

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUIZ HENRIQUE DOS SANTOS LIMA

PROJETO DE LEI 4.640/2019: A FORMAÇÃO DA SUBJETIVIDADE CRIMINOSA E A
VIDA NUA

CURITIBA

2019

LUIZ HENRIQUE DOS SANTOS LIMA

PROJETO DE LEI 4.640/2019: A FORMAÇÃO DA SUBJETIVIDADE CRIMINOSA E A
VIDA NUA

Monografia apresentada ao curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito à aprovação da disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II.

Orientadora: Profa. Dra. Angela Couto Machado Fonseca.

CURITIBA


2019

TERMO DE APROVAÇÃO

LUIZ HENRIQUE DOS SANTOS LIMA


PROJETO DE LEI 4.640/2019: A FORMAÇÃO DA SUBJETIVIDADE CRIMINOSA E A VIDA NUA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ANGELA COUTO MACHADO FONSECA
Orientador

Coorientador



MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA
Primeiro Membro



ELISEU RAPHAEL VENTURI
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

A conclusão dessa monografia não significa apenas a conclusão de um trabalho, mas de um ciclo que iniciou em 2012, quando me tornei aluno do Colégio Estadual do Paraná. Tendo passado exclusivamente por escolas públicas, esta foi a primeira instituição que me despertou um desejo genuíno pelo aprendizado, o que me permitiu, apesar das centenas de dificuldades, ingressar em uma das melhores universidades do Brasil.

Todo esse processo envolveu inúmeras pessoas, mas algumas delas merecem especial destaque.

Inicialmente, agradeço aos meus pais pelo apoio e por verem na educação algo transformador.

Aos meus irmãos, Luiz Gustavo e Ana Claudia, por terem ajudado a montar a pessoa que sou hoje.

À Angela Maira Guimarães, minha namorada que, estando comigo desde o ensino médio, sempre me estimulou a buscar o melhor, seja por meio de palavras, seja por meio do exemplo.

Ao Mateus Küster Vieira, amigo extraordinário, por tornar a dura caminhada acadêmica mais fácil e proveitosa.

À Angela Couto Machado Fonseca, professora e orientadora, pela paciência, dedicação e brilhantismo. Que suas palavras continuem motivando e incentivando alunos a buscarem conhecimento, assim como fizeram comigo.

Por fim, agradeço a todos os professores, especialmente aqueles que lecionam na rede pública de ensino, porque, apesar dos constantes ataques sofridos, lutam e despertam em desejo de crescer, não só como aluno, mas como ser humano.

“Ano passado eu morri,
Mas esse ano eu não morro”

Belchior:
Sujeito de sorte

RESUMO

O presente trabalho visa a análise e problematização do projeto de lei 4.640/2019, que propõe a alteração do Código Penal para a inclusão de uma nova excludente de ilicitude chamada de “suicídio por policial”. Para tanto, faz-se uma análise do sujeito, especialmente a figura do sujeito criminoso, pois esta subjetividade parece ser a principal afetada pela proposta legislativa. Para que seja possível entender a questão da subjetividade, usa-se o pensamento de Michel Foucault. Por conta da peculiaridade de seu pensamento, que não busca fazer uma teoria, mas uma analítica do sujeito, é imprescindível compreender como se dão as relações de saber-poder e quais são suas implicações práticas. Como o resultado prático de tal projeto de lei é a transformação do homicídio cometido por policiais em suicídio, há uma aproximação evidente com a figura do *homo sacer* do direito romano antigo, tendo em vista a situação de exclusão inclusiva que gera a ausência de punição. Giorgio Agamben foi o autor que conseguiu perceber no *homo sacer* o que ele chamou de “vida nua”, isto é, a vida que pode ser eliminada sem que haja sanção para o autor do delito. O que se pôde concluir é que este projeto faz com que a vida nua seja um elemento mais presente, ou, pelo menos, mais utilizado pelo Estado na sociedade brasileira, o que representa, no pensamento de Agamben, uma aproximação com uma postura totalitária.

Palavras-chave: Biopolítica. Direito penal. Filosofia do direito. Giorgio Agamben. Michel Foucault. Projeto de lei 4.640/2019. Vida Nua.

ABSTRACT

This paper aims to analyze and problematize legislative project 4.640/2019, which proposes the amendment of the Penal Code to include a new exclusion of illegality called "suicide by cop". Therefore, the subject is analyzed, especially the criminal subject, because this subjectivity seems to be the one especially affected by the legislative proposal. To understand the process of the subjectivity, especially how it is formed, Michel Foucault studies were used. Because of the peculiarity of his thinking, which seeks not to make a theory but an analytic of the subject, it is essential to understand how the relations of knowledge-power occur and what their practical implications are. Since the practical result of this legislative project is the transformation of police homicide into suicide, there is a clear approximation with an ancient Roman law figured called *homo sacer*, because it also creates an scenario in which there's an exclusion and inclusion, what produces the absence of punishment. Giorgio Agamben was the author who was able to perceive in *homo sacer* what he called "naked life", which means, the life that can be eliminated without sanctioning the perpetrator. The conclusion is that this project makes naked life an element that can be seen more often, which represents, in Agamben's thought, an approximation with the totalitarian system of government.

Key-words: Biopolitics. Criminal law. Giorgio Agamben. Legislative proposal 4.640/2019. Michel Foucault. Naked life. Philosophy of law.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	8
2.	SUBJETIVIDADE E CRIMINALIDADE	12
2.1.	O SUJEITO COMO PRODUTO DAS RELAÇÕES DE SABER-PODER	12
2.2.	A CONSTITUIÇÃO HISTÓRICA DO SUJEITO CRIMINOSO	22
3.	PROJETO DE LEI 4.640 DE 2019 E SUAS IMPLICAÇÕES TEÓRICAS	33
4.	VIDA NUA E SUBJETIVIDADE CRIMINOSA	44
4.1.	HOMO SACER E A VIDA NUA.....	45
4.2.	O PROJETO DE LEI 4.640/2019 COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO E EXCLUSÃO DO SUJEITO CRIMINOSO	48
5.	CONCLUSÃO	53
	REFERÊNCIAS	58

1. INTRODUÇÃO

Cinquenta e sete pessoas mortas, sendo dezesseis delas decapitadas. Apesar de aparentar um cenário de guerra, tais números derivam de apenas mais um incidente de rebelião em presídios brasileiros, mais especificamente no Centro de Recuperação de Altamira, no Pará.

Depois do ocorrido, a coordenação nacional da Pastoral Carcerária foi até o local para prestar assistência às famílias dos presos mortos. Foi relatado que os corpos das vítimas não identificadas foram colocados em caminhões frigoríficos, dos quais vazava um líquido que não se sabia se eram corpos em decomposição ou algum problema na refrigeração do caminhão (SILVA, 2019). Uma das mães relatou que seu filho havia sido completamente carbonizado (SILVA, 2019.).

Esse cenário, no qual cinquenta e sete vidas foram ceifadas, levou o atual presidente da República Federativa do Brasil a dizer que “problemas acontecem” e que “ninguém quer maltratar presos nem quer que sejam mortos, mas é o habitat deles, né?” (URIBE, 2019). A morbidez do discurso do indivíduo que ocupa o mais alto cargo do poder executivo deveria causar espanto, mas foi recebida de forma positiva por inúmeros cidadãos.

O mesmo sentimento de “dever cumprido” foi sentido por muitos, inclusive pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, quando um jovem de 20 anos foi morto depois de sequestrar um ônibus na Ponte Rio-Niterói utilizando uma arma de brinquedo (ALESSI, 2019); o “criminoso” não resistiu aos ferimentos causados pelos seis tiros disparados por um atirador de elite do Batalhão de Operações Especiais (BOPE) da Polícia Militar do Rio de Janeiro. Assim que os disparos foram efetuados e o jovem caiu no chão, grande parte dos curiosos que acompanhavam a operação policial comemorou sua morte.

O incidente fez com que o senador Flávio Bolsonaro propusesse o projeto lei nº 4.640/2019, que prevê a inclusão de excludente de ilicitude no Código Penal consistente no que o parlamentar convencionou chamar de “suicídio por policial”. Para o senador, um indivíduo que se coloca em uma situação de causar risco para os demais está “pedindo para morrer”, de modo que sua morte deveria ser tratada como caso de suicídio e não homicídio. É evidente a tentativa de fazer com que a

morte de indivíduos “criminosos” gere cada vez menos consequências para os justiceiros.

Por que isso acontece? O que há de tão diferente em tais acontecimentos que faz com que parte considerável dos cidadãos brasileiros ache a morte não-natural algo tolerável e até mesmo desejável? Em uma sociedade como a brasileira, em que movimentos ditos “pró-vida” despontam por todo o território, em que quase 50% da população continua sendo contrária à legalização do aborto por supostamente valorizar a vida (AMÂNCIO, 2019), como é possível que haja “comemoração” quando uma vida é eliminada? A resposta talvez esteja na “qualidade” do sujeito que vive e morre.

Há uma crença contemporânea que atravessa o imaginário social no sentido de que existem sujeitos normais, bons, saudáveis, heterossexuais, do mesmo modo que existem aqueles que são anormais, ruins, doentes, homossexuais¹. Há, portanto, uma ideia muito enraizada no sentido de existirem sujeitos que são o que são por determinações naturais. Percebe-se a hegemonia desse pensamento quando estudos científicos tentam justificar, por meio de demonstrações empíricas, a existência de determinados comportamentos.

Percebe-se a necessidade de legitimar subjetividades, de normalizar características da personalidade a partir de estudos que se revestem de caráter empírico e biológico, mas que operam como forma de classificar diferencialmente os sujeitos. O que tais estudos buscam, em suma, é que seja possível dizer: aquele indivíduo é normal/anormal por conta de uma série de processos bioquímicos e dados comportamentais. Seja por apresentar excesso ou deficiência deste ou daquele hormônio; por ter sido criado sem a figura paterna; por ter sofrido um trauma na infância, o que se busca é a legitimação de comportamentos com base em discursos de ordem psicológica e/ou bioquímica.

Ainda que os discursos provenientes das áreas da saúde tenham servido como respaldo para entender e “tratar” determinados comportamentos “anormais”, isto é, tenham atuado de maneira positiva na sociedade, grande parte deles parte da premissa de que as coisas só são o que são se a natureza assim permite. Há uma

¹ A dicotomia entre o normal e o anormal foi estudada intensamente por Michel Foucault, o que será abordado adiante.

intensa necessidade de justificar o ser com base em uma pretensa origem natural e imutável.

O período moderno traz consigo ideia do sujeito e faz com que tal ideia assuma um lugar quase absoluto que permanece até os dias atuais. O sujeito aparece como algo que é, sendo ele o único capaz de saber, produzir saber, deter poder e exercer o poder.

A despeito da naturalização desse pensamento, Michel Foucault aparece e puxa o tapete da certeza, provocando, senão uma desconstrução, um abalo em um dos pilares mais importantes da modernidade e da contemporaneidade: o sujeito.

Entende-se, a partir de Foucault e demais autores que derivam de sua corrente de pensamento, que a subjetividade é da ordem do forjado, criado por diversos mecanismos discursivos e práticas de poder, e não da ordem de uma determinação moral.

A clássica ideia de que as características do ser humano são atributos naturais inalienáveis é equivocada, pois esquece de considerar que o indivíduo só pode ter as características que tem por conta de uma série de discursos e práticas válidas e aceitas em um período histórico bastante delimitado. Os limites da concepção de subjetividade podem, por exemplo, ser vistos na preocupação do século XX de pensar em estrutura, sistema, linguagem, cultura, sociedade, etc.

Nesse sentido, quando se fala no sujeito criminoso, é comum trazer à mente uma imagem peculiar: uma pessoa malandra, não dada ao trabalho, que não tem apreço pelos demais, sem aptidão para nutrir sentimento por terceiros, com alto nível de emotividade desviada e agressividade. Em um primeiro momento, tais características parecem meramente naturais, inerentes à personalidade do indivíduo, mas, na verdade, por trás de toda subjetividade criminosa há um vasto repertório discursivo.

O criminoso será o foco do presente trabalho, pois parece ser ele o principal alvo do projeto de lei. 4.640/2019. A primeira impressão que o projeto legislativo passa – e este parece ser o seu fim último – é o desejo de neutralização do inimigo, daquele que atenta contra uma pretensa paz social, fazendo com que sobre ele, sobre o criminoso incida o discurso de ordem política que autoriza sua

eliminação, o que remonta a figura do *homo sacer*, tratada de maneira magistral por Giorgio Agamben.

A despeito do que diz o senso comum, fomentado principalmente pelos frutos retirados do pensamento criminológico de Lombroso, o criminoso não é um ser essencialmente mal, impuro, corrupto. Todas essas características são atribuídas a ele por meio de determinados mecanismo sociais, dentre os quais o direito penal se mostra como o mais relevante e impactante. Portanto, é necessário ter em mente que a noção de sujeito, suas características individualizantes, sua essência, todos são elementos frutos de relações de poder que o permeiam.

O que se busca é demonstrar como opera o processo de formação da subjetividade, em especial a partir das teorizações de Michel Foucault, analisando a interessantíssima noção de relação de poder produtivo. O pensamento foucaultiano, em especial no atual cenário brasileiro, é de extrema importância, visto que há, ainda, uma ideia muito forte e com raízes muito profundas no sentido de que a subjetividade é algo que se manifesta naturalmente, como um efeito simples e lógico da existência humana.

Para além disso, observar-se-á quais as implicações prático-teóricas do projeto de lei 4.640/2019, especialmente em contraste com as excludentes de ilicitudes já positivadas no Código Penal Brasileiro.

Por fim, será realizada uma análise conjunta, tomando a ideia de subjetividade criminosa a partir da concepção de poder em Foucault, bem como a ideia de vida nua de Giorgio Agamben, que se aproveita da figura do *homo sacer* para analisar o fenômeno da matabilidade de determinadas vidas.

2. SUBJETIVIDADE E CRIMINALIDADE

2.1. O SUJEITO COMO PRODUTO DAS RELAÇÕES DE SABER-PODER

Quando se estuda questões atinentes ao direito penal, ainda que este não seja o principal objeto de estudo, as imagens que surgem são sempre as mesmas: instituição policial, normas proibitivas, estabelecimento prisional e, em especial, a imagem do criminoso.

É recorrente que estes sejam os lugares comuns do indivíduo criminoso. Prevalece a noção moderna de que o indivíduo é ser racional, pensante, dotado de uma razão universal que o torna capaz de compreender o mundo, na medida em que há uma separação clara entre ele, o observador, e o objeto, o mundo, as normas, o “crime”.

Inclusive, alguns autores como Howard Becker (2008), pensaram no dispositivo da criminalidade como um fenômeno que depende necessariamente da relação entre sujeito e sociedade. É daí que surge a ideia do “labeling approach” ou teoria do etiquetamento social, que analisa a criminalidade como um resultado de práticas sociais no qual o sujeito está inserido.

