

**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**A REPRESENTAÇÃO DO MAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

ISABELE CRISTINA HADAMA RAYMUNDO

2014



**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E LETRAS
CURSO DE DIREITO**

**A REPRESENTAÇÃO DO MAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

ISABELE CRISTINA HADAMA RAYMUNDO

Sob a Orientação do Professor
RULIAN EMMERICK

e coorientação do professor

Dissertação submetida como requisito parcial
para obtenção do título de **Bacharel em**
Direito, no curso de graduação Direito.

Três Rios, RJ
Dezembro de 2014

FICHA CATALOGRÁFICA

**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E LETRAS
CURSO DE DIREITO**

ISABELE CRISTINA HADAMA RAYMUNDO

Trabalho de conclusão de curso submetido como requisito parcial para obtenção de grau em **Bacharel em direito**, no Curso de Direito.

Trabalho aprovado em _/ _/ _

Rulian Emmerick, doutor
(orientador)

DEDICATÓRIA

Para Deus, aquele que me entendeu e ajudou nos momentos mais difíceis.

Para meus pais, Yasuko e Roberto, com todo o carinho.

“De menor, na função, sua cota é lutar, □sem amor, sem família o crime pega pra criar. □Promotor, tá nem aí pro que você vai falar, no final, □é sua cor que vai dizer se vão te condenar. □Então faz favor, vê direito antes de entrar, □pois só na dor que a gente vê se vale a pena estar”. (Síntese)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a todos os amigos que me acompanharam durante o curso: João Marcos, Patrícia Sayaka, Douglas Nobre, Rodrigo Foster, Evandro Gonzaga, Luís Junqueira e Caio de Oliveira, principalmente à Mayra Danielle Bastos Dias, pela grande amizade construída: todos os bons e maus momentos passados com você estão devidamente guardados no meu coração.

Este livro não teria sido escrito não fosse pelo empenho e pelo profissionalismo do Professor Doutor José Danilo Tavares Lobato, a quem devo todo o meu conhecimento sobre o direito penal e o meu posicionamento garantista, com toda a humildade, muito obrigada.

Agradeço, especialmente, Thiago Malta Duarte, cuja paciência me permitiu concluir este trabalho.

Aos professores Érica Paes, Tatiana Cotta, Carolina Uzeda, Nalayne Pinto e Darlan, por terem aguçado a minha capacidade de reflexão e crítica e o meu gosto pela área acadêmica.

À Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, a universidade que muito além de me ensinar uma profissão, me ensinou valores e princípios, como a humildade, igualdade e solidariedade e, ainda, me ensinou que o canudo da graduação não me torna superior aos demais.

A todas as pessoas que, apesar dos tempos nebulosos que vivemos, onde impera a ideologia do capital, da exclusão social e do encarceramento, resistem e lutam por seus ideais e nos faz acreditar que é possível viver em um mundo mais igual e mais justo.

PRÓLOGO

Boa parte da minha vida foi vivida em um morro, e posso afirmar, que muito antes de ingressar na graduação de direito, tive meu primeiro contato com o direito penal do inimigo neste lugar. Minha vivência no morro do Perez me permitiu compreender que certas pessoas são inferiorizadas em função de suas características físicas. Uns eram revistados, outros não. Uns eram presos, outros não.

Mas a história que inspirou a elaboração deste trabalho foi a do Douglas. Douglas foi meu vizinho, é filho de uma prostituta, é uma pessoa que sofreu e ainda sofre muito, era espancado, foi para o abrigo de menores, muitas vezes dormiu na rua. Desde dos primeiros momentos de vida foi estigmatizado por mim e por meus vizinhos sob a profecia do: “vai virar bandido”. Até os 14 anos todos especulavam sobre o seu futuro: traficante, bandido, marginal e atc. Quando Douglas completou 14 anos a profecia se consumou e, finalmente, Douglas virou traficante e foi custodiado.

O mais chocante nesta história é que todos sabiam do seu destino, mas a covardia e a hipocrisia foram tão fortes que nós optamos pela inércia e ninguém agiu para a modificação de seu futuro, ao contrário, colaboramos ainda mais para sua estigmatização. Por muito tempo eu refleti sobre esta história e a questão colocada foi: será que este menino é livre e consciente (tal como é escrito nas denúncias oferecidas pelo Ministério Público) para praticar o crime? Ou será que, de certa forma, a sociedade, ao estigmatizar e ao excluir, não possui uma parcela de culpa na ocorrência do delito?

É em homenagem a este e a tantos garotos com a mesma história do Douglas, porque, sim, são muitas histórias com o mesmo enredo (não se trata de uma coincidência) e com a finalidade de superar as questões, por mim colocadas, que o presente trabalho foi escrito.

RESUMO

RAYMUNDO, Isabele Cristina Hadama. **A REPRESENTAÇÃO DO MAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Direito). Instituto de Ciências Jurídicas e Letras, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2014.

O presente trabalho tem como objetivo precípua realizar uma reflexão crítica acerca do direito penal do inimigo, teoria formulada pelo jurista alemão Gunther Jakobs. Neste sentido, busca-se compreender a construção teórica acerca dos fundamentos da teoria e procura-se verificar seus fundamentos de legitimidade. Embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha contemplado o direito penal do inimigo em algumas leis, esta escolha mostra-se em dissonância com a consecução dos fins de um Estado democrático de direito e contraria o próprio texto constitucional.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo. Seletividade penal. Criminalização da miséria.

ABSTRACT

RAYMUNDO, Isabele Cristina Hadama. **THE REPRESENTATION OF EVIL IN THE BRAZILIAN LAW: REFLECTIONS ABOUT THE CRIMINAL LAW OF ENEMY.** 2014. Course Conclusion Work (College of Law). Institute of Legal Sciences and Letters, Federal Rural University of Rio de Janeiro, Três Rios, RJ , 2014.

This work has as main objective to conduct a critical analysis of the criminal law of the enemy, theory formulated by German jurist Gunther Jakobs. In this sense, we seek to understand the theoretical construct about the fundamentals of theory and seeks to determine its right to legitimidade. Although the Brazilian legal system has contemplated the criminal law of the enemy in some laws, this choice shows up in dissonance with the achievement of the purposes of a democratic rule of law and contrary to constitutional text.

Keywords: criminal law of the enemy. Criminal selectivity. Criminalization of poverty.

LISTA DE ABREVIACÃO E SÍMBOLOS

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	3
1 ANTECEDENTES IDEOLÓGICOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	3
2 TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN	6
3 A DOGMÁTICA PENAL DE GÜNTHER JAKOBS	11
3.1 <i>DIREITO PENAL DO CIDADÃO E DIREITO PENAL DO INIMIGO</i>	13
CAPÍTULO II – DESVENDANDO O INIMIGO	17
1 EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO FUNDADO NO INIMIGO	17
2 A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO ATRAVÉS DA DIFUSÃO DO MEDO	20
3 DISCURSOS OFICIAIS E NÃO OFICIAIS DO DIREITO PENAL	23
4 O PAPEL DA MÍDIA PARA A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO	25
CAPÍTULO III – O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	28
1 LEI DE CRIMES HEDIONDOS	29
2 LEI DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO	31
3 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	32
4 A LEI 11.343/2006 E O TRAFICANTE DE DROGAS.....	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

INTRODUÇÃO

A finalidade precípua do sistema penal é assegurar o direito de punir do Estado quando há a violação de um bem jurídico por ele protegido. O sistema penal deve garantir o exercício do poder punitivo respeitando os direitos fundamentais constitucionalmente previstos para que não se torne um mecanismo arbitrário destinado à vingança pessoal.

Contudo, observa-se um desvirtuamento dos objetivos do direito penal que, comumente tem sido utilizado como instrumento de controle e para isso são adotadas diversas estratégias e fundamentos para monitorar e excluir os socialmente indesejáveis, aqueles cujo modo de vida não correspondem aos anseios de um mundo globalizado movido pelo capital financeiro e pela ideologia neoliberal.

Neste sentido a representação do mal na figura de um inimigo cria o sentimento de insegurança e a sensação do perigo iminente, o que legitima as mais radicais respostas institucionais, tudo em nome da segurança pública.

No contexto brasileiro, o inimigo é o jovem negro, funkeiro, morador da favela, próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis, boné, cordões”.¹ Dados de um estudo elaborado em 2004 pelo Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas revelam que 66,5% da população carcerária no Rio de Janeiro é composta de negros e mulatos. Além de alarmante, esse número revela a seletividade na atuação do sistema penal. Neste passo, verifica-se que a “política social da atualidade é suplantada pela política criminal, deslocando as questões da pobreza para o discurso criminalizador”.²

Neste cenário, surge um discurso punitivista invocando o direito penal do autor,³ cujos fundamentos autorizam que determinadas pessoas sejam punidas mais severamente em função do seu modo de vida e de sua postura perante o direito. O Direito Penal do fato estabelece que a criminalização só pode incidir sobre atos pretéritos, caso a punição recaia sobre a

¹ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pág. 36

² WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos estados unidos**. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, pág. 27 e 53.

³ Por direito penal do ato se entende uma regulação legal em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente e a sanção representa somente a resposta ao fato individual, e não a toda condução da vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam do mesmo. Outrossim, o direito penal do autor é verificado quando a pena se vincula a personalidade do autor e seja sua associabilidade e o grau da mesma os elementos que definem a sanção. *in* ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general, tomo I**. Tradução livre. Madrid: Thomson Civitas, 2008, pág. 176-177.

condição do indivíduo haverá uma reprimenda a moral do sujeito, o que é vedado neste ramo do direito justamente por configurar uma regulamentação da moral.

Primeiramente, busca-se apresentar, neste trabalho, quais fundamentos o direito penal do inimigo se escora, baseados nas teorias contratualistas e nas premissas da teoria funcionalista sistêmica idealizadas por Niklas Luhmann para, posteriormente adentrar na construção teórica formalizada por Günther Jakobs, idealizador do direito penal do inimigo. Ademais mostrar-se-à como Jakobs vislumbra a aplicação de sua teoria baseada em um duplo sistema de imputação, um orientado pelo direito penal do cidadão, no qual são garantidos todos os direitos inerentes à condição humana, e outro orientado pelo direito penal do inimigo cujas garantias relacionadas à liberdade são suprimidas em virtude do comportamento do indivíduo.

Não obstante a teoria se apresente como inédita, o panorama histórico do exercício do poder punitivo mostrará como a figura de inimigo foi trabalhada ao longo dos anos e como ele foi utilizado para legitimar práticas autoritárias abusivas. Outrossim, indicar-se-à como a figura do inimigo está atrelada a ideia do medo, constantemente disseminado pela mídia. A consequência dessa combinação de inimigo-medo-mídia fomenta a construção de leis irracionais de recrudescimento penal que auxiliam na perversão do Estado de Direito, porque, na verdade, representam leis típicas do Estado de Polícia.

Existe em nosso ordenamento jurídico tendências a introduzir o direito penal do inimigo, recheadas de conceitos jurídicos indeterminados que fornecem margem para a escolha de quem será penalizado, contudo este trabalho demonstrará que a adoção desse discurso implicará na negação de todo o arcabouço jurídico humanista construído após a segunda guerra mundial e primordialmente aos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO I – FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

1 ANTECEDENTES IDEOLÓGICOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Primordialmente cabe registrar que apesar da moderna discussão sobre o direito penal do inimigo, a figura do inimigo não se trata de uma inovação dogmática. Principalmente no campo da ciência política o inimigo foi utilizado para representar a pessoa excluída da sociedade.

Os autores contratualistas explicam o surgimento do Estado através do contrato social, para a qual a adesão tácita ao contrato implica na titularidade de uma série de direitos e deveres e na formação da relação jurídica com os demais integrantes do acordo. A integridade do Estado passa a depender da estrita observância das regras vigentes e impostas pelo pacto, sendo que o transgressor dos deveres é vedado de usufruir dos benefícios dele decorrentes, uma vez que o delito representa um desrespeito ao contrato.⁴ Em virtude da importância do estudo dos contratualistas para a compreensão da teoria do direito penal do inimigo, faz-se uma breve abordagem sobre o tema para melhor elucidação.

Rousseau pondera sobre o direito de vida e de morte dos componentes da sociedade do “dever ser” baseado na condição de cidadão ou não cidadão. Para o filósofo, os integrantes da sociedade estão empenhados substancialmente em preservar suas próprias vidas, viver a liberdade e fruir da justiça. Para atingir este fim os homens se agregaram ao firmarem o contrato social. No Estado concebido pelo pacto instituído, os homens abandonaram a liberdade absoluta vigente antes do acordo e a situação de guerra generalizada em detrimento da proteção da vida de cada um dos membros. Por consequência, Rousseau outorga ao Estado a incumbência de preservar as vidas dos cidadãos.⁵

Deste modo, os integrantes da sociedade agiriam no intuito de resguardar suas vidas e contribuir para a prosperidade social. Na iminência do risco de ataque ou na agressão à harmonia do grupo social a coletividade é compelida a reagir, e para tanto, quem deseja conservar sua vida a expensas do outro também deve dá-la por eles quando necessário. Assim, Rousseau entende que não há o direito absoluto à vida para o integrante da sociedade. Segundo o filósofo:

⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011, pág. 187.

⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pág. 43.

