemas de controle, a eleição do perfil do criminoso e à suspensão de direitos e garantias do indivíduo (ainda que de forma velada), quando este é considerado uma ameaça social. Inegavelmente os temas se correlacionam no que tange à operacionalidade do Direito Penal nos dias de hoje.

Historicamente, direitos e garantias fundamentais foram, em diversos momentos, violados. Essa condição foi sustentada pelo controle social e pelos discursos políticos, jurídicos e criminais, que selecionavam o perfil do criminoso e, pela sua ameaça a ordem e a sociedade, transforma-se em indivíduos indesejáveis, e, portanto, sem direitos e perseguidos. Esse cenário pode ser visualizado nos estados totalitários, como por exemplo, a questão do nazismo na eliminação de judeus ou no combate ao comunismo na América do Sul. Contudo, ainda que a democracia esteja instaurada, o mesmo ocorre com os prisioneiros de guerra ou na eleição do perfil do terrorista, especialmente após os atentados de 11 de setembro, ambos na América do Norte. São diversos os exemplos que demonstram, claramente, o perfil do

criminoso e a necessidade de suprimir seus direitos, com o discurso da manutenção da paz e da ordem, o que leva a refletir a respeito de um estado de exceção permanente.

Há uma dinâmica de controle e poder social que corrobora a aceitação desta situação. A presente pesquisa objetiva demonstrar que os temas se interligam: a eleição do perfil do criminoso desvela um controle social frente aos que são “*indesejáveis*”, e que, por esta razão, precisam ser mantidos “*do outro lado do muro*”. Ao mesmo tempo, direitos e garantias destes indivíduos são suprimidos, em nome dos discursos de poder, e caracterizam o estado de exceção de Agamben. A obra “*Vigiar e Punir*” de Foucault relata as experiências penais e a evolução da legislação penal e dos respectivos métodos coercitivos e punitivos adotados pelo poder público na repressão da delinquência, desde os séculos passados até as modernas instituições correcionais. Essa análise histórica também perpassa pela origem e condições da prisionalização, a situação de evidente falência do cárcere o aumento da criminalização. Neste artigo, alguns aspectos da obra de Foucault serão analisados para que se possa compreender a dinâmica do Direito Penal hoje, em relação ao sistema coercitivo e ao aparato legal que controla, segrega e seleciona perfis pré-determinados, sendo esses, os principais destinatários da norma penal. Refletir sobre estes estereótipos é necessário, para que se possa identificar o estado de exceção que hoje, indubitavelmente, existe.

Para Foucault o discurso de ressocialização e reintegração corrobora os antigos preceitos de neutralização, onde o criminoso se torne mais dócil, disciplinado e aí sim, possa conviver com seus pares dentro da lei e da ordem. Ocorre que a cultura punitiva em massa é uma das causas da falência da pena de prisão. O sistema se retroalimenta, com a repetição de discursos de controle e de poder, e com isso, as medidas punitivas não são iguais e não possuem uma roupagem humanizada, mas sim, atendem ao perfil de criminoso que possuem características pré-definidas, a citar a cor da pele, a classe social, dentre outros. São os vulneráveis e os socialmente excluídos que cabem nestas descrições. Por certo, essa dinâmica desvela que não há sintonia entre direitos fundamentais e Direito Penal, o que também sinaliza para um estado de exceção em terras brasileiras.

Esta relativização de direitos, quando se trata de perfis pré determinados, comprova que a dinâmica do Direito Penal, do modo como se apresenta, é insustentável. Esse fato pode ser visualizado por meio do aumento nos índices de encarceramento, da situação de crise do

sistema prisional e do flagelo da pena – da mesma forma como inicia a obra de Foucault, com os suplícios na Idade Média. Embora não se admita a barbárie daqueles tempos, a condição desumana persiste, devido a péssima estrutura dos estabelecimentos prisionais e do processo penal, ainda com resquício inquisitório. Este é o panorama que sustenta um permanente estado de exceção em relação à supressão de direitos e garantias fundamentais ao criminoso, o que resulta no enfraquecimento dos preceitos constitucionais no que tange a pessoa humana.

