

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO - UNEMAT**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO DA UNEMAT**  
**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ - UFPA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFPA**  
**MESTRADO INTERINSTITUCIONAL UNEMAT/UFPA**

FÁBIO DE SÁ PEREIRA

**O “INIMIGO” DE JAKOBS DESVELADO PELA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

BELÉM/PA

2016

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO - UNEMAT**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO DA UNEMAT**  
**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ - UFPA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFPA**  
**MESTRADO INTERINSTITUCIONAL UNEMAT/UFPA**

**O “INIMIGO” DE JAKOBS DESVELADO PELA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Dissertação apresentada por Fábio de Sá Pereira ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado Interinstitucional UFPA/UNEMAT, como requisito para titulação de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Jean-François Yves Deluchey, na linha de pesquisa de Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos.

BELÉM/PA

2016

**FÁBIO DE SÁ PEREIRA**

**O “INIMIGO” DE JAKOBS DESVELADO PELA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado Interinstitucional UFPA/UFMT/UNEMAT, como requisito para a obtenção de título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos

Aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Doutor Jean-François Yves Deluchey - UFPA  
Presidente

---

Prof. Dr. Raimundo Wilson Gama Raiol - UFPA  
Membro Interino

---

Profa. Dra. Bárbara Lou da Costa Veloso Dias – IFCH-UFPA  
Membro Externo

## **DEDICATÓRIA**

Aos meus pais, Ivo e Jeanete, pelo amor incondicional, confiança e estímulo.

À Taís, minha esposa querida, pelo esforço desmedido para que eu chegasse aqui.

À minha filha Laís, por ser a minha inspiração maior e fonte da minha perseverança.

Ao pequeno Raul, meu filho, que nem sabe ainda mas é quem ilumina de maneira especial meus pensamentos na busca de mais conhecimento.

## AGRADECIMENTOS

Meu mais importante legado deste mestrado é ter sido orientado pelo Professor Doutor Jean-François Yves Deluchey, a quem não tenho palavras para agradecer, tanto pela oportunidade da sua orientação, dos seus ensinamentos, pelo convívio acadêmico com a sua inteligência e sabedoria, quanto pela boa amizade que acabou surgindo.

À Profa. Dra. Bárbara Lou da Costa Veloso Dias, por ter contribuído imensamente com o meu trabalho quando da qualificação, colocando minhas ideias iniciais na calha certa. Sua contribuição foi fundamental para que eu pudesse continuar.

Ao Professor Doutor Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa, por ter acreditado e feito realizar esse projeto do Minter com a UNEMAT, cujo sucesso é fruto do seu empenho.

Ao Prof. Dr. Raimundo Wilson Gama Raiol, pela honra de tê-lo em minha Banca.

À UFPA, pelo privilégio de poder ser também um dos seus.

À UNEMAT, minha casa, pela oportunidade.

Aos Professores do Minter, dentre os quais os da UFMT, pelo engajamento no projeto, dedicação impagável e carinho com a turma.

A todos os meus colegas de UNEMAT, tanto aqueles que tornaram possível essa parceria UFPA/UFMT/UNEMAT, como os professores Adriano, Cesar Davi, Áurea, Dionei, Ricardo, dentre outros, quanto aqueles que de alguma maneira me ajudaram nessa jornada, especialmente aos meus amigos de Departamento Danilo e Armandinho, pelas aulas particulares, dicas e sugestões que me deram de bom grado quando faltava luz no caminho.

Aos meus irmãos, Tatiana, Marcel e Genalva; à minha sogra Aimée e cunhado Anderson; aos meus amigos mais próximos, em especial Wagner e Selma, pela torcida constante, incentivo, bons presságios, tolerância com as ausências, enfim, pela energia que serviu de combustível complementar para que eu conseguisse chegar.

## **RESUMO**

A pesquisa se propôs a analisar o uso dos termos cidadão e inimigo pela teoria do direito penal do inimigo de Günther Jakobs associando-os às teorias políticas contratualistas de Hobbes e Rousseau. Definidos os usos dessa terminologia, o trabalho desvela a construção desses termos como dogmas do direito penal, contrapondo-os com as críticas da Criminologia Crítica. Objetivando evidenciar os usos da dogmática penal do inimigo nas instituições, a pesquisa analisou o discurso penal da magistratura e do Ministério Público em relação à teoria penal do inimigo, caracterizando os cidadãos e os inimigos contemporâneos. O desenvolvimento da investigação utilizou de metodologia dedutiva de cunho exploratória, com contraposição de argumentos teóricos.

**Palavras-chaves:** inimigo, cidadão, teoria penal do inimigo, dogmática, criminologia crítica.

## **ABSTRACT**

The research aimed to analyze the use of the terms citizen and enemy by the theory of penal law of the enemy from Günther Jakobs , linking them with the contractualist political theories from Hobbes and Rousseau. It was defined the uses of this terminology the work reveals the construction of these terms as dogmas of criminal law, confronting them with the criticism from the Criminology Review. It was aiming to evidence the uses of dogmatic penal law of the enemy in the institutions, the research analyzed the criminal discourse of the magistracy and the public prosecutor in respect to the criminal theory of the enemy, pointing out the specific qualities of citizens and the contemporary enemies. The development of research used a deductive methodology of exploratory nature, putting them against the theoretical arguments.

**Keywords :** enemy , citizen, criminal theory of the enemy, dogmatic , critical criminology.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO 1.....</b>	<b>12</b>
<b>A IDEOLOGIA LIBERAL EM HOBBS E ROUSSEAU COMO FUNDAMENTO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....</b>	<b>12</b>
1.1 DEFINIÇÕES PRELIMINARES: IDEOLOGIA E DOGMÁTICA.....	12
1.2 BREVES NOÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO .....	19
1.3 A INFLUÊNCIA DE HOBBS NA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....	24
1.4 AS INFLUÊNCIAS DE JEAN-JACQUES ROUSSEAU NA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....	34
1.5 O DOGMA INIMIGO E CIDADÃO .....	35
<b>CAPÍTULO 2.....</b>	<b>40</b>
<b>O INIMIGO DESNUDADO, NORMALIZANDO A OMISSÃO IDEOLÓGICA TEÓRICA .....</b>	<b>40</b>
2.1 SUBVERSÃO DO SILENCIAMENTO PELA CRIMINOLOGIA CRÍTICA RADICAL .....	44
2.2 A NORMALIZAÇÃO DOGMÁTICA: DESVELAMENTO DO SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS.....	51
2.3 JUDICIALIZAÇÃO PUNITIVISTA DO INIMIGO OU DE QUANDO A DESIGUALDADE SE NORMALIZA PELO CONTROLE SOCIAL DO ESTADO.....	55
<b>CAPÍTULO 3.....</b>	<b>58</b>
<b>O EXERCÍCIO DA DOGMATIZAÇÃO PENAL DO INIMIGO PELA JUSTIÇA PENAL.....</b>	<b>58</b>
3.1 A DOGMÁTICA PENAL INQUISITORIAL-ACUSATÓRIA COMO CONTROLE SOCIAL PELA JUSTIÇA PENAL.....	61
3.2 QUANDO A ATUAÇÃO DOGMÁTICA PENAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO APRISIONA E REPRODUZ A IDEOLOGIA PENAL DO INIMIGO.....	70
3.3 PROVIMENTO DO DOGMA INIMIGO FRENTE À DEMOCRACIA.....	74
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>84</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>86</b>



## INTRODUÇÃO

A pesquisa inicial se propunha a analisar a obra de Günther Jakobs, incluindo uma avaliação sobre a aplicação de sua teoria, por meio da jurisprudência em todo o País. Era um projeto ambicioso e complexo, provavelmente como uma dissertação seria muito difícil concluí-lo. Por essa razão o objeto de estudo centrado na teoria de Jakobs foi aperfeiçoado e diminuído em razão das possibilidades temporais e bibliográficas de realizá-lo.

O objetivo da pesquisa reside em analisar a construção dogmática da categoria inimigo na principal obra de Jakobs (JAKOBS; MELIÁ, 2008), oferecendo reflexão dedutiva bibliográfica que capacite a compreendê-la como ideológica. Seu uso ideológico e dogmático sem problematização a partir da realidade social pode acarretar a ampliação do direito penal do inimigo afrontando os direitos fundamentais. A pesquisa apresenta a percepção do Ministério Público do Rio Grande do Sul e Ministério Público Federal (AZEVEDO, 2004, 2010) em defesa dessa ideologia, bem como jurisprudência de tribunais do País (um superior, o STJ, e outro estadual, o TJMT) que tratam expressamente do assunto. A inclusão do debate a respeito da teoria penal do inimigo nas instituições tem auxílio dos meios de comunicação que promovem sensacionalismo sobre certos crimes e acabam comovendo/sensibilizando o Legislativo a criar normas penais rigorosas, muitas vezes suprimindo direitos.

Essa teoria tem ganhado adeptos e simpatizantes. Sucintamente, defende a ideia de que para uma melhor análise do direito penal é preciso separar os criminosos em duas categorias: na primeira estão os delinquentes que podem ser recuperados e ressocializados, já a segunda diz respeito aos que são inimigos do Estado e são irrecuperáveis. Só os primeiros são detentores de direitos. Inicialmente (década de oitenta), a teoria penal do inimigo era definida apenas de modo abstrato, como conceito descritivo afastado de sua efetiva inserção na política criminal dos Estados. Entretanto, ao longo do tempo, os próprios autores começaram (fins da década de noventa) a defender a legitimidade de aplicação de um direito penal para aquelas pessoas consideradas inimigas e um outro direito penal aos cidadãos. A criminologia crítica tem se colocado como contraponto crítico à expansão do direito penal do inimigo.

A dissertação privilegia, a partir de Tércio Ferraz Júnior (2006, 2013), entender, por um lado, a dogmatização da ideologia do inimigo como expressão da evolução dogmática do direito, o que acaba dogmatizando também a própria categoria para os usos das instituições judiciárias. Por outro, adota também a perspectiva zetética do direito (FERRAZ JUNIOR, 2006, 2013) porque capacita a se desestabilizar o dogma, tendo como fundamento teórico os

trabalhos da criminologia crítica de Vera Regina Pereira de Andrade (1994, 2003), Alessandro Baratta (1985, 2004) e Salo de Carvalho (2005, 2010). As teorias criminológicas de orientação crítica se diferenciam das teorias tradicionais ou dogmáticas principalmente em relação ao âmbito do que estudam: o criminoso e não o crime.

De modo muito introdutório e resumido, essa pesquisa tenta comprovar que a categoria ideológica do inimigo em Jakobs (2008), tornada dogma, pode acarretar a supressão de direitos ao se tentar ampliar a sua aplicação na política criminal dos Estados, conferindo-lhe legitimidade. O caminho de revisão teórica da pesquisa segue uma trajetória histórica-epistemológica do direito associando-o ao direito penal e escola clássica até a perspectiva zetética, a partir da criminologia crítica. Uma passagem do direito tomado como ciência e dogma, para o direito penal tomado no mesmo sentido e criticado pela criminologia. Significa que a preocupação da dissertação apresenta uma perspectiva de que o conhecimento penal do inimigo ideologizado e tornado dogma se insere no pensamento penal punitivista das instituições (magistratura e Ministério Público), ampliando a severidade das normas penais (Legislativo) mesmo que contrariando direitos previstos constitucionalmente.

Importante influência que levou Jakobs (2008) a distinguir um direito penal aos inimigos e outro aos cidadãos foi a filosofia política de Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau. A partir dessa influência, Jakobs (2008) defende a aplicação da teoria àqueles que rompem com o pacto social, rejeitando-lhes o *status* de cidadãos e sujeitos de direitos, afirmando que deixariam de agir como pessoas, sendo, portanto, legítimo e justo não possuírem os direitos inerentes às pessoas. Ideias semelhantes a essas foram defendidas por Carl Schmitt, jurista alemão e teórico do regime nazista, segundo o qual a sociedade era dividida em amigos da sociedade, aquelas pessoas produtivas e, os inimigos, vistos como sub-raças ou sub-humanos.

No País, no início do século XX, houve a chamada reforma urbana ou política higienista pautada na ideia de separação das pessoas produtivas (comerciantes, trabalhadores) das improdutivas (mendigos), justificando ações policiais que expulsaram moradores de suas casas (cortiços) e tiraram suas vidas. A consequência dessa política foi a formação de grande parte das chamadas favelas (comunidades) no Rio de Janeiro. Há muitos exemplos de políticas punitivistas no Brasil, dentre as quais: o episódio do Massacre de Carandiru, a Chacina da Candelária, e ainda a Chacina de Vigário Geral.

Diferentemente do que acontece no direito penal do cidadão, no direito penal do inimigo não se encontra o princípio da igualdade perante a lei, nem de igualdade processual. Diferentemente do direito penal do cidadão, no direito penal do inimigo o Executivo tem a

possibilidade de intervir contra o acusado. Diferentemente do direito penal do cidadão, no direito penal do inimigo as interceptações ou interrupções da comunicação do investigado são ilimitadas e ainda assim legitimadas. Diferentemente do direito penal do cidadão, no direito penal do inimigo o indivíduo acusado não é visto como pessoa processual, parte de um processo, mas sim como um sujeito perigoso.

Jakobs (2008) traça relação entre a origem do direito e o direito penal do inimigo para tentar defender a legitimidade da aplicação da teoria.

Denomina-se Direito o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação. No entanto, todo Direito se encontra vinculado à autorização para empregar coação, e a coação mais intensa é a do Direito Penal. Em consequência poder-se-ia argumentar que qualquer pena, ou, inclusive, qualquer legítima defesa se dirige contra um inimigo (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 25).

A partir disso se constrói a distinção entre pessoa e inimigo, que não depende apenas de características individuais, mas principalmente de características comportamentais. Dessa distinção comportamental surge o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo, sendo os inimigos aqueles que se conduzem de forma desviada, não se adaptando à vida social, não demonstrando e desenvolvendo garantias de uma conduta socialmente adequada.

Com os altos índices de violência e impunidade a população muitas vezes se vê cansada, ainda mais se influenciada pela imprensa sensacionalista, e clama por meios de punição mais severos, transferindo ao Estado a liberdade de agir de forma ilimitada. Neste cenário, surgem teorias expansionistas do direito penal como a de Jakobs (2008).

Para Jakobs (2008), a manutenção de uma sociedade estável e duradoura está intimamente ligada à efetividade dos papéis sociais das autoridades e instituições autorizadas a promoverem a coação. O direito tem então que possibilitar a seleção de determinadas expectativas de comportamentos sociais, impondo proibições e imperativos para serem observados, elaborando as chamadas prescrições normativas. Um criminoso fere os preceitos fortes de consciência coletiva e por essa razão a pena seria uma forma de restauração, mesmo que simbólica, da integridade dos sentimentos coletivos feridos pelo criminoso, além de restaurar a própria coesão social. A pena para o autor é algo culturalmente compartilhado e valorizado; é algo do interesse de todas as pessoas. Nesse sentido, indaga-se: a pena teria função preventiva-integradora? Poderia existir corresponsabilidade da própria sociedade na produção do crime e criminoso?