O que se imagina é que o sujeito já nasce com uma predisposição à criminalidade e, durante o decorrer de sua vida, é confrontado com aquelas instituições há pouco mencionadas.

É como se o indivíduo criminoso fosse uma peça de quebra-cabeça que se encaixa apenas nas peças que digam respeito ao sistema penal. Depois dos estudos de Foucault, especialmente, torna-se difícil imaginar que os conceitos sejam estanques e de fácil apreensão.

O sujeito criminoso deve ser observado não como esta pessoa que nasce mal e, por isso, é colocado diante das instituições judiciárias e do sistema penitenciário para que sua maldade seja expurgada. A subjetividade que se encaixa no que se conhece hoje por “criminoso” ou “bandido” não deriva da natureza, senão de discursos e de relações de poder que permitem falar em uma “subjetividade criminosa”.

As instituições judiciárias e o direito penal não são uma espécie de campo que se destina a comportar todo aquele que nasce com uma natureza criminosa; na

verdade, tais instituições são as responsáveis por permitir a criação do criminoso. São delas que partem os discursos de saber sobre a criminalidade, o que possibilita submeter os indivíduos a relações de poder.

Destarte, é o poder, ou melhor, as relações de poder em sua relação com os enunciados de saber, que são classificatórios e descritivos, que importam quando se pensa em termos de subjetividade. Ainda que grande parte de seus estudos verse sobre poder, a grande preocupação de Foucault sempre foi o sujeito (FOUCAULT, 1995). Como já foi mencionado, tratar de sujeito sem tratar do poder é, contudo, inviável, já que o sujeito é o resultado de inúmeras relações de poder (FOUCAULT, 1995).

Diante desse quadro, é de extrema importância entender o conceito de poder que será usado e sua relação com a constituição da subjetividade, em especial a subjetividade criminosa. É necessário compreender o poder especificamente a partir das lentes foucaultianas.

O poder sempre foi visto como um elemento que coloca o indivíduo em nível superior aos demais, especialmente por conta da ideia de separação entre observador e objeto. Como objeto de estudo, o poder foi colocado como exterior ao indivíduo.

Numa certa perspectiva moderna de poder, sua definição aparece relacionada à formação do Estado e das capacidades do indivíduo. Poder, portanto, como condição de elaboração do registro institucional e possibilidade de agência do sujeito. Na obra *Dicionário de Política* de Norberto Bobbio, analisado a partir do seu aspecto social, o poder é colocado como algo que vai desde a

capacidade geral de agir, até a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: poder do homem sobre o homem. O homem é não só o sujeito mas também o objeto do poder social. É Poder social a capacidade que o pai tem para dar ordens a seus filhos ou a capacidade de um Governo de dar ordens aos cidadãos. (BOBBIO, 1998, p.933).

No *Dicionário Oxford de Filosofia*, organizado por Simon Blackburn (1997), o poder de um indivíduo ou instituição é descrito como

A capacidade de este conseguir algo, quer seja por direito, por controle ou por influência. O poder é a capacidade de se mobilizar forças econômicas, sociais ou políticas para obter um certo resultado, e pode ser medido pela probabilidade de esse resultado ser obtido em face dos diversos tipos de obstáculos ou oposição enfrentados. Não é essencial à sua definição que o

resultado seja conscientemente procurado pelo agente: o poder pode ser exercido na ignorância de sua existência ou efeitos, embora, claro, seja frequentemente exercido de forma deliberada (p. 301)

Há, como pode se perceber, uma ideia de poder como capacidade, como algo que está à disposição do indivíduo. Durante muito tempo o poder esteve associado a uma espécie de objeto que assegura ao seu detentor a capacidade de estar acima dos demais, muito atrelado a modelos jurídico institucionais (AGAMBEN, 2004). A título meramente exemplificativo, autores como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau partiram da ideia de que o Estado moderno surge a partir da concentração do poder na figura do soberano, poder esse que resulta da cessão deliberada dos indivíduos.

Hobbes acreditava que o homem “natural” não era um selvagem, que vivia em guerra, senão o homem da própria sociedade que vivia sem leis. Para ele, todos os homens eram pretensamente iguais, o que permitia que qualquer um pudesse prevalecer sobre o outro, visto que além da força física, o homem dispõe de meios diversos de obter aquilo que quer. Como nenhum consegue prever ou saber os interesses do outro, ele deve sempre se precaver para que não seja pego desprevenido, saindo daí a ideia de “guerra de todos contra todos” (RIBEIRO, 2000). Nesse sentido, Hobbes percebia o poder como os meios que o homem dispõe para obter qualquer bem que deseje (HOBBS, 1998).

Locke, por sua vez, concebeu a ideia de um homem pré-existente à sociedade e à política que conseguia viver de forma harmônica com os demais (LOCKE, 1999). Esse homem prévio à sociedade era dotado de alguns direitos, dentre os quais figurava a propriedade privada, que era constituída pelo trabalho (LOCKE, 1999). Ocorre que até mesmo no estado de natureza haviam violações de direitos, o que fazia com que a instituição do Estado fosse necessária. Essa instituição era feita por meio de um “pacto de consentimento” entre todos os homens, que aceitavam a formação da sociedade civil para que houvesse melhor proteção de seus direitos (MELLO, 2000).

Considerando toda essa ideia, Locke definia o poder como a capacidade de gerar mudanças no mundo, sejam mudanças físicas, sejam mudanças de ideias (1999).

Desta maneira afirmamos que o fogo tem poder para derreter o ouro, isto é, destruir a consistência de suas partes insensíveis, portanto, sua dureza, transformando-o em fluido, e o ouro igualmente tem poder para ser derretido; o sol poder para branquear a cera, e a cera poder de ser branqueada pelo sol, por meio do qual a amarelidão é destruída e substituída pela brancura (LOCKE, 1999, p. 113)

Para dar fim à análise do pensamento contratualista, passa-se à análise rousseauiana. Jean-Jacques Rousseau iniciou sua teoria a partir da ideia de um homem naturalmente livre, que tem a família como primeira sociedade política, mas que às vezes se encontra em situações injustas por conta da necessidade de obedecer (ROUSSEAU, 1762). É nesse sentido que ele fala do “direito do mais forte”, oportunidade em que elenca a força física como uma forma de “poder”, que faz com que a liberdade humana natural seja tolhida, visto que aquele que sofre uma violência não tem opção outra senão obedecer (ROUSSEAU, 1762). Há a adoção, ainda que não seja conste expressamente, de uma conceituação do poder como um elemento que se exerce por alguém, assim como a força física é um poder.

Por conta desses obstáculos encontrados pelos homens em seu estado natural é que se opta pela cessão da liberdade absoluta à figura do soberano (ROUSSEAU, 1762). O soberano, considerando a origem livre dos homens, deve respeitar seus direitos inerentes e assegurar que todos possam exercê-los livremente (ROUSSEAU, 1762).

Percebe-se que tais autores, ainda que em maior ou menor medida, veem no poder uma atribuição, uma faculdade que um homem pretensamente transcendental pode exercer, seja através de meios materiais, seja por meio de relações sociais. Os contratualistas parecem convergir no entendimento de que o poder é elemento de que se pode dispor, de modo que o contrato social é basicamente a cessação do poder individual para um terceiro que será responsável pela normatização da comunidade política.

A despeito de todos os autores que já trataram do tema “poder”, Michel Foucault foi um dos autores que trouxe uma conceituação inovadora e bastante precisa, que se difere em muito do que foi visto até então.

De início, importa notar que o poder não está atrelado a determinado grupo de indivíduos ou determinadas instituições; o poder não é algo que se detém, que se possui, que simplesmente é. O poder, para Foucault, é sempre relacional, não estando neste ou naquele lugar. Por conta de sua forma de atuação peculiar, é por

meio das relações de poder que os indivíduos podem se reconhecer como sujeitos, com estas e aquelas características (FOUCAULT, 1995); portanto, não se fala em poder, senão em “relações de poder”. Destarte, as relações de poder não são somente negativas, limitantes, porquanto são o que permitem o indivíduo conhecer-se como sujeito.

Esta forma de poder aplica-se à vida cotidiana imediata que categoriza o indivíduo, marca-o com sua própria individualidade, liga-o à sua própria identidade, impõe-lhe uma lei de verdade, que devemos reconhecer e que os outros têm que reconhecer nele. É uma forma de poder que faz dos indivíduos sujeitos. Há dois elementos para a palavra sujeito: sujeito ao outro através do controle e da dependência, e ligado à sua própria identidade por uma consciência ou autoconhecimento. Ambos sugerem uma forma de poder que subjuga e torna sujeito (FOUCAULT, 1995, p. 235)

Estando os indivíduos em constante relação com o poder, Foucault (1995) acredita existirem três tipos de lutas: contra as formas de dominação, sejam elas éticas, sociais ou religiosas; contra as formas de exploração que separam os indivíduos daquilo que produzem; e contra aquilo que liga o indivíduo a si mesmo e o submete aos outros, que são as lutas contra a sujeição, contra as formas de subjetivação e submissão. Todas essas lutas podem ser observadas em diferentes momentos históricos e não seguem uma ordem linear. Não se trata, portanto, de um poder ligado a uma classe, uma casta ou uma instituição.

Neste cenário, o século XVI marca uma mudança paradigmática no exercício de poder com o surgimento dos Estados modernos, permitindo a existência de um poder político que se exerce continuamente (FOUCAULT, 1995). É ingênuo acreditar que o poder exercido pelo Estado é um poder geral e desinteressado no microcosmo social; de fato, o poder Estatal opera de maneira totalizadora e individualizante, o que ocorre graças ao poder pastoral do Estado moderno ocidental (FOUCAULT, 1995).

O poder pastoral é uma tecnologia de poder atrelada ao cristianismo, baseada nas ideias de salvação individual na vida pós-terrena, no sacrifício para a salvação da comunidade, no conhecimento e controle das consciências (FOUCAULT, 1995). Trata-se, portanto, de um poder que busca a preservação e controle das vidas, que exerce a condução de condutas, tanto no aspecto físico quanto no aspecto moral e psíquico, que interfere na formação da individualidade de

cada um. É muito distante do que ocorria nas monarquias absolutistas em que o soberano devia ser salvo em detrimento de seus súditos.

Em seu desenvolvimento inicial, o poder pastoral estava muito relacionado com aspectos religiosos e extramundanos, fazendo com que os indivíduos prezassem pela preservação da vida celeste com sacrifícios terrenos. Com as mudanças históricas, o poder pastoral passou a ser um poder de preservação da vida terrena, de preservação dos corpos em seus diversos aspectos, assegurando aos indivíduos saúde, bem-estar, segurança, entre outros elementos que propiciem uma vivência agradável e produtiva (FOUCAULT, 1995).

Passou o poder pastoral a contar com o aparato Estatal, especialmente com a instituição pública da polícia, que serviu, em sua origem, não para a repressão de crimes, mas para o cuidado com a polis, mantendo padrões mínimos de higiene e urbanidade (FOUCAULT, 1995). Há uma reformulação na razão do Estado, que herda do poder pastoral sua racionalidade de governo, da arte de governar pessoas e coisas, sem, todavia, contar com um apelo extramundano.

A despeito da importância do poder pastoral nas teorizações de Foucault, seu uso não está relacionado especificamente com a ideia de subjetivação, mas com a biopolítica, de modo que é necessário retornar ao estudo das relações de poder propriamente ditas.

Como se viu inicialmente, o poder pode ser colocado de forma mais geral como “capacidade”, que pode ser a capacidade de modificar, utilizar, consumir ou destruir coisas (FOUCAULT, 1995). Porém, o poder – que deve ser lido sempre como relações de poder – que interessa para o presente estudo é aquele “coloca em jogo relações entre indivíduos (ou entre grupos)” (FOUCAULT, 1995, p. 240). Neste sentido,

O exercício do poder não é simplesmente uma relação entre “parceiros” individuais ou coletivos; é um modo de ação de alguns sobre outros. O que quer dizer, certamente, que não há algo como o “Poder” ou “do poder” que existiria globalmente, maciçamente ou em estado difuso, concentrado ou distribuído: só há poder exercido por “uns” sobre os “outros”; o poder só existe em ato, mesmo que, é claro, se inscreva num campo de possibilidade esparso que se apoia sobre estruturas permanentes. Isto quer dizer, também, que o poder não é da ordem do consentimento; ele não é, em si mesmo, renúncia a uma liberdade, transferência de direito, poder de todos e de cada um delegado a alguns (o que não impede que o consentimento possa ser uma condição para que a relação de poder exista e se mantenha); a relação de poder pode ser o efeito de um consentimento

anterior ou permanente; ela não é, em sua própria natureza, a manifestação de um consenso. (FOUCAULT, 1995, p.242)

As relações de poder, destarte, não provocam reflexos diretos e imediatos no outro. Trata-se de um fenômeno que atua sobre a ação do outro indivíduo (FOUCAULT, 1995). Deve-se entender o poder não como um fenômeno que opera diretamente sobre o outro, sobre o corpo, como um chicote que atinge a vítima e determina o seu comportamento, fazendo surgir nela uma única alternativa: a passividade.

A relação de poder é mais complexa, pois exige dois elementos: a existência do “outro”, que deve ser reconhecido e deve manter-se até o fim, pois é o sujeito de ação; a abertura de um vasto campo de “respostas, reações, efeitos, invenções possíveis” (FOUCAULT, 1995).

Não se pode confundir poder com o exercício da violência, porquanto as relações de poder também são baseadas – e é assim no mais das vezes – em consentimento. Evidentemente que as relações de poder não estão dissociadas completamente da noção de violência, porém estão mais ligadas à noção de

um conjunto de ações sobre ações possíveis: ele opera sobre o campo de possibilidade onde se inscreve o comportamento dos sujeitos ativos; ele incita, induz, desvia, facilita ou dificulta, amplia ou limita, torna mais ou menos provável; no limite, ele coage ou impede absolutamente; mas é sempre um modo de agir sobre um ou vários sujeitos ativos, e o quanto eles agem ou são suscetíveis de agir. Uma ação sobre ações. (FOUCAULT, 1995, p. 243)

Quando se pensa na noção “clássica” de poder – se é que assim pode ser chamada – como capacidade do homem em determinar o comportamento de outro, coloca-se a liberdade em um plano secundário, já que ela parece ser anulada enquanto a relação de poder se mantém. Todavia, as relações de poder dependem de sujeitos dotados de liberdade, pois a manifestação do poder aparece enquanto o indivíduo tem diante de si um campo de possibilidades de condutas, reações e modos de comportamento (FOUCAULT, 1995).

A título meramente exemplificativo, sem qualquer preocupação com a precisão teórica, é possível visualizar a atuação desse poder que só atua enquanto ação sobre outras ações quando se estabelecem padrões de normalidade e anormalidade comportamental.

