

**O CRIMINOSO HABITUAL NA LEI 13.964/2019: APROXIMAÇÕES ENTRE A  
CRIMINOLOGIA POSITIVISTA E A MANUTENÇÃO DO PARADIGMA RACISTA  
DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA**

**THE CRIMINAL HABITUAL IN LAW 13.964 / 2019: APPROXIMATIONS  
BETWEEN POSITIVIST CRIMINOLOGY AND THE MAINTENANCE OF THE  
RACIST PARADIGM OF BRAZILIAN CRIMINAL POLICY**

Rodrigo Rodrigues Kandasamy<sup>1</sup>

Jéssica Alessandra Araújo Ferreira Leão<sup>2</sup>

Marcos Eugênio Vieira Melo<sup>3</sup>

**RESUMO:** O artigo identifica, a partir de levantamento bibliográfico e documental, as incoerências históricas da figura do “criminoso habitual” presente na Lei n.º 13.964/2019, partindo do pressuposto de que políticas como essa são estruturadas com o objetivo de fomentar a criminalização das camadas mais vulneráveis da sociedade, sobretudo a população negra. Analisou-se a correlação existente entre os paradigmas do positivismo criminológico na justiça criminal brasileira, a utilização desses paradigmas por parte das agências de controle sob a égide do discurso penal hegemônico na Criminologia do século XIX e a contribuição do fenômeno para a perpetuação do colonialismo estrutural por parte da política criminal brasileira de controle dos corpos negros.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criminoso Habitual; Pacote Anticrime; Racismo.

**ABSTRACT:** The article identifies, based on a bibliographic and documental survey, the historical inconsistencies of the figure of the "habitual criminal" present in Law No. 13.964/2019, based on the assumption that policies like this are structured with the aim of promoting the criminalization of most vulnerable layers of society, especially the black

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito (UFAL). Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal (UNIT/AL). E-mail: rodrigo.rodrigues.k@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestra em Direito Público (UFAL). Bolsista CAPES. Especialista em Direito da Seguridade Social pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/RJ (2017). Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal (UNIT/AL). E-mail: jjessicaleao@hotmail.com

<sup>3</sup> Grande do Sul (PUC/RS). Bolsista CAPES. Coordenador do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Processo Penal. Coordenador estadual do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais em Alagoas (IBCCRIM-AL). Professor da Faculdade Raimundo Marinho e da Faculdade de Maceió (FAMA). E-mail: marcos.evmelo@gmail.com.

population. We analyzed the correlation between the paradigms of criminological positivism in Brazilian criminal justice, the use of these paradigms by control agencies under the aegis of the hegemonic criminal discourse in nineteenth century Criminology and the contribution of the phenomenon to the perpetuation of structural colonialism by the Brazilian criminal policy for the control of black bodies.

**KEY WORDS:** Habitual Criminal; Law 13.964; Racism.

## 1 INTRODUÇÃO

As regras jurídicas não são formuladas sem uma causa, ou seja, para cada regra há um fenômeno social aliado a uma miríade de dados que representam as raízes de sua regulamentação pelo Direito. Nesse sentido, ao refletir acerca da origem de um ordenamento jurídico, é possível verificar que as normas são, primordialmente, revestidas de conteúdo moral. Portanto, em uma visão crítica, entender o surgimento dos elementos que compõem o campo jurídico é desvelar as ideologias que estavam implícitas em tais postulados no momento de suas concepções, bem como o ferramental através do qual esse sistema faz uso (PORTANOVA, 1994, p. 53). De forma semelhante se comporta o racismo, o qual se constitui por uma ideologia que, contudo, só pode subsistir se estiver ancorada em práticas sociais concretas (ALMEIDA, 2019, p. 63).

No Brasil, sabe-se que o racismo, enquanto ideologia da classe dominante, influencia desde o conceito de ciência até a estruturação do ordenamento jurídico, sem esquecer a atividade judicante. Dessa forma, para analisar o processo histórico do conceito “criminoso habitual”, como proposto pelo presente estudo, é necessário entender que o saber criminológico que lhe deu fundamentação, ou seja, o Positivismo Criminológico, não é neutro.

Com efeito, a falta de neutralidade aparece clara quando se toma o momento histórico de sua recepção: final do século XIX e início do século XX, recém-saído de um regime colonialista e escravocrata, administrado por uma dada classe que manipulava os instrumentos normativos e políticos necessários à conservação de um padrão específico de dominação, a qual buscava aderir aos preceitos do iluminismo, mas sem perder seus privilégios. Assim, portanto, o direito dali advindo — como um fruto de uma árvore podre — nasceu impregnado de falhas.

Diante disso, as consequências do fenômeno serão evidenciadas ao longo do trabalho com base na experiência histórica das agências de controle social na ordem do plano de maior

abstração ao mais específico, conforme os questionamentos que buscaremos elucidar: a) no plano legislativo, “qual a motivação da lei?”;

b) no judiciário, “como aplicá-la ilimitadamente?” e

c) quanto à polícia, “a quem se dirige a lei?”

Assim, o foco da análise se direciona ao instituto do criminoso habitual, visando ressaltar a sua funcionalidade no que tange à perseguição de povos negros, sobretudo no que se refere à criminalização dos costumes e tradições desses povos. Ademais, busca demonstrar, também, que a ideia de uma habitualidade criminosa serviu de instrumento para a reorganização social após o colapso racial ocasionado em razão da abolição do sistema econômico fundado no modelo escravocrata, investigando fatores sociais e políticos que marcaram a sua consolidação, bem como a sua relação com a manutenção dos paradigmas da ciência típica do século XIX.