Qualquer malfeitor, atacando o direito social, torna-se por seus crimes rebelde e traidor da pátria, deixa de ser um de seus membros ao violar suas leis e até lhe faz a guerra. Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua, sendo necessário que um deles pereça, e, quando se faz morrer o culpado, é menos como cidadão que como inimigo. Os processos e o julgamento são as provas e a declaração de que ele rompeu o tratado social e, por conseguinte, de que não é membro do Estado. Ora, como ele se reconheceu como tal, ao menos por sua residência, deve ser afastado pelo exílio como infrator do pacto, ou pela morte do inimigo público, pois tal inimigo não é uma pessoa moral, é um homem, e então o direito da guerra é o de matar o vencido.⁶

De modo semelhante argumenta Fichte que “quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por pura imprevisão, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a estar em um estado de ausência completa de direitos”.⁷ Para o referido autor a falta de personalidade e a execução do criminoso são instrumentos de segurança.

Jakobs retira fundamento das duas teorias acima, contudo não segue, de modo rigoroso, seus postulados, uma vez que ambas argumentam que todo o delinquente se configura como um inimigo e desprezam por completo a possibilidade de um sistema duplo de imputação: um destinado aos cidadãos e outro destinado aos inimigos. A fim de fundamentar o tratamento diferenciado Jakobs recorre a Hobbes e a Kant para legitimá-lo.⁸

Hobbes compreendia o delinquente como o indivíduo que resistia ao poder do soberano e não observava a lei, sendo que em casos de alta traição contra o Estado a pessoa perde sua categoria de delinquente passando a receber tratamento de inimigo, o malfeitor deve ser castigado de modo diverso do súdito. Deste modo,

Os danos infligidos a quem é um inimigo declarado não podem ser classificados como penas. Dado que esse inimigo ou nunca esteve sujeito à lei, e portanto não pode transgredi-la, ou esteve sujeito a ela e professa não mais o estar, negando em consequência que possa transgredi-la, todos os danos que lhe possam ser causados devem ser tomados como atos de hostilidade. E numa situação de hostilidade declarada é legítimo infligir qualquer espécie de dano. De onde se segue que, se por atos ou palavras, sabida e deliberadamente, um súdito negar a autoridade do representante do Estado (seja qual for a penalidade prevista para a traição), o representante pode legitimamente fazê-lo sofrer o que bem entender. Porque ao negar a sujeição ele negou as penas previstas pela lei, portanto deve sofrer como inimigo do Estado, isto é, conforme a vontade do representante. Porque as penas são estabelecidas pela lei para os súditos, não para os inimigos, como é o caso daqueles que, tendo-se tornado súditos por seus próprios atos, deliberadamente se revoltam e negam o poder soberano.⁹

⁶ *Ibidem*, pág. 44.

⁷ FICHTE, Johann Gottlieb *apud* JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções críticas**. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, pág. 25-26.

⁸ *Ibidem*, pág. 27.

⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução João Paulo Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Pág. 105.

Em contraste com Rousseau e Fichte, Hobbes não desconsidera o delinquente por completo, ao contrário, ele o mantém no rol de cidadão, exceto se o delito cometido é considerado como de alta traição, vez que a caracterização deste crime é capaz de rescindir o contrato social. A desobediência representa uma recaída ao estado de natureza e por consequência o indivíduo deve ser castigado como um inimigo e não como um súdito.¹⁰

Já para Kant, o contrato é a única forma de garantir a paz. O ser humano em estado de natureza priva os demais da segurança necessária à convivência e o simples fato de se encontrar nesse estado representa uma ameaça constante à vida em comunidade, em função da inobservância da lei. Por isso, no entendimento de Kant, o Estado pode impor a participação ou o abandono da vida em comunidade, a depender da atuação do indivíduo perante as normas do contrato. Aquele que não participa da vida em comum deveria ser expulso e tratado como inimigo e não poderia ser tratado como pessoa.^{11 12}

Todas essas teorias se assemelham em um ponto: despersonalizam quem é considerado inimigo. Entretanto, diferentemente de Rousseau e Fichte, Hobbes e Kant permitem a concepção do tratamento distinto para quem é cidadão e para quem é inimigo.

Analisando a figura do inimigo no plano jurídico, Carl Schmitt¹³ contemplava que a distinção entre amigo/inimigo indicaria o grau de intensidade de união ou de separação, “sendo que o importante consistiria no fato do inimigo ser simplesmente o outro, e no caso extremo de possíveis conflitos, não poderiam ser julgados através de um sistema de normas gerais preestabelecidas nem mediante a intervenção de um terceiro reputado imparcial”.¹⁴

O direito penal do inimigo também encontra suporte filosófico na tese escrita pelo jurista Binding. O texto, contemplado pelos nazistas, defendia a descriminalização da eutanásia. Ambos os autores a admitiam como solução para as vidas que não podiam

¹⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, *op. cit.*, pág. 27.

¹¹ *Ibidem*, pág. 28.

¹² Nesse sentido Zaffaroni destaca o caráter etnocêntrico de Kant quando afirma que é possível obrigar a pessoa a fazer parte do contrato ainda que de forma coativa. In ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, pág. 128.

¹³ Carl Schmitt foi um jurista, filósofo político e professor universitário na Alemanha. É considerado um dos mais significativos e controversos especialistas em direito constitucional e internacional da Alemanha do século XX. A sua carreira foi manchada pela sua proximidade com o regime nacional socialista. O seu pensamento era firmemente enraizado na teologia católica, tendo girado em torno das questões do poder, da violência, bem como da materialização dos direitos. CARL SCHMITT. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2014. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Carl_Schmitt&oldid=40410204>. Acesso em 03 de novembro de 2014.

¹⁴ RAIZMAN, Daniel Andrés; PEDRINHA, Roberta Duboc. **Os fundamentos epistemológicos da construção do direito penal do inimigo na contemporaneidade: aspectos nacionais e transnacionais**. Disponível em: <http://www.freixinho.adv.br/_recursos/pdf/artigos/011.pdf>. Acesso em 03 de novembro de 2014, pág. 07.

prosperar (vidas mantidas por aparelhos), em suma, o objetivo era exterminar os seres desprovidos de “valor vital”.¹⁵ Assim, na tentativa de descriminalizar a eutanásia, foi criada a ideia de vida sem valor de vida. O estado nazista se apropriou dessa tese para consolidar o projeto de eugenia mental e antes mesmo das câmaras de gás serem acionadas para outros inimigos os primeiros executados nas câmaras foram os alemães portadores de deficiências físicas e mentais.¹⁶ Pensava-se que o direito ao valorizar um bem jurídico deveria, concomitantemente, desvalorizá-lo em determinados casos. A vida como valor jurídico também comportaria um desvalor. A valorização ou desvalorização da vida dependia do estatuto da cidadania e da condição de inimigo.

2 TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

A teoria de Jakobs empenha-se no retorno das concepções orgânicas da sociedade na forma da sociologia e do funcionalismo sistêmico formulado por Niklas Luhmann.¹⁷ Motivado pelos novos problemas do direito penal surgidos em decorrência do processo de globalização e dos riscos inerentes à sociedade moderna, Luhmann constrói sua teoria com vistas à diminuição dos perigos produzidos pela nova ordem mundial.

Os riscos se acentuam devido, sobretudo, à incapacidade metodológica da Modernidade. A convincente relação causa e efeito desmanchou-se no ar e o que resta são apenas possibilidades. O desejo de segurança e de tranquilidade, não mais suprido pela técnica cartesiana, abre espaço para o sentimento de insegurança e intranquilidade, muitas vezes superior à própria realidade de insegurança e intranquilidades sociais.¹⁸

A convivência com a insegurança, a diversidade e a interdependência das ações possíveis tornaram a sociedade demasiadamente complexa, sendo incoerente analisar a sociedade sob a perspectiva da sociologia clássica formulada por Marx, Maine, Durkheim e

¹⁵ CONDE, Francisco Muñoz. **As origens ideológicas do direito penal do inimigo**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/48991435/Francisco-Munoz-Conde-As-origens-ideologicas-do-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em 29 de setembro de 2014, pág. 08.

¹⁶ “As tensões econômicas da grande depressão levaram muitos na comunidade médica alemã a defender a ideia da eutanásia de deficientes físicos e mentais “incuráveis”, como medida de economia de custos para liberar dinheiro para outros pacientes. Até os nazistas chegarem ao poder em 1933, já existia uma tendência na política social alemã para salvar os racialmente “valiosos”, enquanto buscava livrar a sociedade dos “indesejáveis””. Cf.: HOLOCAUSTO. In WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2014. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Holocausto&oldid=40071587>>. Acesso em 06 de outubro 2014.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Volume I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pág. 621.

¹⁸ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de, *op. cit.*, pág. 86.

Weber.¹⁹ A pretensão de Luhmann era criar uma teoria universal, uma teoria geral que abarcasse todos os aspectos da sociedade, para tanto, elaborou a teoria dos sistemas utilizando conceitos da biologia e da cibernética.

O principal atributo da teoria sistêmica é enfatizar os dados da estabilidade. Isso permite planejar a sociedade como um sistema, tratando-a como se fosse um organismo.²⁰ “A ideia pretensamente diferenciadora do organicismo é que a sociedade não representa um organismo, mas pode ser analisada como um sistema, do mesmo modo que um organismo: o ponto de partida fundamental é o conceito de sistema social de ação”.²¹

A sociedade é pensada como um conjunto de sistemas sociais, sendo que são quatro os sistemas elaborados por Luhmann: o sistema dos não vivos, dos vivos (são constituídos pelas operações vitais responsáveis pela manutenção do sistema), psíquico (composto por pensamentos) e o social (basicamente formado por comunicação). Sendo que os três últimos sistemas seriam dotados de autopoiese, autoreferência e operacionalidade fechada.²²

O sistema é autopoietico pois produz a sua própria estrutura e todos os elementos que o integram, ele “se define pela constância (conservação e reprodução em uma organização autoreferente) de determinadas relações de seus elementos constitutivos”,²³ ou seja, o sistema, a partir de suas próprias estruturas, se reproduz e se desenvolve, culminando em um verdadeiro ciclo, como uma verdadeira tautologia.

Sendo o espaço dividido em ambiente e sistemas, no intuito de tornarem-se diferentes um dos outros, os sistemas selecionam, no ambiente, os elementos que lhes são convenientes, utilizando o critério da funcionalidade para eleger aqueles que seriam úteis para o seu devido funcionamento (autodiferenciação). Por isso é possível confirmar a autorreferência sistêmica, uma vez que os sistemas utilizam de seus próprios meios para separar os elementos ideais, “não existe um agente externo que modifica o sistema, é ele mesmo que o faz sobreviver no ambiente”.²⁴

¹⁹ PEREIRA, Geailson Soares. **O direito como sistema autopoietico**. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1524/1528>>. Acesso em 20 de outubro de 2014, pág. 89.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, pág. 622.

²¹ *Ibidem*, pág. 623.

²² KUNZLER, Caroline de Moraes. **A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:huZz9URJtREJ:seer.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari>>. Acesso em 19 de novembro de 2014, pág. 127.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, pág. 626.

²⁴ KUNZLER, Caroline de Moraes, *op. cit.*, pág. 125.

Deste modo, é possível afirmar que o sistema social se autoproduz e é autoconstituído de acordo com os elementos diferenciados. “Sistema e ambiente são os dois lados de uma mesma forma e, entretanto, são lados separados, mas reciprocamente constitutivos de maneira que é impossível pensar um sem o outro”.²⁵ O fechamento operacional pode ser entendido como a impossibilidade de interação entre o sistema e o ambiente, entendendo-os como se fossem duas categorias estanques cujo contato não comportaria a atividade comunicativa.

O ponto mais intrigante da teoria sistêmica é o fato do sistema social ser constituído exclusivamente pelas comunicações. O homem integra um sistema independente (sistema psíquico), que não faz parte da sociedade, sendo, portanto, marginalizado. Pode-se concluir que a sociedade elaborada por Luhmann não é composta por pessoas.

Jakobs se utiliza desta lógica e infere que o conceito de pessoa se torna um conceito social, é uma construção social porque é um atributo dado pela sociedade ao indivíduo merecedor dessa qualificação, isto é, a condição humana não é suficiente para a titularidade do conjunto de direitos mínimos essenciais à sobrevivência humana, o indivíduo é pessoa quando a sociedade assim o considera.

Segundo Habib:

Para Jakobs ser humano é diferente de pessoa. O ser humano é o resultado de um processo natural. A pessoa não é o ser humano individualizado, que adquire personalidade jurídica com o nascimento. A pessoa é um produto social definido como a unidade ideal de direitos e deveres [...].²⁶

Com o fito de diminuir as possibilidades da ação humana e criar um padrão de conduta provável, as expectativas são criadas. “As expectativas e as expectativas de expectativas são responsáveis pela condução do agir e o interagir dos homens”,²⁷ transformando a vida complexa em mais previsível e menos hesitante.²⁸ O direito fornece aos homens os modelos de conduta, na esperança de estrito cumprimento das mesmas. A relação entre as pessoas subsiste na medida da existência da confiança de que o outro agirá dentro das regras socialmente estabelecidas. Por exemplo, se um aluno faz sua prova e a entrega para ser corrigida pelo professor, tanto a antecipação de que o professor entregará a prova corrigida

²⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA, Felipe Gonçalves (coordenadores). **Manual de sociologia jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pág. 117.

²⁶ HABIB, Gabriel. **O direito penal do inimigo e a lei de crimes hediondos**. Salvador: Jus Podivm, 2012, pág. 28.

²⁷ GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do direito**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/56829036/ARTIGO-LUIS-GRECO>>. Acesso em 11 de novembro de 2014, pág. 09.

²⁸ *Idem*.

em sua próxima aula quanto a antecipação de que o professor corrigirá a prova com base nos acertos e erros das respostas são expectativas do aluno em relação ao professor.

Assim, “o direito é o mecanismo responsável pela estabilização congruente das expectativas normativas”²⁹ e as expectativas normativas são estruturas contrafáticas porque não perdem a credibilidade quando há um desapontamento, ou seja, elas persistem mesmo diante de uma frustração.