Os comportamentos desviantes são “reprimidos”, fazendo com que todas as demais condutas caminhem cada vez mais para o que se considera “normal”. Quando um indivíduo não cuida de sua higiene, por exemplo, há uma espécie de cobrança tácita que faz com que ele seja compelido a ser mais diligente com seu cuidado pessoal. Não há uma violência propriamente dita sendo exercida sobre tal indivíduo; não há um aparato estatal que invade sua casa e o obriga a tomar banho e optar por trajes limpos, mas há algo que indiretamente o compele a buscar sempre o comportamento “normal”.

O poder, ou melhor, a relação de poder não é, portanto, uma habilidade ou uma atribuição que se detém e algo de que se tem conhecimento. Quando o psiquiatra diagnostica a loucura de seu paciente, ele não faz isso porque pretende enclausurá-lo, submetê-lo a um tratamento.

As relações de poder funcionam de maneira natural, espontânea, de modo que a sociedade convive com esse poder como um elemento necessário para que as coisas sejam como são. O poder na perspectiva foucaultiana funciona por meio da cultura e dos costumes, por meio das instituições e dos próprios indivíduos (FEDER, 2008). Não há que se dizer que o poder e os saberes que o respaldam sejam bons ou maus,

Pois se o poder só tivesse a função de reprimir, se agisse apenas por meio da censura, da exclusão, do impedimento, do recalçamento, à maneira de um grande superego, se apenas se exercesse de um modo negativo, ele seria muito frágil. Se ele é forte, é porque produz efeitos positivos a nível do desejo – como se começa a conhecer – e também a nível do saber. O poder, longe de impedir o saber, o produz”. (FOUCAULT, 1984, p. 148)

O que faz o poder ser tão bem estruturado e inerente às relações sociais é o fato de ser o que permite nomear as coisas e as pessoas. As relações de poder e a liberdade individual são condições de existência da subjetividade.

Em suma,

O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia, nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas, os indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. (FOUCAULT, 1984, p. 183)

Dentro desse conceito de poder que opera de forma relacional, aparecendo em todas as formas de manifestação humana, o saber adquire um local importantíssimo. Há uma relação quase que indissociável entre saber e poder, pois há a geração de uma ordenação no mundo, fazendo com que os indivíduos estejam presos a determinados modos de ser, a determinadas subjetividades.

Quando se diz que cerca coisa é ou que não é, ou melhor, quando se diz que algo pode ou não pode ser, está-se usando discursos de alguma ordem, seja ela científica, moral, legal ou jurídica. Há a operação de instrumentos de “acumulação do saber, de técnicas de arquivamento, de conservação e de registro, de métodos de investigação e de pesquisa” que fazem ser possível disciplinar os indivíduos (REVEL, 2005, p. 77). Considerando a existência de tais mecanismos, não é possível dizer que os discursos de verdade são neutros, porquanto são criados em instituições legítimas para criação dos discursos de verdade (FONSECA, 2011), o que não quer dizer, todavia, que tais instituições sejam específicas e determinadas.

A fim de compreender tal relação, o binômio saber-poder carece de desmembramento para que seja possível compreender seu significado. O poder deve ser entendido como a capacidade agir de determinada forma (FEDER, 2018), o que está bastante atrelado com a noção de liberdade, como foi visto anteriormente. O saber, por sua vez, deve ser compreendido como a compreensão da vida e dos costumes de determinada sociedade (FEDER, 2018).

Quando Foucault fala em “saber”, em conhecimento, ele está falando dessa zona indeterminada que depende muito de um exame das condições históricas de possibilidade (FEDER, 2018). Não é um conhecimento que advém de um corpo científico da sociedade, que dita o que é e o que não é saber; quando Foucault fala em saber, “é o tipo de conhecimento “reconhecido como verdadeiro” (FEDER, 2018, p. 99).

Para tornar mais clara a ideia de saber dentro do contexto da criminalidade e do criminoso, é possível pensar em estudos de mapeamento da criminalidade, de criação de banco de dados que demonstram locais onde existe maior número de crimes – e conseqüentemente de criminosos.

A partir desses saberes é que vão sendo construídas determinadas relações de poder. São saberes que indicam, por exemplo, que pessoas que moram na

periferia têm maior chance de cometer delitos; que homens negros estão mais propensos ao cometimento de delitos; que homens criados sem a figura do pai são mais violentos e, conseqüentemente, cometem mais crimes. O conjunto desses saberes, que estão sempre baseados em alguma espécie de “verdade”, é que permite a fundamentação de algumas das diversas relações de poder².

Destarte, a partir da compreensão da atuação do saber-poder, o sujeito não é natural, um dado, um elemento que é por si só (FONSECA, 2011); a subjetividade nos moldes atuais não é um fenômeno natural, mas sim um resultado de uma série de práticas que culminam no surgimento de um sujeito tipicamente moderno.

Não se fala em constituição de um sujeito na Antiguidade Clássica porque não houve naquele domínio um mecanismo de subjetivação que, elaborando uma identidade que seria assumida como própria, teria constituído um sujeito. Daí Foucault afirmar que o que se percebe entre os gregos é a busca do indivíduo em constituir-se enquanto mestre de si, não havendo assim algo que se aproximasse à constituição de um sujeito como ocorre na época moderna. (FONSECA, 2011).

Esse indivíduo moderno, que é, como se viu, objeto do saber e resultado das relações de poder, passa por um processo de individualização que Foucault define como “descendente” (FONSECA, 2011, p. 78).

Diz-se descendente porque, diferentemente do que ocorria nas sociedades feudais, que observaram um processo de individualização ascendente, no qual o indivíduo é demarcado por fazer parte de um certo grupo dotado de alguns privilégios, os indivíduos são formados a partir de “observações, fiscalizações, medidas comparativas e normalização de desvios destinadas a homens comuns” (FONSECA, 2011, p. 79). É daí que surge a noção de sociedade disciplinar, dizendo respeito aos inúmeros mecanismos de poder e controle que incidem sobre os corpos na modernidade (FOUCAULT, 1987).

² A questão do saber pode ser observada também – e talvez de forma ainda mais explícita – no campo da sexualidade (FEDER, 2018; FOUCAULT, 1988). A diferenciação sexual entre homens e mulheres é algo que sempre foi visto como verdadeiro e incontestável, sendo da ordem do natural. Ocorre que a noção de masculino e feminino é acompanhada de coerção, de modo que meninos devem brincar com carrinhos de brinquedos, enquanto que as meninas devem brincar de bonecas e de casinha.

Feder (2018) usa dos estudos de George A. Rekers e James W. Varni (1977) com um menino de quatro anos chamado Nathan. Por meio da criança, que gostava de brincar com brinquedos ditos “de menina”, demonstrou-se como funciona a noção de saber-poder. Nathan foi diagnosticado com “Transtorno de Identidade de Gênero” e foi tratado para que voltasse a apresentar comportamentos “de menino”, com a utilização de inúmeros equipamentos de controle de seus impulsos “femininos” (FEDER, 2018).

O sujeito, portanto, é a realização de diversas condições históricas e sociais. A subjetividade, o “sujeito” em suas mais variadas formas é o indivíduo em seu resultado final. Dentro de todo esse cenário, surge uma figura bastante intrigante que ocupou grandemente as pesquisas de Michel Foucault: o criminoso.

2.2. A CONSTITUIÇÃO HISTÓRICA DO SUJEITO CRIMINOSO

Em meados dos séculos XVII e XVIII, a ideia de monstrosidade estava atrelada à noção de criminalidade; o “monstruoso”, aquilo que causava horror na sociedade estava sempre associado em alguma medida à uma criminalidade possível (FOUCAULT, 2001). O século XIX, por sua vez, foi o período em que o crime passou a ser visto como algo monstruoso, ou seja, aquilo que causa terror parte da noção de “crime”, havendo uma clara alteração nos polos da relação monstrosidade-criminalidade (FOUCAULT, 2001). Essa mudança pode ser atribuída no que Foucault chamou de “economia do poder de punição” (FOUCAULT, 2001).

Nesse mesmo período, observou-se um intenso movimento de estatização da justiça penal (FOUCAULT, 2002, p. 79). Com a concentração de riquezas e de armas nas mãos dos mais fortes, os menos poderosos acabaram ficando à mercê da vontade destes últimos (FOUCAULT, 2001), de modo que a própria resolução dos conflitos foi confiscada por aqueles que tinham maior poder de mando. O procurador aparece como figura que aplica a lei em nome do rei, o que demonstra uma paulatina apropriação dos procedimentos judiciais pelo poder político (FOUCAULT, 2001). O que antes era disputa entre dois particulares passa ser interesse do soberano e de seu corpo jurídico. O dano que um particular gerava para o outro, por violar uma lei, passou a ser de interesse do soberano (FOUCAULT, 2001)

A infração faz com que o conflito entre dois indivíduos seja a violação da ordem, da coletividade como um todo. O soberano, responsável por defender os interesses da coletividade, usa da infração para substituir a vítima e se colocar no conflito a fim de fazer valer sua vontade (FOUCAULT, 2002).

É por isso que as penas normalmente eram punidas com muito rigor e de modo muito ritualístico, porque devia marcar que o soberano estava retomando seu poder e reestabelecendo a ordem (FOUCAULT, 2001). A punição deveria remontar

o terror que foi causado pelo descumprimento da lei, manifestando, também, a própria vingança do soberano, que era sempre excessiva, demonstrando que detinha poder sobre qualquer um dos súditos (FOUCAULT, 2001). Por conta dessa necessidade de demonstrar o poder do soberano, os suplícios eram bastante usados, ainda que não fossem a regra das punições (FOUCAULT, 1987).

No suplício, o corpo é usado como técnica de dosagem do sofrimento, introduzindo uma ritualística complexa no ato de punir, fazendo com que ele seja pensado em cada detalhe, seja no número de chicotadas, no local da marcação com ferro em brasa, na duração da agonia na fogueira (FOUCAULT, 1987).

Deste modo, vigia durante os séculos XVII e XVIII a ideia de que, por mais monstruoso e atroz que o crime fosse, havia um poder soberano capaz de suprimir tal monstruosidade com mais sofrimento e brutalidade (FOUCAULT, 2001). Por conta da capacidade ainda mais monstruosa do soberano de punir o crime cometido, a noção de monstruosidade estava ligada com a criminalidade, e não o contrário.

Porém, o final do século XVIII é marcado por grandes mudanças científicas, sociais e políticas, surgindo a figura do Estado. Com todas essas mudanças, a economia do poder passa a operar de maneira mais intensa: enquanto que durante os séculos XVII e XVIII, a manifestação do poder operava-se com os suplícios, com o soberano demonstrando a sua capacidade de fazer sofrer, o final do século XVIII surge com instrumentos para permitir um poder que é exercido de maneira contínua (FOUCAULT, 2001). A revolução burguesa marcou o fim de um paradigma de poder, pois

Não foi simplesmente a conquista, por uma nova classe social, dos aparelhos de Estados constituídos, pouco a pouco, pela monarquia absoluta. Ela também não foi simplesmente a organização de um conjunto institucional. A revolução burguesa do século XVIII e início do século XIX foi a invenção de uma nova tecnologia de poder, cujas peças essenciais são as disciplinas (FOUCAULT, 2001, p. 63)

A partir do final do século XVIII e início do século XIX, desaparecem as penas exemplares, que se adaptam caso a caso, e surgem as penas pré-determinadas para cada crime em específico; o excesso sai de cena para dar lugar ao equilíbrio, à medida justa entre o crime e a pena imposta (FOUCAULT, 2001).

O século XVIII e XIX apresentou grandes mudanças nas práticas penais, de modo que foram estabelecidos alguns princípios de atuação das instituições penais:

a existência de leis penais civis, que não sejam respaldadas em infrações morais ou religiosas; a positivação de leis por um poder político que não leve em consideração questões morais ou religiosas; a necessidade de definir o crime de forma clara e simples (FOUCAULT, 2002, p. 81).

Para exemplificar essa mudança de paradigma, é possível observar o intento de Cesare Beccaria em sua obra “Dos Delitos e Das Penas”. O livre é uma clara busca em demonstrar que as penas deveriam parar de ser tão duras e espetaculares, devendo estar de acordo com a razão (BECCARIA, 1999). De acordo com Beccaria, as penas deveriam passar a ser vistas como algo que não tem o fim de “atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido” (BECCARIA, 1999, p. 52), mas “impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo” (BECCARIA, 1999, p. 52).

A substância do delito deixa de ter importância, bem como todas as questões que circunscrevem o crime, tais como: motivos, intenção do criminoso; neste momento, o que importa é a conduta em si, a “inteligibilidade natural” (FOUCAULT, 2001, p. 64).

O crime, então, perde a característica de ser mera violação das leis civis e religiosas e torna-se algo a mais: além de ser uma conduta que efetivamente viola leis, é uma conduta dotada de uma natureza (FOUCAULT, 2001, p.64). Destarte, o crime, que agora tem uma natureza, faz com que o criminoso também seja dotado de natureza própria (FOUCAULT, 2001). Com o uso dessa perspectiva naturalista, inúmeras ciências surgem com a intenção de estudar o criminoso e formas de melhor contê-lo.

Para entender o surgimento da figura do criminoso nos moldes atuais, é necessário, primeiramente, analisar de que modo surge a concepção do criminoso como sujeito objeto de estudo pela criminologia.

É possível dizer que a Escola Positiva foi a mais impactante em fomentar a crença na separação entre observador e objeto, criando a falsa impressão de que o objeto é dotado de determinadas características imutáveis.

O pensamento positivista surgiu no fim do século XIX, sendo gestado principalmente no campo da filosofia, o que acabou dando origem à Escola Positiva (BITENCOURT, 2013). O surgimento desta escola se deu junto ao crescimento vertiginoso dos estudos biológicos e sociológicos (BITENCOURT, 2013). Neste

momento, a criminologia surge como um estudo que tem por objetivo a proteção do corpo social contra aqueles ditos “delinquentes” (BARATTA, 2002; BITENCOURT, 2013). O grande mote da Escola Positivista foi o de tentar individualizar sinais antropológicos que identifiquem os criminosos e os diferenciem dos sujeitos ditos “normais” (BARATTA, 2002).

A questão da delinquência como característica inerente ao homem aparece como objeto principal dos estudos realizados por Cesare Lombroso. Seu estudo é baseado em questões estritamente biológicas, de modo que busca, inicialmente, analisar como se opera o delito no mundo zoológico, verificando que há inúmeros casos de morte e maus tratos praticados por animais, seja para alimentação ou mera proteção do grupo (LOMBROSO, 2007). Os homicídios praticados pelos animais são classificados, podendo ser: para uso das fêmeas, por defesa, por cobiça, por questões bélicas (LOMBROSO, 2007). O que se intenta é demonstrar a naturalidade do delito, a origem animal do desejo humano de praticar delitos.