O estudo dessa questão é paradoxal e de interesse da comunidade jurídica, visto que busca investigar que o preenchimento do conteúdo da criminalidade habitual não se dá forma objetiva — baseada em critérios jurídicos, somente — mas, sim de forma ideológica, extrajudicialmente de modo a moldar subjetividades.

Através de tal percurso baseado em um levantamento bibliográfico-documental, concluiremos que as recentes modificações sancionadas pela Lei 13.964/2019 que fazem uso da figura do criminoso habitual representam, mais um capítulo na trama racista de controle de corpos pretos.

Para fins introdutórios, será analisado de que modo tal instituto é utilizado, atualmente, no Judiciário e por fim, como tal fenômeno influencia os agentes de criminalização secundária. A conclusão se dará no sentido de que o recurso a figura do criminoso habitual é uma nítida mostra do apego a um paradigma colonialista, e incoerente com os fins de um sistema persecutório, que em tese deveria basear seus julgamentos nos atos e não nas características intrínsecas de seu autor.

Concluiremos o estudo, por meio de análise empírica com considerações acerca do quem são, na práxis criminal, os mercedores da etiqueta de “habituais” e como tal identificação demonstra que o sistema de justiça criminal contemporâneo ainda não acertou as contas com o positivismo criminológico no que se refere ao ímpeto de determinar o lugar de brancos e negros dentro da sociedade.

## 2 GENEALOGIA DO CRIMINOSO HABITUAL

Inicialmente, uma das primeiras menções ao “criminoso habitual” a que se tem notícia ocorreu na obra de Franz Von Liszt, em sua declaração de guerra à delinquência habitual (LISZT, 1984). De acordo com o autor, “criminoso habitual” seria uma espécie de denominação coletiva que abrangia os indivíduos estigmatizados pelo sistema de justiça criminal brasileiro ao final do século XIX, a saber: mendigos, vagabundos, alcoólatras e pessoas que exerciam a prostituição. Contudo, a difusão da categoria do criminoso habitual deve-se aos criminólogos da Escola Italiana de Criminologia Positivista.

Baseando-se na biologia lombrosiana, Ferri, afirmava que, além de um componente inato, fatores como o abandono social, o preconceito bem como as condições miseráveis das prisões levavam o agente a praticar crimes em série, transformando, dessa maneira, tal prática na sua *vera professione*. O delinquente habitual, segundo Ferri, seria o reincidente na ação criminosa, o que faz do crime a sua profissão, o que começaria ocasionalmente a delinquir até se degenerar.

Assim, o delinquente habitual, à época, seria um agente infeccioso do corpo social do qual era preciso ser separado, e foi sob tal representação que a estrutura inquisitorial foi restaurada na Europa, criando, dessa forma, um direito processual que explicava a forma de persegui-lo sem muitas travas à atuação policial (inclusive sem delito); a pena neutralizava a periculosidade (sem menção da culpabilidade) e a criminalística permitia reconhecer as marcas do mal (os caracteres do “criminoso nato”), conforme Zaffaroni (2007).

Não obstante o criminoso habitual ter inspiração romana, especificamente na imagem do *consuetudo delinquendi* (FERRI, 2006, p. 163 ) é sabido que Ferri, por ser discípulo de Lombroso, nada mais fez do que continuar a obra de seu tutor, atualizando e aprimorando o que se entende ser o verdadeiro ascendente do criminoso habitual: o criminoso nato (DUARTE, 2011, p. 108). Tal perspectiva se torna nítida ao observarmos que ambas se baseiam no mesmo conceito de criminalidade, partindo de uma concepção prévia acerca do grau de responsabilização do criminoso e quanto aos efeitos e objetivos das penas que lhes deveriam ser impostas.

A esse respeito, é sabido que a antropologia criminal desenvolvida por Cesare Lombroso na segunda metade do século XIX foi fundamentada na tese de que a criminalidade estaria associada a fatores como fisionomia e raça, abrindo margem para que fossem

empregadas leis deterministas e darwinistas sociais, além da observação das relações entre o homem e o meio habitado por ele. A concepção de criminalidade variava de acordo com as raças, de modo que, por meio de observações e técnicas ditas científicas, seria possível distinguir criminosos de não criminosos, “sendo a ciência uma espécie de agente auxiliar na identificação do crime” (CARVALHO, 2016).

Em oposição às ideias provenientes da Escola Clássica, defendeu-se, então, a construção da imagem do delinquente nato, a ser identificado a partir de suas características anatômicas e psicológicas, em uma negação direta ao livre-arbítrio e à culpabilidade.

Desse modo, buscar entender o papel do *delinquente nato é de suma* importância pois através de sua observação é possível extrair uma síntese dos reflexos do positivismo criminológico, assim como aponta Capellari (2019), “diagnosticar o mal do delito com simplistas atribuições que exculpam de antemão a influência de fatores sociais” para focar somente em elementos individuais, sob a alcunha de patologias.