Estas ideias são o plano de partida nesta pesquisa. Longe da pretensão de esgotar a temática proposta pretende-se, como objetivo geral correlacionar o pensamento de Foucault e Agamben, tanto na criminologia quanto à operacionalidade seletiva do Direito Penal. Para tanto, utilizar-se-á a técnica de pesquisa bibliográfica e do método dedutivo. A partir disso, têm-se como objetivos específicos refletir a minimização dos efeitos de fenômenos atuais, sustentados por discursos que, na realidade, caracterizam o estado de exceção, o medo e a criminalização excessiva e ainda conjecturar a partir das ideias de Foucault e Agamben como pode ser possível encontrar uma alternativa de mudança desse discurso segregador, possibilitando o exercício de um ambiente democrático.

ASPECTOS DESTACADOS ENTRE FOUCAULT E A CRIMINOLOGIA CRÍTICA

As primeiras páginas de *“Vigiar e Punir”*, lançado por Foucault em 1975, antecipam a principal temática da obra. Foucault debruça-se sobre as estratégias institucionais de poder no decorrer da história, sobre a origem da pena, dos institutos prisionais e elementos que integram a questão do controle e do sistema penal, provocando, a cada página, reflexões a respeito de práticas punitivas desde as cerimônias de suplícios até a contemporaneidade. A retomada histórica feita por Foucault inicia pela narração dos corpos em suplícios e pela utilização destes como instrumento de punição, em demonstrações explícitas de sofrimento escancarado em público à sociedade medieval. O cenário retratado pelo autor descreve a violência sofrida pelo corpo, muitas vezes em vida, a partir do discurso de cunho religioso que preconizava a *‘salvação da alma’* do condenado.

O caráter inquisitório da persecução penal desvelava a força da Igreja nas mais diversas instituições sociais. Não se falava em Justiça se o discurso religioso não estivesse presente.

Não havia clareza, transparência ou a observância do princípio do devido processo legal. Suprimiam-se as garantias do indivíduo e as condenações resultavam em execuções públicas, onde o corpo do sujeito era escancarado em rituais de tortura e horror. As punições nestes moldes tornaram-se insustentáveis a partir de acontecimentos históricos como o Iluminismo. As novas ideias e reflexões foram responsáveis pela mudança das práticas punitivas socialmente aceitas, com a ascensão de princípios como a dignidade da pessoa humana. A pena deveria então recair sobre o delito praticado e não sobre a pessoa do condenado. Passou-se a disseminar a ideia de justiça em relação aos crimes praticados, por meio das penas moderadas e proporcionais aos fatos. Para Foucault, o objetivo passou a ser a punição e não o flagelo público do corpo, discurso até então pregado pela Igreja.

A inauguração desse momento significa a mitigação das penas, em que o instituto da punição deve estar inserido em uma sistemática capaz de desestimular a prática de delitos (a não reincidência), não pela dominação de um corpo sobre outro, mas sim, a partir de uma perspectiva de punição como principal consequência do ato criminoso. Dessa forma, a punição também adquire legitimação social e *“só se propagarão os sinais-obstáculos que impedem o desejo do crime pelo receio calculado do castigo”* (FOUCAULT, 1987, p. 93).

A instituição da prisão, na perspectiva foucaultiana surgiu com o objetivo pautado pela sua perene reformulação. Assim, desconsiderar a dinâmica expansiva do poder punitivo, nas engrenagens do controle e do poder, é renunciar ao reconhecimento da condição de ser humano. O decorrer cronológico da história da humanidade sinaliza a existência de teorias explicativas para o comportamento criminoso, que vão desde o cotejo de indivíduo “bom” ou “mau”, até a biologia humana, o formato de elementos corporais, o ambiente de socialização, a definição de condutas típicas, dentre outros. As teorias, sustentadas por estudiosos de diversas áreas do saber, não estavam atentas àquilo que a criminologia crítica se propõe.