A fim de analisar o homem empiricamente, Lombroso atenta para o uso das tatuagens em 9.234 indivíduos (LOMBROSO, 2007, p.30). A partir da observação dos desenhos, são tecidas uma série de digressões, levando a crer que a tatuagem é uma das características dos criminosos, já que estes “apresentam uma frequência oito vezes maior de tatuagens do soldado livre” (LOMBROSO, 2007, p. 32). Para além das tatuagens, são abordados elementos como sensibilidade geral, sensibilidade afetiva, demência moral. Tudo isso é feito para evidenciar a existência de determinados indivíduos que são mais propensos a cometer crimes, atribuindo a criminalidade a um determinismo exacerbado. O que Lombroso buscava juntamente com toda a Escola Positiva italiana era “a explicação da criminalidade na “diversidade” ou anomalia dos autores de comportamentos criminalizados” (BARATTA, 2002).

De qualquer modo, os autores da escola positiva, seja privilegiando um enfoque bioantropológico, seja acentuando a importância dos fatos sociológicos, partiam de uma concepção do fenômeno criminal segundo a qual este se colocava como m dado ontológico pré-constituído à reação social e ao direito penal; a criminalidade, portanto, podia tornar-se objeto de estudo nas suas “causas”, independentemente do estudo das reações sociais e do direito penal (BARATTA, 2002, p. 40)

Percebe-se a criação de uma patologia criminosa, na qual o homem é naturalmente dotado de determinadas características. É interessante, contudo,

verificar como se constituiu essa figura má, usurpadora, que fere o corpo social e, portanto, deve ser retirada da sociedade

A figura atual do criminoso é construída, inicialmente com o “monstro político” (FOUCAULT, 2001). O monstro político é, em linhas gerais, o déspota, aquele que, em vez de aplicar a lei, é o que a mais viola (FOUCAULT, 2001). Há uma relação muito próxima entre o déspota e o criminoso, pois ambos são indivíduos que rompem o pacto social, que usam do seu poder para impor interesses pessoais, sendo inimigo, então, de todo o corpo social (FOUCAULT, 2001). O criminoso é definido como aquele que “danifica, perturba a sociedade”, que rompeu o pacto social e deve ser punido (FOUCAULT, 2001, p.81).

Paulatinamente vai surgindo a figura do sujeito criminoso como aquele que pouco se importa com os demais, que viola as leis e pretende causar desordem social. Quando se pensa na figura do criminoso, levando em conta o saber construído principalmente pelos positivistas e por discursos biológicos, vem em mente a figura desse sujeito que é naturalmente mal, agressivo, imoral.

Portanto, considerando todo o histórico da figura que hoje se conhece por “criminoso”, “bandido”, “delinquente”, é relevante a pergunta: sendo a subjetividade uma construção, algo que surge por meio dos mecanismos de saber-poder, como surge, atualmente, o criminoso? Quais são os discursos, as relações de poder que permeiam o delinquente?

Para que uma determinada subjetividade seja constituída, viu-se ser necessária a existência de determinadas relações sociais que são sempre atravessadas pelas práticas de saber-poder. Há, contudo, instituições legítimas para produzir determinados discursos de verdade (FOUCAULT, 2001). Quando se fala em doenças corpóreas, encontra-se respostas na medicina; para enfrentar anomalias psíquicas, faz-se uso dos saberes psiquiátricos. O conflito de interesses, por sua vez, tem como instituição legítima o poder judiciário.

O poder judiciário pode ser visto como a instituição que regra e determina como serão resolvidos os conflitos entre as pessoas. Quando se analisa a ocorrência de um roubo, por exemplo, coloca-se diante de uma situação em que um indivíduo está sendo acusado de subtrair coisa alheia móvel. Neste caso, uma série de saberes e, notadamente, relações de poder entram em campo para que seja possível estabelecer se efetivamente o acusado foi quem praticou o delito. A partir

disso, estes mesmos saberes e essas mesmas relações de poder dirão quais serão as consequências para o criminoso.

É verdade que durante muitos anos, estes saberes não eram estruturados, de modo que a história demonstra uma série de práticas das mais diversas ordens que visavam a solução desses conflitos entre os homens. Também, a história mostra que em alguns momentos houve um interesse mais intenso em monopolizar os meios de solução de conflitos, o que se faz com a figura do Estado.

Antes de existir o Estado nos moldes atuais, não havia um ente capaz de fazer prevalecer o direito frente aos interesses individuais (GRINOVER et al., 2008). Com a consolidação do Estado Moderno, o direito emerge como esse importante instrumento de resolução de conflitos.

O conflito nada mais é do que uma pretensão resistida, um confronto entre dois discursos. Durante muito tempo, utilizou-se da autotutela para resolver divergências entre seres humanos, fazendo com que prevalecesse a vontade do mais forte (TALAMINI e WAMBIER, 2015).

Tendo em vista os prejuízos causados pela autotutela, já que consiste basicamente em atos de violência para resguardar uma pretensão, surgem as modalidades autocompositivas e heterocompositivas de solucionar conflitos (TALAMINI e WAMBIER, 2015).

O processo judicial, de modo geral, é dedicado a disciplinar a função Estatal de solução de conflitos, que se opera por meio do Estado-juiz (TALAMINI, WAMBIER, 2015; GRINOVER et al., 2008). O fim último de todos esses procedimentos jurisdicional é a pacificação social por meio de eliminação de conflitos de modo a impedir atos de vingança, de justiça com as próprias mãos (GRINOVER et al., 2008).

Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada (GRINOVER et al., 2008, p. 147).

Com o exercício da jurisdição pelo Estado, as partes perdem a capacidade de dizer se o direito pretendido lhes assiste ou não (GRINOVER et al., 2008), posto

que esta é uma função exclusiva do Estado, principalmente em matéria penal nas ações ditas de ação pública incondicionada.

É possível dizer que o processo judicial busca a aplicação do direito material no mundo dos fatos (GRINOVER et al., 2008), o que só é possível depois de um procedimento prévio de apuração dos fatos a fim de verificar se o que foi alegado é verdadeiro. No atual estado da arte, o art. 5º da Constituição Federal, em seus incisos LIV, LV LVII, impõe o processo como uma forma de limitação do poder punitivo Estatal.

É com o processo judicial que se verifica se as partes são legítimas, se têm interesse de agir, se a pretensão pretendida efetivamente assiste razão a quem pede. No processo penal, a função do procedimento é de, em suma, buscar a verdade do que aconteceu no passado. O processo é uma tentativa de reconstrução dos fatos pretéritos; busca-se saber se o acusado é realmente quem matou, roubou, furtou. É para isso que servem as provas.

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade (CALLEGARI E PACELLI, 2016, p. 174).

A história do direito processual penal é a história dos diferentes métodos usados para se buscar a verdade, indo desde as ordálias e juízos de deus até a racionalização dos meios de prova (CALLEGARI E PACELLI, 2016). Apesar de qual era o instrumento utilizado, o processo penal sempre teve o mote de reconstruir dos fatos delituosos (CALLEGARI E PACELLI, 2016) para que seja possível a responsabilização do autor.

Com o passar dos anos, foi aumentando o consenso no sentido de que é difícil – senão impossível – alcançar uma verdade absoluta, por mais garantista e democrático que o procedimento penal seja. Diante disso, foi criada a noção de verdade judicial, que é aquela construída dentro do processo penal, respeitando os ditames legais e constitucionais (CALLEGARI E PACELLI, 2016).

Nucci (2015), usando-se dos ensinamentos de Enrico Malatesta na obra “A Lógica das Provas”, fez uma diferenciação interessante ao analisar a questão das provas e da verdade no processo penal: verdade é a conformidade da noção

ideológica com a realidade, já a certeza é a crença nessa conformidade, tendo um aspecto subjetivo, de percepção pessoal dos fatos.

Vê-se que a verdade é abordada doutrinariamente como um dado concreto e palpável, como algo que está nos fatos, mas não pode ser alcançado por limitações temporais e humanas. Ainda que a verdade seja o fim do processo, surgindo com a sentença ou acórdão, ela não é tão palpável quanto se acredita.

O processo penal, dentre as inúmeras funções democráticas e limitadoras do poder punitivo que detém, é essencialmente um conjunto de regras que ditam como o jogo processual deve ser jogado; são inúmeras regras que devem ser respeitadas para que a verdade que surge no fim do processo seja válida. É possível ver como isso ocorre na prática, por exemplo, com a proibição de produção de provas ilícitas que violem direitos constitucionais ou legais, conforme preconiza o art. 157 do Código de Processo Penal. Ainda que a prova trazida nos autos demonstre que o acusado efetivamente cometeu o crime, se ela foi produzida de maneira ilícita, deve ser desentranhada dos autos.

Não se está aqui tentando insinuar que tal dispositivo impede o juiz de encontrar a verdade dos fatos, ou que os direitos fundamentais são um empecilho para punir os criminosos. O que se quer mostrar é que o processo não busca efetivamente a verdade dos fatos, mas uma verdade meramente processual, artificial.

A verdade tem, então, duas facetas, duas histórias:

A primeira é uma espécie de história interna da verdade, a história de uma verdade que se corrige a partir de seus próprios princípios de regulação: é a história da verdade tal como se faz na ou a partir da história das ciências. Por outro lado, parece-me que existem, na sociedade, ou pelo menos, em nossas sociedades, vários outros lugares onde a verdade se forma, onde um certo número de regras de jogos são definidas – regras de jogo a partir das quais vemos nascer certas formas de subjetividade, certos domínios de objeto, certos tipos de saber – e por conseguinte podemos, a partir daí, fazer uma história externa, exterior, da verdade (FOUCAULT, 2002, p. 11).

Quando se observam as práticas judiciárias, por exemplo, é evidente que se está tratando da segunda forma de verdade, que é construída por meio de normas convencionadas.

É possível ver como funcionam as práticas judiciárias de busca da verdade pela análise da história de Édipo (FOUCAULT, 2002). A contestação entre Antíloco e

Menelau que ocorreu na corrida de carros demonstra de maneira clara como a construção da verdade é um procedimento, antes de tudo, convencional e que busca uma verdade que, em alguns casos, pode não corresponder com os fatos.

Antíloco e Menelau estão entre os primeiros da corrida quando ocorre uma irregularidade; por conta desta irregularidade, Menelau contesta Antíloco, sem recorrer, todavia, ao indivíduo responsável por verificar quem efetivamente chegou primeiro. Menelau acusa Antíloco de ter cometido uma irregularidade, que se defende dizendo que não cometeu irregularidade alguma. Para dirimir o conflito, não são buscadas testemunhas ou meios de prova fáticos: Menelau lança um desafio, dizendo que Antíloco deve fazer um juramento a Zeus, de modo a provar que não cometeu a irregularidade (FOUCAULT, 2002).

Há aqui um processo, um instrumento pelo qual se convencionou encontrar a verdade. Ainda que não se pareça com o que se conhece hoje, trata-se de um meio válido e eficaz de encontrar a verdade, sendo

Uma maneira singular de produzir a verdade, de estabelecer a verdade jurídica: não se passa pela testemunha mas por uma espécie de jogo, de prova, de desafio lançado por um adversário ao outro. Um lança um desafio, o outro deve aceitar o risco ou a ele renunciar. Se por acaso tivesse aceito o risco, se tivesse realmente jurado, imediatamente a responsabilidade do que iria acontecer, a descoberta final da verdade seria transposta aos deuses. E seria Zeus, punindo o falso juramento, se fosse o caso, que teria com seu raio manifestado a verdade (FOUCAULT, 2002, p. 32)

Na idade média, durante a vigência do direito feudal, o litígio era tratado com base em um sistema de provas diverso, que buscava demonstrar a importância social do acusado, não objetivando propriamente a busca pela verdade, mas a prova da força, pois o processo no direito germânico é a formalização, a ritualização da guerra (FOUCAULT, 2002).

O que se pode extrair disso tudo é que a verdade que o processo penal busca é uma verdade convencional. Todavia, é essa verdade, é a verdade sobre os fatos, sobre o indivíduo que está sendo julgado que faz com surja a figura do criminoso.

O processo penal é a concentração de inúmeras relações de saber-poder que, além de tentar remontar acontecimentos pretéritos, acaba por construir uma nova subjetividade. Como se viu, a subjetividade que aparece com a sentença transitada em julgado não é algo que se faz com consciência, com o fim específico

de enclausurar e disciplinar o réu. Trata-se de um produto inevitável das relações de poder inerentes às instituições jurídicas.

Até o momento, verificou-se que os sujeitos não dados, mas sim resultados que derivam das constantes relações de poder a que são submetidos em todos os momentos. As relações de poder carecem de um respaldo em determinados saberes, que não são saberes apenas criados por instituições específicas, mas por práticas sociais aceitas e reconhecidas por todos.

Viu-se, também, que as instituições judiciárias são as responsáveis por dirimir conflitos e estabelecer uma verdade, ainda que essa verdade não seja, na maior parte dos casos, a verdade dos fatos, mas uma verdade que obedece um certo conjunto de regras.

A verdade processual, que é convencionada e aceita por todos os participantes, ocasiona, também, a criação de subjetividades criminosas, visto que o processo penal também é um instrumento que se baseia em uma série de relações de poder-saber. Quando um indivíduo é condenado pelo delito de roubo, tendo sua sentença transitada em julgado, não há mais o que se discutir sobre seu aspecto criminoso. Todos os demais discursos são anulados, tendo em vista que foi descoberta a verdade sobre aquele indivíduo condenado.

O que realmente importa nesse processo de surgimento da subjetividade criminosa não é o caminho percorrido, mas sim os resultados e as consequências. Isso porque a subjetividade criminosa – que, como foi visto, está em constante formação e transformação, na medida em que as relações de saber-poder não fazem surgir um sujeito pronto, encerrado, com uma natureza específica, mas um sujeito que está em uma formação eterna – parece ser uma subjetividade que, nos dias atuais, pouco importa.

Conforme será analisado adiante, o projeto de lei 4.640/2019 gera algumas consequências que fazem com que o sujeito criminoso seja submetido a um processo de exclusão inclusiva. Este fenômeno deriva de uma peculiaridade do projeto legislativo analisado, qual seja, transformar um homicídio cometido por um agente de segurança pública em homicídio do criminoso que foi morto.

Ainda que seja voltado para ser uma nova excludente de ilicitude, será possível verificar adiante que as consequências práticas não são de uma

excludente, senão de uma possível de exceção, de desaplicação das demais normas.