No Brasil, o conceito foi amplamente recepcionado, sobretudo pelo médico baiano Raimundo Nina Rodrigues, que aliou o método de explicação lombrosiano acerca da criminalidade à funcionalidade e eficiência do programa político de controle racial-social marginal brasileiro. Sobre a questão, Góes enfatiza:

“No campo prático, o discurso etiológico de Nina Rodrigues encontrará aplicação imediata ao desconsiderar o estereótipo do criminoso lombrosiano, substituindo-o por sua matriz racista potencializada, uma vez que etiologia se centrava no fator racial e o fenótipo negroide, mantida em maior ou menor grau pelos negros brasileiros e seus descendentes, conferindo funcionalidade e o eficientismo que o controle racial desestruturado com a abolição e com o branqueamento que desintegrava o negro necessitava” (GOÉS, 2016, p. 199).

Contudo, haja vista que a ideologia biológica era fixa demais para acompanhar as mutantes necessidades de mercado, bem como que as frágeis metodologias lombrosianas passaram a ser duramente criticadas na Europa, posteriormente foi desenvolvida a categoria do “criminoso habitual”, que apesar de não representar uma ruptura absoluta com o paradigma racial-etiológico correspondente ao discurso positivista criminológico, surgiu com o propósito de resolver as críticas acerca da estaticidade do modelo de sociedade proposto por Lombroso (DUARTE, 2011, p. 126).

Dessa forma, no Brasil, a tradução da categoria do criminoso habitual com vistas à adequação ao modelo disciplinador lombrosiano contém aspectos que foram importados da

Europa, mas certamente foi acrescido de fatores advindos da experiência escravocrata e colonialista, tornando a sua aplicação mais complexa e produzindo novos tipos de conflitos e problemas não teorizados por Ferri.

## 2.1 O FALSO PROGRESSO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL E OS NOVOS RUMOS DE UM VELHO RACISMO

“O progresso é um mito renovado por um aparato ideológico interessado em convencer que a história tem destino certo e glorioso” (DUPAS, 2007, p. 73). Dessa forma a significação que uma sociedade atribui à ideia de progresso pode servir de instrumento de análise para desvelar interesses políticos mediante questionamentos como: “progresso para quem?”.

Certa vez, Lévi-Strauss afirmou (1993) que o caminho do progresso é cheio de aventuras, rupturas e escândalos. Tal reflexão está diametralmente oposta ao prisma hegeliano fundamentador da tradicional concepção de progresso, na qual as ciências e as técnicas melhoram com o passar do tempo, acumulando conhecimentos e práticas, de modo que o presente é melhor que o passado, e o futuro será melhor e superior se comparado ao presente. Em outros termos, é o modelo de “progresso acidentado” fundado em uma “concepção idealista e simplista da história, herdeira de uma crença ingênua no triunfo do progresso do humanitarismo e da ciência” (DUARTE, 2011 p. 26)

Contudo, Walter Benjamin, em sua 13ª tese sobre o Conceito da História, busca por meio da metáfora do Anjo da História, salientar que o progresso não é um processo essencialmente automático que percorre uma trajetória linear.

“Há um quadro de Klee que se chama *Angelus Novus*. Representa um anjo que parece querer afastar-se de algo que ele encara fixamente. Seus olhos estão escancarados, sua boca dilatada, suas asas abertas. O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu rosto está dirigido para o passado. Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as dispersa a nossos pés. Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos. Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que ele não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Essa tempestade é o que chamamos progresso.” (BENJAMIN, 1987).

Assim, o que hoje é entendido popularmente como um aparente progresso, a depender da lente de análise, tomará a forma de mera repetição de um fenômeno pretérito, como em um movimento circular nostálgico como que em um carrossel que gira em torno da lembrança e do esquecimento.

Em busca do progresso, o percurso criminológico, não fugindo à regra, experienciou suas diversas disrupturas, principalmente no que tange à produção do discurso legitimador de políticas de segurança pública e sua influência histórica para o saber jurídico nacional.

A produção bibliográfica filiada ao positivismo criminológico teve um papel fundamental na manutenção da subalternização do negro no plano científico, bem como na conformação do racismo no que diz respeito à seletividade do direito penal como parte de um processo desumanizador, garantindo a inscrição em corpos pretos – e em qualquer coisa que estejam a eles relacionados – de uma inaptidão à cidadania, e por consequência, uma predisposição à marginalidade, tudo isso em um período de transição que sinalizava a obsolescência do regime escravocrata.

Verifica-se, desta forma, um excludente projeto político que almejava a manutenção de uma hierarquia social bastante rígida, servindo-se de uma gama de teorias legitimadoras, como bem salientado por Lilia Schwarcz (2010), primeiramente, entra em cena o termo raça, introduzido no início do século XIX e indo de encontro a toda tradição igualitária legada pela Revolução Francesa.

Apesar da repercussão que gozou a obra de Beccaria desde a sua publicação, verifica-se no plano epistemológico uma irrefutável não linearidade aliada a sucessivos retrocessos nesse entendimento. Logo, valores basilares do Iluminismo como igualdade e proporcionalidade são então questionados, a fim de abrir caminho para discussões e construções doutrinárias acerca de novas formas de cidadania que se adaptem aos anseios da burguesia oitocentista. Tais discussões têm como foco não mais o arbítrio – símbolo da responsabilização moral – porém, especificidades antropológicas aliadas a fatores biológicos (responsabilização social), como no que diz respeito ao dito nascimento não somente das produções integradas ao Positivismo Criminológico mas de diversas escolas penais e teorias gestadas no seu âmago de modo que muitos dos conceitos formulados pelos seus cânones Enrico Ferri, Cesare Lombroso e Raffaele Garfalo.