Em que medida a teoria penal do inimigo está sendo dogmatizada e tornada usual nas

atividades jurídicas? Como o direito penal do inimigo tem sido implementado nas discussões dogmáticas do direito, mesmo ferindo a Constituição Federal, inclusive atribuindo flexibilidade ao princípio da legalidade pela sua vaga e aberta descrição do que sejam crimes graves?

Na tentativa de solucionar essas indagações estudamos a teoria de Jakobs (2008) com fundamento na obra “Direito penal do inimigo: noções e críticas”, dividindo a análise em três capítulos.

Primeiro tentamos estabelecer os fundamentos filosóficos de Jakobs assentados na filosofia política clássica de Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, apontando os equívocos que o autor pode ter incorrido na definição de inimigo, tendo como suporte teórico a dissertação de Rogério Dutra dos Santos (2000) e a obra de Renato Janine Ribeiro (2006).

A justificativa liberal, ainda que equívoca na leitura de Jakobs, tem se afirmado como dogma, por essa razão neste item adentramos nas definições de dogmática e ideologia para compreender que a teoria não está isenta de fundamento ideológico. A teoria criminológica crítica assentada sobretudo em Alessandro Baratta (1985, 2004), Vera Regina Pereira de Andrade (1994, 2003) e Salo de Carvalho (2005, 2010) é estudada no segundo capítulo para servir de fundamento de análise e contraponto aos fundamentos filosóficos de Jakobs, desnudando o caminho teórico com o qual se tem dogmatizado a categoria inimigo. Luiz Alberto Warat (1982) em seu “senso comum teórico dos juristas” elucida a normalização com a qual um discurso atribuído cientificamente se constitui como dogma. No terceiro capítulo tentamos evidenciar como tem ocorrido o exercício do dogma penal do inimigo frente ao Judiciário e qual tem sido o perfil de política-crime adotada pelo Ministério Público (AZEVEDO, 2004, 2010).

Como resultado, espera-se que essa dissertação possa auxiliar no processo de compreensão da formação do dogma penal do inimigo e como tem sido ele traduzido pelas instituições e atividades jurisdicionais, mesmo sendo infenso aos princípios constitucionais.

# 1 A IDEOLOGIA LIBERAL EM HOBBS E ROUSSEAU COMO FUNDAMENTO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

## 1.1 DEFINIÇÕES PRELIMINARES: IDEOLOGIA E DOGMÁTICA

Ideologia tem sido utilizada como categoria teórica objetivando refletir sobre as ações e ideias no decorrer da história. Por isso mesmo, por inserir-se num determinado contexto, pode ser interpretada e traduzida de vários modos diferentes. Henrique Barrilaro Ruas já pontuou mais de quatorze significados diferentes sobre ideologia (RUAS, *apud*, NUNES, 1963). As pesquisas sobre o assunto são muitas e sob diferentes enfoques, tendo inclusive quem propugne pelo seu fim (como os pós-modernistas e pós-estruturalistas). Resumidamente, algumas concepções de ideologia são necessárias para definir do que se trata o presente capítulo e qual a referência conceitual que adotaremos.

A expressão ideologia pode ser usada como “o conjunto de ideias, crenças e modos de pensar característicos de um grupo, seja nação, classe, casta, profissão ou ocupação, seita religiosa, partido político, etc.” (FAIRCHILD, *apud*, NUNES, 1963, p. 6). Esse significado traz o sentido de ideologia como um conjunto dos conteúdos culturais de uma determinada época. Cultura também é um termo bastante amplo.

No sentido atribuído por Nunes (1963, p. 6), cultura compreende todo “conjunto de elementos, materiais e não-materiais, produzidos (ou recebidos), acumulados, propagados e transmitidos pelos homens, ao longo do tempo, em dada sociedade”. Clifford Geertz (1989, p. 15) não diverge da compreensão de Nunes (1963), pois definiu cultura como sendo “um conjunto de mecanismos de controle que objetivam direcionar a conduta humana”, esses mecanismos são as palavras e toda simbologia ou qualquer meio utilizado para impor um significado à experiência.

Emílio Willems concebe ideologia como “sistema de ideias próprio de certo grupo e condicionado, em última análise, pelos centros de interesses desse grupo”. A função desse modo de compreender ideologia “reside na conquista ou conservação de uma posição social determinada do grupo ou dos seus membros.” (WILLEMS, *apud*, NUNES, 1963, p. 6).

Ao adotar a ideologia como perspectiva, a pessoa estabelece sua convicção como verdade absoluta da qual todas as outras pessoas também deveriam se convencer. A ideologia tratada como algo místico promove na pessoa (conscientemente) a adequação de suas ações, reflexões e ideias a partir de seus interesses, mesmo não estando ajustados ao seu contexto.

Por essa razão, os modos de pensar e agir no mundo nunca serão contraditórios com os interesses que possui essa pessoa. De modo a operacionalizar a categoria de análise, a ideologia pode servir de teoria para refletir a existência de conflito entre grupos, bem como demonstrar a contradição existente entre os contextos de vidas das pessoas e os interesses que possuem.

A ideologia como ponto de referência para análise não pode ser caracterizada como verdade absoluta sobre as coisas, porque muitas vezes os interesses que as pessoas possuem não correspondem ao contexto e à sua própria realidade socioeconômica, muito embora por meio da ideologia seja possível compreender a disputa e o conflito que existe entre as pessoas e entre os grupos de pessoas (NUNES, 1963).

Marx e Engels defendem em “A ideologia alemã” que a consciência é a existência consciente e a existência das pessoas consiste no seu “processo efetivo de vida” (MARX, *apud*, DIAS, 2013, p. 3).

A maneira como os homens produzem seus meios de existência depende, antes de mais nada, da natureza dos meios de existência já encontrados e que eles precisam reproduzir. Não se deve considerar esse modo de produção sob esse único ponto de vista, ou seja, enquanto reprodução da existência física dos indivíduos. Ao contrário, ele representa, já, um modo determinado das atividades desses indivíduos, uma maneira determinada de manifestar sua vida, um modo de vida determinado. A maneira como os indivíduos manifestam sua vida reflete exatamente o que eles são. O que eles são coincide, pois, com sua produção, isto é, tanto com o que eles produzem quanto com a maneira como produzem (MARX; ENGELS, 2001, p. 11).

A construção do Direito e sua dogmatização é fruto dessa construção material das pessoas, pois são os homens que na ampliação de suas relações materiais vão se transformando, e em conjunto com suas existências reais e concretas vão transformando seu pensamento e os frutos desse pensamento. “Não é a consciência que determina a vida, senão a vida que determina a consciência” (MARX; ENGELS, 2001, p. 20). Essa construção e, portanto, do direito penal, é demarcada historicamente como fruto dos interesses das pessoas para realizar seus interesses particulares, comumente movidos pela apreensão do poder e estabilização da sua condição econômica. Conforme os homens agem no mundo, transformando-o, modificam suas ideias a partir dessas ações. Por isso é importante a ação - aquilo que fazemos no cotidiano - e como pensamos conforme agimos de modo a rever e refazer melhor ou transformar nossas ações e assim nossas ideias. Se a ideologia funcionar apenas e tão somente como modelo ideal segundo o qual o indivíduo se posta de modo a realizar seus interesses particulares, descontextualizada da sua real condição de vida, o indivíduo poderá se tornar apenas um autômato, pois a sua realidade estará distanciada de

suas ações.

As justificativas de autores da aurora da modernidade realizadas pelas teorias contratualistas são ideias de uma classe que ocupou o poder naquele dado momento. Aqueles que conseguiram dispor dos meios materiais de produção intelectual submeteram o conjunto de suas ideias como expressão coletiva das relações materiais que sustentaram o poder dominante. Uma classe que pretende alcançar ou já alcançou uma posição dominadora tem necessidade, para firmar e manter a sua preponderância sobre as outras classes, de figurar como “portadora de ideias e valores verdadeiramente universais”(MARX, *apud*, NUNES, 1963, p. 8; MARX; ENGELS, 2001, p. 50), provando estar a serviço de toda a sociedade. Esses ideais e valores são a ideologia dominante reproduzida conscientemente, mas uma reprodução apenas parcial da realidade: a do grupo dominante. A um só tempo absorve parte da realidade e realiza sua alteração, e ainda oculta ou nega outra parte dela (MARX; ENGELS, 2001).

É nesse sentido que se busca, neste capítulo, apresentar o papel ideológico das teorias contratualistas de Hobbes e Rousseau, estritamente naquilo que influenciaram a teoria do direito penal do inimigo de Günther Jakobs. Não se resume o capítulo, portanto, ao profundo estudo desses autores, mas sim na estrita indicação da relação teórica existente para o desenvolvimento da teoria de Jakobs.

Essa pesquisa entende que as teorias de Hobbes e Rousseau possuem explicação justificadora do Estado moderno, uma interpretação sobre os modos de vida e o modo como se constituiu o poder nesse Estado. Modo alicerçado principalmente na separação do poder entre a sociedade civil e o Estado, tendo como recurso teórico a transição do estado hipotético natural ao estado civil. O desenvolvimento dessa ideia proporcionou afirmar o Direito como mediador no controle social (resolução de conflitos), pois autorizado por uma autoridade competente (Estado) - Hans Kelsen (2005) chegou a reputar Estado e Direito como sinônimos. Como consequência dessa trajetória teórica tem-se o Direito assentado sob uma estrutura de poder e a ele se resumindo, e, nesse sentido, o direito penal fora construído também sob essa estrutura de poder. Para Tigar e Levy (1978, p. 275) “a ideologia assumiu - à medida que aumentava o poder da burguesia – a forma de sistemas crescentemente abrangentes e altamente estruturados de direito positivo”.

A tentativa de Hans Kelsen em estabelecer o direito positivo (lei) como objeto de estudo da ciência jurídica culminou na solidificação do entendimento do objeto do Direito como dogmática. Consequentemente, as disciplinas associadas ao objeto também são consideradas dogmáticas, seja direito civil ou penal. Esse modelo dogmático de ciência

jurídica afirmado e solidificado em Kelsen (2005) inicia sua trajetória já no século XVII, consolidando a dogmática jurídico-penal por meio da escola clássica. Foi por esta escola que a filosofia liberal ingressou no direito penal, defendendo os direitos individuais contra o arbítrio do Estado. Cesare Beccaria (1979) foi o principal expoente dessa escola, segundo a qual caberia ao Estado punir os criminosos desde que a punição se submetesse às limitações dispostas na lei.

Essa escola traduz uma unidade ideológica com inequívoco significado filosófico-liberal tendo como problema o estudo das justificativas e a análise sobre as restrições ao *jus puniendi* do Estado face à liberdade individual. Em decorrência do excesso de desvios nas instituições durante o século XVIII como, por exemplo, a corrupção, o projeto da escola clássica tentou proteger o indivíduo do poder punitivo abusivo do Estado. O racionalismo do século XVII (Hobbes) com o positivismo do século XX (Kelsen) constituem as principais contribuições científicas na modernidade (ANDRADE, 2003).

Essa interpretação que traduz o Direito como dogmática é herança advinda desde o período romano e tem sido classificada como “jurisprudencial, exegética e sistemática” (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 10-11). Essa classificação é que marca o paradigma dogmático de ciência jurídica. A capacidade de os juízes uniformizarem suas decisões de modo a satisfazerem uma segurança jurídica no ato de decidir é um tipo de jurisprudência decisional. Talvez mais uma “ilusão de segurança jurídica” (ANDRADE, 2003, p. 47).

A tradição jurisprudencial remonta ao direito romano com seu formalismo, mas também praticidade na resolução dos conflitos. Os romanos compreendiam a palavra *jurisprudencia* como sendo ciência, isso porque se constituiu num modo específico dos romanos refletirem como resolverem os conflitos a partir de uma tomada de decisão de autoridade. Criando fórmulas genéricas a partir de um problema a ser resolvido estabelecia-se uma verdade sobre o caso, assim a decisão prevaleceria como ordem reguladora válida para todos (FERRAZ JÚNIOR, 2006).

Na baixa idade média, os estudos dos juriconsultos romanos foram recuperados. Houve uma redescoberta do direito romano, principalmente por meio das codificações de Justiniano.

O *Corpus Juris Civilis* era composto por quatro partes. A primeira, o Código (*Codex Justiniani*), compilava os três códigos anteriores à Justiniano: gregoriano, hermogeniano e teodosiano. O Digesto (*Pandectas*) era uma compilação de aproximadamente 2000 livros de juriconsultos romanos, e objetivando-se afastar as incertezas e contradições, resumiram-nos em 50 livros. A terceira parte eram as Institutas, um manual elementar composto por quatro livros (Das Pessoas; Das



Coisas; Da Sucessão e Das obrigações e Das Ações) direcionado aos estudantes de Direito. Finalmente, as Novelas eram um conjunto de várias constituições ou editos imperiais promulgados em continuidade tendo como critério de validade sempre a novela posterior a revogar a anterior (WOLKMER, 2002, p. 197).

A redescoberta dos textos normativos romanos em fins da idade média foi importante para a posterior consolidação do poder centralizado nos reis absolutos. Importante porque sua releitura gerou formalmente a conciliação entre a nobreza e o clero, da qual a burguesia já em ascensão viria a se confrontar no início da modernidade. Foram elaboradas várias glosas (daí advém o termo glosadores) principalmente sobre o Digesto. Glosas eram comentários ao redor do texto de Justiniano que, posteriormente, foram transformadas em manuais de ensino nas universidades medievais e aceitos como fundamentos básicos do Direito (SALGADO, 2016).

O apoio dos poderes superiores, eclesiásticos e laicos às primeiras universidades não era puramente desinteressado. Esperava-se delas uma contribuição para o desenvolvimento de disciplinas sobre as quais tais poderes fundavam sua própria legitimidade: o direito romano era um instrumento essencial para o renascimento do Estado (...) (VERGER, 1999, p. 83-84 *apud*, SALGADO, 2016, p. 56).

Para Ferraz Júnior (2013, p. 21), os manuais das universidades medievais que analisaram o Digesto foram “submetidos a uma técnica de análise que provinha das técnicas explicativas usadas em aula, sobretudo no *trivium*, a Gramática, a Retórica e a Dialética, caracterizando-se pela glosa gramatical e filosófica”.

O exegetismo é a “aplicação consagrada da interpretação a partir de um conjunto de regras gramaticais que tentam atribuir o exato sentido das palavras e correção gramatical contidas nas leis. Essa tradição interpretativa remonta aos glosadores” (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 58).

A característica exegetica predominantemente ao estilo dos glosadores dominou o pensamento medieval sem, no entanto, se desligar da *jurisprudencia*, perfazendo um respeito pela autoridade dos textos romanos (devendo ser considerados) e ponto de partida que irá influenciar o direito racional na sua ligação entre pensamento jurídico e sistemático.