A estabilidade é concebida como o ajuste do comportamento individual ao adiantamento de estados e mudanças do ambiente conforme padrões regulares. O sistema jurídico arquiteta mecanismos abstratos e indiferentes aos fatos, assim, mesmo diante de uma frustração fática de uma expectativa, o direito seria apto para mantê-las inalteradas no tempo.³⁰

De acordo com a teoria estudada, as expectativas se dividem em duas espécies: as cognitivas e as normativas. As expectativas cognitivas são aquelas que não são mantidas quando transgredidas: o homem modula as expectativas próprias à realidade, que lhe é contrária. Outrossim, as expectativas normativas subsistem a despeito de sua violação: o expectador exige que a realidade se adapte à expectativa, e esta continua a valer mesmo contra os fatos. Diante da verificação de um descompasso entre a realidade e a expectativa, impõe-se que a realidade seja modificada, vez que não corresponde a expectativa. “Daí surge o conceito de norma: normas são expectativas de comportamento estabilizadas contrafaticamente”.³¹

A capacidade de relacionamento e interação humana é compreendida através do desempenho de papéis sociais formalmente envolvidos e empenhados na tomada de decisão do sistema. O regramento dos papéis sociais institucionaliza a comunicação (entre o sistema e o ser humano) e, com isso, as expectativas são entendidas como concordâncias generalizadas. “É a partir dos papéis que se tem o mecanismo de suposição de aceitação do resultado indesejável”.³²

Os papéis sociais permitem generalizar a tomada de atitude do outro, permitem generalizar o outro como apoio social pressuposto, em contraponto à insatisfação gerada por uma decisão oficial: a obediência é a solidariedade comunicativa gerada pela dominação, por assim dizer. Aquele que obedece à decisão oficial – que não se revolta, a despeito da sua insatisfação individual – somente o faz porque conta com

²⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA, Felipe Gonçalves (coordenadores), *op. cit.*, pág. 125.

³⁰ *Ibidem, loc. cit.*

³¹ GRECO, Luís, *op. cit.*, pág. 09.

³² RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA, Felipe Gonçalves (coordenadores), *op. cit.*, pág. 126.

a pressuposta compreensão generalizada dos outros, cuja dimensão comunicativa é assegurada pelos papéis sociais.³³

As pessoas são personagens, não equivalem a um indivíduo físico, mas sim correspondem ao papel que desempenham. Em termos sociais, a pessoa seria o indivíduo social que tem um papel atribuído socialmente. “Pessoa é o destino das expectativas normativas correspondentes a papéis, pois como dito, ser pessoa significa ter de representar um papel”.³⁴

Sob o crivo da perspectiva crítica, verifica-se um organicismo extremo na teoria estudada. As consciências individuais se subordinam aos papéis que as tornam funcionais para o sistema, tal como o equilibram. A consciência humana é contida e simplificada, ela se agrega ao sistema na forma de papéis generalizados e normatizados de modo funcional. As pessoas agem funcionalmente sempre em conformidade com os papéis atribuídos e negam, por completo, o livre arbítrio. “Os atores são pessoas e as suas condições não são estipuladas por um sentimento individual, mas sim da sociedade”.³⁵ A finalidade dos papéis é equilibrar o sistema e o sistema, por sua vez, tem a função de normatizar os papéis “a fim de obter a manutenção de seu equilíbrio e, assim, continuaríamos dentro desse círculo”.³⁶

Ademais, o equilíbrio do sistema é tão fundamental na teoria de Luhmann que se torna o principal valor da construção teórica. Os outros valores se tornam relativos e são reputados como meros instrumentos, utilizáveis ou não conforme a necessidade de manter o sistema estável.³⁷

Apenas se foca a eficácia operacional que tem para o sistema. Isso obedece à circunstância de que as expectativas de comportamento estabilizadas na forma de resistência às variações das situações fáticas ressaltam o símbolo do dever ser. Essa seria uma ineludível necessidade do sistema, razão pela qual, para Luhmann, o direito é apenas uma normatização generalizante que deve ser aceita mecanicamente, sem exigir qualquer motivação: só é legitimado porque é aceito.³⁸

Após a breve análise, depreende-se a manifesta incompatibilidade do funcionalismo sistêmico e o Estado do direito. A referida teoria nega à dogmática toda a possibilidade de interação através da construção de críticas, considerando as decisões políticas como se fossem absolutas. Aceitar o poder estatal e sua respectiva efetividade implica em não questionar sua

³³ *Ibidem*, loc. cit.

³⁴ HABIB, Gabriel, *op. cit.*, pág. 28.

³⁵ *Ibidem*, pág. 27-28.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *op. cit.*, pág. 624-625.

³⁷ *Ibidem*, pág. 625.

³⁸ *Ibidem*, loc. cit.

legitimidade, ou seja, “o poder punitivo existe ou não existe e, quando existe, deve ser aceito e legitimado incondicionalmente”.³⁹

Outro ponto questionável é a instrumentalização dos valores. O ser humano é desprezado como integrante da sociedade, suas categorias abandonam a compreensão do humano para transformá-lo em algo fungível. Deste modo, em uma sociedade permeada por uma alarmante desigualdade entre miseráveis e ricos, que incrementasse a criminalidade patrimonial, “seriam funcionais os exterminadores de delinquentes juvenis, porque reduzem as expectativas de parte da população e contribuem para a função autopoiética de manutenção do equilíbrio do sistema”.⁴⁰

É possível afirmar que a teoria de Luhmann preconiza, através do seu programa de individualização das expectativas consideradas não funcionais e da formação de um consenso visando o “não pensar”, a homogeneização populacional semelhante com a “igualação” das condições sociais de vida defendida por Carl Schmitt.⁴¹

3 A DOGMÁTICA PENAL DE GÜNTHER JAKOBS

No funcionalismo normativo sistêmico de Jakobs, a vivência social atribui aos indivíduos determinados papéis dos quais emanam as expectativas. Cada pessoa é responsável por desempenhar seu respectivo papel e, conseqüentemente, assegurar as expectativas normativas produzidas em torno de si. Assim, cada integrante da sociedade é competente para representar uma função social conferida pelos papéis.⁴² As pessoas, enquanto titulares de direitos, dirigem as expectativas para outras pessoas, e enquanto titular de deveres, devem cumprir as expectativas geradas em seu entorno.

“Essa concepção de competência vai informar conceitos jurídico penais (imputação objetiva, autor, partícipe), inclusive para efeito de responsabilizar ou não alguém por um fato criminoso”.⁴³ Assim, não é possível punir o vendedor de uma faca, utilizada para a prática de lesão corporal, pois não é papel do vendedor de um produto cuidar para que o comprador a utilize adequadamente.⁴⁴

³⁹ *Ibidem*, pág. 627.

⁴⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴¹ *Ibidem*, pág. 628.

⁴² MENDES, André Pacheco Teixeira. **O direito penal do inimigo: quando Jakobs se aproxima de Hobbes e Freud**. Disponível em: <<http://revistaepos.org/?p=376>>. Acesso em 30 de outubro de 2014, pág. 03.

⁴³ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

Quem atua de acordo com o seu papel conduz sua vida de modo socialmente adequado e não defrauda as expectativas normativas.⁴⁵ “Enquanto destinatária das expectativas normativas, a pessoa que cumpre seu papel desempenha sua função social e confirma a vigência da norma, possibilitando a manutenção do sistema (social, jurídico)”⁴⁶

No entanto, a defraudação das expectativas normativas (inobservância das normas) implica na desestabilização das mesmas, que não podem ser desrespeitadas constantemente, pois acabam perdendo a credibilidade. Daí surge a necessidade de um processamento das decepções, que ratifique a validade da norma, um exemplo é a sanção.⁴⁷

Especificamente no campo do direito penal, “o crime significa um ataque a vigência da norma”.⁴⁸ A função do direito penal é afirmar a identidade normativa e resguardar a consituição da sociedade.⁴⁹ O direito penal de Jakobs rejeita a função do direito penal como protetor de bens jurídicos para assumir a função de proteção da norma jurídica.

Jakobs argumenta que o ordenamento jurídico não pode se valer da proteção de bens jurídicos como finalidade do direito penal, uma vez que diante da ocorrência de um delito o bem jurídico já foi afetado pela prática do crime. Destarte, seria incoerente proteger algo que já se encontra violado.⁵⁰

A pena é compreendida como instrumento para assegurar a fidelidade entre a ação humana e o direito, ela possui duas funções precípua: a de prevenção geral, porque pretende dirigir um efeito em todos os cidadãos, e positiva, porque este efeito pretende tranquilizar a sociedade demonstrando que a norma está vigente. A vigência da norma, que anteriormente fora afetada pelo ilícito, volta a ser fortalecida pela pena.

A pena é coação. A coação é portadora de um significado, portadora de resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa. Jakobs é categórico, a pena deve representar

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 03-04.

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 04.

⁴⁷ GRECO, Luís, *op. cit.*, pág. 09.

⁴⁸ MENDES, André Pacheco Teixeira, *op. cit.*, pág. 04.

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 04.

⁵⁰ SANCINETTE, Marcelo A. **Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997, pág. 38. Tradução livre. (Pero esto no puede ser así. Si la pena produce alguna clase de protección a los bienes físicos esto no es precisamente respecto del bien que ha sido afectado con el delito a reprimir. Este bien ya está afectado y, probablemente, haya dejado de existir, como la vida de la víctima, por ejemplo, en el homicidio consumado.)

uma aprendizagem coletiva e generalizada de fidelidade ao ordenamento jurídico como atitude natural.⁵¹

Como se pode notar, a prevenção especial positiva, cuja finalidade é promover a harmônica integração social do condenado,⁵² é integralmente descartada, já que a funcionalidade da pena depende da sua eficiência em restaurar a vigência da norma e não em reabilitar do condenado.

Se o direito penal é incumbido da função de reestabilizar as expectativas violadas, seu aparato conceitual deve ser edificado teleologicamente, de modo a melhor atendê-lo. A partir desta perspectiva, um sujeito não é aquele que causa ou pode evitar um acontecimento, mas aquele que pode ser competente para tanto. Assim também conceitos como causalidade, poder, capacidade, culpabilidade transformam-se em conceitos de etapas de competências. Toda a teoria do delito é resumida a uma teoria da imputação, e o questionamento quanto a se alguém cometeu um crime deve ser entendido como se é preciso punir alguém para reafirmar a validade da norma e reestabilizar o sistema.⁵³

3.1 DIREITO PENAL DO CIDADÃO E DIREITO PENAL DO INIMIGO

Segundo a teoria de Jakobs, o Estado pode adotar dois procedimentos diferentes quando um delito é cometido: caso a atuação do delinquente tenha sido encarada como um erro cujas consequências não tenham afetado o direito de modo relevante, aplica-se o direito penal do cidadão. Na hipótese do delinquente agir com vistas a degradar o ordenamento jurídico, torna-se imperativa a aplicação do direito penal do inimigo.⁵⁴

No direito penal do cidadão, a pessoa que tenha prejudicado a vigência da norma é invocada, de modo coativo, para equilibrar o dano.⁵⁵ Neste caso, o delito é considerado como um deslize reparável cuja restauração demanda apenas aplicação de uma sanção penal como forma de manter a vigência da expectativa normativa outrora frustrada.

O fato, como fato de uma pessoa racional significa algo, ou seja, uma rejeição da norma, uma agressão a sua validade, e a pena significa igualmente algo, ou seja, a imposição do autor seria incompetente e a norma continuaria valendo inalterada, portanto, a configuração da sociedade continuaria mantida. Tanto o fato como a

⁵¹ *Ibidem, loc. cit.*

⁵² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008, pág. 424.

⁵³ GRECO, Luís, *op. cit.*, pág. 10.

⁵⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, *op. cit.*, pág. 47.

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 32-33.

coação penal são, neste ponto, meios de interação simbólica e o autor é tomado seriamente como pessoa.⁵⁶

Contudo, Jakobs afirma que nos casos em que as expectativas de um comportamento são defraudadas de maneira reiterada pelo delinquente, este não merece o tratamento como pessoa pelo direito e a ele é reservado a categoria de inimigo.⁵⁷

Dito de outro modo, aquele que não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não pode esperar ser tratado como pessoa e, ainda, o estado não deve tratá-lo como pessoa, já que se assim não o fizesse, violaria o direito a segurança dos demais integrantes da sociedade.⁵⁸

Quem inobserva, incessantemente, as normas, representa um perigo permanente ao convívio social e para afastá-lo da coexistência é permitido impor uma medida de segurança ao delinquente, ainda que não se tenha praticado os atos de execução do delito. Outrossim, “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”.⁵⁹

Para o direito penal do inimigo “a vigência da norma trata-se da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho no âmbito da preparação, e a pena se dirige a segurança de fatos futuros, não à sanção de fatos já cometidos”.⁶⁰ Portanto, a regulação recai sobre a conduta não realizada, mas somente planejada.⁶¹ Não se pune o dano à vigência da norma, o inimigo é punido pelo perigo da realização de danos futuros.⁶²

A pena dirigida ao inimigo seria uma medida de força com o efeito físico de custódia de segurança, que funciona como um bloqueio antecipado ao possível cometimento do crime. Deste modo, é possível dizer que a pena teria a atribuição de prevenir crimes e punir perigos abstratos.⁶³

Como se vê, esse sistema duplo de imputação penal transita entre os princípios do democrático direito penal do fato e da culpabilidade (para o cidadão) para um discriminatório direito penal do autor e da periculosidade (para o inimigo).⁶⁴

⁵⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual.** Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em 26 de outubro de 2014, pág. 03.