Na mesma esteira, prossegue Schwarcz (2010, p. 19), a frenologia e a antropometria surgem para acentuar o uso do corpo e a análise de seus traços enquanto instrumento de medida do espírito do desviante. Assim, com o terreno já preparado, floresceu na Europa a antropologia criminal de Cesare Lombroso como modelo determinista de explicação da degeneração social. Nesse ponto, é de suma importância evidenciar a estrita vinculação entre os estudos oriundos da Escola Positivista e as ciências físicas e biológicas.

No Brasil, o discurso científico que justificava como “naturais” as discriminações raciais é transposto para a questão criminal a partir do advento da obra de Nina Rodrigues. O encadeamento da ciência com as esferas de poder do controle social e suas principais instituições retroalimentou o sistema de crenças, erigindo como premissa o binômio diferença-inferioridade, de modo a tomar como equivalentes o tipo racial delineado por Rodrigues e o tipo criminal construído por Lombroso (DUARTE, 2011, p. 137). Ademais, deve-se atentar para o fato de que a fórmula não é recente, pelo contrário, foi através dessa atuação conjunta que se realizou a adaptação da lógica e a assimilação da estrutura colonial desde a chegada do período republicano, preservando os privilégios e desigualdades raciais no que tange ao sistema de justiça criminal. Pode-se dizer que o direito penal privado exercido nos quintais da casa-grande passou a se perpetuar de forma sistemática e institucional (FLAUZINA, 2008, p. 48).

Isto posto, torna-se nítida a atuação de tais filtros de seletividade penal na introdução de um estado policaiesco dirigido aos inimigos da justiça, à luz de um critério estritamente racial, tendo como pano de fundo o discurso científico etnológico que tentava instituir ao negro uma nova forma de inferioridade a serviço de uma política imperialista. Através da conjugação de tais variáveis, firmaram-se as bases da política criminal brasileira ao final do século XIX.

Para o estudo de tal deslocamento de poder, indispensável é a compreensão da influência do medo branco que, ideologicamente, alinhava as instituições em torno de um único propósito: a segregação total do negro para que este enxergasse na cidade um não lugar, ainda que estivesse sob o mesmo status dos brancos. Tal medo foi sedimentado na condenação da figura do negro à categoria de “inimigo inconciliável” em consequência de revoltas anteriores ainda muito vivas no imaginário social,

“[...] os levantes pretos de Palmares (1580-1716), Haiti (1791-1804), Malês (1835), Sabinada (1837-1838), Cabanagem (1835-1840), Balaiada (1838-1841), Farrapos (1835-1845), apenas para citar algumas, foram responsáveis pela criminalização de toda e qualquer manifestação que permitisse a reunião dos negros, pois esses “ajuntamentos” poderiam ser o germe da temida revolução.” – [que tinham no seu bojo a crítica a ordem social então vigente] (GÓES, 2017, p. 62).

Adotou-se tal estratégia típica de momentos de instabilidade política, pois, como bem sintetizado nas palavras de Foucault, a retirada desses “delinquentes” permite a criação no imaginário social de uma sensação de seguridade (FOUCAULT, 2005, p. 8). E por consequência, “a segurança que supostos *inimigos ônticos* proporciona leva inevitavelmente a deixar de lado qualquer prudência” (ZAFFARONI, 2007, p. 104). Vale ressaltar que certas legislações assumiram papéis de suma importância em tal processo, a exemplo da

criminalização da vadiagem<sup>4</sup> (artigo 295 do Código Criminal de 1830 e artigo 399 do Código Criminal de 1890), que tomou o ócio como uma variável.

Com isso, nomenclaturas vagas e de fácil distorção ideológica como “vadios” e “homens de bem” passaram a ser cada vez mais recorrentes nas leis e nas sentenças. Assim, a produção legislativa e o sistema de justiça criminal passaram a servir a um propósito: a retirada do negro da sociedade, visto que sua “delinquência nata” denunciava a ameaça aos costumes das elites.

Os discursos médico, científico, jurídico e político, de forma uníssona, manifestavam a inviabilidade de um projeto de nação que abrangesse o negro enquanto cidadão. O racismo passou a ser marcado, então, pela racionalidade técnica criminológica que servia de instrumento para tornar incontestáveis os preconceitos raciais dos cientistas e amparar as políticas públicas.

Diante disso, a persecução criminal na modernidade foi fundada estritamente no perigosismo, tendo como ponto de partida as neuroses de uma elite branca que temia a suposta contaminação de seus impolutos costumes, conferindo “periculosidade” a tudo o que fosse atribuível a corpos pretos. A pena privativa de liberdade ganhou força como método primordial de repressão e controle social não apenas no tocante às tradicionais condutas tipificadas, mas a qualquer ato não balizado pelos parâmetros da branquitude<sup>5</sup>. Eis o cenário perfeito para o florescimento do positivismo científico no Brasil. Doutrinas como o darwinismo social e a eugenia forjaram o arcabouço teórico que sustenta a segregação com vistas a salvaguardar a branquitude não apenas no plano fenotípico majoritário da população, mas sobretudo da moral e da cultura elitizada – sob tal jugo, deu-se na mesma linha a gênese do proibicionismo de costumes típicos da população afro-indígena, como a capoeira, o “fumo de Angola” e a prática da umbanda perpetuada pelo Código Penal de 1890 (LUNARDON, 2012).