3. PROJETO DE LEI 4.640 DE 2019 E SUAS IMPLICAÇÕES TEÓRICAS

O projeto de lei 4.640/2019 surgiu em um contexto estratégico. Com a ascensão de um governo pautado em discursos de violência, de neutralização do “inimigo”, de exaltação da dicotomia entre criminosos e cidadãos de bem, o assassinato de um jovem de 20 anos que sequestrou um ônibus na ponte Rio-Niterói no dia 20 de agosto de 2019 utilizando uma arma falsa e garrafas cheias de gasolina foi o estopim para que o senador Flávio Bolsonaro propusesse um projeto de lei que prevê a criação de uma nova excludente de ilicitude, chamada de “Suicídio por policial”. A proposta legislativa prevê a adição de um novo artigo no Código Penal com a seguinte redação:

Art. 25-A Não há crime quando o agente policial ou de segurança pública previne ou repele injusta agressão a sua vida ou a de outrem, utilizando-se de força letal contra o agente que durante ou após o cometimento de infração penal, e impossibilitado de evadir-se, se recusa a negociar ou a se entregar, e demonstra comportamento de que aceita ou assume o risco de que a situação se resolva com sua própria morte (BRASIL, 2019).

Para visualizar melhor o que o projeto representa na prática, é preciso compreender o conceito de crime adotado pelo atual ordenamento jurídico.

O crime nada mais é que uma conduta, seja ela uma ação ou omissão, que será punida por ser considerada agressiva a um bem jurídico, o que no mais das vezes não envolve a satisfação de um interesse individual (CALLEGARI E PACELLI, 2016). Ao analisar a cronologia do direito penal, nem sempre o bem jurídico figurou como objeto de proteção, surgindo apenas no século XIX, com os trabalhos de Birnbaum (CALLEGARI E PACELLI, 2016).

Antes da ideia de bem jurídico, o crime era visto como um pecado, como um atentado contra a vontade divina, como apontou Von Liszt (PRADO, 2019). Posteriormente, com a concepção liberal-individualista típica do século XVIII, concebeu-se, a partir das contribuições de Feuerbach, a ideia de que o delito era a violação de um direito subjetivo, seja ele pertencente à pessoa ou ao Estado (PRADO, 2019). Nesse período, foi concebida a ideia de delito como violação de direitos individuais, podendo ser um delito público, quando a ofensa atingia direitos do Estado, ou um delito privado, quando a violação se dava contra o direito de um particular (PRADO, 2019).

É somente no século XIX que a concepção de bem jurídico substitui a ideia de ofensa a direito subjetivo. Dentro dessa nova abordagem, Binding sugere uma relação entre delito e um direito subjetivo do Estado, sendo que a ponte entre os dois elementos deriva da relação norma-bem jurídico, pois acredita que a violação a direitos subjetivos é proveniente da agressão aos bens jurídicos (PRADO, 2019).

Arturo Rocco (2001), por sua vez, acredita que o Direito Penal é o ramo que objetiva a manutenção de condições fundamentais e indispensáveis para a convivência em sociedade, de modo que o bem jurídico-penal seria todo e qualquer bem, seja ele individual, coletivo, material, moral, patrimonial ou não, que merece proteção por ser essencial para a convivência em sociedade.

A teoria de Rocco foi criticada por fazer uma diferenciação entre *objeto substancialmente genérico do delito* e *objeto substancial específico do delito*. O primeiro diz respeito ao objeto do delito de modo geral, que interessa a coletividade, enquanto que o segundo diz respeito ao objeto do delito particular, que importa para a vítima em si, como direito subjetivo individual violado. Além disso, Rocco acredita haver um *objeto formal do delito*, consistente no “direito subjetivo público estatal à observância ou obediência dos preceitos penais” (PRADO, 2019, p. 26). Tal diferenciação gera uma confusão entre o motivo e objeto de proteção, uma vez que o interesse do Estado em reprimir determinadas condutas não é o que a norma penal visa proteger.

Franz von Liszt é quem traz a ideia de bem jurídico como objeto dotado de realidade própria, válida em si, sem necessitar demasiadamente da norma. Para ele, a norma não cria o bem jurídico, mas apenas o positiva. Aliás, Von Liszt é um dos primeiros autores a vislumbrar o direito penal como uma matéria que deveria englobar todas as demais ciências que tratam do delito, de modo que sua teoria é fundada no pressuposto de que o direito penal tem uma utilidade que gera – ou deve gerar – efeitos na vida prática (BITENCOURT, 2014; PRADO, 2019).

Todavia, para um crime estar configurado, é necessário do que uma atitude lesiva ou potencialidade lesiva a um bem jurídico. O crime, a partir do direito positivo, pode ser definido como uma “ilicitude qualificada” (CALLEGARI e PACELLI, 2016), que deve ser acompanhada de alguns requisitos para que gere seu efeito prático, que é a pena.

O crime pode ser definido a partir de três abordagens: i) conceito formal; ii) conceito material e; iii) conceito analítico (CALLEGARI e PACELLI, 2016). A primeira é a mera subsunção do fato à norma, quer dizer, crime é toda ação humana proibida pela lei. Para o conceito formal, o mais importante é a conduta externa, a realização do que está contido na norma proibitiva. A segunda abordagem dá ênfase ao conteúdo da norma, observando especialmente o “caráter danoso da ação ou seu desvalor social” (CALLEGARI e PACELLI, 2016, p. 156). Interessante notar que o conceito material aproxima-se de uma concepção jusnaturalista do delito, porquanto se deve observar caso a caso se a conduta gerou algum dano ou não. O princípio da reserva legal faz, todavia, com que tal conceito perca espaço, posto que o art. 1º do Código Penal determina que não há crime sem lei anterior que o defina.

Assim, para que uma ação seja considerada criminosa, não importa o desvalor social que é dado a ela. Tal desvalor somente servirá de parâmetro ao legislador, constituindo-se, assim, parte de uma etapa pré-legislativa, sendo incapaz de conceituar se a ação é ou não criminosa (CALLEGARI e PACELLI, 2016, p. 157).

O conceito analítico ou dogmático – adotado pelo atual Código Penal – exige alguns requisitos para a configuração do delito, quais sejam: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Para que haja delito, é necessário ser uma conduta típica, antijurídica e culpável (BITENCOURT, 2014; CALLEGARI e PACELLI, 2016).

A respeito desses elementos do fato punível, será feita uma abordagem breve a fim de se chegar à temática que o projeto de lei 4.640/2019 visa alterar sensivelmente: a antijuridicidade.

O primeiro ponto a ser abordado dentro da tríade é, na verdade, algo que precede os demais elementos: a ação. Nada obstante ser um elemento que não integra os três elementos analíticos do delito, ele detém grande importância. Não sem razão, inúmeras teorias foram tecidas a respeito especificamente da ação humana. É possível dizer que existem três grandes teorias acerca da ação: causal, finalista e social (BITENCOURT, 2014; CALLEGARI E PACELLI, 2016).

O causalismo surge com a influência do naturalismo, principalmente com os trabalhos de Fran von Liszt e Ernst Von Beling, sendo uma teoria pautada essencialmente na ideia de causalidade, de uma ação humana consistente em um movimento voluntário que gera algum resultado no mundo dos fatos (CALLEGARI E PACELLI, 2016; NUCCI, 2017).

Ao analisar a ideia de delito dentro dos parâmetros causais da ação, a tipicidade é vista como elemento formal e objetivo, já que requer apenas a subsunção dos fatos à norma (CALLEGARI E PACELLI, 2016). A antijuridicidade também é formal e objetiva, pois sua configuração depende da existência de causas legais que afastem a proibição de modo que o caso concreto não admite ponderações; ou a conduta é antijurídica ou existe alguma excludente legal que permita a prática da conduta sem que configure crime, como a legítima defesa, por exemplo. Ainda no contexto do causalismo, a culpabilidade é o único elemento subjetivo, onde se localizam o dolo e a culpa (CALLEGARI E PACELLI, 2016).

Sem embargos de se mostrar uma teoria muito simples, o causalismo foi útil para a limitação da responsabilidade penal. Com a estipulação de tipos penais específicos, não se pode punir por motivos arbitrários. A teoria foi mostrando-se inadequada por dar pouca importância ao elemento volitivo, que era abordado apenas durante a análise da culpabilidade, sendo que deveria ser levado em consideração no momento em que a ação é praticada (CALLEGARI E PACELLI, 2016) Outro ponto levantado dizia respeito aos crimes omissivos, pois, pelo conceito de “ação” adotado, consistente em um movimento humano e voluntário, qualquer tipo de omissão não incorreria em tipificação.

O finalismo surge, então, para suprir as falhas percebidas no causalismo. Hans Welzel é um dos principais teóricos do finalismo, pois, ainda que se aproveite do esquema tripartido proposto pelos causalistas, propõe uma nova concepção de ação (WELZEL, 2004). Para ele, as condutas humanas são voltadas para determinados objetivos e a forma como tais objetivos serão atingidos é importante para o direito. O pressuposto desta teoria está no fato de que o homem consegue prever “as consequências de sua intervenção causal e, de acordo com o seu plano e mediante a aplicação de seus recursos, dirigir o processo em direção À meta desejada” (CALLEGARI e PACELLI, 2016, p. 172). Para demonstrar a importância do fim das condutas humanas, Welzel (2004) dá o seguinte exemplo:

en una disputa entre A y B, A toma un cuchillo y le da un corte a B. El corte da, casualmente, en un absceso oculto de B; el pus sale y B, que se encontraba hasta entonces em un peligro grave, es salvado. (Para destacar aún más claramente el *tertium comparationis*, puede situarse la pelea en una clínica, entre dos enfermeros, llevándose a cabo el corte con un instrumento quirúrgico.)

El sentido social de la acción de A es completamente diferente del de una intervención quirúrgica. Externamente igual, aun cuando objetivamente se

produzca el mismo resultado, el restablecimiento de la salud de B: a pesar del resultado curativo, objetivo, es una tentativa de lesiones. Este ejemplo muestra claramente que el sentido social de una acción está determinado *también* por la voluntad final del autor. El sentido social de una acción se determina no sólo según el resultado, sino *también* según la dirección de la voluntad que el autor ha impreso en la acción. Ninguna doctrina de la acción puede ignorar este hecho. (p. 62 – 63)

Percebe-se, portanto, que é uma teoria que busca alocar melhor o elemento subjetivo, a intenção do agente, tirando a demasiada importância que era dada à adequação típica.

A tipicidade, para Welzel, pode ser objetiva ou subjetiva. A primeira seria o mero juízo de subsunção, enquanto que a segunda seria o objetivo do agente, a vontade que o leva a praticar as ações típicas. Na tipicidade subjetiva entra a ideia de adequação social da conduta. Aquilo que é adequado socialmente, para Welzel, não pode ser tipificado.

A modificação da localização do dolo e a culpa, indo para o plano da tipicidade subjetiva, foi uma das mudanças mais interessantes propostas por Welzel. O tipo passa, então, a ter um viés subjetivo, que era ausente nas teorias causalistas. A subjetividade decorre da percepção de que as palavras possuem inúmeros significados a depender do cenário linguístico. Além disso, a antijuridicidade passa a ser um conceito normativo.

A imputabilidade, entretanto, recebe uma grande mudança e passa a ser mais maleável. Há uma determinada idade para que a imputabilidade seja possível. Para o causalismo, não existia a consideração da potencial consciência da ilicitude, sendo que isso passa a ser visto no finalismo (ROXIN, 2010). Esse é o caso do holandês que fez uso de maconha no Brasil sem ter noção da ilicitude do ato, já que em seu país, o uso recreativo da droga é permitido.

O finalismo, assim como o causalismo, não foi capaz de resolver todos os problemas que a realidade apresentou. No caso dos delitos culposos, o finalismo peca por não conseguir abarcar a conduta do agente que, mesmo não desejando o resultado, o produz (ROXIN, 2010); é o que ocorre no caso do homicídio culposo na direção de veículo automotor, por exemplo. O mesmo ocorre com os delitos omissivos, porquanto “aquele que se omite não domina nenhum curso causal, e o que se reprova é não ter intervindo num curso causal dele independente” (ROXIN, 2010, p. 4).

Diante das falhas da teoria finalista, surge a teoria social da ação. Tendo como principais autores Eberhard Schmidt, Wessels e Jescheck, a ideia principal desta teoria é a de que não importa somente a relação de causalidade entre ação e resultado, tampouco apenas a intenção do autor, devendo, também, ser observado o sentido social da ação (BITENCOURT, 2014; CALLEGARI E PACELLI, 2016; SANTOS, 2014). É possível observar na teoria social uma linha intermediária entre o causalismo e o finalismo, uma vez que não “se esgota na causalidade e na determinação individual, devendo ser questionada a direção da ação de forma objetivamente genérica” (BITENCOURT, 2014, p. 253).

Superada a discussão acerca da ação, é possível passar à análise dos demais elementos do conceito analítico do delito.

O tipo é a descrição de uma conduta proibida feita pelo legislador (CALLEGARI E PACELLI, 2016). O tipo serve para limitar e individualizar as condutas humanas que são relevantes para o direito penal (BITENCOURT, 2014).

Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. Cada tipo possui características e elementos próprios que os distinguem uns dos outros, tornando-os todos *especiais*, no sentido de serem inconfundíveis, inadmitindo-se a adequação de uma conduta que não lhes corresponda perfeitamente. Cada tipo desempenha uma função particular, e a falta de correspondência entre uma conduta e um tipo não pode ser suprida por analogia ou interpretação extensiva. (BITENCOURT, 2014, p. 298).

A tipicidade é, por sua vez, a adequação da conduta humana à norma proibitiva (CALLEGARI E PACELLI, 2016.).

Para Eugênio Pacelli e Callegari (2016), o tipo é composto por elementos de duas ordens: objetivos e subjetivos. Cezar Roberto Bitencourt (2014) acredita, em contrapartida, serem três os elementos que compõem o tipo: objetivos-descritivos, normativos e subjetivos.

Os elementos objetivos são todas as circunstâncias materiais do delito, que não dependem da vontade do autor e podem ser constatadas objetivamente. É possível, de acordo com Pacelli e Callegari, subdividir o elemento objetivo em outros dois; descritivo e normativo – subdivisão essa que não é feita por Bitencourt. O descritivo “não necessita juízo de valor para a sua compreensão, sendo facilmente entendidos pelo intérprete” (BITENCOURT, 2014, p. 202), enquanto que o normativo carece de um juízo de valor que leva em consideração uma norma ou um conceito ético-social. Fica mais fácil conceber o que são esses conceitos normativos ou ético-

sociais a partir da ideia de “coisa alheia”, “dignidade”, “servidor público” (BITENCOURT, 2014, p. 203).

A despeito da diferença topográfica, percebe-se que os doutrinadores concordam com a decomposição do elemento objetivo do tipo em normativo e descritivo.

O elemento subjetivo, em contra partida, é aquele que depende das intenções do agente, daquilo que o agente deseja alcançar com a conduta. Há delitos que exigem essa vontade para que possam ser tipificados, que ocorre no caso da associação criminosa do art. 288 do Código Penal, por exemplo, em que as pessoas devem estar associadas “para o fim específico de cometer crimes” (BITENCOURT, 2014, p. 203).