Inconformados com as concepções até então existentes sobre a Criminologia, surge na década de 1960, nos Estados Unidos, a teoria do *labeling approach*, que marcou a transição entre a criminologia clássica e a criminologia crítica. A teoria destina-se a estudar o fenômeno da criminalidade a partir de critérios sociais, promovendo uma cisão com a escola clássica e etiológica da criminologia. Na concepção de Baratta:

[...] o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob esse ponto de vista, tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes (2002, p. 86).

A compreensão da criminalidade, sobre esse prisma, perpassa pela análise do sistema penal e com as consequências político-sociais das próprias políticas criminais. O *labeling approach* procura responder a questões como: “*quem é definido com desviante?*”, “*que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?*”, “*em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?*” e, por fim, “*quem define quem?*”. Sob esse prisma, as interações sociais são o produto de uma construção social, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte dos indivíduos e de grupos diversos. Em que pese a inegável contribuição do paradigma do *labeling approach* para a criminologia contemporânea, não é ele capaz de explicar o fenômeno da criminalidade, uma vez que, as implicações desse paradigma, para Baratta, são:

a) um sistema objetivo e objetivamente reconhecível de normas pré-constituídas; b) a existência de duas classes distintas de comportamentos e de sujeitos: os comportamentos e os sujeitos normais e os desviantes; c) a destinação técnico-intervencionista da teoria, ou seja, aquela típica da criminologia positivista, de utilizar a concorrência dos fatores do desvio para intervir sobre eles, modificando-os (2002, p. 92).

A teoria em comento apenas modifica a base de estudo sobre a conduta desviante. Se antes a criminologia clássica utilizava critérios etiológicos para a definição do criminoso, modernamente, o *labeling* utiliza critérios objetivos para fins de controle e seletividade penal, como a reincidência, por exemplo. Apesar do avanço do *labeling* no que tange à definição da criminalidade, é preciso mencionar que a teoria reduz a criminalidade à definição legal, não considerando os comportamentos lesivos merecedores de tutela.

BREVES REFLEXÕES SOBRE CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Estudos sobre as relações entre a estrutura social e a criminalidade já existiam desde a década de 1930, especialmente com a teoria de Rusche e Kirchheimer. Contudo, foi somente em 1970 inspirados pelo paradigma do *labeling approach*, que surge a criminologia crítica, encabeçados por Taylor, Walton e Young. A partir da dinâmica penal, a criminologia crítica analisa as condições estruturais e funcionais do desvio, a partir da problemática do capital, interpretando de forma diversa a conduta delituosa em razão de ser cometida por aqueles que detêm ou não poder, como classe dominante e dominada. Trata-se, por conseguinte, de uma necessidade de superação da concepção ontológica do crime, do criminoso e da criminalidade, bem como de uma superação da concepção normativista do Direito Penal. Aponta-se à necessidade dos criminólogos repensarem o conceito do crime a fim de superar a condição legalista da categoria, como legítimos guardiões dos direitos humanos.

Assim, sustenta-se na análise das condições objetivas, estruturais e funcionais, que estão na origem dos fenômenos do desvio, como, no deslocamento do interesse cognoscitivo das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais e institucionais, por meio dos quais é construída a realidade social do desvio. Ou seja, para os mecanismos por meio dos quais são criadas e aplicadas as definições de desvio e de criminalidade, e realizados os processos de criminalização. O movimento chamado Criminologia Crítica proporciona melhor visualização dos fenômenos criminais a partir dos fundamentos da Criminologia Clássica. Analisa-se, por meio de perspectivas históricas e do discurso marxista, a eleição de indivíduos como criminosos, qual a relação do capital com a criminalidade, os processos de etiquetamento e rotulação, bem como a interferência dos grupos de poder na sociedade. Além disso, demonstra-se a existência de uma seletividade discriminatória do sistema penal (GARCÍA; GOMES, 2000, p. 321).