Tal perspectiva higienista arreda suas bases nos alinhados discursos advindos dos saberes médicos-jurídicos que tinham como sua principal inspiração os modelos teóricos criminológicos europeus idealizados por Enrico Ferri, Cesare Lombroso e Raffaele Garofalo.

---

<sup>4</sup> “Em junho 1893, o decreto nº 145 determinava a prisão de “mendigo, vagabundos ou vadios, capoeiras e desordeiros” em colônias fundadas pela União ou pelos estados. Destinado aos mesmos setores, o decreto nº 3475 de novembro de 1899 proibia a fiança aos réus “vagabundos ou sem domicílio” (FLAUZINA, 2008, p. 84). Além disso, o decreto nº 5.221, de 17 de janeiro de 1921, criminalizava a apologia ao anarquismo ou o elogio aos anarquistas, concomitantemente, disciplinava o delito da greve, tornando-o inafiançável” (CATOIA, 2018, p. 273).

<sup>5</sup> “A branquitude é um lugar de vantagem estrutural nas sociedades estruturadas na dominação racial [...] é um lócus de elaboração de uma gama de práticas e identidades culturais, muitas vezes não marcadas e não denominadas, ou denominadas como nacionais ou ‘normativas’, em vez de especificamente raciais.” (FRANKENBERG, 2004).

O olhar da criminologia positivista deu forma aos saberes jurídicos que se norteavam, por exemplo, em mitos como a da existência de um “criminoso nato” e diversas outras formas jurídicas que faziam o sistema punitivo se aproximar cada vez mais da análise do autor e errando ao confundir as causas do delito com as causas de prisionalização. Tal crítica pode ser atribuída aos seus baluartes que tanto impregnaram – e ainda refletem – no imaginário social na forma do estereótipo do “criminoso nato”, haja vista que sua indicação se justifica como exímia ilustração desse quadro, uma vez que a periculosidade era um elemento central nas análises criminológicas

Com isso, delimita-se a distinção entre o controle de negros e brancos mediante o esforço legislativo nesse período, que viu na marginalização do segmento social mais vulnerável o custo social do dito “progresso”.

### **3 O PERIGOSISMO COMO ELEMENTO-CHAVE DA OFENSIVA POSITIVISTA**

Beccaria em sua obra “Dos Delitos e Das Penas”, viabilizou a compreensão da importância normativa e histórica que tem o princípio da culpabilidade, tanto como pressuposto de aplicação da pena quanto como elemento do crime, delineando a contenção do arbítrio estatal, ainda que implicitamente, na medida em que instituiu as categorias proporcionalidade e razoabilidade (FOUCAULT, 2005, p.85). O princípio da culpabilidade é tido como o principal corolário da denominada Escola Clássica, haja vista que foi concebido a partir de um ideal iluminista que valorizava o livre-arbítrio do infrator ao optar pela prática da conduta proibida pela lei penal.

Tal princípio foi desenvolvido ao longo de toda a lenta construção da noção jurídica de pessoa, se vinculando ao conceito de dignidade da pessoa humana, que no ordenamento jurídico pátrio se encontra abrigado, em nível constitucional, pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade do direito à liberdade e pela prevalência dos direitos humanos.

Compreendido o grau de importância do princípio da culpabilidade para a coadunação do Direito Penal com o prisma constitucional, avançamos no sentido de elucidar a completa incompatibilidade deste em relação à inserção da figura do criminoso habitual no ordenamento jurídico através da Lei nº 13.964/2019 e como o instituto representa um passo na direção do “direito penal do autor”.

Refletindo acerca das premissas e dos mitos fundadores da Criminologia Positivista, Foucault categoricamente considera que “a grande questão da criminologia e da penalidade em fins do século XIX foi a escandalosa noção de periculosidade”. Contudo, em que pese a superação desse conceito por grande parte da academia, ele ainda se faz presente não apenas nas legislações, mas também nas práticas, nas decisões judiciais e na manutenção do colonialismo norteador da política criminal brasileira, conforme é possível perceber através da instituição da figura do “criminoso habitual” e das recentes implementações legislativas que visam expandir a utilização de tal conceito historicamente vinculado a estratégias racistas de controle dos corpos indesejáveis.

A base ideológica presente no campo penal era o perigosismo médico/policial (racismo) proveniente do século XIX. A perigosidade mediante a qual os principais expoentes do positivismo criminológico se utilizaram para justificar suas teorias apenas nos aproximaram de um direito penal do autor. Em suma, é esse o terreno fértil para o surgimento do criminoso habitual e para compreender como o paradigma de Ferri foi inserido na questão criminal e funcional ao controle social central.

Dessa forma, sem uma definição clara, pregar pela neutralidade de tal categoria é ocultar conflitos sociais graves, visto que, inevitavelmente, não se posiciona nessa posição. Portanto, mais importante do que estudar as instituições é buscar a explicação do fenômeno. Ocultar o impacto da divisão e da segregação da sociedade em raças, suas origens históricas e os interesses políticos a ela subjacentes é não reconhecer as verdadeiras vítimas de todo o processo histórico nessa investigação.