A terceira herança que marca o paradigma dogmático jurídico é o pensamento sistemático do jusnaturalismo moderno. Por paradigma compreendem-se os modelos, representações e interpretações de mundo reconhecidas por uma comunidade científica por oferecerem soluções universalmente válidas para os problemas que lhe são apresentados. A crítica realizada pelos modernos à falta de sistematicidade das interpretações dos glosadores originou o que atualmente denomina-se de sistema. Associar a crença na “verdade” estabelecida pelos textos romanos para uma “verdade” nos princípios da razão foi

consequência direta da fundação dogmática em analisar o Direito a partir dos dogmas consagrados (KUHN, 1979).

Os textos jurídicos na modernidade recebem análise sistemática a partir dos princípios jusnaturalistas, que norteiam toda a estrutura normativa moderna, obrigando o analista da lei a elaborar a adequação entre as normas e os conflitos por meio de uma subsunção lógica que ratifica a dogmática jurídica (ANDRADE, 2003).

(...) o vasto e complexo Movimento do Direito Natural, (...) representou, em resumo, a extensão da concepção racionalista da Ciência ao campo das Ciências humanas, ou seja, a redução à Ciência da experiência jurídica. (...) a unidade daquela que é chamada de corrente do Direito Natural não é ideológica, mas metodológica, e essa unidade é dada justamente pela alcançada inserção do estudo ético-jurídico na dominante concepção racionalista da Ciência e mecanicista do mundo (BOBBIO, 1980, p. 177).

A análise sistemática integra o método de resolução de problemas jurídicos a partir do silogismo, tanto partindo do fato como premissa maior, norma como premissa menor e conclusão como a decisão, como também invertendo esses elementos do silogismo. A prática de subsunção promove uma adequação do enunciado normativo em relação ao fato estabelecendo uma relação entre todas as normas jurídicas que se inscrevem no ordenamento jurídico (BOBBIO, 1996). Ordenamento jurídico significa a conjunção de várias normas jurídicas objetivando oferecer uma unidade, formando um sistema e integrando uma completude entre todas as normas existentes num dado espaço geográfico no qual possuem validade formal e material.

Assim, as heranças jurisprudencial, exegética e sistemática integram a base da dogmática jurídica da modernidade que sob a influência do positivismo passa a interpretar o conjunto normativo não como um complexo de leis absolutas e predeterminadas, mas conjunto de fatos causalmente (imputavelmente) determinados, cabendo à ciência jurídica (direito positivo) descobrir os princípios pelos quais se manifesta esse determinismo (BOBBIO, 1980).

Habermas (1983, p. 303) não destoa dessa afirmação sobre o positivismo, pois na concepção positivista “o mundo aparece como um universo de fatos, passivo de descrição, revelado pela conexão interior factual sujeita a leis”.

A partir da ampla abordagem realizada por Andrade (1994), ainda se poderia compreender a dogmática jurídica a partir da: a) afirmação do positivismo jurídico; b) do sentido prático da dogmática jurídica; c) da afirmação do Estado moderno como matriz política desse paradigma dogmático e d) da função racionalizadora e pedagógica da ciência

jurídica como dogmática.

Dogmática jurídica constitui um modo peculiar de explicação pelos juristas, avaliando e analisando o Direito em seu sentido estrito, procurando compreendê-lo dentro dos marcos do ordenamento jurídico vigente. Uma ordem que aparece, normalmente, como algo estabelecido e aceito pelos juristas. Um ponto de partida de qualquer investigação. Uma espécie de limitação dentro do qual podem os juristas explorarem diferentes combinações para determinar como interpretar e atuar profissionalmente a partir das condutas juridicamente prescritas (FERRAZ JUNIOR, 2013).

A Escola do direito natural (1600-1800), na qual Hobbes teve contribuição, foi fundamental para promover a transição “do ideal científico racionalista para o âmbito jurídico” (ANDRADE, 1994, p. 40), do mesmo modo que a transição do “jusnaturalismo racionalista para o positivismo fundou o método jurídico moderno” (ANDRADE, 1994).

Na perspectiva racionalista do jusnaturalismo (a qual se insere Hobbes), o mundo devia ser interpretado a partir de “leis universais, imutáveis e irrenunciáveis” ordenadoras do sistema social, cabendo ao homem (ser racional) a capacidade de compreensão dos princípios universais que organizam a vida social. Para o positivismo não há “leis absolutas e predeterminadas, mas um conjunto de fatos, causalmente determinados, incumbindo à Ciência descobrir as leis em que o determinismo se manifesta” (BOBBIO, 1980, p. 178).

O positivismo a partir das escolas de pensamento pode oferecer uma compreensão linear e evolucionista, como se as ideias tivessem certa continuidade e homogeneidade entre si, uma cadeia de pensamentos que continuam ao longo do tempo a partir da repetição de postulados. Tem-se assim a “Filosofia Positiva de Comte, Spencer e Darwin; o positivismo italiano de Lombroso, Ferri e Garófalo e o positivismo lógico do círculo de Viena com o primeiro Wittgenstein (*Tractatus Logico-Philosophicus*)” (ANDRADE, 1994, p. 39).

Por outro lado, Andrade (1994) entende que o positivismo também pode ser compreendido a partir de “um conceito classificatório que traduz um núcleo ou unidade mínima e genérica de sentido desta matriz epistemológica que permita abarcar as suas heterogêneas raízes e desenvolvimentos (como as Escolas citadas e outros)” (ANDRADE, 1994, p. 39).

Estudar o positivismo pelas escolas de pensamento pode apresentar um olhar parcial, reduzido, pois cada qual apresenta uma interpretação heterogênea a respeito do fenômeno estudado. Andrade (1994) busca uma unidade de pensamento que caracterize toda essa heterogeneidade e que desvele a influência que o positivismo teve na formação do Direito como ciência.

O positivismo jurídico floresceu à época do positivismo científico de Augusto Comte. Seu principal expoente no século XIX, John Austin, sentia o máximo interesse em distinguir entre o 'apropriadamente' denominado direito temporal, a lei de Deus e os valores morais que possuíam força executória mesmo sem a imposição de um poder soberano. Para os positivistas, a missão da jurisprudência era simplesmente identificar quais as leis que são previsivelmente aplicadas pelo poder do Estado (TIGAR; LEVY, 1978, p. 280).

Com Austin o positivismo assume trajetória científica do Direito, cabendo ao jurista estudar a aplicação da lei por uma autoridade competente. A partir desse marco teórico e histórico tem-se a matriz de conhecimento do Direito que será reproduzida como modelo dogmático de ciência jurídica, cuja expressão contemporânea mais importante foi Hans Kelsen. De todo modo, o enfoque fundamental que o positivismo jurídico oferece ao estudo do direito positivo consiste na identificação do “soberano” (autoridade) “que pode ser conhecido por diferentes nomes, e na criação por ele da ideologia como justificação e explicação do exercício do poder estatal” (TIGAR; LEVY, 1978, p. 281).

Para a caracterização da dogmática do direito penal do inimigo como ideologia que se implementa nas atividades práticas do direito penal, seja pelo Ministério Público ou pelo Judiciário (jurisprudências) (capítulo 3 desta pesquisa), é preciso ter as noções básicas da teoria de Jakobs (2008). Identificadas assim as noções preliminares é possível estudar os fundamentos liberais em Hobbes e Rousseau nessa teoria, descortinando-a como ideológica.

## 1.2 BREVES NOÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Günther Jakobs é professor de filosofia do direito e de direito penal da Universidade de Bonn, Alemanha, e apresentou seu estudo de modo descritivo, em 1985, e, posteriormente, em 2003, aprofundou a tese “sustentando o direito penal do inimigo como parte do sistema jurídico penal” (PILATI, 2011, p. 32).

Podemos caracterizar o direito penal, de acordo com Jakobs, a partir da interpretação que se tem a respeito do agente da prática delituosa. Se o agente é um cidadão que dispõe de qualidades conviviais frente ao Estado e à sociedade, controlando suas emoções, o Estado apenas reagirá aos atos que praticar, após a sua exteriorização e perturbação da ordem. Portanto, o direito penal seria aplicado aos cidadãos, enquanto outra denominação caberia àqueles que necessitam da coação do Estado, mesmo antes da exteriorização de suas práticas como, por exemplo, aos terroristas, pois não apenas contrariam a ordem estabelecida, mas objetivam destruí-la (JAKOBS; MELIÁ, 2008).

Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 37).

Na perspectiva apontada por Ferraz Júnior (2013), se a atividade jurídica, na prática, acata a teoria do direito penal do inimigo, principalmente, na sua divisão categórica entre inimigos e cidadãos; se as discussões acadêmicas afirmam a legitimidade de existência de um direito penal para cidadão e outro para os inimigos; se parte do processo legislativo cria leis dispondo maior severidade de penas prescrevendo condutas das quais os agentes serão considerados inimigos, então, pode ocorrer a dogmatização desse conhecimento jurídico tornando-o pressuposto válido para qualquer atividade que objetive tornar o direito penal aos inimigos mais severo.

É possível caracterizar o direito penal segundo a imagem de autor da qual o direito penal parte. O direito penal pode ver no autor um cidadão, isto é, alguém que dispõe de uma esfera privada livre do direito penal, na qual o direito só está autorizado a intervir quando o comportamento do autor representar uma perturbação exterior; ou pode o direito penal enxergar no autor um inimigo, isto é, uma fonte de perigo para os bens a serem protegidos, alguém que não dispõe de qualquer esfera privada, mas que pode ser responsabilizado até mesmo por seus mais íntimos pensamentos (GRECO, 2005, p. 214).

Esse direito penal do inimigo é identificado por Jakobs com exemplos como o “enfrentamento à criminalidade econômica (corrupção, lavagem de dinheiro), o terrorismo, a criminalidade organizada, os crimes sexuais, entre outros” (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 35). Sua teoria exige que o “direito penal do inimigo esteja sempre distante do direito penal do cidadão”, não podendo aquele contaminar a este (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 42-43).

Para manter essa separação entre inimigos e cidadãos as explicações são fundamentadas com suporte na filosofia política de Hobbes a Kant para, posteriormente, definir a sua justificativa de manutenção dessa separação (GRECO, 2005). Os fundamentos políticos de Hobbes e Rousseau que influenciaram na teoria de Jakobs serão estudados no próximo subitem deste capítulo.

Meliá (2008, p. 225) entende que são três os elementos que caracterizam o direito penal do inimigo. Primeiro, a teoria se volta para o avanço da punibilidade num sentido prospectivo, tendo como ponto de partida o “fato futuro” e não mais o “fato cometido”. Em seguida, a teoria afirma penas bastante altas, desprezando os “empecilhos” (primariedade, por exemplo) que possam diminuí-la para que não ameacem a objetividade da disposição legal.

Em terceiro lugar, certas “garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas”.

Para a aplicação da pena ao cidadão sem ameaçar a objetividade da lei e sem contaminar-se pelo direito penal do inimigo, Jakobs (2008) entende ser necessária a aplicação de uma interpretação restritiva do direito penal do cidadão e, para isso, cria outro pressuposto objetivo adicional à norma no qual o “autor deve intervir na esfera juridicamente protegida da vítima” (GRECO, 2005, p. 215). Greco (2005) confere exemplo a partir do direito penal alemão segundo o qual Jakobs “restringe a extensa punibilidade da tentativa (...) (que considera puníveis quase todas as tentativas inidôneas) exigindo um adicional pressuposto objetivo, a saber, que o 'autor se irrogue no direito de organizar algo que cabe à vítima” (GRECO, 2005, p. 215).

O crime assim entendido constitui uma negação à validade da norma jurídica e sua eficácia na ordem jurídica e social. Para o cidadão a pena recompõe a validade da norma e a torna eficaz contra os fatos passados, enquanto para o inimigo a pena criminal faz sentido como precaução pela prática de crimes futuros, uma prevenção. Ao aplicar a lei, portanto, tem-se a negação da prática de crime pelo agente e, simultaneamente, recomposição da validade da norma. Isso serve de modelo exemplar para que os cidadãos possam se valer do direito e das prescrições que ele impõe.

A função manifesta da pena no Direito penal do cidadão é a contradição, e no Direito penal do inimigo é a eliminação de um perigo. Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura. Ambos os tipos podem ser legítimos. No Direito natural de argumentação contratual estrita, na realidade, todo delinquente é um inimigo (Rosseau). Para manter um destinatário para expectativas normativas, entretanto, é preferível manter, por princípio, o status de cidadão para aqueles que não se desviam (Hobbes, Kant) (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 49).

Até aqui tem-se uma descrição do direito penal do inimigo. No entanto, Jakobs, em 2003, realizou um aprofundamento da tese defendendo que esse direito pode ser inserido na política criminal dos Estados, conferindo-lhe legitimidade. Dentre os estudiosos desse direito tem-se na Espanha Silva Sánchez (2001) que o incorporou teoricamente na sua “concepção político-criminal” (MELIÁ, 2008, p. 225).

Sánchez (2001) entende que o direito penal atual tem se diferenciado a partir de duas velocidades frente à ordem jurídica. A primeira relaciona-se à imposição das penas privativas de liberdade em que se devem manter os princípios básicos de política-criminal e princípios processuais. A segunda cabe flexibilizar esses princípios em razão dos delitos serem mais leves ou menos graves, tendo penas pecuniárias ou privativas de direitos.

En lo anterior han quedado caracterizadas las que, a mi juicio, serían las ‘dos velocidades’ del Derecho penal. Una primera velocidad, representada por el Derecho penal ‘de la cárcel’, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratar seya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción (SANCHEZ, 2001, p. 163).

Meliá (2008) entende que o direito penal do inimigo estaria numa terceira velocidade ou expansão, pois coexistiriam tanto as penas privativas de liberdade (primeira velocidade) como a flexibilização dos princípios (segunda velocidade) para o autor do crime considerado inimigo.

Si nos atenemos a la definición de este autor, el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta. Las características del Derecho penal de enemigos serían entonces, siempre según JAKOBS, la amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales (SANCHEZ, 2001, p. 164).

A teoria do direito penal do inimigo, de seu aspecto descritivo passa a exigir a possibilidade de legitimar sua adequação na política criminal real dos Estados. Algo difícil e contraditório nas democracias com constituições não limitadoras da aplicação dos princípios processuais e direitos fundamentais. Em que medida esse direito penal do inimigo tem se incluído na prática judiciária pode ser verificado na jurisprudência e na atuação do Ministério Público, tentativa realizada no capítulo 3 dessa pesquisa. Trata-se, pois, de aferir a legitimidade ou não da introdução do direito penal do inimigo na ordem jurídica vigente.

Para Meliá (2008, p. 227) “a implementação do direito penal do inimigo tem como objeto central os crimes que se relacionam às drogas, à imigração, ao crime organizado e, principalmente, ao terrorismo”.