⁵⁷ *Ibidem, loc. cit.*

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 42.

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 36.

⁶⁰ *Ibidem, loc. cit.*

⁶¹ *Ibidem*, pág. 49.

⁶² *Ibidem*, pág. 49-50.

⁶³ *Ibidem*, pág. 03.

⁶⁴ *Ibidem*, pág. 02.

Ao punir as pessoas com base em uma presunção de autoria, o direito penal do inimigo remete aos postulados do direito penal do autor. “Este direito penal supõe que o delito seja sintoma de um estado do autor, sempre inferior ao das demais pessoas consideradas normais”.⁶⁵ O objeto de censura do direito penal do inimigo é a existência do indivíduo e sua condução de vida intolerada pelo direito e por seus operadores.

A tipicidade é antecipada na direção da tentativa e dos atos preparatórios o que enfatiza os elementos subjetivos e normativos dos tipos penais. A intenção não é controlar a conduta apenas, mas sim regular a lealdade do sujeito ao ordenamento jurídico. “Esta orientação conduz ao retorno à presunção do dolo através da chamada normativização, que prescinde da vontade real”.⁶⁶

É muito claro que o dolo de uma tentativa acabada e o dolo de um delito consumado não são diferentes; e a culpabilidade não é diferente se é considerada como reprovabilidade ou como motivação defeituosa apesar da plena capacidade de compreender a ilicitude ou de determinar-se de acordo com esta compreensão.⁶⁷

Dirigida ao inimigo, a pena é reduzida a uma coerção direta administrativa que busca neutralizar (positiva ou negativamente) a determinação do ser humano para o delito, sua periculosidade, trata-se de uma medida demasiadamente perigosa, uma vez que não há um prazo para sua duração, podendo até mesmo ser perpétua.⁶⁸

No entendimento de Jakobs, as normas garantidoras dos direitos humanos não seriam óbice para a implementação do direito penal do inimigo, tendo em vista que a admissão da relativização dos direitos humanos no mundo revela que nenhum estado conseguiu estabelecer de forma integral esses direitos, sendo, portanto, tolerada a violação dos mesmos em razão de argumentos antropológicos e em respeito à soberania nacional. Assim, na realidade, a adoção da teoria estudada seria apenas mais uma forma de relativização de direitos.⁶⁹

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, pág. 131.

⁶⁶ *Ibidem*, pág. 133.

⁶⁷ SANCINETTE, Marcelo A, *op. cit.*, pág. 35. Tradução livre. (Ahora bien, es muy claro que el dolo de una tentativa acabada y el dolo de un delito consumado no son diferente; y la culpabilidad tampoco difiere si se la entiende como “reprochabilidad”, como motivación defectuosa a pesar de “la capacidad de comprender la ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.”)

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, pág. 136.

⁶⁹ NETO, Moysés da Fontoura Pinto. **Da exclusão ao inimigo: o direito penal do inimigo enquanto estratégia de engenharia social contemporânea.** Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1153>. Acesso em 11 de novembro de 2014, pág. 02.

Por fim, cabe ressaltar que a sistemática da dupla imputação formulada por jakobs reproduz as desigualdades materiais, posto que confere tratamento diferenciado às pessoas iguais.

A tese da desigualdade formal perante a lei entre cidadãos e inimigos contradiz o princípio democrático que inspirou as revoluções burguesas, fundadas na *desigualdade real* da relação capital/trabalho assalariado, mas instituídas sob a *igualdade formal* de uma legalidade geral aplicável a todas as pessoas, durante todo o tempo – precisamente o que JAKOBS rejeita. Entre outros problemas da proposta, teríamos o seguinte: quando o Estado Democrático de Direito precisa ser instituído ou desenvolvido na América Latina e no Terceiro Mundo – ou consolidado nos países centrais do sistema político-econômico globalizado –, a proposta do *direito penal do inimigo* promove um modelo autoritário de controle social, que acaba por inviabilizar mínimas promessas constitucionais de democracia real para o povo.⁷⁰

⁷⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**, *op. cit.*, pág. 12.

CAPÍTULO II – DESVENDANDO O INIMIGO

1 EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO FUNDADO NO INIMIGO

O estudo do inimigo depende da análise da representação do mal realizada ao longo da história. Como a representação do mal está associado ao exercício do poder punitivo, indispensável é o estudo em conjunto para melhor contextualização do assunto.

O surgimento do poder punitivo ocorreu em função da busca pela expansão do poder europeu pelo mundo. Com isso, a Europa reorganizou sua estrutura social e a tornou fortemente hierarquizada, com o objetivo de conquistar a subordinação interna. Para a consecução desses objetivos recorreu-se ao modelo de solução do confisco do conflito, cujas diretrizes obriga ao poder público usurpar a posição da vítima e exercer a punição sobre o réu. Este modelo de solução confere ao poder público grande margem de decisão, e, conseqüentemente, de arbitrariedades, tendo em vista que permite ao Estado selecionar as pessoas sobre as quais deseja desempenhar o poder.⁷¹ Sob o pretexto de exercer os poderes inerentes da atividade confiscatória do conflito, o Estado passa desempenhar o “poder de vigilância controladora sobre toda a sociedade e, em especial, sobre os que supõe ser, real ou potencialmente, daninhos para a hierarquização social”.⁷²

O poder punitivo havia desaparecido em função do declínio de Roma e da generalização do feudalismo. Até então qualquer conflitividade era solucionada através das ordálias, encaradas como a representação da “presença direta e Deus na tomada das decisões”.⁷³ O juiz era uma espécie de árbitro responsável pela chancela da vontade divina.

Nos séculos XII e XIII o poder punitivo ganha força com a inquisição e para reforçar este poder era imprescindível a figura de um inimigo, que no período se consubstanciou na figura do herege e das bruxas. A busca da verdade sob o argumento da vontade de Deus conferia legitimidade ao conhecimento inquisitorial do soberano, cujos poderes para acessá-la eram ilimitados. A verdade passou a ser construída através do interrogatório e sua necessidade era capaz de justificar a violência contra o objeto de conhecimento, mesmo que este não fosse culpável.

O cenário inquisitorial manteve-se até o advento da revolução industrial. A ascensão da classe burguesa tornou necessário o enfraquecimento do poder da velha classe

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pág. 31.

⁷² *Idem*.

⁷³ *Ibidem*, pág. 38.

hegemônica. Um dos meios para alcançar este objetivo era reduzir o poder punitivo controlado pelo clero e acabar com as penas desproporcionais aplicadas na inquisição, em razão disto houve uma vagarosa diminuição do poder punitivo.

Entretanto, a concentração urbana imposta pelo surgimento das fábricas ampliou o número de indesejáveis, pessoas não adaptadas à nova ordem de produção, estas eram os novos inimigos do período. A solução para essas pessoas não foi a pena de morte, uma vez que seria uma grande perda matar um contingente de potenciais trabalhadores assalariados: “era preciso domesticar os indesejáveis para atender aos anseios da produção industrial”.⁷⁴ A partir desta ideia surge a pena privativa de liberdade baseada no encarceramento, tendo como objetivo a domesticação dos socialmente excluídos para posterior utilização como mão de obra nas fábricas.

Na América Latina, o poder punitivo foi utilizado como instrumento de hierarquizador das colônias para transformá-las em imensos campos de concentração para os nativos (considerados como biologicamente inferiores). A representação do mal era concretizada na figura do índio e do negro, que eram submetidos ao poder repressivo do Estado sem quaisquer garantias.

Mesmo com o fim da colonização o exercício do poder punitivo permaneceu sem grandes alternativas em decorrência do estabelecimento das chamadas repúblicas oligárquicas que resistiram até meados dos séculos XX quando a revolução mexicana deu início à derrubada das oligarquias revestidas de república.⁷⁵ Uma vez superadas as repúblicas oligárquicas, o poder punitivo passou a se consolidar nas “ditaduras de velho estilo e de processos políticos conhecidos como populismos”.⁷⁶

A mais conhecida caracterização do inimigo ocorreu durante a segunda guerra mundial. Nesse período foi construído um arcabouço jurídico e ideológico político que oferecem suporte para o massacre cometido neste período histórico. O inimigo não era somente o judeu, mas todo aquele que fosse contrário ao poderio militar. O massacre dos inimigos legitimava os objetivos expansionistas e neocolonialistas tal como, no Brasil, o massacre dos pobres legitimava políticas higienistas.

Após a segunda guerra mundial, a fim de resguardar os aliados políticos na guerra fria, os Estados Unidos intervieram nos países da América Latina apoiando os golpes de Estado que instalaram fortes ditaduras e regimes militares na extensão continental. Neste contexto, o

⁷⁴ *Ibidem*, pág. 44.

⁷⁵ *Ibidem*, pág. 49.

⁷⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

inimigo se concretizava na figura do subversivo, o avesso às regras impostas pelo capitalismo. Para extinguir os últimos resíduos das políticas populistas, “a definição do inimigo destes regimes militares não se deteve aos integrantes de grupos minoritários armados, que só serviram como pretexto, mas em alguns casos quase extinguiram fisicamente toda uma geração de lideranças reais e potenciais”.⁷⁷

Neste contexto, ZAFFARONI menciona que:

A administração norte americana também pressionou para que estas ditaduras declarassem guerra à droga, numa primeira versão vinculada estreitamente à segurança nacional: o traficante era um agente que pretendia debilitar a sociedade ocidental, o jovem que fumava maconha era um subversivo, guerrilheiros eram confundidos com e identificados com narcotraficantes (a narcoguerrilha) etc. À medida que se aproximava a queda do muro de Berlim, tornou-se necessário eleger outro inimigo para justificar a alucinação de uma nova guerra e manter níveis repressivos elevados. Para isso reforçou-se a guerra contra a droga.⁷⁸

Ao término da guerra fria, os Estados Unidos tornaram-se potência hegemônica. No plano interno, para alcançar a verticalização interna recorreu-se ao recrudescimento penal, sendo reestabelecido a pena de morte em determinados Estados e diversos outros mecanismos processuais penalizadores sob o pretexto da manutenção da ordem interna do país.⁷⁹

O atentado terrorista em 11 de setembro de 2001 às Torres Gêmeas desencadeou uma nova emergência penal e serviu como fundamento para a adoção de uma legislação penal autoritária no âmbito internacional, a figura do inimigo desloca-se do criminoso “comum” para o terrorista. A urgência do combate ao terrorismo autoriza as guerras preventivas de intervenção unilateral e as legislações repressivas, causadoras da “privação de liberdade indeterminada de pessoas que não se acham em condição de prisioneiros de guerra nem de réus processados, seja sob o pretexto de que não são cidadãos dos EUA ou de que não se encontram privados de liberdade em seu território”.⁸⁰

Na época atual, propaga-se um novo autoritarismo, diferente do conhecido e praticado entre a primeira e segunda guerra mundial. Este novo autoritarismo é denominado por Zaffaroni como o autoritarismo *cool*: É cool porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, a qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário.⁸¹ Nesta conjuntura, não há uma definição concreta de um inimigo, “o único inimigo que invariavelmente é reconhecido é

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 50.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 51.

⁷⁹ Como, por exemplo, a regra do *three strikes out*, para a qual a preexistência de duas condenações impõe ao cálculo da pena do terceiro delito, independentemente de sua natureza e da extensão dos danos, os limites de 25 anos de pena privativa de liberdade e pena de prisão perpétua.

⁸⁰ *Ibidem*, pág. 66.

⁸¹ *Ibidem*, pág. 69.

o mesmo de todo o autoritarismo: quem confronta o seu discurso”.⁸² “Se as prisões do século XVIII e XIX foram projetadas como fábricas de disciplina, hoje são planejadas como fábricas de exclusão”.⁸³

Em síntese, o exercício do poder punitivo sempre esteve associado a idealização do combate ao inimigo, e, reciprocamente, a presença do inimigo foi utilizado como justificativa autorizadora dos poderes ilimitados à punição. Através da leitura histórica do poder punitivo resta comprovado que a criação de inimigos, em diferentes épocas se prestou a persecução daqueles classificados como nocivos à sociedade. Verifica-se que “a origem do discurso legitimador do sistema penal, foi, desde sempre, uma estratégia segregadora, excludente e repressiva para a legitimação e disciplinamento de determinados seguimentos da sociedade ocidental”.⁸⁴

2 A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO ATRAVÉS DA DIFUSÃO DO MEDO

Segundo Bauman, “medo é o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito”.⁸⁵ O medo faz surgir a sensação de insegurança e a vulnerabilidade, ele é o responsável pela edificação da representação do mal.⁸⁶ Combater o medo implica em eliminar todos os elementos que lhe dão causa. O inimigo como fomentador desse sentimento deve ser anulado sob a justificativa da manutenção da paz.

Estimular o medo sempre foi técnica justificadora da violência e meio de disciplinar os setores considerados perigosos nas sociedades, através dele, são validadas as barbáries contra a humanidade. “Massacres, guerras, genocídios, etc., sempre foram legitimados em virtude do perigo que as classes consideradas perigosas representam aos interesses dos detentores do poder, que sempre validaram quais comportamentos eram (e são) considerados como bom e normal e desvalidaram o que é mau”.⁸⁷

No Brasil, a mídia contribui para a disseminação do medo e da insegurança transmitindo o cenário de uma sociedade desordenada. A maioria das coberturas jornalísticas

⁸² *Ibidem*, pág. 78.

⁸³ BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pág. 99.

⁸⁴ EMMERICK, Rulian. **Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 10.

⁸⁵ ZYGMUNT, Bauman. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, pág. 08.

⁸⁶ PINTO, Nalayne Mendonça. **A construção do inimigo: um estudo sobre as representações do mal nos discursos de política penal**. Disponível em: <http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2029/NALAYNE%20PINTO.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2014, pág. 05.