Em defesa da manutenção de uma estrutura social baseada numa sociedade marcada pelo colapso racial devido à transição do modelo econômico fundado no trabalho escravo para o capitalismo, em aliança ao medo branco – símbolo da perda de privilégios de uma classe dominante, bem como o receio da “degeneração racial” (RODRIGUES, 1957, p.164) – produziu-se instrumentos retóricos com o objetivo de exercer função persuasiva. A ciência jurídica tomou como certa a imagem que lhe transmite a sociedade e a considerou como realidade, pois como já dito, o Direito não é neutro.

Sendo assim, os intérpretes das normas jurídicas não podem ser vistos como seguidores exclusivos de critérios racionais. Pelo contrário, devem ser constantemente questionados, visto que não conseguem abrir mão de seus preconceitos e idiosincrasias na atividade jurídica, pois a neutralidade nunca poderá ser alcançada. Desse modo, é evidente que

em suas decisões o juiz irá demonstrar em última instância a sua ideologia, seus pré juízos, os quais influenciam consideravelmente na definição de habitualidade criminal, dada a sua complexibilidade e seus efeitos. A decisão está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional.

Com efeito, a crítica ao aspecto ideológico que envolve a práxis jurídica visa desvendar os interesses ocultos por trás de seus institutos. Rui Portanova (1994) argumenta que idealismos tradicionais do direito, como a falsa neutralidade, ideologicamente servem para ocultar o descompasso entre teoria e realidade, bem como seus efeitos na atividade jurisdicional e nas leis.

Vasta é a produção científica que intenta demonstrar, através de pesquisa empírica, que fatores como o registro criminal anterior e a gravidade do delito exercem demasiada influência no processo de formação das sentenças penais condenatórias no Brasil. Porém, no tocante à definição de habitualidade, observa-se que fatores extrajurídicos também assumem grande relevância, haja vista que por carecer de caracterizações objetivas, o conceito amplia a possibilidade de os magistrados definirem de forma totalmente discricionária e circunstancial se uma pessoa será considerada uma criminosa habitual ou não.

Ao se levar em conta as origens e a tradição do Poder Judiciário no Brasil, o referido ponto de vista ganha força. Tal instituição, em sua gênese, nada mais era do que um braço do poder imperial, com métodos de recrutamento baseados em critérios raciais. Tendo em vista que seu histórico objetivo foi manter o bem estar da sociedade escravocrata – mesmo em tempos posteriores à abolição da escravidão e à imposição de penas aos importadores de escravos pela lei de 07 de novembro de 1831 – verifica-se que a seleção dos criminosos que devem ter seus direitos restringidos com maior rigor sob pena da “habitualidade” mediante parâmetros preponderantemente racistas não é uma anomalia jurídica, mas uma convergência, compatibilidade com suas disposições históricas, ainda que veladas. Tais parâmetros tinham como norte o “contexto de insegurança materializado pelo Código Penal de 1890” junto aos “processos de suspeição generalizada direcionados ao segmento negro” no período pós-escravidão (FLAUZINA, 2008, p.83).

Na atual jurisprudência, observa-se o entender da criminalidade habitual como um mero sinônimo de reincidência específica, contudo, assim como os maus antecedentes, a categoria do criminoso habitual não deve ser confundida com o instituto da reincidência, o qual é claramente objetivado. O conceito de reincidência está definido no art. 63 do Código Penal.

Vale ressaltar, ainda, que conforme dispõe o art. 64 do Código Penal, passados 05 (cinco) anos do cumprimento ou extinção da pena, não é possível aplicar os efeitos da reincidência.

Contudo a diferença entre o reincidente e o habitual é muito nebulosa sendo tal classificação nociva ao Direito, uma vez que a habitualidade seria uma sub-categoria dentro da reincidência a qual se destina um tratamento mais rigoroso. Notoriamente vaga, seja pela sua redação ambígua, seja pelo descompasso entre o fenômeno social que a produziu e o contexto atual da sua implementação, a classificação resulta em ter o seu conteúdo preenchido de maneira ideológica, permitindo que marcadores como raça e classe sirvam de parâmetros determinantes nas análises judiciais. Como consequência, demonstra-se um exemplo da punição pela periculosidade cuja finalidade precípua é a satisfação dos impulsos punitivos dos que condenam.

O Código Penal de 1969, que não chegou a vigorar, não obstante ter sido concebido em um período de autoritarismo desenfreado, preocupava-se em tratar de forma mais específica o conceito em questão, distinguindo o reincidente do criminoso habitual, ainda que tratasse o criminoso habitual com mais rigor (artigo 78 e o caput do artigo 126), assim como o Código Penal Italiano também irá oferecer uma definição de quais casos poderá o agente ser enquadrado na denominação de criminoso habitual

Entretanto, nenhuma dessas definições são abarcadas explicitamente pela Lei Anticrime. Sequer chegaram a serem debatidos os impactos dos institutos, os vagos critérios de fundamentação no que diz respeito à aplicação e a eficácia frente aos fins da punição (ressocialização, prevenção e retribuição). O legislador, para resgatar a figura do criminoso habitual, se calçou no conceito do *determinismo*, um critério racista criado por Ferri e já superado há décadas pela criminologia por culminar na manutenção do racismo que há tempos vive nas entranhas do Poder Judiciário brasileiro.