É possível que a tipicidade seja afastada por conta do que a lei chama de “erro de tipo”, que é a situação em que o indivíduo desconhece uma circunstância elementar do tipo, como o caso do indivíduo que tem relação sexual consensual com menor de 14 anos. Nada obstante tal conduta configurar o delito de estupro de vulnerável do art. 217-A do Código Penal, uma vez que o conhecimento da menoridade da vítima é elementar do tipo, se o autor da ação foi induzido a achar que a vítima tinha mais de 14 anos, sua conduta não configura crime por faltar o elemento da tipicidade.

Há ainda a possibilidade de afastamento da tipicidade por meio do princípio da insignificância e da adequação social, que não serão abordados no presente estudo, visto que este não tem a pretensão de tratar exaustivamente da parte geral do Código Penal.

Passando-se à análise da culpabilidade, esta pode ser definida como a capacidade do sujeito que pratica a conduta típica de sofrer reprovação, por ter capacidade, também, de perceber a antijuricidade de sua ação (BUSATO, 2015).

Trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo direito (NUCCI, 2017, p. 586).

Se um indivíduo, por qualquer razão que seja, não tem capacidade de compreender a ilicitude de suas ações, diz-se que ele não tem culpabilidade, o que faz com que sua conduta não configura delito por faltar um dos três elementos. Isso

fica claro nos casos em que, durante o processo, o acusado é considerado inimputável, isto é, não tem capacidade de compreender a reprovabilidade de suas ações. Por conta disso, ele é absolvido impropriamente.

A absolvição imprópria faz com que o sentenciado seja submetido às medidas de segurança ou ao tratamento ambulatorial, mas, a despeito de ser um assunto riquíssimo, principalmente a partir da perspectiva foucaultiana, não será objeto de estudo no presente trabalho.

Finalmente, chega-se ao tema da antijuridicidade, chamada também de ilicitude. Viu-se até o momento que o delito configura-se se quando estão reunidas no mesmo contexto a tipicidade e a culpabilidade, quer dizer, quando uma conduta é praticada por um indivíduo que conhece – ou deveria conhecer – a ilicitude de sua ação. Via de regra, a transgressão de uma norma proibitiva, como “matar alguém”, é uma conduta ilícita, já que vai contra o ordenamento. O Código Penal, todavia, estabelece algumas situações que transformam a conduta ilícita em lícita.

A antijuridicidade pode ser definida como “a contradição entre uma conduta e o ordenamento jurídico” (FABRINI E MIRABETE, 2012, p. 159). Alguns autores fazem uma diferenciação entre antijuridicidade formal e material (CONDE, 2010). A primeira é a simples prática de uma conduta proibida, enquanto que a segunda é a “antissocialidade da conduta” (ZAFFARONI et. al., 2015, p. 7), ou seja, não basta que haja somente a subsunção do fato à norma, devendo haver efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal (CALLEGARI E PACELLI, 2016).

A ideia de antijuridicidade material surge para assentar melhor o conceito dentro da realidade social, uma vez que “a norma não é uma construção vazia, apenas voltada para a determinação de condutas, mas é também produto de uma prévia valoração, que lhe dá razão de existir. A norma jurídica sempre expressa um interesse protegido.” (BUSATO, 2015, p. 467).

Apesar de haver essa diferença entre antijuridicidade formal e material, uma atitude que vá contra a norma será presumidamente antijurídica (FABRINI E MIRABETE, 2012, p. 159), devendo o agente provar que agiu em estado de necessidade, legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, conforme coloca o art. 23 do Código Penal.

Iniciando o tratamento das causas de excludente de antijuridicidade, passa-se à análise do estado de necessidade. Como o próprio nome indica, o estado de

necessidade é uma situação de perigo atual e inevitável que coloca em risco um bem jurídico próprio ou de terceiros. Para sair dessa situação, a lei permite que o agente lesione um bem jurídico de menor valor em prol daquele de valor maior (BITENCOURT, 2018).

Para ilustrar essa causa de justificação, a doutrina normalmente usa o exemplo dos naufragos que disputam a mesma tábua, que não suporta mais de um, para salvar suas vidas. Não parece adequado que a morte de um seja imputada ao outro, sendo que os dois bens jurídicos estavam em perigo. Ressalta-se que o estado de necessidade deriva de uma situação não planejada, que ocorreu sem a vontade de nenhum dos agentes. No exemplo dos naufragos, se um deles desejasse matar o outro desde o início e o chamasse para uma viagem de barco, fazendo com que este colidisse com uma rocha para poder matar o outro afogado na disputa pela tábua, não incidiria a excludente de ilicitude.

A diferença entre o estado de necessidade e a legítima defesa está fundada no fato de que “o meio lesivo é empregado para evitar um mal maior ou idêntico, enquanto na legítima defesa trata-se de evitar danos provenientes de uma conduta antijurídica” (ZAFFARONI et. al., 2015, p. 3). O que se busca com a legítima defesa é permitir que aquele indivíduo que sofre um mal injusto possa defender-se sem sofrer qualquer tipo de penalidade (BUSATO, 2015).

Por fim, o estrito cumprimento do dever legal é uma causa de justificativa para evitar que aquele que está agindo exatamente conforme preconiza a lei seja punido. Seria paradoxal fazer com que o cumprimento de um dever legal ocasionasse em responsabilização penal (BUSATO, 2015). Quando alguém do povo restringe a liberdade daquele que está em situação de flagrante delito, não há prática de cárcere privado, pois o art. 301, “caput” do Código de Processo Penal permite que qualquer um do povo realize a prisão.

Como já dito, não se busca aqui esmiuçar e pontuar todas as peculiaridades da teoria do delito e das causas de justificação, senão fornecer um panorama geral do funcionamento destes institutos. Diante da breve análise realizada, é possível perceber que o legislador, ao pensar na antijuridicidade e nas excludentes de ilicitude, quis trazer a justiça “natural” para o ordenamento.

“Em tais hipóteses, o Direito, reconhecendo sua impotência para salvar os bens em perigo admite que um deles seja sacrificado em benefício do outro,

aguardando a solução natural, para proclamá-la legítima. Aliás, nem adiantaria dispor de forma diversa, uma vez que o instinto de sobrevivência e de preservação pessoal é muito mais forte do que qualquer “coação psicológica”, que a sanção penal possa representar. Mas, nessas situações, ao contrário do que entendia o *jusnaturalismo*, segundo o qual haveria a derrogação da ordem jurídica, o direito continua presente e vigente, apenas acomoda-se dentro dos limites das possibilidades humanas, para manter-se eficaz, sob pena de normatizar paradoxalmente, alheio à realidade social” (BITENCOURT, 2018, p. 420).

Ao analisar a antijuridicidade e suas causas de justificação, é evidente que são situações necessárias, uma vez que o Estado não dá conta de se fazer presente em todo momento. Ainda que tenha como principal função a regulação da vida em sociedade, a dinâmica social não permite a intervenção constante do aparato estatal.

Em um primeiro momento, a intervenção do direito representa a atuação do Estado com vistas a regular a vida em sociedade. Desse modo, as normas representam regras a serem seguidas que, uma vez violadas, demandam uma reação de parte do ente regulador. Essa é a própria essência contratualista da concepção de Estado, já que nele se encontram depositados os anseios dos cidadãos comuns em verem protegidos interesses que sua força pessoal não consegue proteger. Esse padrão, porém, corresponde às condições normais de vida em sociedade. Entretanto, há situações emergenciais em que, por distintas razões, o Estado não pode oferecer ao indivíduo a proteção nele buscada. Nesses casos, o Estado admite que o particular se valha de esforço próprio para realizar a proteção de seus interesses, ainda que em detrimento da preservação do interesse de normas por ele mesmo criadas. (BUSATO, 2015, p. 470).

Portanto, de modo geral, as excludentes de ilicitudes, nos moldes atuais, permitem que os particulares, bem como as forças policiais, tenham uma pequena margem para reagir a agressões injustas, situações de emergência e para exercer seus direitos sem preocupação com eventuais punições.

O projeto de lei 4.640/2019, a despeito de propor uma “excludente de ilicitude”, vai além da ideia de autotutela.

A alteração visada no projeto é voltada a proteger agentes policiais e/ou de segurança pública, especificamente. Diferentemente das excludentes de ilicitude já existentes, que valem para todos indistintamente, a proposta visa dar maior proteção aos agentes estatais. Não há problemas jurídicos evidentes em buscar dar maior proteção às forças policiais, visto ser essa uma escolha política que vai de encontro com os ideais do senador autor da proposta e do seu partido, notadamente de

extrema direita. O que gera efeitos marcantes na dinâmica processual penal é transformar um homicídio cometido policial em “suicídio”.

A justificativa usada para embasar o projeto é a de que, o indivíduo que coloca a vida das outras pessoas em risco e gera uma reação policial, não aceitando entregar-se ou negociar, está disposto a lidar com o emprego de força letal. O texto deixa evidente o interesse em evitar que os agentes sejam responsabilizados, até mesmo por excesso. Trata-se de uma importação da teoria do “*suicide by cop*”, porém adaptada à realidade brasileira, fundada basicamente na neutralização do inimigo.

Sabe-se que o suicídio no Brasil não é tratado como crime. As condutas associadas ao suicídio que são punidas penalmente são apenas o induzimento, instigação e o auxílio a suicídio, nos termos do art. 122 do Código Penal.

O que o projeto de lei 4.640/2019 tenta fazer não é apenas a criação de uma nova excludente de ilicitude, mas de uma situação que representa, na prática uma exceção. Quando um policial dispara e mata um criminoso, há a prática de homicídio, visto que o art. 121 do Código Penal trata como homicídio a conduta de “matar alguém”. Porém, no contexto apresentado pela proposta legislativa, o que ocorre não é a prática de homicídio com uma causa de justificação, seja ela a legítima defesa ou o estrito cumprimento do dever legal, mas sim um suicídio por parte do criminoso que foi neutralizado.

O que ocorre na prática, em verdade, é que o direito deixa de ser aplicado. Não se aplica a regra do homicídio, que implicaria na apuração dos fatos para verificar se de fato houve legítima defesa. O que há, na verdade, é uma morte que se transforma em suicídio, que, por sua vez, não é punível. O que se observa, na verdade, é uma exceção, situação em que a aplicação de uma norma implica na suspensão das demais (AGAMBEN, 2002).

Há uma proximidade notável entre os efeitos práticos do projeto de lei 4.640/2019 e a figura do *homo sacer*, fazendo com que os criminosos sejam sempre uma possível vida nua, como se verá a seguir.

4. VIDA NUA E SUBJETIVIDADE CRIMINOSA

Como se viu no último capítulo, o projeto de lei 4.640/2019 tem como consequência prática mais aparente a transformação do homicídio em suicídio, o que faz com que a morte de um “criminoso” não seja punida.

Essa ausência de punição, todavia, não deriva de uma excludente de ilicitude, mas de uma exceção, de uma desaplicação das regras. Matar alguém é o núcleo do homicídio. Entretanto, o projeto de lei levanta possibilidade de não aplicação da regra de homicídio para casos específicos em que o sujeito se coloca na situação de gerar perigo para si e para dos demais.

Não se trata, como se viu no capítulo precedente, de apenas de uma regra, de uma excludente de ilicitude como as demais já existentes; interessa, sobretudo, a capacidade que a proposta legislativa tem de ocasionar em um enquadramento subjetivo, isto é, de fazer, inicialmente, surgir o sujeito criminoso a partir de certos discursos de saber – notadamente o saber das instituições penais – e, com isso, gerar sua matabilidade.

O criminoso, subjetividade constituída inteiramente no espaço da negatividade e no desvio da normalidade, é de tal forma esvaziado das condições de sujeito normal e de direito diante das inúmeras relações de poder a que é submetido, que ele figura como uma possível interpretação da vida nua.

Trata-se de um indivíduo cuja vida sequer vale como vida digna ou defensável: sua exposição à matabilidade sem qualquer lugar punitivo, mas inclusive acobertado pelo sistema normativo mostra essa relação de exclusão (dos espaços de proteção, dignidade e validade) e inclusão, pela previsão de que seu extermínio seria, numa reviravolta interpretação do homicídio, alçada à licitude.

Portanto, matar essa subjetividade, que é criminosa, desviante, anormal, em um contexto específico faz com que tal regra não seja aplicada, posto que o homicídio transforma-se em suicídio, o qual não é punido no direito brasileiro. Percebe-se que a norma aplica-se desaplicando-se; sua incidência significa a incidência de norma alguma. A exceção que se observa no projeto de lei 4.640/2019 aproxima-se em muito da figura do *homo sacer*.

4.1. HOMO SACER E A VIDA NUA

A figura do *homo sacer*, à primeira vista, soa como uma espécie de punição, pois ser declarado “sacer” no direito romano arcaico autorizava o assassinato do indivíduo por qualquer um do povo sem qualquer punição do assassino. Por conta disso, autores como Harold Bennet viam nessa figura “a mais antiga pena da lei criminal romana” (1930, p. 5). Nada obstante a proximidade com a ideia de punição, o *homo sacer* guardou grande relação com a ideia de sacralidade, visto que o homem sacro era aquele que pertencia aos deuses (BENNET, 1930).

Porém, afirmar que o *homo sacer* é fruto de desdobramentos religiosos e sagrados também não é de todo verdadeiro, porquanto a autorização da sua morte não derivava efetivamente de um ritual, bem como o assassino não precisava respeitar nenhum tipo de procedimento ritualístico ao cometer o homicídio (AGAMBEN, 2002). O que se destaca na figura do *homo sacer* é a sacralidade de sua vida.

A estrutura da *sacratio* é o resultado da soma de dois elementos: impunidade da matança e a exclusão do sacrifício. Há a exceção do *ius humanum*, o que impede a aplicação das normas humanas, impossibilitando, assim, a classificação da conduta como homicídio, mas também há a exceção de todas as normas que digam respeito à morte ritualística.

Diferentemente do que acontece com aqueles submetidos aos rituais de morte, que fazem a passagem do *ius humanum* ao divino por meio da *consecratio*, ao *homo sacer* não são aplicadas tais normativas (AGAMBEN, 2002; FOWLER, 1920).

Isso faz com que a *sacratio* represente, na verdade, uma dupla exceção, que exclui o homem sacro tanto do *ius humanum* quanto do *ius divinum* (AGAMBEN, 2002). Há de se observar que esta exclusão é, também, inclusiva, ou seja, ao mesmo tempo em que se exclui, que se elimina, é necessário fazer com que o indivíduo seja colocado dentro de alguma “norma”. É preciso que ele seja incluído dentro das regras existentes, para que estas mesmas regras impliquem a não aplicação de regra alguma³.