⁸⁷ EMMERICK, Rulian, *op. cit.*, pág. 08.

e alguns programas de televisão exploram, diariamente, a violência como forma de amedrontar e banalizar o que é considerado mal.

A divulgação do medo corrobora para uma política criminal mais severa, irracional, cujo objetivo é o controle social e não a tutela de bens jurídicos. O progresso do direito penal simbólico depende de uma sociedade amedrontada. “Dessa forma, alargam-se os limites opressivos e reduz-se o direito penal a fins meramente punitivos, resultando num quadro em que a pena de prisão assume ampla dimensão emergencial”.⁸⁸

A questão social, cuja solução depende da edição de políticas públicas, é encarada como uma demanda policial. A abordagem penal das deficiências provenientes da marginalização e exclusão social tem como resultado direto a criminalização das classes vulneráveis que sempre foram objetos do sistema do controle penal.

Em busca e em nome da segurança pública, assiste-se o processo de recrudescimento penal pautado no direito penal de emergência,⁸⁹ na tentativa de diminuir a violência e as desigualdades sociais produzidas pelas demandas do mundo globalizado. A ausência da atuação do Estado social faz com que o discurso do medo se reproduza no espaço público e reforça o paradoxo de menos estado social e mais Estado penal.

No momento presente, a questão social da violência urbana torna-se acessória diante de um problema mais dramático que é o pânico generalizado e excessivo relacionado à violência. O medo associado ao crime nas metrópoles, tornou-se um problema que foi inserido no cotidiano da população urbana. É uma temática valorizada pela imprensa e pelas autoridades, e o responsável por mudanças no comportamento e hábitos sociais.⁹⁰

A cultura do medo mostra-se como retrato de uma forma de dominação política que se concretiza na medida em que o medo social ligado ao crime é colocado como problema social emergente. A insegurança cultivada no âmbito da sociedade afasta o olhar da multidão para seus reais problemas. Por outro lado, ainda que a segurança seja um problema, algumas propostas políticas apresentadas estão longes da solução, apenas alimentam ainda mais o pânico. Essa é a lógica de se produzir um mecanismo que desvie a atenção do cidadão indefinidamente, ou seja, sempre afirmar o problema e nunca resolvê-lo.⁹¹

As causas do pânico invadem o imaginário social selecionado e se manifesta em forma de dominação. Todo esse processo culmina na negação da cidadania plena e na hegemonia de

⁸⁸ PINTO, Nalayne Mendonça, *op. cit.*, pág. 06.

⁸⁹ Por direito penal de emergência quer-se designar a atividade legiferante do Estado diante de situações excepcionais, no intuito de criar leis penais como uma resposta ao ocorrido, provocando a expansão nociva e atécnica do direito penal e desrespeitando sua atuação como último recurso para a solução dos conflitos.

⁹⁰ PESTANA, Débora Regina. **Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: Editora Método, 2003, pág. 18.

⁹¹ *Ibidem*, pág. 19.

um conceito contrafeito de democracia apoiado apenas no sufrágio universal. “O Estado forte e protetor aliado a uma sociedade fraca e insegura são características maquiavélicas desta nossa democracia atual”.⁹² Esta cultura é percebida como contraditória a democracia e pode ser explicada como forma de dominação política, que estabelece um elemento de desconfiança entre os cidadãos.

Segundo Bourdieu, os dominados internalizam a sua própria dominação, e acabam assim por reconduzir a si mesmos à opressão. A violência simbólica desempenha esse ofício, ou seja, é através das ideologias hegemônicas articuladas emblematicamente que se sedimentam a relação de subordinação entre os indivíduos. “Os valores e comportamentos difundidos a partir do medo socialmente cultivado são formas simbólicas de dominação tão ou mais violentas quanto a própria violência de que se tem medo”.⁹³

Como resposta imediata ao medo, a sociedade procura sempre por medidas mais repressoras, empregando um caráter autoritário e repressivo do controle social contra os criminosos que, quase sempre, são identificados com os setores marginalizados da sociedade, deste modo corroboram para o desrespeito aos direitos humanos e rechaçam a necessidade de reforma nos sistemas penal e prisional.

O medo é conveniente para os políticos (o discurso punitivista é tão eficaz que alguns políticos encapam a causa criminal para anagariar votos e vencer eleições⁹⁴), para os empresários da segurança pública, para a mídia, para que os pais restrijam o comportamento dos seus filhos,⁹⁵ para acentuar diferenças. “Embora não tenhamos a certeza de que vivemos em um ambiente perigoso, a mera suposição do perigo pode ser útil para justificar ações e comportamentos e até mesmo para aquecer mercados e legitimar políticas”.⁹⁶

O fortalecimento penal do Estado não diminui a insegurança social, uma vez que atua diretamente contra as causas do crime. Tal insegurança é também o instrumento de autoritarismo para que sempre a força seja desejada socialmente e prometida politicamente. Toda a ideologia de segurança total, longe de restaurar a tranquilidade, apenas gera incivildades, afastando o indivíduo de sua condição de cidadão.⁹⁷

⁹² *Ibidem, loc. cit.*

⁹³ BOURDIEU, Pierre *apud* PESTANA, Débora, *op. cit.*, pág. 28.

⁹⁴ Vide o caso do apresentador Wagner Montes: eleito deputado estadual do Rio de Janeiro, sua vitória se deu em razão da sua postura autoritária diante dos meios de comunicação. Seu bordão “escracha” foi suficiente para o sucesso da eleição, o candidato não se deu o trabalho de elaborar políticas públicas para compor sua plataforma política, bastou a reprodução da necessidade da repreensão da violência em prol da segurança pública.

⁹⁵ Personagens são criadas para impor limites à conduta a criança.

⁹⁶ PESTANA, Débora Regina, *op. cit.*, pág. 37.

⁹⁷ *Ibidem*, pág. 89.

3 DISCURSOS OFICIAIS E NÃO OFICIAIS DO DIREITO PENAL

A análise dos objetivos declarados e dos objetivos reais empregados pelo direito penal para a legitimação de seu respectivo sistema (penas, criminalização primária e secundária, etc.) é necessária para melhor compreensão do direito penal do inimigo. Vislumbra-se que, não oficialmente, o mesmo atua de maneira seletiva e tendenciosa. O desígnio da atuação segregadora revela-se como meio para conservação das instituições jurídicas e políticas que compõem o Estado contemporâneo, contribuindo para o quadro de desigualdade social atual, uma vez que o modelo do confisco do conflito,⁹⁸ forma adotada para a resolução das lides, não permite a punição de todas as condutas delituosas compelindo o Estado a operar de maneira seletiva, semelhante a um filtro.⁹⁹

Através do discurso oficial, o direito penal tem a finalidade de proteger os bens jurídicos, ou seja, a “proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob a ameaça de pena”,¹⁰⁰ sob esta ótica, demonstra-se um aspecto de neutralidade. Ao contrário, as definições dos objetivos não oficiais deste ramo do direito, evidencia o “significado político do direito penal como instituição de garantia e de reprodução de estrutura de classes da sociedade, da exploração e da opressão das classes sociais subalternas pelas classes sociais hegemônicas nas sociedades contemporâneas”.¹⁰¹

Conformar-se com os objetivos oficiais permite que as atuações penais prescindam da observação das normas garantidoras dos direitos humanos e das demais garantias materiais e processuais presentes no estado democrático de direito. Configurando-se deste modo, o ramo penal passa a atuar sem orientação, o que lhe confere o atributo da seletivização e conseqüentemente faz surgir um direito penal subterrâneo que colabora para a formação da cifra oculta, operacionalizado pelas agências executivas.

A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que tem baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização secundária porque: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só

⁹⁸ O confisco do conflito é como forma de solução das lides. Tal instituto é altamente criticável porquanto se apodera da posição de quem sofre o dano, deslocando a posição da vítima para uma conjuntura secundária alheia a resolução do problema, coisificando-a e cerceando-lhe a possibilidade de participar da deliberação acerca do desfecho da pendência. Constata-se que este modelo de solução de conflitos não se presta ao seu fim, limitando-se, tão somente, a permitir que o poder público assumira um grandioso domínio no campo da decisão dos conflitos.

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, pág. 49.

¹⁰⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**, *op. cit.*, pág. 05.

¹⁰¹ *Ibidem*, pág. 08.

lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por consiguiente, de fácil detecção e c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual o seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo.¹⁰²

Se o direito penal dispensa seus alicerces fundamentais, pautados nos princípios norteadores, torna-se arbitrário e admite que seu conteúdo seja preenchido por qualquer discurso, até mesmos os autoritários. De acordo com Zaffaroni, o sistema penal adere ao autoritarismo *cool*¹⁰³, um autoritarismo sem embasamento, carente de racionalização, cujo objetivo é ser assentido pelo maior número de pessoas sem permitir que as mesmas se preocupem em pensar que a potência de punir estatal¹⁰⁴, reiteradamente, é empregada como pretexto para o uso indiscriminado da violência.

Desta maneira, o “direito penal é vendido como remédio infalível para vencer a luta contra o crime”¹⁰⁵ e demais formas de conflito social. A assunção desse entendimento faz ascender o estado de administrativização do direito penal que:

Caracteriza-se pela pretensão de um uso indiscriminado do poder punitivo para reforçar o cumprimento de certas obrigações públicas (em especial no âmbito fiscal, societário, previdenciário e etc.), o que banaliza o conteúdo da legislação penal, destrói o conceito limitativo de bem jurídico, aprofunda a ficção do conhecimento da lei, põe em crise a concepção de dolo, vale-se da responsabilidade objetiva e, em geral, privilegia o estado em sua relação com o patrimônio dos habitantes.¹⁰⁶

Ressalta-se também a contribuição da criminologia tradicional para uma ciência penal subjetivista, porquanto suas bases etiológicas viabilizaram a estigmatização de acordo com estereótipos, corroborando, muitas vezes, para a formação de um direito penal do autor. Em contrapartida, a criminologia crítica busca desconstruir o conceito de crime como algo ontológico,¹⁰⁷ deste modo procura afirmar a feição política da criminalização.

Todas estas ideias confluem para a constatação da qualidade seletiva do sistema de justiça criminal: a seletividade da lei penal, sustentada pela proteção dos propósitos e “necessidades das classes hegemônicas da formação social; a seletividade da justiça penal,

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, pág. 47.

¹⁰³ “Em última análise, trata-se do envio de mensagens tomadas como verdadeiras só porque tem êxito publicitário. Reforça-se como preconceito a convicção de que um mundo em desordem pode ser ordenado com disciplina imposta através de repressão indiscriminada e, ao mesmo tempo, reitera-se a ideia de que o delito é uma atividade fácil e impune”. In ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, pág. 76.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, pág. 60.

¹⁰⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁰⁶ *Ibidem* pág. 47.

¹⁰⁷ BATISTA, Vera Malaguti. **Criminologia e Política Criminal**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:lu1hAje_Tg4J:www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v1n2a22009.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 05 de fevereiro de 2014, pág. 03.

mediante a repressão das classes e segmentos oprimidos da formação social, em especial das massas marginalizadas do mercado de trabalho, do consumo social e da cidadania política”.¹⁰⁸

4 O PAPEL DA MÍDIA PARA A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO

A relação entre a mídia e o sistema penal, levou Zaffaroni a incluir no rol de agências penais as agências de comunicação social.¹⁰⁹ Isto significa dizer que a mídia não se limita à simples tarefa de informar, sua função vai além: amparada pela busca do mercado de audiência, pelo poder político sobre as massas e pelos lucros provenientes da publicidade, a mensagem jornalística se assemelha à publicitária, reduz-se o espaço de reflexão e os discursos que a exigem tornam-se desacreditado.¹¹⁰ A manipulação dos fatos e o direcionamento tendencioso da notícia são manobras reclamadas pelo lucrativo sensacionalismo.

Uma importante característica dos sistemas penais do capitalismo tardio é sua vinculação com a mídia. Nilo Batista afirma que, na contemporaneidade, assistimos à ultrapassagem de sua função comunicativa para a executivização dessas agências de comunicação social do sistema penal. Ele aponta a necessidade que o empreendimento neoliberal tem de um poder punitivo onipresente, para o controle penal das massas humanas que ele mesmo segrega.¹¹¹

O aumento da ocorrência de fatos violentos, ou a sua crescente divulgação, fez com que o noticiário sobre violência migrasse dos editoriais e jornais especializados em crimes e ganhasse relevância em todos os meios de comunicação. Os programas jornalísticos cujas pautas se dedicam a narrativa massiva de um crime ocorrido, procuram identificar quem é o mocinho e quem é o vilão na tentativa de dar uma roupagem novelística aos fatos, isso evidencia que a mídia está mais preocupada a entreter do que a informar.¹¹² Desta forma, a notícia sobre violência provoca a emoção nos telespectadores que passam a clamar pelo

¹⁰⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Os Discursos sobre Crime e Criminalidade**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:JOq11hdoK0IJ:www.cirino.com.br/artigos/jcs/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2014, pág. 20.

¹⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *op. cit.*, pág. 47.

¹¹⁰ *Ibidem*, pág. 61.

¹¹¹ BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>, acesso em 03 de outubro de 2014, pág. 03.

¹¹² PESTANA, Débora Regina, *op. cit.*, pág. 79.

desfecho ideal, quase sempre resumido à imposição da pena privativa de liberdade, quando não a morte.