Uma nova forma de análise do fenômeno criminológico passou a vigorar neste contexto, por processos de interação altamente seletivos e discriminatórios, onde o conceito de criminoso é estabelecido por grupos distintos que instituem os critérios utilizados pelo sistema penal no exercício do controle social para definir o desviado como tal (BECKER, 2008, p. 120). Assim, a partir da Criminologia Crítica, a criminalidade é um bem (jurídico e

social) negativo, distribuído de maneira desigual, conforme a hierarquia dos interesses que são fixados a partir do sistema econômico e social. Por certo, o bem jurídico protegido pelo Direito Penal, da forma como Roxin concebia, acaba desvirtuando-se, à medida que os atos condenáveis passam a ser nem sempre aqueles mais danosos. A eleição do perfil do criminoso, em um processo de criminalização instituído na sociedade, sustenta à supressão de direitos, liberdades e garantias constitucionais. O que se tem, neste panorama, é a justiça criminal e o sistema penal como processos essencialmente seletivos e discriminatórios. A Criminologia Crítica propõe, neste contexto de crise do sistema penal e dos excessos cometidos, uma nova forma de interpretação do crime. A ruptura na reflexão criminológica liberal é evidente, já que os pensamentos criminológicos clássicos não questionam os processos de criminalização nem a eleição do perfil ou da conduta do criminoso.

Na atualidade, os processos de criminalização estão cada vez mais presentes. O Direito Penal deslegitima-se à medida que está a serviço de uma parcela social que detêm o poder político-dominante. O Direito Penal acentua os processos referidos à medida que não funciona mais como *ultima ratio*. Este é um recurso jurídico utilizado pelas “*parcelas sociais detentoras de poder para assegurar a sobrevivência do sistema capitalista, que é posteriormente ameaçado por suas próprias contradições*” (QUINNEY, 1980, p. 245-246). O controle penal se desenvolve em uma perspectiva de segregação, sendo que os bens jurídicos precisam ser revisitados e reconsiderados. Há diferenças de tratamentos ainda que a lei considere a condição de igualdade, e a seleção do perfil de criminoso ocorre de um grupo para outro, em razão de processos de dominação que guardam estreita relação com o capital. Nesta senda, cabe questionar até mesmo o que o Direito Penal objetiva atualmente legitimar, já que, segundo Gauer (1999, p. 18) “*a violência dos poderosos recebe uma crítica que se esgota no discurso inócuo. A violência dos fracos, por outro lado, é punida concretamente [...]*”. No mesmo sentido, menciona Baratta que

[...] o salto qualitativo que separa a nova da velha criminologia consiste, portanto, principalmente, na superação do paradigma etiológico, que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida, naturalisticamente, como teoria das causas da criminalidade (2002, p. 160-161)

Ressalta-se: a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. Não é por outra razão que na obra de Rusche e Kirchheimer, os autores já haviam apontado a relação entre a estrutura social e a punição, trazendo mestral exemplo de seletividade ao fazerem a constatação de que no século XIV, quando aproximadamente um terço da população da Europa foi dizimada pela doença conhecida como ‘*Peste Negra*’, as normas penais eram muito tímidas e pouco interferiam na vida em sociedade, posto que a escassez da mão-de-obra, exigia do Estado uma postura libertária (BARATTA, 2002, p. 189).

A partir do contorno da doença com programas governamentais de aumento da natalidade, quatro séculos mais tarde, com a ‘reposição’ da população e com o excesso de mão-de-obra, novamente surgem delitos como vadiagem, furto, etc. Contudo, a referida obra “*não exaure o tema da marginalização criminal, porque o mercado de trabalho, no sistema capitalista de produção, vai para além da perspectiva econômica, alcançando uma dimensão política também*” (BARATTA, 2002, p. 189). É por isso que, na Criminologia Crítica, o Direito Penal não é considerado somente como sistema estático de normas, mas como sistema dinâmico de funções, no qual se podem distinguir três mecanismos analisáveis separadamente: o mecanismo da produção de normas, o mecanismo da aplicação das normas, e o mecanismo de cumprimento da pena. Nestas esferas, o poder e a violência estão institucionalizados e são determinantes na análise da violação de direitos e garantias fundamentais de certos indivíduos, tal qual os pressupostos de Foucault, em ‘*Vigiar e Punir*’ já expunham. Para exemplificar, a despeito do poder das instituições de controle, Wacquant destaca:

Essa violência policial inscreve-se em uma tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis pela força, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida por décadas de ditadura militar, quando a luta contra a “subversão interna” se disfarçou em repressão aos delinquentes. Ela apóia-se numa concepção hierárquica e paternalista da cidadania, fundada na oposição cultural entre feras e doutores, os “selvagens” e

os “cultos”, que tende a assimilar marginais, trabalhadores e criminosos, de modo que a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundam (2001, p. 9).

O autor completa afirmando ainda que o Direito Penal, em particular, reflete uma contradição fundamental entre igualdade dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos. Sob a mesma linha de pensamento, Zaffaroni e Pierangeli verificam que o sistema penal tem uma função que se esconde por trás do discurso externo, de proteção social indistinta, em um pretense Direito Penal igualitário. Sob a ótica destes autores:

[...] o sistema penal é extremamente seletivo no combate ao crime. Desde a elaboração de normas proibitivas de condutas, até a punição judicial de criminosos, há uma perversa seleção de agentes que irão sofrer a efetivação da sanção penal. O *status quo* que impera no combate à criminalidade é alarmante. No intuito de manter calma a desinformada sociedade, direciona-se a punição a determinadas condutas (com doses altíssimas de publicidade) e cria-se a idéia de que a criminalidade está controlada. Falsa ilusão simbólica, porquanto a mais perversa e destruidora forma de criminalidade, a de cunho econômico, está a proliferar-se, sem que os órgãos estatais previnam e combatam tais formas de delito. A seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder regressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planejadas é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm “espaço legal” para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem (1999, p. 77).

As características do sistema penal o tornam ilegítimo, face ao tratamento desigual que confere aos membros da sociedade, além de servir como instrumento de controle social seletivo e discriminatório. Assim, entende-se que, a partir do que a Criminologia Crítica institui, o direito penal é seletivo e recai sobre bens essenciais, punindo de forma desigual. A perspectiva de (des) igualdade é visualizada, pois a atribuição do status criminal recai de modo desigual entre os cidadãos. A reflexão, nesse ponto, é no sentido da compreensão da teoria como instrumento de desconstrução da discursividade penal-punitiva, que segrega e discrimina na realidade brasileira.

INTERFACES DO PODER: A PERSPECTIVA DE AGAMBEN

A partir do que Foucault e a Criminologia Crítica apresentam, correlacionam-se com a teoria de Agamben, no que tange as interfaces e aos discursos de poder. Ao cunhar a expressão estado de exceção, expõe uma dinâmica social baseada na validade da lei, mas não de sua vigência. Concretamente, explica que essa condição, como fenômeno contemporâneo, é o “*indício não só da consumada separação entre cultura filosófica e cultura jurídica, como também a decadência da segunda [...]*” (AGAMBEN, 2004, p. 59). Apesar da forma política, mesmo em ambientes democráticos, Agamben situa o estado de exceção como existente em qualquer regime político, suspendendo a condição de ser humano dotado de direitos e garantias, ainda que haja diploma legal com tal instituição. É a relativização do império da lei, e, por consequência, sua violação. O autor explica que o estado de exceção é caracterizado como “*espaço anômico onde o que está em jogo é uma força-de-lei sem lei*” (AGAMBEN, 2004, p. 61). Além disso:

[...] é essa indefinibilidade e a esse não-lugar que responde a ideia de uma força-de-lei. [...] a força-de-lei, separada da lei, o *imperium* flutuante, a vigência sem aplicação e a ideia de uma espécie de ‘grau zero’, são algumas das tantas ficções por meio das quais o direito tenta incluir em si sua própria ausência e apropriar-se do estado de exceção, ou, no mínimo, assegurar-se uma relação com ele (2004. p. 79-80).