O fator decisivo nesse modelo é seu sistema de crenças compartilhadas. Para Duarte (2011), a sociedade estaria assentada sobre um fundamento ideológico ou um sistema de crenças. Tal sistema foi determinadamente moldado a partir das reformas ocorridas no período pós-escravidão, porém, mediante o resgate da figura do criminoso habitual, constata-se que ele molda às recentes reformas e modificações do sistema penal. Cabe ao Judiciário realizar a estabilização das contradições entre as crenças advindas do racismo e as modificações empreendidas no campo penal, copiando a fórmula utilizada desde o final do século XIX. Daí buscar o sentido de práticas sociais apenas desde o ponto de vista de um agressor tipo que seria

violento por conta dessas crenças, um ser “fora da curva mediana” das subjetividades socialmente construídas.

#### 4 QUEM SÃO OS HABITUAIS?

Dina Alves (2017) reconhece o Direito Penal herdeiro das teorias do positivismo criminológico como sendo o instrumento por meio do qual “as instituições de justiça penal na América Latina continuam reproduzindo e ecoando as relações sociais do regime escravocrata” (ALVES, 2017, p. 110) mesmo na ausência de leis explicitamente racistas. Mediante suas reflexões, a autora argumenta que a seletividade penal se faz não somente na abordagem policial, mas também durante o processamento judicial, criando-se, assim, uma estratégia teórica alternativa para localizar e interpretar a distribuição da punição no sistema de justiça penal.

Jacqueline Sinhoretto et al. (2014), recolhendo dados sobre a abordagem policial e sua relação com as variáveis de cor/raça, observa a permanência de um estereótipo racializado na construção dos suspeitos, operacionalizado por um saber-fazer baseado, não em critérios objetivos, mas em um conjunto de valores e moralidades cujos impactos negativos recaem majoritariamente para a população negra, reforçando, dessa forma, o processo de racialização das relações sociais na esfera da segurança pública.

Os referidos estudos são excelentes fontes para elucidar empiricamente o posicionamento defendido por Michel Foucault no documentário “Foucault por ele mesmo” ao asseverar que “a justiça está ao serviço da polícia. Historicamente e institucionalmente”.

A ideia de uma opressão institucionalizada está atrelada à história e à maneira não acidental que determinada instituição se dirige em relação a um grupo social específico, contribuindo ou não para a perpetuação de situações de desigualdade e injustiça (DUARTE, 2011, p. 21).

Essa perspectiva ganha contornos mais evidentes em território nacional ao se considerar a vasta bibliografia produzida no sentido de demonstrar empiricamente o grau de relevância dos discursos policiais tidos como dotados de presunção de veracidade, desconstruindo a imagem do indivíduo para sobrepor a de um criminoso com características previamente determinada.

Ademais, não é apenas através dos discursos transmitidos nos inquéritos policiais que verificamos um tratamento diferenciado, mas em toda a atividade policial e organização das dinâmicas sócio-culturais que integram um processo político de manutenção da estrutura

colonialista, e, portanto, ocasiona uma divisão entre os habituais que acontece desde o momento da abordagem policial.

Dessa forma, para melhor compreensão da importância da instituição policial para a concretização de todo o fenômeno discutido ao longo do trabalho, é preciso uma abordagem histórica atentando para todo o processo de continuidade descrito até aqui.

Moraes e Bordin (2017) ao analisar o papel histórico da Polícia Militar desde sua criação, elucidando as promíscuas relações entre a polícia profissional e os “interesses da metrópole” plenamente alinhados aos dos senhores de escravos. Na época não havia uma estrutura policial separada do sistema judicial e nem das unidades do exército, sendo necessário, portanto a conjuntura de improvisações (MORAES; BARDIM, 2017).

A estratégia caracteriza-se como um excelente laboratório para a compreensão do projeto genocida que perdura até os dias atuais. Inevitável é a associação com as agressões cometidas pela polícia dirigidas aos “vadios” em meio às suas celebrações, ou com as intervenções do sistema repressivo em se tratando de manifestações culturais típicas da população negra (como as rodas capoeira), em comparação à truculência que a polícia militar reserva às manifestações artísticas de jovens negros, como o *funk* independentemente da localidade e, portanto, sendo dedutível que o fenômeno é herança de tal tradição autoritária (MORAES; BARDIM, 2017).

Nesse contexto, a figura do criminoso habitual somente acentua o racismo estrutural da política criminal que intenta mimetizar o mesmo papel histórico desempenhado pela polícia colonial (BRETAS, 2014). A figura do criminoso habitual nada mais representa que a materialização de um estado de exceção para o plano jurídico, entretanto, é certo que o discurso jurídico, apesar de ser estruturado muitas vezes como mera reprodução do discurso policial, exerce influência sobre a sua atividade no momento em que autoriza a atuação discricionária por meio de uma nomenclatura especial para os inimigos racialmente selecionados sob a etiqueta de habituais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse diapasão comporta-se o colonialismo enquanto variável constante no desenvolvimento da política criminal brasileira. Tal qual *Angelus Novus* – o Anjo da História – como retratação capturada pela pintura de Klee, retorna ao marasmo da sua dicotômica rotina:

quer se afastar do seu passado apenas na aparência, e ainda que sob o passado empilhem-se ruínas sobre ruínas na forma de *corpos negros caídos no chão*, os responsáveis pela manutenção do colonialismo o encaram fixamente com os olhos dilatados e as asas abertas, não podendo mais as asas fechar, dada a força que essa tempestade chamada progresso lhe impele ao futuro na forma de um punitivismo populista guiado pelos fortes ventos do conservadorismo.