Na mídia, atribui-se tanta credibilidade à pena privativa de liberdade que não se discute a idoneidade e desnecessidade da penalização. “Tem-se nos discursos de combate ao crime e do aumento das penas a valorização simbólica do direito penal como solução única e miraculosa para a violência social”.¹¹³ Os discursos que legitimam a crença na pena como rito sagrado da solução de conflitos são estimulados e incorporados à massa argumentativa dos editoriais e crônicas dos jornais.

A necessidade de criar soluções que satisfaçam, rapidamente, o anseio pessoal ou social por vingança produz a ideia de que somente se faz justiça por meio da punição. A absolvição é considerada como impunidade. O devido processo legal, a plenitude da defesa, a presunção de inocência e outras garantias do estado democrático de direito são vistos como empecilhos para a concretização da “justiça”. Nesta relação verifica-se um descompasso: o tempo exigido pelos procedimentos penais para apuração de um fato supostamente criminoso não corresponde a imediatividade das informações reivindicadas pela mídia.

“A difusão de imagens do terror produz políticas violentas de controle social”.¹¹⁴ O discurso do direito penal autoritário encontra respaldo nas notícias violentas ilustradas pela mídia, que produzem e alimentam o medo da criminalidade e suscitam o maior rigor penal para os desviantes. Neste sentido, pode-se afirmar que a mídia está em relação de simbiose com a violência e a utiliza como meio manipulação.

Os meios de comunicação “surpreendem pela notícia do atípico, do que pode perturbar a normalidade. Para o pânico moral surgem tratamentos e panacéias morais que variam das castrações químicas às chacinas sangrentas”.¹¹⁵ A banalização do mal é constante e produz a adesão subjetiva à barbárie.¹¹⁶

O fato é que a informação assume a importância de acordo com a forma pela qual é compreendida pela sociedade. Essa compreensão, todavia, pode ser manipulada por interesses que perpassam diluídos nos discursos veiculados na imprensa. As noções sobre criminalidade, por exemplo nem sempre correspondem à realidade, pois são, em grande parte, influenciadas pela forma como a imprensa falada e escrita trata o tema. Existe geralmente uma distorção na percepção da população sobre criminosos e criminalidade, causada, entre outros fatores, pelo preconceito social; pela ênfase da imprensa em certos tipos de crimes de interesse jornalístico; pelo contato com

¹¹³ *Ibidem*, pág. 06.

¹¹⁴ BATISTA, Vera Malaguti, *op. cit.*, pág. 105.

¹¹⁵ *Ibidem*, pág. 101.

¹¹⁶ Expressão cunhada por Vera Malaguti para designar a aceitação do conteúdo que é veiculado pela mídia e responsável pela internalização do medo.

programas televisivos sobre o tema; ou ainda pela exploração política do tema da segurança pública.¹¹⁷

Os ditos argumentos de autoridade são produzidos por falsos especialistas, âncoras, apresentadoras de programas de culinária, atores e cantores, que reproduzem o mantra punitivista reclamando por penas mais duras e atuação efetiva da polícia, sem contar os julgamentos antecipados. Essas pessoas valoram a notícia de modo irracional e se esquecem da proporcionalidade exigida quando da emissão de opinião pública.

A difusão pela imprensa de manifestações de violência, pode, ocasionar a estigmatização dos agentes e grupos por ela expostos, reforçando um cenário de exclusão social e instalando novas formas de relação de poder. “Todo esse tratamento tendencioso dado pela imprensa ao problema da violência criminal pode ser interpretado como a reprodução do ideal politicamente dominante de rigor no que se refere às questões de segurança pública”.¹¹⁸

A mídia é um dos grandes veículos de informação responsável pela formação da opinião pública. Sua atuação é fundamental em uma sociedade democrática, mas questiona-se sua atuação parcial e tendenciosa.

A imprensa desempenha um destacado papel como mediadora social, como agente de socialização e como meio de irradiação de ideais políticos. Entretanto, não é possível admitir a ideia de uma imprensa neutra, ela tem a capacidade de conferir veracidade aos fatos, e por fim, tem a aptidão de atuar como fonte geradora do senso comum, ressaltando seu caráter hegemônico.

¹¹⁷ PESTANA, Débora Regina, *op. cit.*, pág. 77.

¹¹⁸ *Ibidem*, pág. 78.

CAPÍTULO III – O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os três principais exemplos de vestígios do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro são: a lei de crimes hediondos; a lei de combate ao crime organizado, a lei instituidora do regime disciplinar diferenciado e a lei 11.343/2006.

Nesses casos, o objetivo foi criar maior rigidez punitiva para crimes praticados em certos contextos sociais sem, contudo, delimitar as categorias adotadas nos tipos penas, que conferem margem para um grande número de interpretações subjetivas: “o que seria hediondo no Brasil? O crime organizado existe? Quem representa um risco para a ordem social?”¹¹⁹

O conceito de crime depende da tipificação legal para sua existência, sendo que a escolha da conduta que será tipificada parte de uma decisão política cujo conteúdo nem sempre é acertado, neste sentido, é possível afirmar que os discursos elencados nas leis mencionadas buscam criminalizar grupos e indivíduos que representam um “risco” para a sociedade.

A implantação dessas lei penais geraram um aumento frenético do número de presos no Brasil.

As estatísticas produzidas pelo Departamento Penitenciário - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária/ Ministério da Justiça comprovam o aumento crescente no número de detentos nas prisões brasileiras. Nos últimos 17 anos o aumento do numero de encarcerados foi de 468%. Em 1990 eram 90.000 presos e no final de 2007 este número saltou para 442.509 presos.¹²⁰

A promulgação dessas leis revelam a tendência punitiva legislativa em tornar as leis penais cada vez mais repressivas. “As leis brasileiras, cada vez mais repressivas revelam a opção das políticas públicas pelo encarceramento daqueles que cometerem delitos, mas que se espera que cometam outros, ou seja, mantê-los presos para que não reincidam”.¹²¹

No plano internacional, a mais representativa lei que corrobora para a consolidação do direito penal do inimigo tem origem norte-americana e é conhecida como Patriot Act. O Patriot Act é uma lei complexa e vasta que incorpora significativas alterações em 15 leis

¹¹⁹ PINTO, Nalayne Mendonça, *op. cit.*, pág. 09.

¹²⁰ PINTO, Nalayne Mendonça, *op. cit.*, pág. 09-10.

¹²¹ *Ibidem*, pág. 10.

federais e que proporciona extraordinários poderes executivos às estruturas operativas de controle e aos serviços de inteligência.¹²²

Apesar da obscuridade de muitas de suas normas e sua divergência de valores constitucionais, a lei foi aprovada pelo Congresso por meio de um procedimento de emergência, prescindindo de debates e de emendas. Em que pese o documento contemplar propostas anteriores a 11 de setembro, estas ostentaram um papel secundário durante as discussões no Congresso, especialmente porque uma ampla maioria dos parlamentares as consideravam letais para os direitos civis e, sobretudo, colocavam em dúvida a conformidade constitucional.¹²³

“Na realidade, a proposta foi negociada pelo Governo e um grupo heterogêneo de membros do Congresso em três semanas. O *Attorney General Ashcroft* solicitou ao Congresso sua aprovação imediata e incondicional, alegando a iminência de novos ataques”.¹²⁴

1 LEI DE CRIMES HEDIONDOS

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso XLIII, define que:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. Simultaneamente, a Constituição atribuiu ao legislador ordinário a iniciativa de classificar outros tipos penais como hediondos. Destaca-se que não existe dispositivo legal para definir o conceito de hediondo, deixando o legislador livre para a tipificação dos crimes presumidamente hediondos.¹²⁵

Diante do mandamento constitucional o legislador aprovou a lei 8.072 de 25 de Julho de 1990. É imprescindível analisar os fatos ensejadores da promulgação dessa lei, no qual o motivo determinante para a criação da lei foi o grande número de delitos de extorsão mediante sequestro ocorridos no Rio de Janeiro e em São Paulo a partir de 1989,¹²⁶ principalmente o sequestro do empresário Roberto Medina, irmão do então deputado federal Rubens Medina, que durou 16 dias e terminou com a libertação da vítima em 21/06/1990, mediante o pagamento do valor de US\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil dólares), assim como o sequestro do empresário Abílio Diniz, que na época era proprietário de uma

¹²² VERVAELE, John A. E. **A legislação anti-terrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo?** Disponível em: <http://www.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/1_2.pdf>. Acesso em 22 de novembro de 2014. Artigo sem numeração de página.

¹²³ *Ibidem, loc. cit.*

¹²⁴ *Ibidem, loc. cit.*

¹²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizadores: Darlan Barroso e Marco Antonio Araújo júnior. 6º ed. São Paulo: Rideel, 2014, pág. 68.

¹²⁶ *Idem.*

rede de supermercados, no dia 11 de dezembro de 1989.¹²⁷ É possível afirmar que a gênese da lei foi a “necessidade que o governo brasileiro tinha de passar uma sensação de segurança à sociedade”.¹²⁸

Segundo Habib,

Com a divulgação em massa por todos os veículos da mídia na época, que provocou um verdadeiro espetáculo midiático onde contemplava-se a violência criminosa, estava instalado um clima emocional na sociedade brasileira, o que fez com que aumentasse na coletividade a sensação de insegurança, editando uma lei que fosse uma pronta resposta ao anseio social por mais segurança.¹²⁹

O art. 1º da lei 8.072 assim dispõe:

São considerados crimes hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Dec.-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupos de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V); II – latrocínio (art. 157, §3º, *in fine*); III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, §2º); extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 59, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º); estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º); atentado violento ao pudor (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1º, § 1º-A *caput* e §1º-B); considera-se também o crime de genocídio, tentados ou consumados.¹³⁰

O legislador infraconstitucional vedou a concessão de anistia, graça, indulto e fiança. A proibição da liberdade provisória e do cumprimento integral da pena em regime fechado, presentes no texto original, foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal através dos julgamentos HC 104.339/SP e do HC 82.959-7.

O crime de homicídio, na forma qualificada, só foi ser considerado como hediondo quatro anos após a aprovação da lei, como forma de suprir a omissão do legislador, que, na versão inicial da lei, deixou de incluir o homicídio doloso e qualificado, no rol de crimes hediondos. A lei 8.930/94 que alterou o rol dos crimes hediondos foi motivada pela mobilização promovida pela escritora Glória Perez e alguns atores globais em função do assassinato da atriz Daniela Peres.

O surto punitivo, fomentado pela mídia, para a edição da lei de crimes hediondos bem como para a sua modificação representa quais os setores da população são defendidos pelo arcabouço jurídico penal. Se Daniela Perez, Roberto Medina e Abílio Diniz fossem pobres, negros e morassem em uma favela, a modificação da lei mais severa certamente não teria logrado o mesmo êxito.

¹²⁷ HABIB, Gabriel, *op. cit.*, pág. 42.

¹²⁸ *Ibidem*, pág. 43.

¹²⁹ *Ibidem*, pág. 44.

¹³⁰ BRASIL. **Lei 8.072/1990**. Organizadores: Darlan Barroso e Marco Antonio Araújo Júnior. 6º ed. São Paulo: Rideel, 2014, pág.1510-1511.

A lei 8.072/1990 é o diploma que de maneira mais rígida se adequa aos moldes do direito penal do inimigo, dado que os crimes nela inscritos implica na vedação de uma série de benefícios ao réu, o que produz um regime mais rigoroso do que o previsto para as demais infrações.

Contudo, vale destacar que ao invés de “fornecer uma noção, tanto quanto explícita, do que entendia ser a hediondez do crime, o legislador preferiu adotar um sistema bem mais simples, ou seja, o de etiquetar, com a expressão “hediondo”, tipos já descritos no código penal ou em leis penais especiais.”¹³¹ O legislador não se preocupou em definir uma noção explícita de hediondez, simplesmente instituiu alguns crimes como hediondos “a partir de um critério meramente taxativo”.¹³²

A lei de crimes hediondos desempenha exatamente o papel que lhe foi pensado, o de dar à população a falsa ideia de que, através de uma lei altamente repressiva, reencontraria a almejada segurança.¹³³

2 LEI DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

A lei 9.034 foi sancionada pelo presidente da república em 1995 e é vulgarmente conhecida como lei de combate ao crime organizado. Apesar da incisiva tentativa do legislador, a delimitação conceitual de crime organizado enseja grande dificuldade para os criminólogos, de modo que alguns doutrinadores concluíram pela desconstrução da categoria de crime organizado em virtude da imprecisão conceitual contida no texto.

A lei 12.850/2013 define o crime organizado no art. 1º, §§ 1º e 2º:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

§ 2º Esta Lei se aplica também: I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.¹³⁴

¹³¹ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 44.

¹³² RAIZMAN, Daniel Andrés; PEDRINHA, Roberta Duboc, *op. cit.*, pág. 14.

¹³³ FRANCO, Alberto Silva, *op. cit.*, pág. 582.

¹³⁴ BRASIL. **Lei 12.850/2013**. Organizadores: Darlan Barroso e Marco Antonio Araújo júnior. 6º ed. São Paulo: Rideel, 2014, pág. 1967.