A cultura jurídica, nesse cenário, submete-se às circunstâncias factuais: o estado de exceção se perpetua na contemporaneidade. Ora, ainda que a democracia seja o regime político instituído, nada impede que, o poder institua qual direito é destinado a quem, sinalizando a face mais oculta do poder político, jurídico e social. Para que seja possível visualizar tal situação, basta recorrer a episódios históricos recorrentes na humanidade, como genocídios, holocaustos e instituição de pena capital. Sob a perspectiva de “*vida nua*” de Agamben:

[...] a distinção entre os que se incluem na ordem legal e o *Homo sacer* não é apenas horizontal, uma distinção entre dois grupos de pessoas, mas, cada vez mais, também uma distinção vertical entre as suas formas (superpostas) como se pode tratar as mesmas pessoas – resumidamente: perante a Lei, somos tratados como cidadãos, sujeitos legais, enquanto no plano do obsceno superou

complementar dessa lei incondicional vazia, somos tratados como *Homo sacer*” (ZIZEK, 2003, p. 47).

Num contexto de crise pós-moderna, onde o panorama não é somente das racionalidades científicas ou das certezas incontestáveis, chama-se atenção à opressão destinada as lutas e conquistas humanas, desde os direitos civis e políticos reivindicados nas revoluções burguesas de outrora. Como interface do poder, que também existe na teoria foucaultiana e na Criminologia Crítica, “o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma dominante na política contemporânea” (AGAMBEN, 2004, p. 13). Os instrumentos para que isso ocorra são diversos. Perpassam pelo capital, pela luta de classes, pela dinâmica de poder, pelos instrumentos jurídicos, pelos mecanismos de controle e demais elementos que interferem nas relações sociais.

Contudo, o objetivo deixa de ser a defesa de direitos e garantias fundamentais do indivíduo e passa a ser a necessidade de um “*bem – estar*” seletivo, cenário que favorece os detentores do poder. Nesta ciranda, justifica-se o injustificável. Com base na pacificação social e na manutenção da ordem, direitos e garantias são sopesadas em nome de um bem comum maior que todas as conquistas humanas, mas que diz respeito apenas aos “*eleitos*”, e não à coletividade. De encontro à seleção do perfil do criminoso, como objeto da Criminologia Crítica indagam-se os motivos de ordem que justificam serem judeus ou muçulmanos taxados de ameaça, um no período da Segunda Guerra Mundial, outro, após o ataque terrorista contra os americanos em Nova Iorque, em 11 de setembro de 2001. O perfil eleito, tanto em instância micro quanto em instância macro é, em verdade, na teoria de Agamben, “*um ser juridicamente inominável e inclassificável*” (2004, p. 13). Comunistas, judeus, muçulmanos, pobres, negros, imigrantes ou moradores de favelas, como exemplos não taxativos, compartilham de uma mesma humanidade, como qualquer outro ser, mas corresponde ao perfil que ameaça a ordem, cada qual em seu momento histórico, desvelando uma suspensão de direitos que viola gravemente o que institui a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, além de preceitos constitucionais, em âmbito estatal interno.

No Brasil, no que tange à perda da condição humana, visualiza-se o “*ser inclassificável*” como aquele que cumpre pena em estabelecimento prisional, estigmatizado desde a fase processual, e que padece, além das mazelas do procedimento jurídico (como a ampla defesa e

morosidade do processo, por exemplo), de estrutura de privação de liberdade em estado caótico, como depósito de criminosos. Na dinâmica do controle e do poder, Foucault, Agamben e a dinâmica criminológica se entrelaçam, pois o perfil do encarcerado é pré determinado: baixa escolaridade, morador de subúrbio, cor negra e 21 anos não completos. O controle incide sobre estes, e a massa carcerária aumenta a cada ano.