³ Agamben, para explicar como isso funciona, usa do exemplo gramatical. “Se, fornecendo um exemplo de performativo, pronuncia-se o sintagma: “te amo”, por um lado este não pode ser

Sem embargos de levar em conta a ambivalência da sacralidade, que é elemento constitutivo do homo sacer, o que efetivamente marca esta figura peculiar é a dupla exceção a que esta submetido, que não comporta a aplicação das leis humanas nem das leis divinas, fazendo com que o homem sacro esteja em uma posição de violência constante (AGAMBEN, 2002).

Esta violência — a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele — não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem como execução de uma condenação e nem como sacrilégio. Subtraindo-se às formas sancionadas dos direitos humano e divino, ela abre uma esfera do agir humano que não é a do sacrum facere e nem a da ação profana, e que se trata aqui de tentar compreender (AGAMBEN, 2002, p. 90).

Há, então, uma relação íntima entre o homo sacer e o soberano, uma vez que

o homo sacer apresentaria a figura originária da vida presa no bando soberano e conservaria a memória da exclusão originária através da qual se constituiu a dimensão política. O espaço político da soberania ter-se-ia constituído, portanto, através de uma dupla exceção, como uma excrescência do profano no religioso e do religioso no profano, que configura uma zona de indiferença entre sacrifício e homicídio. Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera (AGAMBEN, 2002, p. 90).

Assim, pode-se dizer que o homo sacer, ou a vida nua, ou a vida sacra, assume em relação ao soberano uma posição de completa oposição, na medida em que o soberano “é aquele em relação ao qual todos os homens são potencialmente homines saci e homo sacer é aquele em relação ao qual todos os homens agem como soberanos” (AGAMBEN, 2002, p. 92).

A sacralidade do *homo sacer* é de singular importância, pois é por meio desta sacralidade que se pode inserir a vida nua dentro da ordem jurídico-política (AGAMBEN, 2002). Percebe-se, portanto, que a sacralidade que perpassa a vida do homo sacer é uma produção política, representando um complemento do poder soberano, que permite ter poder de vida e de morte (*vitae necisque potesta*) (CASTRO, 2013).

entendido como em um contexto normal, mas, por outro, para poder fazer o papel de exemplo, deve ser tratado como um enunciado real. O que o exemplo demonstra é seu pertencimento a uma classe, mas, delimita, o caso exemplar dela (assim, no caso de um sintagma linguístico, ele mostra o próprio significar e, desde modo, suspende sua significação) (AGAMBEN, 2002, p. 29).

A respeito dessa inclusão da vida nua dentro da ordem jurídico-política, Giorgio Agamben aproveita os estudos de Jhering para mostrar como o antigo direito germânico tinha uma figura muito similar ao *homo sacer* romano: o *wargus*, “homem-lobo” (AGAMBEN, 2002, p. 88). *Wargus* era aquele indivíduo que atentava contra a *fried* (paz) da comunidade, tornando-se, assim, *friedlos*, isto é, sem paz, o que permitia seu assassinato por qualquer um (AGAMBEN, 2002).

O fato de *wargus* significar “homem-lobo” é de extrema importância na medida em que não significa uma mera transposição do “estado de natureza”, visto que

A vida do bandido – como aquela do homem sacro – não é um pedaço de natureza ferina sem alguma relação com o direito e a cidade; é, em vez disso, um limiar de indiferença e de passagem entre o animal e o homem, a *phýsis* e o *nómos*, a exclusão e a inclusão: *loup garou*, lobisomem, ou seja, *nem homem nem fera*, que habita paradoxalmente ambos os mundos sem pertencer a nenhum. (AGAMBEN, 2002, p. 112)

A teorização de Thomas Hobbes sobre o Estado de Natureza é bastante relevante neste ponto. Sua teorização busca entender, em suma, como se deu o processo civilizatório. Ocorre que ele não está pensando em termos de evolução, de passagem da natureza para as cidades, mas de um processo que ocorre no interior das próprias cidades (AGAMBEN, 2002).

O estado de natureza hobbesiano não é uma condição pré-jurídica totalmente indiferente ao direito da cidade, mas a exceção e o limiar que o constitui e o habita; ele não é tanto uma guerra de todos contra todos, quanto, mais exatamente, uma condição em que cada um é para o outro vida nua e *homo sacer*, cada um é, portanto, *wargus*, *gerit capta lupinum*. E esta lupificação do homem e humanização do lobo é possível a cada instante no estado de exceção, na *dissolutio civitatis*. Somente este limiar, que não é nem a simples vida natural, nem a vida social, mas a vida nua ou vida sacra, é o pressuposto sempre presente e operante da soberania. (AGAMBEN, 2002, p. 113)

É possível entender o Estado de Natureza concebido pelos naturalistas como um constante estado de exceção, no qual a “cidade” aparece de forma esporádica; com a passagem do Estado de Natureza para a cidade, o que ocorre não é uma superação total e completa daquele estágio inicial (AGAMBEN, 2002); a presença da vida nua, que é o que caracteriza a situação “pré-estatal”, continua em operação, mas o faz por meio da “decisão soberana” (AGAMBEN, 2002, p. 115).

A violência do soberano sobre seus súditos não tem relação com o pacto inicial firmado entre todos, como propuseram os contratualistas, senão com a inclusão e, ao mesmo tempo, exclusão da vida nua no ordenamento jurídico (AGAMBEN, 2002).

A peculiaridade da vida nua e da sua inclusão no campo político-jurídico é que ela não representa a criação de um ambiente caótico, sem ordens ou normas, como um cenário de guerra ou mesmo do próprio Estado da Natureza, na perspectiva Hobbesiana. A vida nua é, como será visto adiante, um discurso que pode perpassar o sujeito e fazer incidir sobre ele o Estado de Exceção.

4.2. O PROJETO DE LEI 4.640/2019 COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO E EXCLUSÃO DO SUJEITO CRIMINOSO

Percebeu-se, como um resumo de tudo o que foi analisado no primeiro capítulo deste estudo, que as relações de poder não servem como instrumento para fazer o mais fraco subordinar-se ao mais forte. As relações de poder na perspectiva foucaultiana funcionam não de forma constrictiva, mas de forma constitutiva. É por meio das relações de poder que os sujeitos constituem-se. O poder opera de forma relacional e discursiva e é por meio de um conglomerado de discursos das mais variadas ordens que os sujeitos são constituídos, não como um produto final, acabado, que nunca mais sofrerá qualquer forma de mutação. A constituição do sujeito é um processo infinito.

Notou-se, também, que o *homo sacer* serviu como paradigma para Agamben analisar o surgimento da “vida nua”. A grande peculiaridade do *homo sacer* está no seu modo de funcionamento, que se dá por meio do binômio inclusão/exclusão, possível por meio da exceção soberana.

Em análise apressada do que Agamben pensou como vida nua a partir da figura do *homo sacer*, é possível fazer um juízo pouco refletido, o que leva a entender a vida nua como simples a alocação do indivíduo no Estado de Natureza; como se a vida política (*bios*) fosse transformada automaticamente em vida biológica (*zoé*).

Porém, como se viu no capítulo anterior, não se trata de uma lógica simples, empírica, na qual se percebe que determinados indivíduos que atentam contra a paz são declarados *homo sacer* ou *wargus* e, por conta disso, são colocados para fora

da sociedade. O binômio inclusão/exclusão opera justamente neste aspecto, pois não se trata de um colocar fora, senão de um incluir ao mesmo tempo em que se exclui.

Neste sentido, o projeto de lei 4.640/2019 opera de maneira muito similar à ideia do *homo sacer* ou do *wargus*, especialmente em relação ao sujeito criminoso. Evidente que a vida daquele indivíduo criminoso que se enquadra no pretense art. 25-A do Código Penal está sendo excluída do ordenamento, na medida em que é permitida sua morte sem que haja qualquer sanção. Todavia, ao mesmo tempo em que ela é excluída, ela é incluída, não apenas pela lei, mas por todo o discurso penal.

Quando se falou sobre a constituição da subjetividade, a preocupação foi entender como funciona esse processo. A partir de Foucault, foi possível perceber que o poder, ou melhor, as relações de poder que permeiam toda a sociedade são o que permitem o surgimento do sujeito como se conhece hoje.

Percebeu-se, também, que as instituições judiciárias são extremamente importantes na constituição de subjetividades, visto que são instituições especializadas na construção da verdade – verdade essa que é essencial para a construção do sujeito na medida em que ela permite construir saberes, elementos essenciais quando se pensa nas relações de poder.

O sujeito criminoso, sem embargos de sofrer interferência de discursos de diversas ordens, é constituído grandemente por meio do discurso das instituições judiciárias, porquanto são elas que ditam a verdade, que determinam o conceito de crime, que têm jurisdição, que têm a capacidade de dizer o direito (*iuris dictio*), que condenam e, conseqüentemente, fazem surgir o criminoso.

A Constituição Federal é clara quando diz, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A “culpa” na prática de determinado delito pode ser vista como o elemento que constitui a subjetividade criminosa. Logo, é com a sentença penal que se permite falar sobre a inocência de um indivíduo. Com isso, é possível falar, também, sobre este ser ou não um sujeito criminoso.

Não se trata, portanto, de uma personalidade que nasce criminosa e sofre com as penas impostas para se ver livre de seus vícios e desvios de caráter. O sujeito criminoso só é concebível na medida em que existem discursos que

permitem sua existência, o que Foucault convencionou chamar de “acontecimento discursivo”. Há uma série de relações de poder pautadas nos saberes das instituições judiciárias que permitem o surgimento do criminoso.

Deste modo, o projeto de lei 4.640/2019, que é claramente voltado para a neutralização da subjetividade criminosa, envolve tanto a questão do surgimento do criminoso quanto da sua matabilidade sem punição. É possível observar que a “inclusão” é feita por meio da constituição do sujeito em termos discursivos, enquanto que sua “exclusão” é feita por meio da sua morte insancionável.

O referido projeto de lei não tem em si a capacidade de fazer surgir uma subjetividade criminosa. Todavia, é uma proposta que está inserida dentro do campo do direito penal, que é a área da qual partem os saberes que notadamente fundamentam as relações de poder que constituem o criminoso.

O que ocorre não é o transporte do sujeito criminoso para o campo da exceção, no qual há sua transformação em “vida nua”. O conceito de “vida nua” é um discurso político que perpassa o sujeito, fazendo com que sua morte seja autorizada sem que haja qualquer punição, o que não significa dizer que todo criminoso é necessariamente uma vida nua.

Como foi dito anteriormente, as relações de poder não fazem com que surjam sujeitos prontos, finalizados. As relações de poder não são uma espécie de fábrica que gera um produto final chamado “sujeito”. O que Foucault propõe ao pensar nestas relações é quebrar com a ideia imanentista de que os seres humanos têm uma essência, que pode ser boa ou ruim.

Neste sentido, considerando que os sujeitos nunca estão completamente acabados e estão constantemente submetidos a relações de poder, é possível que em determinadas situações o criminoso sofra com esse discurso político originário que também o constituirá como vida nua. Do mesmo modo, é possível que em certos momentos históricos, o negro, o homossexual, o judeu sejam o que Agamben chamou de “vida nua”.

Isso ocorre por conta da nova roupagem que o Estado recebe a partir da modernidade, especialmente com a noção de “poder pastoral”. Dotado de inúmeras outras funções, o soberano não pode mais dispor da vida dos súditos como bem entender; há uma reformulação no exercício do poder, passando a ser um

mecanismo de “produzir forças, a fazê-las crescer e a ordená-las mais do que a barra-las, dobrá-las ou destruí-las” (FOUCAULT, 1988, p. 128).

O direito de morte do soberano desloca-se na modernidade e passa a ser “simples reverso do direito do corpo social de garantir sua própria vida, mantê-la ou desenvolvê-la” (FOUCAULT, 1988, p. 128). Conforme o soberano toma para si a função de gerir a vida, fica mais difícil justificar medidas como a pena de morte.

Atualmente, “pode-se dizer que o velho direito de causar a morte ou deixar viver foi substituído por um poder de causar a vida ou devolver à morte” (FOUCAULT, 1988, p. 130). A possibilidade de “devolver à morte” demonstra que a potência da morte não deixou de existir, mas deu lugar “à administração dos corpos e pela gestão calculista da vida” (FOUCAULT, 1988, p. 131). O projeto de lei 4.640/2019, na sua formulação atual, dá conta de demonstrar esse interesse biopolítico, senão tanatopolítico do Estado.

Tomando como exemplo o caso do jovem que foi morto por um atirador de elite na ponte Rio-Niterói, é possível vislumbrar como ocorre a desaplicação de todas as demais normas. Seguindo as regras atuais, um homicídio, a despeito das circunstâncias, deve ser investigado para que o juiz, analisando o caso, decida se houve ou não a excludente de ilicitude, o que gerará a absolvição.

Com a pretensa nova excludente de ilicitude chamada “suicídio por policial”, o assassinato passa a ser visto como suicídio daquele que se colocou em situação de risco. O jovem que sequestrou o ônibus, assumindo o risco de morrer ao se colocar naquela situação, estaria cometendo suicídio, sendo o ato do policial mera decorrência lógica de sua conduta. Isso faria com que não houvesse qualquer consequência ao assassino.

O que se observa nas consequências desse projeto é a inclusão e exclusão do sujeito criminoso. Inclusão na medida em que ele é constituído por uma série de discursos que o constituem como sujeito criminoso. A exclusão, como parece óbvio, se dá pela matabilidade, pela retirada do convívio social por meio do assassinato.

Não se está tentando fazer um juízo meramente lógico e simplório, colocando o sujeito criminoso como vida nua e a vida nua como aquela que pode ser eliminada sem sanção. O que se propõe é que a inclusão da subjetividade criminosa no campo da exceção é feita na medida em que o sujeito é constantemente constituído por inúmeros discursos, dentre os quais o discurso político, que faz com

que ele se constitua como subjetividade criminosa e, em alguns casos, vida nua. Como já foi dito, a exceção não é um local no qual os indivíduos que já nascem como “vidas nuas” são colocados. A exceção é esse discurso político, como um resquício do estado de natureza, que torna a morte insancionável.

Se o pensamento de Foucault permitiu a concepção do sujeito como efeito do poder produtivo, com a vida nua e o *homo sacer*, pensados a partir de Giorgio Agamben, é possível perceber subjetividades que são constituídas na contramão da ideia de um sujeito que é pretensamente autônomo, soberano e cujo valor é inerente à vida.

Todavia, a partir do projeto de lei 4.640/2019, determinadas subjetividades constituem-se como “anti-subjetivas”, porquanto são forjadas na destituição das características humanas que tipicamente configuram a humanidade (*humanitas*) dos sujeitos. O que se faz é a constituição de subjetividades vazias e, por isso, matáveis.

5. CONCLUSÃO

Inicialmente, optou-se por analisar o pensamento de Michel Foucault, especialmente acerca de seus estudos sobre poder e sobre a constituição do sujeito. Isso porque o processo por meio do qual se constitui o criminoso, a subjetividade delincente é muito importante para compreender a consequência prática do projeto de lei 4.640/2019.