Para Zaffaroni, “o crime organizado seria o conjunto de atividades ilícitas que operam no mercado, disciplinando-o quando as atividades legais ou o estado não o fazem”.¹³⁵ Trata-se de “fenômeno de mercado desorganizado ou não disciplinado, que não se abre à disciplina produzida pela atividade empresarial lícita ou menos lícita”.¹³⁶

A lei estabelece que durante a fase da persecução criminal serão permitidos, mediante a autorização judicial, procedimentos como: acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras, captação de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise. Tais concessões ignoram o princípio constitucional da inviolabilidade domiciliar prevista no art. 5º, inciso XI da CRFB, uma vez que permite o acesso a todas as informações sigilosas de indivíduo, sem a necessidade de comprovação de indícios mínimos de autoria e materialidade.¹³⁷

Verifica-se, portanto, que a elaboração do conceito organizações criminosas é um meio para burlar as garantias penais e processuais penais e para consolidar postulados do direito penal do autor. “O termo ‘organização criminosa’ não se dirige a um conceito criminológico e tampouco possui embasamento científico. Trata-se de um paradigma que carece de elementos de sustentação empírica”.¹³⁸ “O tema da criminalidade organizada se presta a manipulações políticas e a introdução de normas legais repressivas que podem emascular as liberdades democráticas com o enrijecimento do Direito Penal”.¹³⁹

3 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

A lei 10.792, instituidora do regime disciplinar diferenciado (RDD) foi aprovada em 18 de novembro de 2003 e, após algumas modificações, sancionada em 01 de dezembro de 2003. Cumpre ressaltar que a lei de abrangência nacional não foi uma inovação, posto que as primeiras experiências com o regime disciplinar diferenciado já haviam surgido como resposta contingente à rebelião ocorrida no Estado de São Paulo no início de 2001 e à rebelião no presídio de Bangu I no Estado do Rio de Janeiro em dezembro de 2002.¹⁴⁰

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime organizado: uma categorização frustrada**. Discursos Sediciosos: Crime Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 1, jan./jun. 1996, pág. 53.

¹³⁶ *Ibidem*, pág. 54.

¹³⁷ PINTO, Nalayne Mendonça, *op. cit.*, pág. 08.

¹³⁸ RAZMAN, Daniel Andrés; PEDRINHA, Roberta Duboc, *op. cit.*, pág. 16.

¹³⁹ *Idem*.

¹⁴⁰ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro**. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/273.pdf>>. Acesso em 05 de novembro de 2014, pág. 13 e 16.

As iniciativas das administrações penitenciárias dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro e o apoio da imprensa¹⁴¹ corroboraram para estimular o parlamento a generalizar o regime diferenciado por meio da elaboração da legislação federal. “A medida de recrudescimento disciplinar esteve igualmente relacionada com a necessidade do poder público em reafirmar seu controle sobre os estabelecimentos prisionais”.¹⁴²

A lei 10.792/03, ao incorporar o regime disciplinar diferenciado na lei de execuções penais (lei 7.210/84 - LEP), determinou o ingresso do preso no regime diferenciado quando o mesmo apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, § 1º da LEP) ou quando recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, § 2º da LEP), essa imprecisão conceitual reforça a indiferença do poder público em relação as práticas arbitrárias frequentemente toleradas nas penitenciárias.¹⁴³

O recrudescimento do controle disciplinar para o cárcere é uma medida de segregação para os segregados, cujos objetivos não se limitam a neutralização e incapacitação, englobando, também, a produção do sentimento de segurança e de proteção.¹⁴⁴ O isolamento produzido pela aplicação do regime implanta um novo modelo de cumprimento de pena, pautado na inabilitação e na exclusão, “que não apenas redefine o significado do controle disciplinar na fase da execução penal, mas rompe a lógica do sistema progressivo e, sobretudo, viola o núcleo duro da Constituição que são os direitos e garantias individuais”.¹⁴⁵

Através da análise dos dispositivos referentes ao RDD, verifica-se que o legislador concede ao juiz a possibilidade de avaliar o cabimento ou não do RDD através de elementos subjetivos e casuísticos, dado que os parâmetros para a aplicação do regime está vinculado a conceitos jurídicos indeterminados. A permissão legal fica subordinada a um conceito vago e permite que o juiz utilize o seu critério de experiência pessoal e conhecimento jurídico para aferir, no caso concreto, o eventual emprego do RDD.¹⁴⁶ “A ressignificação normativa da disciplina consiste na possibilidade de impor o regime diferenciado a determinados presos não

¹⁴¹ Segundo Salo de Carvalho e Christiane Russomano Freire, o fértil solo discursivo, propício para irromper a legislação de pânico, estava cultivado: cultura de emergência fundada no aumento da violência e a vinculação da impunidade ao “excesso de direitos e garantias” dos presos (provisórios e condenados). A resposta contingente seria consequência natural.

¹⁴² *Ibidem*, pág. 17.

¹⁴³ *Ibidem*, pág. 18-19.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pág. 19.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pág. 20.

¹⁴⁶ PINTO, Nalayne Mendonça, *op. cit.*, pág. 09.

apenas pela prática de falta grave, situação que por si só é absolutamente arbitrária, mas, sobretudo, pela adjetivação aleatória de sua conduta pessoal no cárcere ou fora dele”.¹⁴⁷

A técnica legislativa utilizada serviu historicamente para o uso arbitrário dos poderes pelos agentes prisionais, os quais utiliza(va)m-se da imprecisão terminológica para adjetivar condutas banais de presos incômodos. Tal volatilidade produziu a minimização dos direitos dos apenados nos procedimentos de averiguação das faltas disciplinares. Talvez um dos exemplos mais notórios de condutas reivindicatórias pacíficas (movimentos paredistas) que acaba(va)m sendo definidas como atos de “subversão da ordem e da disciplina”, passíveis, pois, de sanção disciplinar por falta grave, é a prática da greve de fome.¹⁴⁸

A classificação do “preso perigoso” em RDD independe da apreciação formal de falta, ou seja, não é necessário a apuração da prática de falta grave pelo procedimento administrativo e a posterior homologação pelo juiz, isso contribui para a arbitrariedade administrativa nas penitenciárias, bastando que o apenado manifeste as condições contidas nos parágrafos 1º e 2º do art. 52 para existir a possibilidade de ingresso no novo regime de pena, como por exemplo, no caso de apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, § 1º da LEP) e quando recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou o bando (art. 52, § 2º da LEP).¹⁴⁹

Sancionado o preso por falta grave ou sendo-lhe atribuído o rótulo de “perigoso”, poderá ser submetido ao RDD, nas seguintes especificidades: (a) duração de 360 (trezentos e sessenta) dias; (b) recolhimento em cela individual; (c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, por 02 (duas) horas; (d) saída diária, por 02 (duas) horas, para banho de sol.¹⁵⁰

De acordo com Busato,

as restrições previstas no RDD (...) não estão dirigidas aos fatos e sim à determinada classe de autores. Busca-se claramente dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque, segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são ‘suspeitas’ de participação em bandos ou organizações criminosas.¹⁵¹

O RDD cooperou para a institucionalização da dicotomia entre os presos portadores de direitos e os presos inimigos, promovendo uma modalidade de punição para quem já está cumprindo pena, tendo como finalidade combater permanentemente as formas de vida perigosa.¹⁵²

¹⁴⁷ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano, *op. cit.*, pág. 20.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pág. 21.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pág. 20-21.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pág. 21.

¹⁵¹ BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal do Inimigo**. Revista de Estudos Criminais (14). Porto Alegre: Notadez/PUCRS/ITEC, 2004, pág. 140.

¹⁵² CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano, *op. cit.*, pág. 23.

O isolamento celular prolongado, imposto pelo RDD, produz efeitos devastadores para a saúde mental e física dos apenados. Trata-se de uma pena cruel que remete ao conceito de pena como exercício da vingança social. “Tem-se, assim, não apenas uma ressignificação da disciplina, mas dos próprios suplícios, em um sistema (ideológico) integrado de maxipunitividade”.¹⁵³ Os dispositivos referentes ao regime infringem as normas constitucionais de tutela dos direitos individuais que proíbe o uso de penas cruéis e assegura o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, inciso XLVII, alínea “e” da CRFB).

Cabe ressaltar que, contrariamente a ideia do sistema progressivo de pena e de reabilitação, a finalidade do RDD é limitar as possibilidades de saída do sistema carcerário bem como reforçar a inabilitação do apenado. Por fim, frisa-se que

não há nada mais inabilitador do que a rigorosa submissão às técnicas de deterioração físico-psíquica engendradas pelo modelo previsto no RDD, no qual a cela do isolamento celular assume a nítida feição de sepulcro.¹⁵⁴

4 A LEI 11.343/2006 E O TRAFICANTE DE DROGAS

No Brasil, a figura do traficante ganha destaque em detrimento do tipo penal de tráfico. A ênfase dada ao agente comprova a predominância do direito penal do autor. O traficante concentra os piores adjetivos, sendo qualificado como categoria abominável, consubstancia-se como o verdadeiro inimigo. Os traficantes integram uma categoria peculiar, mais do que inimigos, são a representação do mal, “são coisificados, sequer apresentam modo de vida de gente, nome de gente”.¹⁵⁵ A ausência de garantia do mínimo de segurança cognitiva e a classificação como não pessoa enquadra o traficante na categoria de inimigo extinguindo a sua cidadania.

Não obstante a depreciação de sua imagem, pela perspectiva da pobreza, o traficante é considerado como modelo de sucesso, seu êxito é atribuído em razão da ascensão de classe social conquistada com o lucro dos “negócios”, que independe de estudos e do trabalho braçal.

¹⁵³ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁵⁴ *Ibidem, pág. 25.*

¹⁵⁵ RAIZMAN, Daniel Andrés; PEDRINHA, Roberta Duboc, *op. cit.*, pág. 17. Segundo Raizman e Pedrinha, João Moreira Salles e Kátia Lund, no filme: “Notícia de uma guerra particular,” identificam que os traficantes recebem apelidos que os despersonalizam, ocorre sua coisificação. Quando um deles morre não há associação a um nome de pessoa. Há desumanização, como se pode conferir pelos nomes que recebem: lulu, dudu, escadinha, uê, pato, sapo, pinto, tijolo, gordo, bagulhão, japonês, professor, vp, meio quilo, jogador, dentre outros apelidos. In RAIZMAN, Daniel Andrés; PEDRINHA, Roberta Duboc, *op. cit.*, pág. 17.

A figura do inimigo é preenchida pelo traficante, geralmente concatenada às classes sociais pobres, cuja condição enseja a aplicação da pena criminal. Todavia, em contraste, os consumidores de drogas, integrantes das altas classes, recebem tratamento médico sanitário.

Registre-se que o legislador engendrou tratamentos diferenciados para o consumidor e o traficante de drogas. O primeiro é tido como doente e precisa ser curado e o segundo é entendido como delinquente e deve ser eliminado.¹⁵⁶ O direito penal do inimigo conduz à aplicação de pena para o inimigo, “ou seja, o traficante; já para os consumidores, vale uma forma de controle mais sofisticada, pois não são vistos como inimigos, ou seja, para os usuários a medida aplicada é a terapêutica”.¹⁵⁷

Esse tratamento da legislação penal também é verificado no plano internacional: os países subdesenvolvidos são taxados como fornecedores de drogas, são traficantes que devem receber tratamento penal. Já os países desenvolvidos, caracterizam-se como usuários, consumidores de drogas apontados como vítimas e tratados como doentes.¹⁵⁸

A lei 11.343/2006 não estabelece parâmetros objetivos seguros para separar quem é usuário de quem é traficante. Os textos normativos referentes a legislação especial de drogas conferem uma grande margem de arbitrariedade ao intérprete para definir o enquadramento

¹⁵⁶ *Ibidem*, pág. 18.

¹⁵⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁵⁸ Nesse sentido Raizman e Pedrinha ressaltam que a história americana da criminalização das drogas remete ao início do século XX, através da perseguição ao imigrante pobre, sobretudo, o mexicano. Foi inicialmente com a lei El Paso de 1914, no Texas, que surgiu a incriminação da maconha no continente americano. O governo divulgava que o usuário se tornaria um matador, lançava pânico em face dos imigrantes que faziam uso da droga. Desse modo, as substâncias entorpecentes não foram analisadas como um problema de saúde pública, pois foram deslocadas para a Secretaria do Tesouro, onde foi criada a agência de controle de entorpecentes e aberta guerra às drogas. Harry Jacob Anslinger moldou a opinião pública, defendendo a rigidez de leis e ações no combate às drogas. Associou-se a grupos conservadores de brancos moralistas, e logo, todos os estados criminalizaram a maconha. Mais recentemente, na década de 70, Nixon criou o DEA, um novo super órgão, reunindo todas as divisões de combates às drogas (com mais de 4.000 agentes, que com amplos poderes grampeavam telefones, violavam domicílios, investigavam indivíduos). Ainda neste ano aconteceram aproximadamente 226 mil prisões ligadas apenas à maconha. Em 1974, o presidente Ford continuou a guerra às drogas, borrifando herbicidas de uso militar paraquat nos campos de cultivo da maconha, inclusive em outros países. O combate às drogas de 1970 a 1977 gerou um gasto de 76 bilhões de dólares. O novo presidente, Jimmy Carter tentou propor mudanças, contudo, face ao escândalo de Peter Bourne, e pressões da opinião pública, o projeto de descriminalizar a maconha não passou no Congresso. Ocorreu a ascensão da direita religiosa e moralista, com o presidente Reagan. Desse modo, as escolas eram vistoriadas, imperava um clima de suspeição generalizada. Em 1986, surgiu a Lei Antidrogas, e o presidente George Bush estabeleceu uma repressão total, queria punição com a morte. De 1980 a 98 foram gastos 251 bilhões de dólares com esse modelo repressor de política criminal. Com o presidente George W. Bush o modelo bélico, de combate aos desviantes se intensificou, ampliando apenas o foco do traficante ao terrorista.

legal de quem é pego com o entorpecente.¹⁵⁹ Assim, receber tratamento de traficante ou usuário depende da subjetividade dos operadores do sistema penal (delegados, promotores, juízes), uma vez que não há dispositivos legais que mencionem a quantidade específica de drogas para concretizar a diferenciação.¹⁶⁰

A ausência de critérios objetivos oportuniza a realização da seletividade penal. Não é causa surpresa a informação, extraída da pesquisa empírica realizada por Orlando Zaccone, de que “os criminosos autuados e presos pela conduta descrita como tráfico de drogas são constituídos por homens e mulheres extremamente pobres, com baixa escolaridade e, na grande maioria dos casos, detidos com drogas sem portar nenhuma arma”.¹⁶¹

Os representantes do Estado selecionam, em função do estereótipo do autor, a partir de características como: raça, cor, classe social; como o agente se enquadrará, no tipo penal do tráfico ou do uso de drogas. Assim, se um indivíduo for pertencente a um segmento social elevado, branco; certamente será tipificado como usuário - mesmo que a quantidade da droga não seja pequena, posto que em tese o excesso da substância fosse para suposto estoque quando for integrante dos marginalizados, o autor, mesmo em posse de pequena quantidade de droga, será concebido como tendo o dolo de venda, e assim, será enquadrado como traficante.¹⁶²

Acertadamente,

Quando o assunto é o comércio de drogas ilícitas, o legal e o ilegal aparecem mesclados de forma indivisível e, como diz o mestre Eugenio Raúl Zaffaroni, a seletividade punitiva não é de toda arbitrária e se orienta pelos padrões de vulnerabilidade dos candidatos à criminalização, que, nesse caso, são empresas mais débeis, presas fáceis da extorsão e, na cidade do Rio de Janeiro, são representadas pelo tríduo PRETO-POBRE-FAVELA.^{163 164}

¹⁵⁹ O art. 28 da lei 11.343/2006 estabelece que “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”. Já o art. 33 dispõe que “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”.