Sob o aspecto de legitimidade, pode-se indagar se esse “direito penal do inimigo continua sendo direito ou é um não-direito” (SANCHEZ, 2001, p. 166), pois se apresenta como uma reação defensiva do fato contra os inimigos.

Pero queda en pie la cuestión conceptual de si, entonces, el Derecho penal del enemigo es siendo ‘Derecho’ o es ya, por el contrario, un ‘no-Derecho’, una

pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos ‘excluidos’. Tratando se de reaccion escañidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves, que puedan justificarse en términos de proporcionalidad y que no ofrezan peligro de contaminación del Derecho penal ‘de lanormalidad’ seguramente cabría admitir que, aunque en el caso del Derecho penal de la tercera velocidad nos hallemos ante un ‘mal’ és te pueda ser el ‘mal menor’ (SÁNCHEZ, 2001, p. 166).

Levar a sério que (introduzir) o direito penal do inimigo na política criminal dos Estados pode ser considerado um mal menor implica uma constante vigília e permanente revisão de seus pressupostos de regulação, principalmente para que não se contamine o direito penal comum. Em países periféricos da América Latina onde as instituições sofrem ingerências políticas de toda ordem parece razoável reputar que poderá ocorrer uma interferência no direito penal do cidadão pelos pressupostos do direito penal do inimigo. Basta refletir sobre a possibilidade de adequar/interpretar a norma que criminaliza a prática de crime organizado contra a propriedade rural quando, na realidade, se trata de movimento social de reivindicação pela reforma agrária e acesso à terra, por exemplo, o Movimento dos Sem Terra (MST). Circunstância interpretativa que pode ser indicada como “autoritária” (MELIÁ, 2008, p. 230).

Para Greco, a exigência do direito penal do inimigo de avançar de uma perspectiva teórica descritiva para um aspecto legitimador é “insustentável por duas razões, a primeira de índole epistemológica, a segunda de índole pragmática” (GRECO, 2005, p. 230-231).

A primeira, epistemológica, significa que a teoria de Jakobs reconhece que todos têm potencial para a prática de crimes e uma vez presente esse potencial cabe o *jus puniendi* estatal. Esse dado empírico é contingente, portanto, o que é empiricamente “A”, pode sempre ser algo diverso, um “C”. Se o fundo teórico exige como pressuposto um potencial, significa que ele contingencia o autor criminoso por esse dado empírico impedindo a elaboração de uma teoria que limite o *jus puniendi* estatal. Limites que se tornam barreiras intransponíveis só podem ser criados a partir de um dado *a priori* distanciado de qualquer experiência como, por exemplo, o de que o homem é um fim em si mesmo e não um instrumento a serviço de qualquer objetivo (GRECO, 2005, p. 231-232). “O direito penal do inimigo é, já por definição, aquele que pune sem reconhecer o limite de que o homem é um fim em si mesmo, mas sim atendendo unicamente às necessidades de prevenção de novos delitos de parte daquele que é considerado perigoso” (GRECO, 2005, p. 232).

Argumenta Jakobs, mesmo sendo considerado instrumento, não se pode fazer com o inimigo o que bem quiser, pois possui “personalidade potencial”. Potencial porque como inimigo não possui personalidade tal qual o cidadão. Entretanto, o autor ao definir esse



atributo específico o faz para que o Estado em seu *jus puniendi* “não ultrapasse a medida do necessário”, mas se o inimigo não possui personalidade, não sendo pessoa também, não ficará suscetível aos limites dos quais as pessoas são tratadas (GRECO, 2005, p. 232). Parece aqui residir o problema teórico de Jakobs, bem como, lembrado por Meliá (2008, p. 230), “a circunstância política para a qual tal interpretação pode acarretar”.

Greco (2005, p. 233) denominou de pragmática a segunda razão de insustentabilidade da legitimidade do direito penal do inimigo, considerando que “já existem conceitos melhores, mais precisos e não tão emocionais para designar os vários aspectos preventivos que existem e que devem existir no direito penal”.

Além dessas duas razões, Greco (2005) indica uma terceira que possui caráter retórico e por isso pode ser incluída na dimensão epistemológica. É contestativo considerar a compatibilidade da definição de inimigo com as leis das democracias atuais, porque elas estão imbuídas da negação do uso e/ou interpretação do ser humano como instrumento para se alcançar um fim determinado (prevenção).

Por outro lado, conforme já pontuou Meliá (2008), a dicotomia amigo *versus* inimigo na história alemã demarcou terreno fértil para a segregação de pessoas, distanciando-se de princípios tão presentes nas constituições democráticas como, por exemplo, a tolerância.

As incertezas em que estão envolvidas “as prognoses de periculosidade são de todo ignoradas pela ideia do direito penal do inimigo, que tampouco leva em conta a possibilidade de que tais prognoses atuem seletivamente e produzam criminalidade que depois dizem combater” (GRECO, 2005, p. 233).

É nessa dimensão retórica/epistemológica que esta pesquisa tenta realizar a construção das categorias inimigo e cidadão como dogmáticas e ideológicas, evidenciando a influência da filosofia política de Hobbes e Rousseau na sua construção. Para dialogar zeteticamente com o dogma estabelecido, esta pesquisa optou pela abordagem da Criminologia Crítica, objetivando desnudar a ideologia e a seletividade com a qual pode operar o direito penal do inimigo. Antes, porém, é necessário estudar a influência da filosofia política liberal na teoria do direito penal do inimigo (FERRAZ JÚNIOR, 2006).

### 1.3 A INFLUÊNCIA DE HOBBS NA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

É nesta perspectiva epistemológica crítica por Greco (2005, p. 233) que se constitui “o dogma inimigo e cidadão na teoria do direito penal do inimigo. Mas a trajetória para definição desses termos se inicia na solidificação da modernidade principalmente a partir das

influências da filosofia política de Hobbes e Rousseau”.

A importância das três heranças, “jurisprudencial, exegetica e sistemática” (FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 10), bem como do positivismo jurídico como método fundante da ciência jurídica, é a base da dogmática jurídica e sua universalização como conhecimento.

Como já afirmamos, a dogmática não pode ser entendida tão apenas numa perspectiva de resultado da evolução universal de conceitos e métodos interpretativos ocorridos por meio da história do pensamento jurídico. Ela também compreende uma assunção aos imperativos institucionais e políticos que permeiam, moldam e conformam a própria cultura jurídica de natureza positivista e liberal. A dogmática adota e também omite uma atitude ideológica que lhe serve de base, bem como um ethos cultural específico (acriticidade à modernidade) (FARIA, 1988).

Adota uma ética universal de base (indivíduo predestinado ao convívio social e pacificação entre todos, tendo o Estado concedido e não os homens conquistado a liberdade, a igualdade, a propriedade e a solidariedade). Essa ética é universal, mas não parece se aplicar aos marginalizados, como, por exemplo, aos índios, que pleiteiam a conquista de suas terras asseguradas constitucionalmente. A criticidade porque a modernidade tal como colocada, rompedora das “sombras” medievais, não foi contestada, porque considerada um alívio, e, por isso mesmo, cada vez mais afirmada ao longo dos séculos. Não se trata de uma negação à modernidade ante os avanços científicos que ela proporcionou, mas uma crítica ao modo como esses ganhos foram distribuídos desigualmente.

O saber jurídico ao buscar sua cientificidade, vinculada ao positivismo jurídico como método, elimina sistematicamente tudo aquilo que não se refira diretamente à sua positividade. Portanto, o objetivo da ciência jurídica (conhecimento jurídico/epistemologia jurídica) fica limitado às condições pelas quais é possível a realização do método e das regras práticas do Direito. Assim, ciência jurídica torna-se tão apenas ciência do direito positivo e todos os ramos do direito positivo, portanto, buscarão seu âmbito de autonomia zelando pela reprodução do método (ANDRADE, 1994).

Jakobs ao conceber o direito penal como um instrumento de garantia da identidade normativa, despersonalizou o inimigo e provocou a criação de um direito penal do autor pelo qual os direitos individuais são descartados, pois inaplicáveis às não-pessoas (coisas, inimigos). Se a tarefa da dogmática é “a construção científica de um sistema conceitual capaz de dar razão rigorosa da totalidade da experiência jurídica, elaborada a partir do material que oferecem as regras positivas” (PUCEIRO, 1981, p. 41).

A tentativa de Jakobs pode se definir como dogmática penal ao abordar o direito

penal pela lógica da autoria, reduzindo a experiência criminal àqueles que possuem personalidade (cidadãos) e aos que não a possuem (inimigos).

Jakobs entende que os inimigos do Estado e da sociedade não podem ser considerados pessoas, pois não possuem personalidade, e assim devem ser e podem ser tratados como objetos, como coisas. Na lógica da autoria, quer dizer que Jakobs pouco se importa com o contexto sobre o qual o autor do crime (sendo inimigo) produziu determinada prática ilícita (condições sociais, econômicas, políticas, etc.), nem mesmo se importa com as condições subjetivas de noção do caráter ilícito do fato ou de determinação de acordo com esse entendimento que são afetas ao autor do crime. A dimensão da culpabilidade aqui, como elementar do crime, é subvalorizada, na medida em que sua análise é menosprezada, ou, por outro ângulo, é hipervalorizada, ao se atribuir culpabilidade ao autor do crime ainda que essa culpabilidade seja questionável.

Assim, o direito penal do inimigo é um modo específico de explicação sobre o direito penal, criando outra vertente deste (direito penal de terceira velocidade) e tentando legitimá-lo como política criminal. O direito penal do inimigo é dirigido àquelas pessoas que se negam terminantemente a seguir a ordem jurídica, colocando em risco a integridade do sistema social. Dentre as explicações referentes à dogmática jurídica tem-se, além daquelas já delineadas (epistemológica e histórica -jurisprudencial, exegética e sistemática), a sua afirmação em conjunto com a matriz política do Estado moderno. É nesse sentido que a construção da filosofia política de Hobbes, Fichte e Rousseau influenciaram a dogmática penal do inimigo de Jakobs.

Inicialmente, Jakobs menciona Rousseau e Fichte para assinalar que o “criminoso seria um violador do contrato social, merecendo ser tratado como inimigo, pois deixa de ser membro da sociedade. A separação entre o cidadão e seu direito, de um lado, e o injusto do inimigo, de outro” (PINTO NETO, 2007, p. 17). “É uma abstração, tal como a separação contratualista de estado de natureza para com o estado civil-político” (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 26-27).

Jakobs é influenciado por Hobbes (2002) porque não pretende seguir a abstração de Rousseau e Fichte, mas manter o *status* de cidadão mesmo que a pessoa tenha praticado um crime. A submissão dos “súditos” ao governo (soberano) tinha fundamento numa igualdade jurídica da qual mesmo a pessoa sendo criminosa deveria ser considerada cidadã. Mas, uma vez colocando em risco (crime de alta traição) o próprio contrato ao qual se submeteu, deveria ser a pessoa tratada como inimiga (PINTO NETO, 2007).

Não quero seguir a concepção de Rousseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato. Hobbes tinha consciência desta situação. Nominalmente, é (também) um teórico do contrato social, mas materialmente é, preferentemente, um filósofo das instituições. Seu contrato de submissão - junto a qual aparece, em igualdade de direito (!) a submissão por meio da violência - não se deve entender tanto como um contrato, mas como uma metáfora de que os (futuros) cidadãos não perturbem o Estado em seu processo de auto-organização. De maneira plenamente coerente com isso, HOBBS, em princípio, mantém o delinquente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu status. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súbditos, mas como inimigos (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 26-27).

A ideia de contrato em Kant também consiste na limitação do poder do Estado, por isso mesmo apresenta o problema na transição do estado hipotético de natureza para o estado civil, restando os impulsos das emoções dos homens no estado civil. Se toda pessoa está autorizada pelo contrato a incluir outra na constituição do estado civil, aquele que não deixa se obrigar a ingressar no pacto contratual regrediu ao estado de natureza e por essa razão não coparticipa da sociedade, devendo abandonar a “vizinhança”, pois quem “não participa na vida em um Estado comunitário-legal, deve retirar-se, o que significa que é expulso (ou impelido à custódia de segurança)”, devendo ser tratado como inimigo (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 28).

Do estado natural para o estado civil o que reside de importância não é tanto a origem hipotética (estado de natureza) a fundar o estado civil, mas a capacidade normativa do estado civil de conceder direitos protegendo os indivíduos. Significa que na aurora da modernidade<sup>1</sup>, o Estado e o Direito que surgem possuem uma identidade normativa de fundação dessas entidades. O direito penal confirma essa identidade normativa com a finalidade de garantir a segurança individual, mas em razão do princípio da legalidade (afirmado com Cesare Beccaria). E essa proteção só pode se dar por meio das garantias

---

<sup>1</sup>O “projeto sócio-cultural da modernidade” de acordo com Boaventura Santos (1999), em sua análise epistemológica, se assenta sobre o pilar da regulação e da emancipação, constituídos por três princípios. A regulação “pelo princípio do Estado, cuja articulação se deve principalmente a Hobbes, pelo princípio do mercado dominado por Locke e pelo princípio da comunidade predominante na obra de Rousseau” (SANTOS, 1999, p. 77). A emancipação pela “racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura, a racionalidade moral-prática da ética e do direito e racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica” (SANTOS, 1999, p. 77).

normativas (princípios). Ocorre que o direito penal do inimigo despreza essas garantias constitucionais quando o agente é considerado um inimigo, despreza as condições subjetivas de realização da prática criminosa.

As normas penais na teoria do direito penal do inimigo geram expectativas de vigência, validade e eficácia para todas as pessoas, sob pena de ocasionar insegurança cognitiva, colocando “em xeque a própria vigência da norma que consistiria em uma promessa vazia e sem garantia” (PINTO NETO, 2007, p. 18).

Pretendendo-se que uma norma determine a configuração de uma sociedade, a conduta em conformidade com a norma, realmente, deve ser esperada em seus aspectos fundamentais. Isso significa que os cálculos das pessoas deveriam partir de que os demais se comportarão de acordo com a norma, isto é, precisamente, sem infringi-la. Ao menos nos casos das normas de certo peso, nas quais se pode esperar a fidelidade à norma, necessita-se de certa confirmação cognitiva para poder converter-se em real (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 33).

As influencias filosóficas de Jakobs para construir a definição de direito penal do inimigo são muitas e variadas, desde autores da filosofia grega antiga, como Protágoras, aos pensadores iluministas como Immanuel Kant, Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau (LOPES; VASCONCELOS; YOSHIURA, 2010, p. 36-37).

A importância de Hobbes para a modernidade permite afirmar que a sua compreensão de política e de Estado dimensionado como organização social e estruturado sob bases racionais tem conduzido a teoria política à avaliação de seus conceitos. Há teoria política antes de Hobbes, mas só após o filósofo se reconhece nos seus conceitos enquanto ciência. As reações que se seguiram e continuam a ocorrer tanto na área de reflexão da política quanto na jurídica desencadearam e dogmatizaram a discussão em torno da formação do Estado moderno hobbesiano (SANTOS, 2000).