O entendimento de Agamben, sobre exceção, sinaliza para uma regra geral. Ou seja: não se vive, na atualidade, um estado de exceção, como momento histórico peculiar, mas sim, como condição permanente. Ainda que, para Agamben, o estado de exceção seja uma zona de indistinção, o problema de sua definição reside, justamente, em um patamar ou zona de indiferença em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam (AGAMBEN, 2004, p. 39), tanto numa perspectiva brasileira, quanto numa perspectiva mundial. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão (AGAMBEN, 2010, p. 24). Para o autor, essa situação é o cenário político desse tempo, ou seja, a regra. A exceção passa a ser a regra, com a suspensão da ordem jurídica como elemento político, capaz de viabilizar a governança. Há, nesse cenário, em relação à norma jurídica, uma sensação de *“terra de ninguém, entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida”* (AGAMBEN, 2004, p. 12).

Essa sensação converte-se em fatos comprovados à medida que a governabilidade, em estado de exceção, suprime o Estado de Direito e os direitos individuais. Como poder soberano, a institucionalização é visualizada em um molde totalitário, e, em nome da manutenção da ordem, fica permitido o uso da força policial e militar, na perseguição do perfil eleito. Para além de uma presença no âmbito do Estado-nação, o estado de exceção atingiu *“o máximo desdobramento planetário”* (AGAMBEN, 2004, p. 131). Por essa razão, é preciso refletir sobre a temática. Se o estado de exceção atingiu uma dimensão global, a violação de direitos e garantias individuais também possui esse alcance. Nestes moldes, a institucionalização, em âmbito penal, fica redimensionada. Para Garland:

Antes de se falar numa mudança estrutural da justiça penal, o que se verifica é uma cultura política diferente, em que se recobrem as linhas de um então Estado de bem-estar social, agora mitigado na dita modernidade tardia, dirigindo-se para um novo estilo de gestão pública da justiça penal estatal. Assim, o que há é uma espécie de redefinição do papel das instituições

existentes, que sinaliza para novas metas e prioridades. (GARLAND, 2005, p. 275-285).

A partir desse cenário, importa dizer que, no que se refere ao sistema penal e aos mecanismos de poder, a Criminologia Crítica sinaliza para a existência de um perfil a ser controlado, onde o fim punitivo é destinado a indivíduos pré-determinados pelas instâncias dominantes e a partir do fenômeno da marginalização, oriundo do capitalismo. Essa condição permite que *“os controles e as condenações sociais se concentrem nos grupos marginalizados deixando livres de regulação e censura os comportamentos dos mercados, das corporações e das classes sociais opulentas”* (GARLAND, 2005, p. 323). O que a Criminologia Crítica se propõe vai de encontro com a teoria do poder de Foucault, no que diz respeito à dinâmica e a seletividade do Direito Penal.

A partir disso, a segregação social que revela perfis suspeitos com uma incompatibilidade com os preceitos democráticos instaurados na Constituição Federal e que reforçam a posição observada nas declarações de direitos humanos. E essa condição, torna-se permanente, demonstrando que não é sob determinadas circunstâncias que isso ocorre, tomando uma dimensão de que para os seres humanos essas situações já são merecedoras, inclusive, da indiferença humana. Trata-se, portanto, de um estado de exceção permanente que revela um caos decorrente da falta de percepção da humanidade de todos e que cada um merece a igualdade de consideração tanto do sistema quanto de cada outro ser humano próximo de si no que se refere a sua condição humana.

CONCLUSÃO

A obra de Michel Foucault, explorada nesta pesquisa, inaugurou um novo momento, influenciando os estudos modernos sobre Criminologia e Direito Penal, especialmente. A obra tornou-se um clássico e é leitura obrigatória de todos aqueles que buscam o entendimento do nascimento da prisão e do sistema penal, em seu sentido mais amplo. Para Foucault, a punição criminal perpassa por uma série de questões e problemas institucionais ligados as estratégias de poder que são visualizadas também na contemporaneidade. Mesmo após quatro

décadas de sua publicação, “*Vigiar e Punir*” é um estudo de extrema importância para os dias atuais.