¹⁶⁰ Na pesquisa realizada por Orlando Zaccone no ano de 2002, ficou constatado que entre os flagrantes lavrados para apurar a conduta de tráfico de entorpecentes na capital e na baixada fluminense, todas as delegacias da zona sul reunidas, incluindo Botafogo, Copacabana, Ipanema, Leblon e Gávea, somadas à Barra da Tijuca (zona oeste) atingem menos da metade dos registros realizados somente na 34º DP, em bangu. In D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pág. 35.

¹⁶¹ D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone, *op. cit.*, pág. 11-12.

¹⁶² RAIMAN, Daniel Andrés; PEDRINHA, Roberta Duboc, *op. cit.*, pág. 19.

¹⁶³ D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone, *op. cit.*, pág. 24.

¹⁶⁴ Bem observa Orlando Zaccone que “temos diante da seletividade punitiva da guerra contra as drogas aquilo que o sociólogo Zygmunt Bauman denomina criminalização dos consumidores falhos,

Ao analisar os fatos, vislumbra-se uma verdadeira incoerência na política criminal de drogas no Brasil. Sob o pretexto de proteção da saúde pública se observa um exorbitante número de mortes motivadas pela guerra contra as drogas e, principalmente, contra o traficante. Ressalta-se que este número é muito superior ao das pessoas que falecem por overdose.¹⁶⁵ Com Acerto, Nilo Batista adverte sobre a metáfora ocorrida na Bolívia: “nas áreas em que os fuzileiros navais norte-americanos despejaram suas poderosas drogas, que arrasaram as plantações de coca e adjacências, começaram a nascer crianças deformadas”.¹⁶⁶

ou seja, daquela massa de excluídos que não tem recursos para acessar o mercado de consumo – aqueles cujos meios não estão a altura dos desejos. Nesse ponto reside a única racionalidade do modelo bélico de repressão ao tráfico de drogas ilícitas: punir os pobres, segregando os “estranhos” do mundo globalizado”. In D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone, *op. cit.*, pág. 25.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pág. 20.

¹⁶⁶ BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, pág. 62.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas teorias contratualistas, principalmente em Kant e Hobbes, e no funcionalismo sistêmico de Niklas Luhmann, Jakobs contrói sua doutrina em que o direito penal possui a incumbência de assegurar o seguro funcionamento da sociedade, sendo que a condição de pessoa passa a ser uma construção social, que pode ser atribuída ao sujeito caso ele se comporte segundo as normas de atuação representativas do seu papel social.

Para Jakobs, o objetivo do direito penal, pautado nas premissas da prevenção positiva da pena, consiste na restauração da vigência da norma inobservada quando um crime é cometido. As normas são a base da sociedade, são a regulamentação do conteúdo das interações entre as pessoas dentro do que pode ser esperado, de modo que sua estabilização é a estabilização da sociedade. A existência de uma sociedade depende da vigência da norma, e isso significa dizer que ainda que possam ser violadas, a sociedade é munida de mecanismos capazes de estabilizar as normas.

Para punir aqueles que não corresponderam as expectativas normativas, que não cumpriram seu respectivo papel social, e promover respectiva estabilização das mesmas, Jakobs cria um duplo sistema de imputação diferenciado de modo que a personalidade do autor, bem como o seu modo de vida e sua medida de periculosidade, são elementos responsáveis pela definição de qual sistema será aplicado.

Caso o delito seja passível de reparação e não represente uma afronta grave à vigência da norma aplica-se o direito penal do cidadão observando-se todas os direitos e garantias individuais inerentes a um direito penal liberal orientado pelo direito penal do fato, tal como nos moldes preconizados por Beccaria. Todavia, aquele que se comporta contrariamente ao direito de maneira reiterada é punido com base nos postulados do direito penal do inimigo, que é considerado como um verdadeiro direito penal do autor, cuja presunção de cometimento de delitos é punida de acordo com a periculosidade (e não culpabilidade) do agente através da imposição de uma medida de segurança responsável por neutralizar a potencial ação do inimigo. Pune-se pelo perigo abstrato.

Através da análise do exercício do poder punitivo ao longo dos anos foi possível inferir que a figura do inimigo não se trata de uma inovação dogmática. O inimigo sempre esteve presente e, historicamente, foi utilizado para legitimar as práticas arbitrárias do sistema penal.

Além do mais, a propagação do medo é instrumento eficaz de consolidação da existência do inimigo e da necessidade de sua eliminação. Em uma sociedade de risco, tal qual se verifica no momento atual, o sentimento de insegurança é o elemento primordial para se punir aqueles que desafiam a ordem e a paz social. Um dos aparelhos incentivadores da penalização é a mídia, que concebe os discursos televisivos de modo banal e convalida a repressão por meio da propagação do medo e da constante ameaça da violência através da construção de um inimigo. Isto contribui para provocar uma insatisfação social que clama por recrudescimento penal.

Aproveitando-se da sede punitiva que move as massas populacionais, os políticos sustentam campanhas que brandam por justiça, deixando de lado as políticas públicas e mecanismos jurídicos de prevenção ao crime. O sentimento de insegurança social provocada influi diretamente no movimento de endurecimento das leis penais formando um direito penal simbólico despreocupado com direitos e garantias fundamentais e desenvolvido especialmente para promover eleições.

O grande problema da teoria de Jakobs concentra-se em três pontos: a inexistência de bens jurídicos individuais, servindo o direito à proteção exclusiva da vigência da norma; na dificuldade de definir quem se enquadra na categoria de inimigo e na antecipação da punição baseada na periculosidade do agente.

Cumpra-se observar que no sistema Jakobsiano não existe bem jurídico tal como entendemos hoje. O ordenamento jurídico se empenha na proteção do único bem que permite o funcionamento do direito: a norma jurídica. Entretanto, Jakobs se esquece de que as normas penais são preenchidas a partir de decisões políticas, cujo conteúdo nem sempre se mostram acertados. Os bens jurídicos atuam como parâmetros e referências para inutilizar as leis que se mostram irracionais, em descompasso com a constituição. Jakobs considera as normas jurídicas como absolutas sem questionar suas pretensões.

Além disso, existe uma grande dificuldade em definir quem se enquadra na categoria de inimigo, uma vez que sua classificação depende de elementos subjetivos que autorizam arbitrariedades na sua escolha. Evidentemente que o rol de inimigo será preenchido com os indesejáveis sociais e, assim, o direito será um aparelho útil à segregação e essencial ao processo de higienização social, cuja finalidade é exterminar todos os seres que causam incomôdo. “A questão é tanto mais preocupante do ponto de vista ético pelo fato de que

aqueles que punimos são em larga medida pessoas pobres e extremamente estigmatizadas que precisam mais de assistência do que punição”.¹⁶⁷

Com acerto, Baumann explica que a pena, outrora entendida como mecanismo de domesticação das massas para o trabalho nas indústrias, não possui mais sentido em uma sociedade cuja globalização e a tecnologia de ponta dispensam os esforços do trabalho humano, que são substituídos por supermaquinários. Neste sentido, a pena funciona como um verdadeiro sepulcro em que o objetivo é a exclusão total do apenado, sua função se limita a provocar um efeito intimidador nos demais integrantes da sociedade, bem como assegurar a vigência da norma, sem qualquer preocupação com a ressocialização do agente.

Outrossim, a neutralização do chamado inimigo é fundamentada na medida da sua periculosidade, o que implica considerar não os fatos pretéritos cometidos, mas sim fatos abstratos carentes de existência. Trata-se de punir aquilo que não existe.

Certamente, a reflexão de Jakobs decorre dos tempos modernos em que se torna mais difícil compreender o outro como cidadão e como sujeito de direitos, um dos sintomas da modernidade é o alto nível de individualismo e intolerância as pessoas diferentes da massa homogênea modulada pelos ditames capitalistas. É certo que o direito penal do inimigo é uma medida de desigualdade, é um fator hierarquizante e essencial à dominação e exclusão de determinados sujeitos da sociedade.

Por fim, cumpre destacar que o direito penal do inimigo retorna aos fundamentos nazistas para fazer do direito um instrumento da política estatal, na tentativa de obtenção de um poder de controle inesgotável. Desta forma pode-se concluir pela manifesta incompatibilidade entre a instituição do direito penal do inimigo e o Estado democrático de direito.

¹⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt, *op. cit.*, pág. 122.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>, acesso em 03 de Outubro de 2014.

_____. **Punidos e mal pagos**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. **Criminologia e Política Criminal**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1u1hAje_Tg4J:www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v1n2a22009.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 05 de fevereiro de 2014.

_____. **Difíceis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizadores: Darlan Barroso e Marco Antonio Araújo júnior. 6º ed. São Paulo: Rideel, 2014.

BRASIL. **Lei 8.072/1990**. Organizadores: Darlan Barroso e Marco Antonio Araújo júnior. 6º ed. São Paulo: Rideel, 2014.

BUSATO, Paulo César. **Regime Disciplinar Diferenciado como Produto de um Direito Penal do Inimigo**. Revista de Estudos Criminais (14). Porto Alegre: Notadez/PUCRS/!TEC, 2004.

BRASIL. **Lei 12.850/2013**. Organizadores: Darlan Barroso e Marco Antonio Araújo júnior. 6º ed. São Paulo: Rideel, 2014.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. **O regime disciplinar diferenciado: notas críticas à reforma do sistema punitivo brasileiro**. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/30/Documentos/273.pdf>>, acesso em 05 de novembro de 2014.

CONDE, Francisco Muñoz. **As origens ideológicas do direito penal do inimigo**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/48991435/Francisco-Munoz-Conde-As-origens-ideologicas-do-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em 29 de setembro de 2014.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

EMMERICK, Rulian. **Aborto: (des)criminalização, direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do direito**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/56829036/ARTIGO-LUIS-GRECO>>. Acesso em 11 de novembro de 2014.

HABIB, Gabriel. **O direito penal do inimigo e a lei de crimes hediondos**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução João Paulo Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções críticas**. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

KUNZLER, Caroline de Moraes. **A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:huZz9URJtREJ:seer.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari>>. Acesso em 19 de novembro de 2014.

MENDES, André Pacheco Teixeira. **O direito penal do inimigo: quando Jakobs se aproxima de Hobbes e Freud**. Disponível em: <<http://revistaepos.org/?p=376>>. Acesso em 30 de outubro de 2014.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2011.

NETO, Moysés da Fontoura Pinto. **Da exclusão ao inimigo: o direito penal do inimigo enquanto estratégia de engenharia social contemporânea**. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1153>. Acesso em 11 de novembro de 2014.

PEREIRA, Geailson Soares. **O direito como sistema autopoietico**. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1524/1528>>. Acesso em 20 de outubro de 2014.

PESTANA, Débora Regina. **Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: Editora Método, 2003.

PINTO, Nalayne Mendonça. **A construção do inimigo: um estudo sobre as representações do mal nos discursos de política penal**. Disponível em: <http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2029/NALAYNE%20PINTO.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2014.

RAIZMAN, Daniel Andrés; PEDRINHA, Roberta Duboc. **Os fundamentos epistemológicos da construção do direito penal do inimigo na contemporaneidade: aspectos nacionais e transnacionais**. Disponível em: <http://www.freixinho.adv.br/_recursos/pdf/artigos/011.pdf>. Acesso em 03 de novembro de 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA, Felipe Gonçalves (coordenadores). **Manual de sociologia jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general, tomo I**. Tradução livre. Madrid: Thomson Civitas, 2008.

SANCINETTE, Marcelo A. **Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008.

_____. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em 26 de outubro de 2014.

_____. **Os Discursos sobre Crime e Criminalidade**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:JOq11hdoKOIJ:www.cirino.com.br/artigos/jcs/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2014.

VERVAELE, John A. E. **A legislação anti-terrorista nos Estados Unidos: um direito penal do inimigo?** Disponível em: <http://www.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/1_2.pdf>. Acesso em 22 de novembro de 2014.

WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos estados unidos.** Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro.** Volume I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime organizado: uma categorização frustrada.** Discursos Sediciosos: Crime Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 1, jan./jun. 1996.

_____. Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZYGMUNT, Bauman. **Medo líquido.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.