Ao se dimensionar o caráter opressivo e autoritário do Estado, a metáfora predileta tem sido o grande monstro bíblico que sufoca o mal com sua cauda descomunal: Leviatã. Do mesmo modo quando se pretende justificar a validade de qualquer regime político, a ideia de contrato vem à tona sendo a última a se abandonar.

A estrutura discursiva a respeito do *status* científico da teoria política desenvolvida por Hobbes prestigia a) a justificação do Estado por meio da comunhão das vontades, b) que esse Estado possa se direcionar para a realização de objetivos específicos vinculado a uma moral comum, e c) que esteja “legitimado moralmente enquanto gestor da ordem” (SANTOS, 2000 p. 53).

Hobbes (*apud*, SANTOS, 2000; HOBBS, 2003) já na introdução de Leviatã enfatiza

que sua preocupação reside em analisar como as paixões humanas “acabam definindo a conformação do Estado civil” (HOBBS, 2003, p. 12). Para o filósofo, “se os homens se dessem ao trabalho poderiam entender a si mesmos, serem capazes de lerem-se” (SANTOS, 2000, p. 54). Com isso,

pretendia ensinar-nos que, graças à semelhança de pensamentos e paixões de um homem para com os pensamentos e paixões de outro, quem olhar para dentro de si mesmo e considerar o que faz quando pensa, opina, raciocina, tem esperança e medo, etc., e por quais motivos o faz, poderá por esse meio ler e conhecer quais os pensamentos e as paixões de todos os outros homens, em circunstâncias idênticas. Refiro-me à semelhança das paixões, que são as mesmas em todos os homens, desejo, medo, esperança etc., e não à semelhança dos objetos das paixões, que são as coisas desejadas, temidas, esperadas etc. (HOBBS, 2003, p. 12-13).

São as semelhanças das paixões que possibilitam a cada pessoa acessar a natureza humana, indicando o caráter universal de cada individualidade, e acaba também por “atestar a igualdade intrínseca do homem. A natureza, sendo racional, converte o fluxo caótico e fragmentário da experiência em cosmos, isto é, em universo inteligível, previsível e controlável” (SOARES, *apud*, SANTOS, 2000, p. 54).

A perspectiva ético-política de Hobbes é proposta “como universalmente válida e artificialmente identificada com um sistema abstrato capaz de conceber a totalidade das concepções políticas dos homens”, dogmatizando, deste modo, “uma questão moral subjacente” à sua própria proposição: “como deve agir o homem para alcançar o fim maior, qual seja, a sua segurança e paz”. Essa ideia se funda no fato de que o homem é incapaz do infinito, de imaginá-lo, por isso mesmo, “suas ideias sobre as coisas são limitadas por esta incapacidade e focalizadas na razão. Esta razão passa a ser o limite da totalidade imaginável” (SANTOS, 2000, p. 55).

Significa que “nada de político pode existir para além do que a ciência da política determina como sendo o seu objeto” (SOARES, *apud*, SANTOS, 2000, p. 55). A partir dessa perspectiva o leitor subsumi na leitura de *Leviatã* a impossibilidade de “questionar o sistema que estrutura a lógica e a legitimação do Estado porque essa possibilidade está na ordem do infinito e transcende, ou seja, do inteligível” (SOARES, *apud*, SANTOS, 2000, p. 55), cabendo ao leitor se conformar à escrita do filósofo.

vê-se o leitor frustrado em suas antecipações e, para compreender a obra, tem de descompreender-se, ou seja, tem de abdicar de sua autocompreensão, para não dizer o óbvio e fundamental, já devidamente enfatizado: tem de renunciar à sua concepção cosmológica ou visão de mundo (SOARES, *apud*, SANTOS, 2000, p. 55).

O leitor de *Leviatã* se reconstrói universalmente e ao se abstrair assume a autoimagem de Hobbes e se adapta ao seu esquema conceitual explicativo da lógica do Estado legitimando-o como “única estrutura possível e inteligível”. Essa logicidade da estrutura do Estado é alcançada por meio do estudo sobre “os elementos da natureza humana, que trarão o conceito e a compreensão de toda a estrutura da política”. Esses elementos da natureza humana se ligam diretamente às paixões e em razão da incapacidade de refreio das emoções o sujeito “se vê universalmente cômico da necessidade e da legitimidade do Estado” (SANTOS, 2000, p. 55).

A partir dos conceitos e elementos que configuram a transição de um estado de natureza para o civil-político se dogmatiza o sujeito universal no estado político, agora também universal. Assim, os princípios científicos advindos desde os glosadores se justificam na política, são tomados como ciência e dogmatizados. “A explicação universal sobre o sujeito agora está apta” (e apto o sujeito) “a receber todo benefício possível para a segurança e comodidade de sua vida” (SANTOS, 2000, p. 56).

A escrita de Hobbes, no *Leviatã*, faz com que o leitor também se reconheça como autor, absorvendo assim a explicação do poder político como se sua fosse, internalizando desse modo uma justificativa sobre a constituição do Estado que se tornará dogmatizada em seus pressupostos básicos, dentre os quais a transição hipotética do estado de natureza para o civil, cabendo ao cidadão obedecer ao poder do Estado, que passa a deter o *jus puniendi* (SANTOS, 2000, p. 57).

Frente a essa impossibilidade de reconstrução do leitor a respeito da legitimidade do Estado e do poder em *Leviatã*, seus conceitos e categorias, fundados na racionalização da política a que propôs, foram dogmatizados e se estabeleceram como alicerces para várias construções teóricas. A leitura dogmática de Jakobs sobre Hobbes favoreceu a teorização do direito penal do inimigo, afastando de seu centro de importância o próprio sujeito. Na sua leitura, entende que em Hobbes existe um direito para os cidadãos que cometem “maldades” e um direito penal inerente à guerra que ficaria limitado aos inimigos da sociedade. Os inimigos seriam pessoas que vivem no estado de natureza e por conta disso não teriam desenvolvido sua segurança cognitiva e não seriam capazes de viver em uma sociedade política (LOPES; VASCONCELOS; YOSHIURA, 2010). Parece uma interpretação equivocada de Hobbes.

Para Ribeiro (2006), essa interpretação advinda de uma frase de Hobbes, na obra *Leviatã*, é malsucedida. É uma parte do texto bem conhecida que diz “os pactos sem a espada não passam de palavras” (RIBEIRO, 2006, p. 27). O equívoco pode residir em interpretar que inexistindo o Estado enquanto *jus puniendi* “nenhum compromisso que os homens firmem

teria validade” (RIBEIRO, 2006, p. 27). A questão seria como garantir o primeiro contrato (o de todos) se quando ele é firmado ainda não se tem quem possa fazê-lo cumprir mediante o emprego da força soberana (RIBEIRO, 2006).

Enquanto não existir o Estado, nenhum pacto terá valor, porque ele não pode forçar seu cumprimento; mas, como o Estado mesmo nasce de um pacto, logicamente nunca terá como vir a existir. Seria preciso a espada do soberano antes de se ter o Estado; mas, então, como pensar a fundação do Estado? A solução para essa dificuldade está em mostrar que ela é só aparente. Na verdade, há pactos que valem mesmo quando não há um poder estatal. Em síntese, não valem os pactos em relação aos quais é razoável e racional supor que possam ser violados pela outra parte; e valem aqueles para os quais tal desconfiança não tem base (RIBEIRO, 2006, p. 28).

Se cada instituição deve cumprir seu papel na sociedade, o contrato social é então comando (poder) e submissão, pois os cidadãos se submetem ao poder estatal em troca da segurança e paz. O Estado, para proteger a vida dos cidadãos submetidos a ele, deve se atentar às pessoas que se rebelam contra o próprio Estado e rompem com o pacto social. Elas são as inimigas que por não serem cidadãs precisam receber um tratamento diferente. Hobbes tinha tal consciência, como vimos, porque também é um estudioso das instituições e seu contrato social pode ser compreendido como um modo de manter a paz entre os cidadãos no processo de auto-organização social, por isso mesmo Hobbes mantém o status de cidadão às pessoas (JAKOBS; MELIÁ, 2008).

Para Hobbes, (*apud*, RIBEIRO, 2006, p. 28).

tanto (either) quando um dos lados já fez a sua parte, como (or) quando há um poder para fazê-lo cumpri-la..., não é contrário à razão manter a palavra dada. O descrédito só é merecido se não houver poder de Estado, ou seja, o pacto no qual nenhuma das partes cumpriu ainda o que haveria de fazer.

Jakobs (2008) interpreta Hobbes afirmando que a natureza do crime de traição está na extinção da submissão dos súditos em relação ao poder estatal, uma recaída ao estado de natureza. A incorrência nesse delito orienta a penalizar os delinquentes como inimigos. Se vale ainda Jakobs (2008) de uma interpretação de Hobbes a partir da obra de Kersting para quem

o contrato fundamenta a forma conceitual dentro da qual há que introduzir a situação política empírica para ser acessível ao conhecimento científico; constitui o esquema de interpretação sob o qual devem subsumir-se os processos históricos de fundação do Estado para poder ser compreendidos politicamente (KERSTING, *apud* JAKOBS, 2008, p. 27).

Para um homem que se depre em um estado de insegurança, de não paz, de ameaça



de guerra e de morte, deveria se sujeitar incondicionalmente ao soberano, que é possuidor de todo o poder com o intuito de assegurar uma vida mais segura e equilibrada, deixando assim o estado de instabilidade, de desassossego e de preocupação. Para tal fim a melhor medida é que se conceda o poder ao Estado, principalmente se for concedido a um único homem, o soberano, que garantirá a paz e uma vida mais estável e equilibrada. Ao abordar o assunto liberdade restrita, se pensa em uma condição desagradável, porém, segundo Hobbes, é bem melhor ter uma liberdade reduzida do que retroceder ao estado de guerra de todos contra todos (LOPES, 2012).

O Estado detém a legislação civil destinada aos cidadãos, aqueles que estão sob a sua tutela, limitando as liberdades naturais das pessoas, objetivando preservar a sociedade, unindo os cidadãos contra os inimigos. Apenas os cidadãos estão sujeitos a essa legislação, portanto, apenas eles podem transgredi-la. Os inimigos deveriam então ser combatidos pelo Estado e seus poderes para que a ordem social fosse mantida e o estado de natureza não se instaurasse na sociedade (LOPES; VASCONCELOS; YOSHIURA, 2010).

O autor defende que o cidadão por si mesmo não pode abdicar o seu *status* de cidadão, isso acontece apenas quando o mesmo comete algum crime que seja tão grave que ele passa a deixar de ser um cidadão para se tornar um inimigo. Dessa forma, a aplicação do conceito de direito penal do inimigo se torna restrita a uma pequena parcela da sociedade, pois a maioria dos criminosos não cometem crimes que representam rebeliões contra a própria sociedade e ao contrato social (CABETTE; LOBERTO, 2008).

A punição é vista por Hobbes (*apud*, MENDES, 2011, p. 13) como uma medida necessária para a viabilização da vida em sociedade. Se pune para manter o Estado e as leis que preservam e orientam a vida social. Estas instituições sociais freiam os instintos humanos e por isso conferem paz aos cidadãos.

Um estado de igualdade e liberdade total entre as pessoas é o estado de natureza em Hobbes (*apud*, MENDONÇA, 2011), para quem não existem leis pré-estabelecidas além da igualdade e de liberdade ilimitadas. A força passa a ser o meio pelo qual se pode ordenar/regrar a conduta humana, restringindo de alguma forma essa liberdade e igualdade. Em função dessa restrição da liberdade e igualdade ocorrerá primeiramente um conflito entre pessoas desejantes da mesma coisa. “Não é uma vantagem de o estado da natureza ter direito a tudo e sim uma desvantagem profunda, visto que na sua linguagem é chamado de estado de 'guerra de todos contra todos', que acaba gerando um estado de disputa constante” (MENDONÇA, 2011, p. 56).

Ribeiro (2006) imagina três hipóteses em que merece descrédito o pacto porque

nenhuma das pessoas contratantes cumpriu o que lhe cabia.

Um primeiro caso é o contrato em que as duas partes prontamente cumprem o que hão de fazer – quando, por exemplo, dou com uma mão uma maçã e com a outra recebo uma pera. Aqui, não cabe a desconfiança, simplesmente porque não há futuro. O contrato consumou-se no presente. Num segundo caso, dou a outra pessoa, peles de couro, contra sua promessa de amanhã me trazer um casaco. Cumpro de imediato minha parte, mas o outro só o fará no futuro. Esse contrato se baseia na minha confiança nele. Tudo indicaria que, no estado de natureza, seria completamente descabido tal tipo de acordo. Entretanto, é exatamente o contrário. O terceiro caso está em eu prometer ao outro trazer-lhe amanhã o couro, quando ele também me entregará o casaco. Os dois estão iguados, como no primeiro caso, mas com a significativa diferença de que, enquanto ali só havia presente, aqui só há futuro. Enquanto ali a confiança era desnecessária, aqui ela é imperativa (RIBEIRO, 2006, p. 28).

O primeiro caso Hobbes nem mesmo o considera, pois não há problema jurídico, mas “valida o segundo caso mesmo inexistindo Estado e invalida o terceiro a menos que haja um poder comum” (RIBEIRO, 2006, p. 29). Ribeiro (2006, p. 29), ao interpretar as causas de guerra apresentadas por Hobbes (2003), atenta que “a desconfiança é um motivo de generalização de conflito entre todas as pessoas, tanto que afirmou que a primeira causa ocorre “por lucro quando desejamos aquilo que outro possui”. Disso resulta que ocorrerá “uma desconfiança de uns em relação aos outros”, justificando a antecipação do ataque para garantir a própria segurança, ou seja, “uma defesa pelo ataque, impedindo que se tenha um poder grande o suficiente para ameaçar” (RIBEIRO, 2006, p. 29).

Nesses dois problemas o primeiro se inscreve como objeto de desejo, porque quando duas pessoas desejam a mesma coisa torna impossível que qualquer um a obtenha. Deste modo, o estado de natureza não é externo, mas interno a nós mesmos, é “uma condição natural da humanidade” (RIBEIRO, 2006, p. 29). Embora seja uma causa forte, não é para promover generalização. Por isso mesmo, Ribeiro (2006) a entende (a desconfiança) como uma justificativa para a segunda causa.

Nos dois casos ocorre o conflito em razão daqueles que possuem e desejam algo e os que movidos pela razão, antecipando-se, atacam aqueles que não têm, generalizando a guerra. Parece uma interpretação sob o “ponto de vista popular: de baixo para cima” (RIBEIRO, 2006, p. 30). De desejo à razão, pois atacar seu possível delinquente é razoável.

A importância é dada à segunda causa, mais que a primeira, porque nesta Hobbes (*apud*, RIBEIRO, 2006, p. 30) é apenas descritivo, já na segunda causa ele é analítico, pois “esse aumento do domínio sobre os homens - pelo qual quem tem ataca quem não tem, a fim de antecipar a possível agressão deste -, sendo necessário para a conservação de cada um,

deve ser por todos admitido”.