Portanto, seria inescapável estimar que, rumo a um futuro irresistível para as elites, a torrente do progresso avança demandando a urgência típica dos tempos da pós modernidade, enquanto o anjo da História, cada vez mais incrédulo, insiste em querer se afastar da sua própria trajetória inquietante. Para o negro, entretanto, a incredulidade é a mesma ao sentir, todos os dias, que a busca por corpos dóceis continua pujante e que o velho só é novo na embalagem. A percepção de progresso que o legislador utiliza para embrulhar a Lei nº 13.964/2019 apenas serve para camuflar as velharias contidas em seu “Pacote Anticrime”.

A despeito de todas as discussões acerca das intercorrências advindas da importação das categorias positivistas que balizam a criminalidade habitual suscitadas com a elaboração do Pacote Anticrime, devemos ter em mente que tais conceitos não foram desenterrados de um limbo criminológico ou representam amostra de uma escalada fascista restrita a um governo atípico, sendo comum ao sistema de justiça criminal pátrio. O atual Código Penal Militar (promulgado em 1969) – período de maior recrudescimento penal da ditadura militar – já faz menção ao criminoso habitual, ou seja, apesar das incoerências do positivismo criminológico e da sua incompatibilidade com os fins perseguidos pela ordem jurídica democrática, tais influências sempre se perpetuaram, convivendo sistematicamente no atual regime.

Sendo assim, verifica-se que o avanço da categoria do criminoso habitual no pacote anticrime é uma grande vitória daqueles que são descendentes dos que perseguiram os “vadios” no início do século passado, daqueles que perpetuam o genocídio da população negra sob a égide do encarceramento massivo e da letalidade policial. E ainda que até o presente momento não se possa mensurar a gravidade dos danos de tais modificações, é previsível que o custo de um progresso que não leva em consideração a evolução doutrinária sairá alto para todos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. **Revista CS**, n. 21, p. 97-120,

jan./abr. 2017.

BENJAMIN, W. **Magia e técnica, arte e política**: ensaios sobre literatura e história da cultura. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Código Penal Militar. **Decreto lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRETAS, Marcos Luiz; ROSEMBERG, André. **A história da polícia no Brasil**: balanço e perspectivas. Topoi, São Paulo, v. 14, n. 26, p. 162-173, jan. 2013.

CAPELLARI, Mariana. **O quanto somos influenciados pela criminologia positivista?** Canal Ciências Criminais, Porto Alegre, 28 de maio de 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/influenciados-pela-criminologia-positivista/>>. Acesso em: 22 de dez. de 2021.

CARVALHO, Leonardo Dallacqua de. **Um debate sobre a cientificidade da antropologia criminalista italiana no século XIX**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 23, n. 116, p. 427-448, set./out., 2015.

DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e racismo**: introdução à criminologia brasileira. 5. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

DUPAS, Gilberto. O mito do progresso. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 77, p. 73-89, mar. 2007.

FERRI, Enrico. **Sociología criminal**. 2. ed. Buenos Aires: Valetta Ediciones, 2006.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005.

FOUCAULT por ele mesmo. Título original: Foucault Par Lui-même. Direção de Philippe Calderon. Duração: 63 min. França, 2003. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Xkn31sjh4To>. Acesso em: 10 jul. 2016.

FUNCHAL, Hamilton Neto. **Fatores extrajurídicos que influenciam a tomada de decisão judicial e os sentidos construídos pelos juízes acerca da prisão preventiva**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018. DOI:10.11606/D.107.2019.tde-29052019-121430. Acesso em: 05 abr. 2020.

GÓES, Luciano. **A "tradução" de Lombroso na obra de Nina Rodrigues**: o racismo como

base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016.

GÓES, Luciano. Pátria Exterminadora: o projeto genocida brasileiro. **Revista Transgressões**, v. 5, n. 2, p. 53-79, 24 maio 2017.

LÉVI-STRAUSS, C. "**Raça e história**". In: *Antropologia Estrutural II*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 4<sup>a</sup>. ed, p. 328-366, 1993.

LISZT, Franz von. **La idea de fin en el derecho penal**. Valparaíso: EDEVAL, 1984.

LOMBROSO, Cesare. **L'uomo delinquente in rapporto all' antropologia, giurisprudenza e alle discipline carcerarie**: Delinquente nato e pazzo morale. 3. ed. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1897.

LUNARDON, Jonas Araújo. **Maconha, Capoeira e Samba**: a construção do proibicionismo como uma política de criminalização social. Porto Alegre: 1º Seminário Internacional de Ciência Política: Estado e Democracia no Século XXI, 2015.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de.; BORDIN, Marcelo. **Polícia, política e democracia**. In: Carlen, P.; França, L.A. (Org.). *Criminologias alternativas*. 1. ed. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017, p. 469-494.

NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro**: processo de um racismo mascarado. 4. ed. São Paulo: Editora Perspectiva Ltda, 2016.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994.

RODRIGUES, Raimundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade Penal no Brasil**. Salvador: Livraria Progresso, 1957.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças**: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870 - 1930. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SINHORETTO, Jacqueline. *et al.* A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais. In: FIGUEIREDO, Isabel S. de (Org.). **Segurança pública e direitos humanos**: temas transversais. Brasília, Ministério da Justiça, 2014, v. 5, p. 121-160.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.