No cotejo entre Michel Foucault e a Criminologia, é possível perceber que os mecanismos de poder e os processos de criminalização são objetos de estudo comuns, e estão institucionalizados na sociedade de hoje, de forma a legitimar discursos punitivos discriminatórios e seletistas. Desse modo, mídia, linguagem, cultura e interações sociais (que denotam poderio de uns em face aos outros) interferem diretamente no processo de escolha daqueles que são ou não considerados criminosos, a partir de uma perspectiva de dominação. Os diplomas legais corroboram esta situação, estando à disposição de certa camada social e segregando outras. Neste panorama, assim como “*Vigiar e Punir*” já preconizava, não há como se falar em direitos e garantias fundamentais a todos.

O sistema prisional controla aqueles denominados ‘*criminosos*’ por uma camada da população, sendo que os tratamentos diferenciados são a regra, em um Estado de Direito, onde se pressupõe a liberdade e igualdade para todos. Por este motivo, o movimento surgido com a Criminologia Crítica ainda não está sedimentado e nem possui a pretensão de resolver todos os flagelos da complexa sociedade em que se vive, mas denota uma nova perspectiva de encarar a realidade, por meio de críticas e reflexões que envolvem o sistema jurídico, as desigualdades sociais e o que está a serviço de quem nos processos de criminalização. Percebe-se que existe uma aproximação entre aquilo que preconiza a Criminologia Crítica e as ideias de Michel Foucault: os pensamentos se complementam à medida que as reflexões provocadas, tanto pela teoria quanto pela obra, denotam a busca do senso humanitário em detrimento da operacionalidade seletiva do Direito Penal, tão necessária para a concretização de ideias de justiça e liberdade em uma sociedade discriminatória e desigual.

Verifica-se, a partir desse panorama, que as características físicas ou sociais são o que caracterizam o perfil dos criminosos e essa situação atenta de forma grave e direta os direitos fundamentais, na medida em que segrega pessoas com determinado perfil. Tal conjuntura é uma constante. Com isso, o que ocorre é que este estado de exceção permanente não condiz com os preceitos do Estado Democrático de Direito e nem mesmo com o depurado pela criminologia crítica demonstrando a necessidade de se repensar as formas de condução da governança, que concentra o poder nas mãos de alguns que acabam por contribuir

diretamente para a manutenção de um panorama incompatível com preceitos democráticos baseados no respeito à igualdade de todos perante as considerações legais, e acima de tudo pela sua condição humana.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Henrique Weil. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Estado de exceção como paradigma para o Direito Internacional. **Revista de Mestrado em Direito**. PUC Minas Gerais. 2001. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona86/86Magalhaes.htm>. Acesso em: 12 jul. 2012.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004

_____. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. São Paulo: Zahar. 2008,

DORNELLES, João Ricardo W. Direitos Humanos e a Justiça da Memória: Uma perspectiva das vítimas. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. **Justiça e Memória: Direito à justiça, memória e reparação, a condição humana nos estados de exceção**. São Leopoldo: Casa Leiria, Passo Fundo: Ifibe, 2012

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARLAND, David. **La Cultura del Control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea**. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005.

GAUER, Gabriel José Chittó; GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **A fenomenologia da violência**. Curitiba: Juruá, 1999

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12. ed. Florianópolis: Conceito/Millennium, 2011.

QUINNEY, Richard. O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Young. (Org.). **Criminologia crítica**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980.
vol. 7, num. 20, 2017

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, Coleção Pensamento Criminológico, 2004.

SCHWENDINGER, Herman; SCHWENDINGER, Julia. Defensores da ordem ou guardiões dos direitos humanos? In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (org). **Criminologia Crítica**. Rio de Janeiro: Gral, 1980.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 6.ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2001.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

ZIZEK, Slavoj. **Bem-vindo ao Deserto do Real!** Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003.

_____. **Violence: six sideways reflections**. New York: Picador, 2008.