Se a guerra for pautada pela primeira causa Hobbes estaria afirmando que todos desejam tudo. E essa seria a razão do humano, envolvido pois no egoísmo, ganância e agressividade, podendo atacar os outros. Confirmaria que os homens possuem uma natureza belicosa. Mas se é mais analítico na segunda causa e tem na primeira apenas uma ponte para se chegar à segunda, qualquer afirmação do egoísmo e belicosidade do ser humano é equivocada. Entretanto, é cabível a afirmação de que os homens têm razões suficientes para desconfiar uns dos outros (RIBEIRO, 2006, p. 30).

Nesse sentido que Jakobs (2008) sofre influência de Hobbes (2003), pois quando a importância que Hobbes oferece à segunda razão, mais que em relação à primeira, fazendo com que a primeira seja mesmo uma justificativa para a segunda, significa que o conflito está relacionado às pessoas terem razão para desconfiar de que outras pessoas a agredirão (RIBEIRO, 2006). Quer dizer, se isso ocorrer “mesmo não havendo Estado, na qual eu não tenha elementos razoáveis para suspeitar do outro, não haverá razão para eu o agredir” (RIBEIRO, 2006, p. 30).

Ao instituir o Estado por meio do contrato, as pessoas cedem o direito de que antes possuíam sobre todas as coisas e, deste modo, afasta-se a desconfiança de uns em relação aos outros (RIBEIRO, 2006).

#### 1.4 A INFLUÊNCIA DE JEAN-JACQUES ROUSSEAU NA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Para Rousseau (1999), qualquer pessoa que infringir o pacto deixará de fazer parte do Estado, enquanto para Hobbes (2003) apenas os autores que cometem graves crimes contra o Estado e a sociedade deverão ser excluídos. Jakobs (2008) observa que seu pensamento se assemelha mais com o entendimento de Hobbes (somado a Kant), porque ele reconhece existir pessoas que não delinquem habitualmente, cabendo, portanto, um direito penal do cidadão (JAKOBS; MELIÁ, 2008).

Para Rousseau (1999), o delinquente como inimigo perde a condição de pessoa moral, pois um criminoso ao cometer um crime contra o Estado não oferece risco apenas aos cidadãos, mas à própria sociedade. Quem delinque não possui mais direitos e para a preservação do Estado será permitido eliminar todo aquele que oferecer risco à sociedade (LOPES; VASCONCELOS; YOSHIURA, 2010).

Ao praticar um crime a pessoa ameaça a ordem estabelecida e a instituição estatal e “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” (ROUSSEAU, 1999, p. 44). Caso o Estado venha a eliminar essa pessoa não estaria infringindo nenhuma regra, pois não faz morrer um cidadão, mas um inimigo que não mais se insere no pacto social, cabendo ao poder estatal tão apenas exercer a coerção necessária para afastar o risco.

O tratado social tem por finalidade a conservação dos contratantes. Quem deseja os fins deseja também os meios, e esses meios são inseparáveis de certos riscos, e até de certas perdas. Quem deseja conservar sua vida a expensas dos outros também deve dá-la por eles quando necessário. Ora, o cidadão já não é juiz do perigo ao qual a lei quer que ele se exponha, e, quando o príncipe lhe diz: “É útil ao Estado que morras”, deve morrer, pois foi somente graças a essa condição que até então viveu em segurança e que sua vida já não é apenas uma dádiva da natureza, mas um dom condicional do Estado (ROUSSEAU, 1999, p. 43).

A pena para Rousseau (1999) e para Jakobs (2008) não possui a função de simplesmente punir ou disciplinar o indivíduo, mas de proteger a sociedade contra um risco. A pena seria então a forma mais efetiva de se preservar o contrato social.

## 1.5 O DOGMA INIMIGO E CIDADÃO

Jakobs (2008) objetiva acabar com os criminosos perigosos a partir da dissociação entre Estado e sociedade, por isso mesmo divide o direito penal entre aquele voltado ao cidadão, em que a sociedade e o Estado se relacionam desde que se harmonizem, e aquele direito penal do inimigo aplicado para as pessoas que coloquem em risco o Estado em razão da prática de delitos graves e habituais.

A ideia de Jakobs (2008) tem sido debatida desde o surgimento descritivo em 1985, mas tem ganhado impulso a ideia de legitimá-la para fins de utilização na política criminal estatal. Na maioria das vezes as teorias estrangeiras são traduzidas e incluídas no debate jurídico nacional sem uma adequação à ordem jurídica constitucional. Entretanto, ao contrário disso, muitos trabalhos a respeito do direito penal do inimigo têm sofrido críticas em relação à sua inclusão na política criminal brasileira ou mesmo sua utilização como fonte inspiradora de decisões ou ações por parte do Ministério Público.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, a Carta Magna apontou para a dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual o texto constitucional

determina que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, e que não haverá penas de trabalhos forçados e cruéis.

A dogmática penal e processual penal vêm suportando modificações consideráveis em razão do aumento da criminalidade na sociedade. A teoria do direito penal do inimigo tem sido interpretada como contraponto em relação a essa ampliação da prática de delitos porque, teoricamente, possibilita tornar as penas mais severas para pessoas que praticam habitualmente crimes considerados graves.

No entanto, é importante refletir que a ideia dogmática de a sociedade ser dividida entre inimigos e cidadãos é antiga, anterior mesmo à modernidade. Evidenciamos isso com um recorte teórico sucinto em Hobbes (2003) e Rousseau (1999). Na narrativa bíblica estão presentes diversos trechos onde povos, nações e etnias são apontados como inimigos de Deus, e assim inimigos do povo de Deus. Este pensamento também está presente durante as cruzadas quando os cruzados teriam o dever de libertar a cidade de Jerusalém dos inimigos muçulmanos e judeus (PINTO, 2015).

Ao se tornar religião oficial do império romano, o cristianismo passa a ser obrigatório para todos os que vivessem no território de Roma, em caso de recusa seriam considerados inimigos, e acabariam sendo executados (CAIXETA, 2007). Na idade média a igreja católica detinha o monopólio de estabelecer a “verdade religiosa, estabelecendo sob esse dogma a caça aos hereges” (aqueles que possuíam crença diferente) (PINTO, 2015, p. 52).

A partir do século XVIII, ocorrem principalmente na Europa revoluções contrárias ao poder absolutista. Durante este período os inimigos da sociedade eram vistos como aqueles contrários à revolução, os apoiadores dos absolutistas e déspotas, que eram guilhotinados como exemplo aos outros cidadãos (BATISTA, 2009).

Então, entre os séculos XIII e o XVIII, articulam-se as técnicas da Inquisição com o surgimento das cidades, a aparição da ideia de contrato, o fortalecimento da burguesia e o absolutismo, configurando o Estado Moderno e suas estruturas penais. Mais especificamente entre o XIV e o XVIII, a acumulação de capital que impulsionará o mercantilismo, a manufatura e logo a Revolução Industrial forjará uma sociedade de classes através da luta para o disciplinamento de contingentes de mão-de-obra para o trabalho. O disciplinamento dos pobres para a extração de mais-valia, energia viva do capital, vai precisar da ideologia, da racionalidade utilitarista a legitimar as relações e as técnicas de domínio dos homens e da natureza. (...) A partir do século XVIII o processo histórico de fortalecimento do contrato social

determina outras necessidades de ordem. As execuções públicas vão se tornando perigosas com o protagonismo da multidão que vai produzir a crítica do absolutismo. A Revolução bate à porta da Europa, com suas multidões de pobres a produzir o Grande Medo: cabeças cortadas, diria Glauber Rocha. O poder punitivo vai precisar de novas ideias e novas técnicas para dar conta da concentração de pobres que o processo de acumulação do capital provocou. E mais, pobres agora com uma perspectiva revolucionária... (BATISTA, 2009, p. 25).

A partir desse contexto explicado por Batista (2009) que se tem as críticas ao poder absoluto e o surgimento do discurso dos princípios, dentre os quais o princípio da legalidade e os “conceitos-chave de delito e pena. São estabelecidos limites para o método moderno de organização da verdade: punir em vez de vingar e estabelecer uma gestão seletiva das ilegalidades populares” (BATISTA, 2009, p. 25).

No século seguinte, XIX, surgem diversos manicômios e prisões apoiados no discurso científico (psiquiatria) com o qual muitos defendem a inferioridade de pessoas com problemas psicológicos, distúrbios, ou patologias de natureza psíquica. Os ditos como loucos, os mendigos, infratores de crimes leves, os vadios, depressivos, esquizofrênicos, eram vistos como inimigos, pessoas a serem excluídas da sociedade (BATISTA, 2009).

Após a Segunda Guerra Mundial e a Guerra Fria, o mundo todo assiste ao aprofundamento da globalização, que traz consigo diversos elementos negativos como o aumento do tráfico internacional de drogas e a ampliação de organizações terroristas (FERNANDES, 2011).

No entanto, quem seriam os inimigos do Estado? Os terroristas, os autores crimes sexuais ou os criminosos econômicos? Seriam os delinquentes organizados e articulados em facções e organizações criminosas? Para Jakobs (2008), o inimigo é aquele que se afasta de modo permanente da ordem social, representando um risco à coesão social. O problema é que não se pode universalizar o inimigo em razão desse distanciamento da sociedade, pois ele é fruto da sociedade, está internalizada em sua personalidade sua condição de membro que compõe essa ordem social para além de um pacto de vontade realizado entre sociedade e Estado.

Os inimigos podem surgir como resultado de uma perseguição efetuada por um grupo ou ainda de perseguições institucionalizadas e promovidas pelo próprio Estado em sua forma coercitiva (MINIUCI, 2016).

Os inimigos podem surgir tanto nas desavenças entre grupos sociais, quando um grupo é perseguido e abertamente hostilizado por outro (p. ex., Ku Klux Klan contra negros nos EUA), como nas relações com a administração pública, quando a perseguição é institucionalizada e planejada pela burocracia do poder político (Arendt, 1994). Indivíduos desvinculados de grupos sociais, por sua vez, tornam-se

inimigos da sociedade quando praticam atos que acirram os ânimos, despertam a indignação de muitos e exigem o linchamento do responsável pela ação enfaticamente condenada (MINIUCI, 2016, p. 2).

O inimigo se torna a pessoa que mata os cidadãos, cuja preservação da vida destes deve resultar na morte daqueles. O inimigo nada mais é que um estranho cuja vida deve ser negada para que outros possam viver. Um mal a ser eliminado para o bem da sociedade, no entanto, este mal é construído pela própria sociedade e suas contradições (BERNARDES, 2005).

Na modernidade, a ideia de sociedade de risco sempre esteve presente, seja por conta dos problemas sociais ou ainda por conta dos problemas ambientais. No entanto, nas últimas décadas, a sensação de insegurança (terrorismo) tem se aprofundado em todo o mundo, o que faz com que os governos de modo geral exerçam políticas de segurança pública baseadas nesta insegurança sentida por todos (ROSA, 2011).

No dia 11 de setembro de 2001, ocorre um fato marcante e decisivo para as políticas de segurança em todo o mundo. Os atentados ao *World Trade Center* inseriram definitivamente o mundo na chamada sociedade de risco, os novos inimigos da sociedade passam a ser os terroristas, membros de facções criminosas extremistas. Nesse novo cenário, a teoria de Jakobs ganha força, e passa a ser vista como uma opção para amenizar o problema da insegurança que está presente em todo o mundo (FERNANDES, 2011).

No entanto, este tipo de política de segurança preventiva contra os inimigos apresenta problemas graves. Em julho do ano de 2005, o brasileiro Jean Charles de Menezes foi morto com 11 tiros a queima roupa pela polícia da cidade de Londres por ter sido confundido com um terrorista devido à sua aparência física (FARIA JUNIOR, 2010). Esse triste fato demonstra como o direito penal do inimigo é aplicado nos dias atuais, mesmo violando as legislações que prezam pela vida, pela dignidade da pessoa humana e outros princípios que sustentam o Estado Democrático de Direito. Esse fato também mostra como o dogma de inimigos e cidadãos têm instrumentalizado a política criminal.

Ao configurar a categoria inimigo e cidadão como dogma, Jakobs (2008) possibilita promover uma redefinição na tipificação do modelo dogmático jurídico penal. O objeto do saber jurídico se desloca da razão para a história. Aquilo que foi fundante para o jusnaturalismo, a razão, passou a ser substituído pelo fenômeno histórico, fundando-se a dogmática moderna a partir de bases históricas de suas construções. O direito positivo com sua inspiração liberal assenta a concepção do dogma jurídico historicista, fazendo-se autônomo e formal.

A razão utilizada como meio para a laicização do poder no Estado moderno, impedindo o predomínio das regras morais e distanciando-as do poder político, teve o direito como instrumento dessa racionalidade do poder posto pelo Estado (HOBBS, 2003). Com a formação do Estado moderno e seu posterior desenvolvimento também vão se constituindo as explicações historicistas a respeito da própria formação do Estado e da modernidade, como se o mundo tivesse iniciado a partir dessa modernidade. Assim, temos a explicação linear da história, no sentido que desde os tempos gregos o Ocidente se desenvolve para ter se tornado o que ele exatamente é hoje. Todas as teorias explicativas incorreram nesse equívoco positivista, tanto o liberalismo como o marxismo. O direito como meio, instrumento que alicerça esse Estado, foi dogmatizado e justificado historicamente, tornando-se inclusive área de estudo independente da História, da Filosofia, da Ciência Política, passando a ser entendido como expressão e sinônimo de lei (KELSEN, 2005).

O dogma jurídico inimigo e cidadão torna-se dogmatismo na teoria de Jakobs, pois representa uma atitude de acatamento e submetimento do jurista ao estabelecido como direito positivo penal do inimigo que, independentemente do seu conteúdo, desempenhará sempre a função de dogma persistente entre práticas consideradas graves (por inimigos) e outros crimes considerados menos graves (por, assim dizer, cidadãos).

A dogmática do direito penal do inimigo cumpre a função de criação do dogma inimigo e cidadão, a ser preenchido pela política criminal dos respectivos Estados e democracias que objetivem legitimá-lo em suas políticas públicas. Ao se esvaziar de conteúdo o dogma, servindo tão apenas para cumprir essa função de enunciado a não ser desestabilizado (como verdade absoluta) oferece enorme risco para que se determine, em conteúdo, novos tipos de crimes que necessariamente não seriam de inimigos do Estado. Um risco que a recente democracia brasileira não poderia correr.