Tentou-se demonstrar a diferença na percepção de poder, que deixou de ser uma atribuição, uma capacidade e passou a ser operada por meio das relações; a partir de Foucault, não se fala mais em um poder que é, mas em “relações de poder”. É com base nessas relações de poder discursivas que surgem os sujeitos. Os discursos, ainda que sejam importantes, só o são enquanto “acontecimentos discursivos”.

Em um determinado momento histórico, inúmeros discursos permeiam a sociedade, mas apenas alguns são relevantes e efetivamente legítimos. A concepção de “sujeito” no momento atual só é possível porque o atual momento reúne elementos que permitem a existência de sujeitos que têm essas ou aquelas características. O discurso médico, por exemplo, só faz sentido atualmente na medida em que o corpo humano tornou-se objeto de estudo das ciências naturais. Pensando na idade média, período em que o corpo não podia ser explorado para realização de experimentos, não era possível falar em anatomia, histologia e afins. Não porque os indivíduos eram menos evoluídos e não compreendiam o funcionamento, mas porque o discurso religioso de inviolabilidade do corpo se sobrepunha aos demais.

Tendo noção de como as relações de poder operam na constituição do sujeito, deixou-se o tema de lado para poder focar no projeto de lei 4.640/2019 e na teoria do delito, especialmente naquilo que diz respeito à exclusão de ilicitude ou antijuridicidade.

Ao analisar a teoria do delito, foi possível notar que o Código Penal Brasileiro optou pela teoria analítica do delito, que o decompõe em três elementos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Para que possa haver punição, é necessário estarem todos reunidos em um mesmo ato.

Considerando que o projeto de lei 4.640/2019 visa a inclusão de uma causa excludente de ilicitude, foi dedicada uma análise específica a este tema. Fica evidente, depois de alguma leitura sobre o assunto, que a inclusão de “suicídio por policial” não é tecnicamente uma excludente de ilicitude, senão uma exclusão de responsabilidade do agente policial.

As excludentes de ilicitudes como legítima defesa, estado de necessidade ou o cumprimento de dever legal são hipóteses em que o agente pratica um ilícito para defender um bem jurídico próprio ou de terceiros. Vê-se que nestes casos todas as regras do ordenamento jurídico continuam vigentes. Se A mata B porque este estava prestes a matar sua filha, haverá um processo para averiguar o caso concreto e constatar se o que ocorreu efetivamente procede. Na hipótese de realmente ter ocorrido a proteção de um bem jurídico alheio, qual seja a vida de sua filha, A deixará de ser punido porque sua atitude recebia respaldo nas demais normas do ordenamento jurídico.

A mera leitura da proposta do projeto de lei em análise dá conta de demonstrar que o “suicídio por policial” não segue a lógica das demais normas que tratam da excludente de ilicitude. A transformação do homicídio praticado por um agente de segurança pública em suicídio da vítima provoca a desaplicação das demais normas, visto que o suicídio não é uma atitude punível, salvo nos casos de induzimento, instigação ou auxílio, conforme art. 122 do Código Penal. O agente que mata não é punido, mas a ausência de punição decorre da ausência de tipificação legal para sua ação, visto que seu homicídio transforma-se em suicídio.

O sujeito criminoso que colocou em risco a vida das demais pessoas com suas atitudes tem sua vida transformada em “vida nua”, nos termos pensados por Giorgio Agamben (2002).

Como foi possível perceber durante o decorrer desse estudo, Giorgio Agamben pensou na ideia de “vida nua” a partir do paradigma do *homo sacer*, figura do direito romano antigo que tornava o homem sacro matável e insacrificável. Isso ocorre por conta da exceção que se opera sobre ele.

Para definir a exceção, Agamben (2002) usa do pensamento de Carl Schmitt (1922):

A exceção é aquilo que não se pode reportar; ela subtrai-se à hipótese geral, mas ao mesmo tempo torna evidente com absoluta pureza um

elemento formal especificamente jurídico: a decisão. Na sua forma absoluta, o caso de exceção se verifica somente quando se deve criar a situação na qual possam ter eficácia normas jurídicas. Toda norma geral requer uma estruturação normal das relações de vida, sobre as quais ela deve encontrar de fato aplicação e que ela submete à própria regulamentação normativa. A norma necessita de uma situação média homogênea. Esta normalidade de fato não é um simples pressuposto que o jurista pode ignorar; ela diz respeito, aliás, diretamente à sua eficácia imanente. Não existe nenhuma norma que seja aplicável ao caos. Primeiro se deve estabelecer a ordem: só então faz sentido o ordenamento jurídico. É preciso criar uma situação normal, e soberano é aquele que decide de modo definitivo se este estado de normalidade reina de fato. Todo direito é "direito aplicável a uma situação". O soberano cria e garante a situação como um todo na sua integridade. Ele tem o monopólio da decisão última. Nisto reside a essência da soberania estatal, que, portanto, não deve ser propriamente definida como monopólio da sanção ou do poder, mas como monopólio da decisão, onde o termo decisão é usado em um sentido geral que deve ser ainda desenvolvido. O caso de exceção torna evidente do modo mais claro a essência da autoridade estatal. Aqui a decisão se distingue da norma jurídica e (para formular um paradoxo) a autoridade demonstra que não necessita do direito para criar o direito... A exceção é mais interessante do que o caso normal. Este último nada prova, a exceção prova tudo; ela não só confirma a regra: a regra mesma vive só da exceção... Um teólogo protestante que demonstrou de que vital intensidade seria capaz a reflexão ainda no século XIX, disse: "a exceção explica o geral e a si mesma. E se desejamos estudar corretamente o geral, é preciso aplicarmo-nos somente em torno de uma real exceção. Esta traz tudo à luz muito mais claramente do que o próprio geral. Lá pelas tantas ficaremos enfadados com o eterno lugar-comum do geral: existem as exceções. Se não podem ser explicadas, nem mesmo o geral pode ser explicado. Habitualmente não nos apercebemos da dificuldade, pois se pensa no geral não com paixão, mas com uma tranquila superficialidade. A exceção ao contrário pensa o geral com enérgica passionalidade" (SCHMITT, 1922, p. 39-41).

A partir de Schmitt, de maneira sucinta e acertada, Agamben define a exceção com uma

espécie da exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Neste sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, capturada fora (*ex-capere*) e não simplesmente excluída (AGAMBEN, 2002, p. 19)

Resta clara a exceção provocada pelo novo "art. 25-A" proposto pelo projeto de lei 4.640/2019 na medida em que a norma aplica-se fazendo com que todas as demais sejam desaplicadas. A sua aplicação não gera o caos, a exclusão das normas, mas a suspensão destas.

O pensamento de Michel Foucault é essencial nesse aspecto, pois permite analisar a questão da exceção e entender como o projeto de lei faz com que o sujeito criminoso seja transformado em vida nua.

De início, cumpre destacar que o que ocorre não é uma verdadeira transformação. Transformação pressupõe a mudança de forma, de algo que era naturalmente de um jeito e passa a ser de outro. Portanto, a vida nua também é um dos diversos discursos que permeiam a subjetividade criminosa e permitem sua existência.

Como foi possível notar, o sujeito criminoso não é um dado, um ser que nasce com características que o diferenciam dos demais e permitem colocá-lo na seção de “criminosos”. A subjetividade criminosa é a conjunção de uma série de discursos que o constituem. Muitos desses discursos derivam das instituições judiciárias, que condenam e permitem a rotulação do indivíduo como “condenado”.

A vida nua não é, considerando esse cenário, um ambiente ou um processo que transforma esse sujeito já constituído. A vida nua é um discurso político que, assim como todos os demais discursos, permite conceber o indivíduo como “vida nua”, assim como na Roma antiga era possível conceber o *homo sacer*, ou o *wargus*, na Idade Média.

O binômio inclusão-exclusão, destarte, opera-se na subjetividade criminosa na medida em que a inclui através da própria constituição; o sujeito criminoso é incluído enquanto subjetividade, enquanto acontecimento discursivo. Porém, tendo em vista sua imprestabilidade em termos de disciplina, de possibilidade de se tornar um corpo dócil, socialmente útil, ele é excluído por meio da matabilidade sem qualquer sanção. A exclusão se dá por meio desse discurso político-jurídico originário, que é o ponto inicial de toda a ordem jurídica, como demonstrou Carl Schmitt (1922).

Quando Foucault pensa na ideia de “biopolítica”, ele estava pensando no controle que o Estado tem sobre a vida, sobre como determinadas vidas podem ser deixadas para morrer, enquanto que outras merecem ser preservadas. Esse elemento é essencial para o desenvolvimento da sociedade como se concebe hoje.

Este bio-poder, sem a menor dúvida, foi elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, que só pôde ser garantido à custa da inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e por meio de um

ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos. (FOUCAULT, 1988, p. 132).

A biopolítica, por sua vez, como sugeriu Agamben, é exercida por meio da constituição da vida nua. É interessante notar que a vida nua, por meio da noção de Estado, de cidadania, de pertencimento a uma grande comunidade, é toda e qualquer vida (AGAMBEN, 2002).

Neste sentido, ao reconhecer que em toda vida há uma potencial a vida nua, isto é, ao fazer com que sobre todo corpo possa recair o discurso político originário, a ideia de “vida nua” recebe um contorno e uma importância política que permite compreender o próprio fundamento do Estado. Isto porque

(...) uma mesma reivindicação da vida nua conduz, nas democracias burguesas, a uma primazia do privado sobre o público e das liberdades individuais sobre os deveres coletivos, e torna-se, ao contrário, nos Estados totalitários, o critério político decisivo e o local por excelência das decisões soberanas”. (p. 127)

Em suma, perceber a proliferação de discursos que constituam a vida nua, que permitam a inclusão e exclusão dos corpos, significa, na verdade, perceber a caminhada para um Estado totalitário, no qual o público prevalece sobre o privado.

Não se pretende fazer uma simplificação apressada dos termos, como se aqueles considerados “bandidos” representassem automaticamente a constituição da vida nua. O que se tenta mostrar é que projetos legislativos como o que foi analisado no presente trabalho demonstram uma proliferação de discursos que permitem a constituição de vidas nuas, que não precisa necessariamente ser o criminoso.

É curioso analisar o projeto 4.640/2019 e verificar a aceitação social da proposta. Além disso, é interessante perceber que há no Brasil atual um contexto social e político bastante conturbado que permite falar em vidas que podem ser mortas sem sanção para aqueles que pretensamente defendem os pretensos “cidadãos de bem”.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALESSI, Gil. **Homem armado faz reféns em ônibus na ponte Rio-Niterói e é morto por snipers**. El País Brasil, 20 ago. 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/20/politica/1566297269_483814.html>. Acesso em: 25 ago. 2019.

AMÂNCIO, Thiago. **Contrários a qualquer tipo de aborto no Brasil atingem 41%**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/ainda-minoria-contrarios-a-qualquer-tipo-de-aborto-no-brasil-atingem-41.shtml>>. Folha de S. Paulo, São Paulo, 10 jan. 2019. Acesso em: 25 set. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito: introdução à sociologia do direito penal**, 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella, 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BECKER, Howard. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Trad. Maria Luiza X. de Borges, 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BENNETT, Harold. **Sacer Esto**. Transactions and Proceedings of the American Philological Association, vol. 61, pp. 5 – 18. JSTOR. Disponível em: <www.jstor.org/stable/282790>. Acesso em 20 out. 2019

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de filosofia**. Trad. Desidério Murcho, et al. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei 4.640/2019**. Acrescenta o art. 25-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever a excludente de ilicitude designada por “suicídio por policial”. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7994530&ts=1567780603181&disposition=inline>>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 20 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben: Uma Arqueologia da Potência**. Trad. Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**, 2. ed. rev e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal: Parte General**, 8. ed. rev. y puesta al día. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

FABBRINI, Renato; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**, vol. 1, 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

FEDER, Ellen K. **Poder/Saber**. In: TAYLOR, Dianna. Michel Foucault: Conceitos Fundamentais. Petrópolis: Vozes, 2018.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e a constituição do sujeito**, 3. ed. São Paulo: EDUC, 2011.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A vontade de saber**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

_____. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

_____. **Os Anormais**: Curso no Collège de France. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Microfísica do Poder**. Trad. Roberto Machado, 4. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

_____. **O Sujeito e o Poder**. In: DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. Michel Foucault: Uma Trajetória Filosófica, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Vigiar e Punir: nascimento da Prisão**. Petrópolis, Vozes, 1987.

GILES, Thomas Ramsom. **Dicionário de filosofia: termos e filósofos**. São Paulo, EPU, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 1998.

LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Trad. Anuar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIBEIRO, Renato Janine. **Hobbes: o medo e a esperança**. In: WEFFORT, Francisco C (Org.). Os Clássicos da Política, vol. 1, 13. ed. São Paulo: Editora Ética, 2000.

REVEL, Judith. **Michel Foucault: conceitos essenciais**. Trad. Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez, Carlos Piovesani. São Carlos: Claraluz, 2005.

ROCCO, Arturo. **El objeto del delito y la tutela jurídica penal: contribución a las teorías generales del delito y de la pena**. Trad. Gerónimo Seminara. Montevideo: Editorial B de F, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição Eletrônica, 1762. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv00014a.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2019.

ROXIN, Claus. **Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências**. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 2, p. 901, Out. 2010

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**, 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SCHMITT, C. **Politische Thologie, vier kapitel zue Lehre von der Souveränität**. München-Leipzig, 1922.

SILVA, Irmã Petra. **Os relatos de Altamira: 'meu filho foi totalmente carbonizado'**. Disponível em: <<https://ponte.org/artigo-os-relatos-de-altamira-meu-filho-foi-totalmente-carbonizado/>>. Acesso em 21 ago. 2019.

TALAMINI, Eduardo; Wambier, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**, vol 1, 16. ed. Saraiva: São Paulo.

URIBE, Gustavo. **'Problemas acontecem', diz Bolsonaro sobre presos mortos em transferência no Pará**. Folha de S. Paulo, São Paulo: 31 jul. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/problemas-acontecem-diz-bolsonaro-sobre-presos-mortos-em-transferencia-no-para.shtml>>. Acesso em: 21 ago. 2019.

WEBER, Max. **Metodologia das Ciências Sociais**, parte 2, 2. ed., São Paulo: Editora Cortez, 1995.

_____. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012.

WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema Del Derecho Penal**, 1. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, et. al. **Antijuridicidade**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 114/2015 | p. 17 - 50 | mai - jun, 2015.

_____. **Justificação (Primeira Parte)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 116/2015, p. 39 - 76, set - out, 2015.

_____. **Justificação (Segunda Parte)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 121/2016, p. 51 - 97, jul - ago, 2015.