Nesse sentido, um intérprete dogmático visualiza o modo como um problema jurídico pode ser resolvido dada a existência de mecanismos institucionais para tanto, por exemplo, uma política criminal baseada no direito penal do inimigo e em legislações que o ecoem. O direito penal do inimigo tem sido abordado como âmbito de resolução de problemas a partir de uma leitura histórica, da qual o direito positivo tem instrumentalizado normas jurídicas que definem tipos penais que ferem direitos e garantias fundamentais das pessoas, pois inimigas. A teoria de Jakobs tem nutrido a dogmatismos jurídicos penais no afã punitivista. Mas quando o inimigo é a própria sociedade quem o produziu, cabe também responsabilizá-la.



## 2 O INIMIGO DESNUDADO, NORMALIZANDO A OMISSÃO IDEOLÓGICA TEÓRICA

O sentido de normalização dogmática ideológica do direito penal do inimigo se associa à compreensão de que existe norma no interior das diversas esferas (ou sistemas) que constituem a sociedade. Não se define, portanto, por ser um complemento de força ou acréscimo de poder, mas também se apresenta como força e poder.

A norma e a normalização que configuram as sociedades da modernidade constituem “uma lógica, uma economia, uma maneira de o poder refletir as suas estratégias e definir os seus objetos” (EWALD, *apud*, FONSECA, p. 88).

A norma é aquilo que podemos aplicar a um corpo que se quer disciplinar como também a uma população que se quer regulamentar. A sociedade de normalização não é, pois, nessas condições, uma espécie de sociedade disciplinar generalizada cujas instituições disciplinares teriam se alastrado e finalmente recoberto todo o espaço - essa não é, acho eu, senão uma primeira interpretação, e insuficiente, da ideia de sociedade de normalização. A sociedade de normalização é uma sociedade em que se cruzam, conforme uma articulação ortogonal, a norma da disciplina e a norma da regulamentação (FOUCAULT, 2005, p. 302).

Quando se normaliza algo e se torna norma jurídica pode-se definir e redefinir as estratégias de poder em relação àquilo que foi normalizado. Por exemplo, os efeitos do neoliberalismo, como a privatização de setores da economia da vida pública só foi possível porque se normalizou a compreensão de certos serviços públicos como caóticos ou medíocres, fazendo-se acreditar que outro processo de administração/gestão desses serviços por meio de um sentido empreendedor/empresarial pudesse melhorá-los. A partir dessa normalização, na década de noventa, tem-se as alterações constitucionais por emendas que, posteriormente, permitiram a constitucionalidade de uma série de medidas infraconstitucionais que autorizavam a privatização de vários setores da vida pública. Há, portanto, uma perspectiva ideológica no processo de normalização.

O domínio da norma é o do saber. Dogmatizando o saber jurídico penal do inimigo, normalizando a categoria inimigo e cidadão, conforme conceito de Jakobs (2008), além de se omitirem as desigualdades sociais concretas também se constitui o âmbito de ideologia onde a reprodução dogmática desse saber lhe conferirá validade. É desse modo que o direito penal do inimigo acaba atuando na discussão de alternativas para maior punição de inimigos, inclusive suprimindo lhes garantias e direitos fundamentais. Sentenças judiciais negando seu caráter de efetividade normativa acabam conformando argumento que trata sobre o direito penal do

inimigona medida em que reproduz o saber dogmático. É nesse sentido que é preciso desnudar a normalização em curso referente ao direito penal do inimigo.

O crime é atribuído a todos os praticantes de atos que firam os bens fundamentais que a própria sociedade diz quais são e definem em normas. É, pois, para ser uma definição geral aplicada a todos aqueles que praticam crimes indistintamente e independentemente de sua classe, cor, condição econômica. A neutralidade ao assim se impor e prescrever, a norma jurídica (penal ou qualquer outra) omite a realidade concreta de desigualdade entre as pessoas.

A norma designa uma regra de juízo, mas também a forma pela qual se produz a regra de juízo (Legislativo). O direito não valora as pessoas, pois tem de ser compreendido como generalizante e neutro, mas permite a partir de sua prescrição normativa que interpretem a partir dos valores sociais adequados ou não à norma jurídica, atribuindo-se um juízo sobre aquela ação. Define um procedimento pelo qual a norma é produzida. Desse modo, articulam-se e relacionam-se as normas entre si tendo como referência o próprio sistema normativo. Se por meio do sistema criador da norma (Legislativo) adentra dogma que estabelece maior rigor, por exemplo, severidade punitiva aos inimigos, se estabelece norma objetiva punitivista. Por meio de uma medida comparável, cidadão e inimigo, se classifica e desclassifica, equaliza e desequaliza (FOUCAULT, 2005).

Como se inscreve a dogmática penal no Estado de Direito? Temos que a matéria da qual se nutre o Estado de Direito por meio

do discurso dogmático racionalizador ou garantidor é a separação liberal Estado (poder punitivo) *versus* a pessoa (liberdade individual), sob os fundamentos dos limites de ação, pois a condição central que o condiciona é como racionalizar, em concreto, o poder punitivo (violência física) face aos direitos individuais (segurança); é como punir, em concreto, com segurança, no marco de uma luta racional contra o delito (ANDRADE, 2003, p. 123).

Se inscreve, portanto, de modo condicional essa dogmática, pois os limites da ação do poder punitivo em relação às pessoas ficam condicionados à afirmação dos direitos fundamentais, dos princípios constitucionais, constituindo-se parâmetro para o *jus puniendi* estatal. Isso significa racionalizar concretamente a punição em face dos direitos individuais no marco normativo constitucional das democracias. Concretizam-se as garantias que promovem equilíbrio entre o poder estatal e a liberdade das pessoas em sociedade. É para isso que nasce o direito penal fundado no princípio da legalidade que sendo a “base estrutural do próprio Estado de Direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica” (BATISTA, 1990, p. 67).

Em que pese a completa desconsideração dos estudos de direito penal a partir de Spinoza<sup>2</sup>, que se contrapõe às explicações contratualistas de Hobbes e Rousseau, é de todo possível a partir dele refletir outro direito penal. Entretanto, o legado da modernidade e das explicações contratualistas foram os direitos fundamentais e, dentre eles, o princípio da legalidade

como fundacional do direito penal moderno e da construção da sua dogmática que se apresenta teórica assim como uma consequência do princípio da intervenção legalizada do poder punitivo estatal e igualmente como uma conquista irreversível do pensamento democrático. (...) A ideia do Estado de Direito exige que as normas que regulam a conveniência sejam conhecidas e aplicadas, além de serem elaboradas por um determinado procedimento, de um modo racional e seguro, que evite o acaso e a arbitrariedade em sua aplicação e que as dote de uma força de convicção tal que sejam aceitas pela maioria dos membros da comunidade (MUÑOZ CONDE, *apud*, ANDRADE, 1994, p. 214).

Normalizar a dogmática penal do inimigo tendo como característica fundacional da própria dogmática e o princípio da legalidade significa compreender a posição ideológica liberal de separação entre indivíduo e Estado sem, contudo, forçar alterações constitucionais (de normas consideradas cláusulas pétreas) para minimizar a defesa das garantias individuais pelos Estados Democráticos de Direito. Algo que a teoria de Jakobs autorizaria, principalmente após o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 nos EUA. Pode autorizar porque sua teoria permite a supressão dos direitos fundamentais para condenar e punir os inimigos.

Na tarefa de elaboração técnico-jurídica do direito penal vigente, a dogmática penal parte da interpretação das normas penais produzidas pelo legislador (princípio da legalidade), explicando-as em sua conexão interna desenvolve um sistema de teorias e conceitos que (...) teria a função de garantir maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito Penal que, subtraída à arbitrariedade, garanta a segurança jurídica e, por extensão, a justiça das decisões (ANDRADE, 1994, p. 125).

É a filosofia iluminista acrescida da dogmática penal da Escola clássica que coloca a teoria do crime como marco de uma estrutura conceitual que unida ao princípio da legalidade confere à teoria o caráter de cientificidade e, posteriormente, a consagra como dogma. O liberalismo implementa o princípio da legalidade conferindo à teoria do crime *status* de

---

<sup>2</sup> No sentido de desenvolver um direito penal cuja explicação não se assentasse na dissociação entre sociedade e Estado realizada pelos contratualistas, Spinoza foi desprezado pela esmagadora maioria dos textos e doutrinas do direito. Tendo o direito como fundamento, as teorias liberais de certo modo reproduziram sua ideologia e suas categorias ao longo dos séculos, enquanto outros pensamentos e reflexões que criticavam e contestavam a própria modernidade e o direito foram relegados a um plano de esquecimento. Por isso Spinoza nos apresenta uma agenda de pesquisa importante a auxiliar a teorização de outro direito penal.

cientificidade. É com essa filosofia que Cesare Beccaria (1979) joga luz ao direito penal defendendo a legalidade (tipificação) dos crimes e das penas, afirmando que as vantagens da sociedade deveriam ser distribuídas equitativamente entre todos os seus membros. É a partir da dogmatização desse princípio que todo direito penal deve ser lido e interpretado. Não sem razão é a partir do marco “Dos Delitos e das Penas” que passam a surgir as correntes dogmáticas ou doutrinárias do direito penal. Beccaria (1979) é entusiasta de uma dogmática penal surgida e nutrida pela legalidade,

As leis são as condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viverem em contínuo estado de guerra e de gozarem uma liberdade tornada inútil pela incerteza de poderem conservá-la. Eles sacrificaram uma parte dessa liberdade para gozar-lhe o restante com segurança e tranquilidade. (...) é certo, portanto, que cada um queira colocar no depósito público a mínima porção possível da mesma liberdade, aquela que seja suficiente a induzir os outros a defendê-lo. O conjunto destas mínimas porções possíveis forma o direito de punir. Todo direito a mais é abuso, e não justiça; é fato, já não é direito. *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* (BECCARIA, 1979, p. 38-39).

Ao definir um tipo criminal afirmando que deve estar prescrito na lei, a norma deve equiparar as pessoas. Assim, os bens protegidos pelo direito penal o são para todos, muito embora sabemos que mais para alguns que para outros.

Essa dogmática de matriz liberal-iluminista é a impulsionadora das discussões das correntes dogmáticas penais. As discussões hegemônicas passam pela aceitação da dicotomia proposta pelos clássicos liberais entre um nível natural de comportamento humano e outro civil ou político de conduta, normalizando e dogmatizando a separação entre indivíduo-sociedade e governo-Estado como marco inicial e pressuposto para todo argumento jurídico penal, muito embora outros estudiosos tenham tentado outro caminho interpretativo não disjuntivo entre Estado e sociedade.

São os estudos da criminologia crítica que contribuirão para esse desvelamento da dogmatização liberal como pressuposto formador da dogmática penal. As críticas antes de serem realizadas pela própria dogmática penal foram feitas externamente, por outras áreas de estudos.

Pelo viés político a dogmática penal se declara como garantidora dos direitos das pessoas, entretanto, ao ser utilizada como ideologia, omite as desigualdades concretas existentes na sociedade tornando-se “instrumento a serviço da manutenção e legitimação das relações de dominação do sistema capitalista (...) lhe negando autonomia” (ANDRADE, 2003, p. 156-157).

Trata-se, frente ao solapamento dos direitos individuais das pessoas consideradas

inimigas, mais de uma recuperação do inimigo como cidadão do que uma exclusão ou extinção dessa pessoa. Inserida na lógica liberal-capitalista, essa exclusão de direitos individuais pode afetar os critérios adotados para definição de crime não apenas aos inimigos, mas se ampliando conforme o sabor das intenções parlamentares punitivistas nos Estados de Direito, notadamente, para a continuidade da circulação de riquezas e omissão das desigualdades (ANDRADE, 2003).

A importância da crítica política à política da dogmática penal reside em inseri-la num sistema de dominação e legitimação a partir do mercado capitalista. Nutre-se a proteção da pessoa pelo Estado, mas como esse Estado inserido no sistema de mercado excludente é seletivo quanto à produção do crime, ou seja, seleciona aqueles aptos a serem protegidos e exclui outros, faz-se ruir assim a neutralidade e generalidade das normas.

Se politicamente essa é a crítica que pode ser feita, metodologicamente, a dogmática penal alçada ao *status* científico se separou da realidade social, pois se mantém aprisionada no sistema lógico-formal no mundo do *dever-ser*, esvaziado de conteúdo, “como uma ideia que jamais necessite ser explicitada e assim uma fórmula vazia” (BARCELLONA, 1983, p. 29).

A dogmática penal pode ser vista como “uma exemplar demonstração de formalismo e idealismo histórico” (FARIA, 1988, p. 31). Pois, tanto suas doutrinas lógico-formais como seu discurso sobre o direito penal, a criminalidade e a pena caracterizam-se pela a-historicidade e abstração. Esse idealismo procede de sua perspectiva filosófica ideológica exposta no primeiro capítulo dessa pesquisa.

Andrade (2003) entende que se não pode destacar a dogmática penal como uma ciência de conhecimento em sentido estrito, pois não tem força explicativa do seu objeto, pode-se afirmá-la como ciência prática porque cumpre certas funções práticas na realidade social. Assim, a crítica da separação entre dogmática penal e a realidade social olhada a partir da ambiguidade metodológica ao mesmo tempo separa e funcionalmente inclui. Por um lado, há uma debilidade analítica e, por outro, uma força interpretativa a partir da realidade social. Significa que ao tratar sobre a dogmática penal tem-se que observar para além daquilo que ela própria declara, e perceber as funções reais e concretas que exerce na sociedade, assim, por meio dessa crítica metodológica é possível reconduzir a crítica política à dogmática penal.

## 2.1 SUBVERSÃO DO SILENCIAMENTO PELA CRIMINOLOGIA CRÍTICA RADICAL

Para Jakobs (*apud* NIKITENKO, 2006, p. 127), a pena possui “a função de reparar a confiança ou prevenir os efeitos negativos que a infração da norma produz para a estabilidade

do sistema e a integração social”. Se essa função independe de conteúdo das normas penais, a abstração sobre os conteúdos valorativos - princípio fundante do positivismo analítico de Hans Kelsen (2005) é levada ao máximo efeito na teoria penal do inimigo.

A pena é prevenção-integração no sentido que sua função primária é exercitar o reconhecimento da norma e a fidelidade frente ao direito por parte dos membros da sociedade. (...) O delito é uma ameaça à integridade e à estabilidade sociais, enquanto constitui a expressão simbólica oposta à representada pelo delito. Como instrumento de prevenção positiva, ela tende a reestabelecer a confiança e a consolidar a fidelidade ao ordenamento jurídico, em primeiro lugar em relação com terceiros e, possivelmente, também com respeito ao autor da violação (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 3).

O direito penal do inimigo reprime mais a conduta manifesta de infidelidade para com a ordem jurídica penal que a violação do bem jurídico, tanto que para o direito penal do inimigo a

violação da norma é socialmente disfuncional, mas não tanto porque resultam lesionados certos interesses ou bens jurídicos, mas porque é colocada em questão a norma mesma como orientação da ação e, em consequência, é afetada a confiança institucional dos coassociados (BARATTA, 1985, p. 5, tradução nossa).

Andrade (1994, p. 2) ao interpretar Baratta (1985) associa à dogmática a “exigência funcionalista de reestabelecer a confiança no Direito mediante a contraposição simbólica da pena”, entendendo que essa exigência não é somente o fundamento dessa dogmática, mas também “o fundamento para determinar o grau de culpabilidade e individualizar a medida punitiva” (BARATTA, 1985, p. 8, tradução nossa).

Nesse último ponto referido à culpabilidade, o caminho teórico pelo qual Jakobs (2008) percorreu de sua teoria descritiva - interpretando a filosofia política contratualista para afirmar a possibilidade de punição dos inimigos diferenciando-a da punição aos cidadãos para sua tentativa de legitimar a teoria como política criminal, - não apenas dogmatizou as categoriais inimigo e cidadão no sentido penal, mas possibilitou nova fundamentação da própria dogmática do crime do conceito de culpabilidade<sup>3</sup>.

Baratta (1985, p. 10, tradução nossa) critica essa fundamentação do direito penal do inimigo a respeito da culpabilidade, porque acredita que deixa em aberto qual é “a medida da pena em proporção ao nível verificável de culpabilidade e a medida socialmente conveniente

---

<sup>3</sup> Culpabilidade aqui é a mesma prevista no artigo 59 do Código Penal brasileiro como circunstância judicial genérica, analisada na primeira fase de dosimetria de pena, sendo a primeira das circunstâncias judiciais a ser analisada, cuja análise busca aferir, a critério do julgador, o grau de intolerância que a sociedade atribui àquela prática criminosa em julgamento.

para efeitos da finalidade político-criminal”.

Determinar a culpabilidade de uma pessoa consiste em reprovar a conduta que ela realizou socialmente e quão essa conduta teria contrariado a norma. A norma reguladora (prescrição) valora de modo negativo, recusando a conduta prescrita e imputando-lhe uma pena, caso seja realizada. Se a própria norma já valorou a conduta reprimível de modo negativo, como poderá novamente essa determinação subjetiva ser referência para nova valoração (inimigo ou cidadão?). A culpabilidade como determinação e valoração subjetiva fica refém da política criminal levada a efeito pelos Estados e pode, portanto, sofrer influências de toda ordem porque contingenciada às percepções sociais.

Dito de outra forma, o dogma inimigo pode ser considerado a partir da criação de legislação mais severa pelo Legislativo, recebendo novas definições de delitos que, em dadas circunstâncias seus autores não seriam considerados inimigos em potencial. Hipoteticamente, a prática de terrorismo, por exemplo, pode ser definida na prescrição normativa, incluindo uma série de atos praticados por movimentos sociais como, por exemplo, o MST (ver Projeto de Lei n. 2016/2015). Sem nenhum critério objetivo, a análise da culpabilidade como determinação subjetiva pode ficar refém da política criminal dos Estados.

Para Jakobs (*apud* BARATTA, 1985, p. 10, tradução nossa) é desnecessário e impossível um critério “objetivo (...) para os fins de juízo de culpabilidade e este não é um juízo de demonstração da realidade, mas de atribuição de responsabilidade conforme os critérios normativos estabelecidos pelo direito”. Considera, portanto, como critério de valoração negativa da conduta criminosa de um indivíduo e de sua responsabilização penal o “grau de intolerabilidade funcional para a expressão simbólica de infidelidade em relação aos valores consagrados pelo ordenamento jurídico” (ANDRADE, 1994, p. 268).

O risco da adoção dogmática da tese de Jakobs (2008) consiste em menosprezar a limitação punitiva do Estado em relação às pessoas, porque para o sistema não há influência externa que o modifique, “desconsiderando o indivíduo que passa a ser admitido como um subsistema físico-psíquico o qual o direito valoriza na medida em que desempenhe um papel funcional em relação à totalidade do sistema social” (BARATTA, 1985, p. 8, tradução nossa).

Essa construção dogmática tecnocrática-funcionalista do direito penal é contraposta ao modelo crítico no qual a criminologia crítica tem tentado dialogar com o direito penal, recuperando e reafirmando os direitos humanos (ANDRADE, 1994). Criminologia crítica é definida por Santos (2005) mudando o seu objeto e método em relação à criminologia tradicional.

o objeto é deslocado da criminalidade, como dado ontológico, para a criminalização, como realidade construída, mostrando o crime como qualidade atribuída a comportamentos ou pessoas pelo sistema de justiça criminal, que constitui a criminalidade por processos seletivos fundados em estereótipos, preconceitos e outras idiosincrasias pessoais, desencadeados por indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza, moradia em favelas etc.; o estudo do objeto não emprega o método etiológico das determinações causais de objetos naturais empregados pela Criminologia tradicional, mas um duplo método adaptado à natureza de objetos sociais: o método interacionista de construção social do crime e da criminalidade, responsável pela mudança de foco do indivíduo para o sistema de justiça criminal, e o método dialético que insere a construção social do crime e da criminalidade no contexto da contradição capital/trabalho assalariado, que define as instituições básicas das sociedades capitalistas (SANTOS, 2005, p. 1).

Não é demais lembrar o impulso e os limites que a criminologia crítica pode oferecer na correção do paradigma tradicional penal, porque segundo Andrade (1994, p. 18) o “impulso desestruturador”, ou seja, “a emergência de um saber crítico e deslegitimador do moderno sistema penal e a 'revolução de paradigma' que ela arrasta consigo” permite uma reaproximação da criminologia à dogmática penal por meio das críticas ao modelo criminológico tradicional.

O campo penal, tradicionalmente um campo fechado, encontra-se hoje aberto e perturbado. Aberto pelo diálogo, que o impulso desestruturador passou a possibilitar, entre o penal e o social, o político e o econômico; e pela descoberta, que ele co-constituiu, de novos parceiros para o penal. Ao dialogar com as Ciências Sociais e abrir-se para uma nova parceria o penal deixa de ser, ao menos como experiência, monopólio analítico dos penalistas e monopólio da prática estatal (ANDRADE, 1994, p. 299).

O “impulso desestruturador” de Andrade (1994) se constitui como uma perspectiva zetética de análise. Ferraz Júnior (2006) entende por zetética a possibilidade de desestabilizar o conhecimento estabilizado (dogmático) colocando em dúvida as certezas estabelecidas pela dogmática. É nesse sentido que nesta pesquisa adota-se a perspectiva da criminologia crítica, de modo a desestabilizar ou colocar em dúvida o dogma inimigo e cidadão conforme enunciado por Jakobs.

A dogmática penal fundada no ideário liberal necessita de contrastação, “deslocando a abordagem do saber dogmático para o sistema de Justiça Penal que ele tem por referência” (ANDRADE, 1994, p. 275), e para isso partimos inicialmente desse saber dogmático para, a partir de uma abordagem zetética, oferecida pela criminologia crítica, evidenciar os limites dessa dogmática, pois

não é na Dogmática penal que podemos buscar uma contribuição para a análise do sistema da Justiça Penal nem uma contribuição para seu controle funcional. Pois, por sua própria estrutura (fechada e acrítica), não apenas carece de uma instância interna



crítica capaz de exercer um controle funcional sobre seu próprio paradigma como é incapaz de fornecer um approach da Justiça Penal sobre o qual este controle possa ser exercido (ANDRADE, 1994, p. 275).

Se, por um lado, a dogmatização penal moderna é caracterizada pelas transformações do século XIX, pelo controle estatal centralizado, pela categorização e formação de sistemas de conhecimento separados, expertises e profissionalização, pela vitória do asilo ou da segregação e pelo predomínio da dogmática fundada no positivismo promovendo o traslado do corpo à mente, por outro, o impulso que pode gerar um estudo zetético dessa dogmática se vincula à contra-ideologia advinda dos anos sessenta, tendo como princípios a descentralização, desinformalização, descriminalização, não-intervenção, desprofissionalização, desmedicalização, antipsiquiatria, eliminação de estigmas e etiquetas, deslegalização, desencarceramento, desinstitucionalização e controle comunitário, enfim, um regresso à Justiça (ANDRADE, 1994).

O Estado moderno, qualquer que seja, mantém sempre uma ampla margem, fundamental, para o exercício do controle, para selecionar, estigmatizar e marginalizar constantemente a grandes setores da população e para mantê-la, a toda ela, dentro da rede de controle (BUSTO RAMÍREZ, *apud*, ANDRADE, 1994, p. 283).

A dogmática penal moderna da qual Jakobs se vale para a construção da teoria do direito penal do inimigo é centralizada no Estado e na organização judiciária do sistema de justiça, considerando a pena e a prisão do inimigo como solução. A fim de criticar essa perspectiva, de trabalhar zeteticamente a dogmática, Andrade (1994, p. 299) classifica três marcos teóricos fundamentais: “a crítica historiográfica foucaultiana, a crítica sociológica do *labelling approach* de base interacionista, da qual resulta, diretamente, o paradigma criminológico da reação social e a Criminologia Crítica”.

A partir da investigação de Baratta (*apud*, ANDRADE, 1994, p. 318), negou-se alguns princípios na construção e desenvolvimento do estudo do crime. A corrente do *Labelling Approach*<sup>4</sup>, influenciada por Baratta refutou o princípio da igualdade, demonstrando que “o desvio e a criminalidade não são entidades ontológicas pré-constituídas, mas sim atribuídos a determinados sujeitos por meio de mecanismos de definição e seleção oficiais e não-oficiais” (JUNIOR, 2011, p. 91; ANDRADE, 1994, p. 320). A pessoa só recebe a denominação de criminoso ou delinquente, ou de inimiga (Jakobs), quando se lhe impõe uma etiqueta de delinquente ou também quando as instituições que possuem o poder de definir o

---

<sup>4</sup>Para Andrade (2003, p. 39) o marco dos estudos da corrente *Labelling Approach* reside na obra *Outsiders* de Howard Becker.

crime lhes atribuem essa definição (ANDRADE, 1994, p. 321).

A base ideológica de matriz liberal sobre a qual o direito penal assenta o princípio da igualdade é duvidosa, pois a sua consequência é a desigualdade. É a construção crítica do *Labelling* que evidencia que a minoria criminalizada advém de um “processo altamente seletivo e desigual, dentro da população total; enquanto que o comportamento efetivo dos indivíduos não é, por si mesmo, condição suficiente deste processo” (BARATTA, *apud*, ANDRADE, 1994, p. 321).

Na perspectiva crítica, segundo Baratta (*apud*, ANDRADE, 1994, p. 344), o crime é um *status* atribuído a determinadas pessoas, mediante duas seleções: de bens protegidos e dos indivíduos rotulados. Pela criminologia é entendido o crime como uma matriz de controle social.

A criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro, lugar, pela seleção dos bens jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a estes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, pela seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que praticam tais comportamentos (ANDRADE, 1994, p. 344).

Baratta (*apud*, SANTOS, 2005, p. 3) estabelece a partir de pesquisas que localizam nas atitudes das pessoas, projetadas pelos meios de comunicação de massa (representação ideológica), os efeitos reais que tais imagens e opiniões produzem, dividindo a sociedade e impondo “repúdio contra a população marginalizada do mercado de trabalho, sendo interpretadas como defeitos pessoais por causa de potencialidades criminosas”.

se imagens da realidade produzem efeitos reais, então é desnecessário agir sobre a realidade para obter resultados práticos; ao contrário, pesquisas mostram a suficiência de ações sobre a imagem da realidade para criar efeitos reais na opinião pública – por exemplo, efeitos de legitimação ou de desestabilização de governos, como ocorre na América Latina; igualmente, são suficientes ações sobre a imagem da criminalidade para criar efeitos reais de alarme social, necessário para campanhas de lei e ordem, desencadeadas para ampliar o poder político e legitimar a repressão penal em épocas de crise social (BARATTA, *apud*, SANTOS, 2005, p. 3).

Baratta (2004) desvela os princípios pelos quais a dogmática penal e criminologia tradicional estão assentados: a) ao princípio do bem e do mal, b) ao princípio da culpabilidade, c) ao princípio da legitimidade, d) ao princípio da igualdade, e) ao princípio do interesse social e do delito natural, f) ao princípio do fim e da prevenção. Esses princípios representam a ideologia liberal que foi sendo transformada ao longo das décadas e de acordo com as modificações políticas ocorridas neste período.

El contenido de esa ideología, tal como él ha entrado a formar parte -si bien filtrado a través del debate entre las dos escuelas- de la filosofía dominante en la ciencia jurídica y de las opiniones comunes no sólo de los representantes del aparato penal-penitenciario sino también del hombre de la calle (es decir, de las every day theories) (...) (BARATTA, 2004, p. 36).

Para o princípio do bem e do mal, o crime é um dano para a sociedade e o criminoso um mal, tendo a sociedade se constituído orientada ao bem e não ao desvio social (delito). Para o princípio da culpabilidade, o crime expressa uma conduta reprovável socialmente porque se contrapõe aos valores e normas dispostas pelo legislador. Para o princípio da legitimidade, cabe ao Estado o *jus puniendi* através das instituições oficiais de controle social (Judiciário, Ministério Público, polícia, prisões, etc.) que entendem que a agressão cometida pela pessoa contra a sociedade merece uma reação contra o comportamento desviado individual. Para o princípio da igualdade, a criminalidade transgride a norma penal, mas são atos praticados por uma minoria, mas a lei deve ser aplicada igualmente para todos os autores de crimes. Para o princípio do interesse social e do delito natural, os crimes definidos pelo sistema dogmático penal são uma ofensa aos interesses sociais fundamentais do convívio social, interesses comuns a todos. Ao princípio do fim e da prevenção, a pena tem a função de prevenir o delito, criando uma contra-motivação à prática de crime (BARATTA, 2004).

Andrade (1994), com a obra de Baratta (2004), critica esses princípios, estabelecendo que o princípio do bem e do mal não tem procedência porque o crime é um fenômeno normal na sociedade. Em relação ao princípio da culpabilidade, não há apenas um sistema de valor universal na sociedade, porque há uma pluralidade cultural com mecanismos de inclusão e socialização nos quais se inserem os grupos sociais diferenciados.

No princípio da legitimidade, a projeção do mal e da culpa substituem muitas vezes com maior eficácia a prevenção alegada pela dogmática penal tradicional. Refuta também o princípio da igualdade, conforme já apontado neste trabalho. O princípio do interesse social e do delito natural pode ser contestado levando em conta a mudança de classe social pelas pessoas (estratificação social) e a existência dos conflitos de interesse.

Essas duas variáveis “determinaram que nessas relações ocorre além da desigual distribuição do *status* de criminoso, também a desigual distribuição da definição do desvio e da criminalidade entre grupos sociais de poder” (ANDRADE, 1994, p. 321). Portanto, inexistem interesses comuns, mas tão apenas a política de normalizar o meio social por aqueles que ocupam o poder. E, por fim, a crítica em relação ao princípio do fim e da prevenção reside na profunda incerteza de que as penas privativas de liberdade efetivamente

promovem uma reeducação e ressocialização ao criminoso.

A abordagem zetética propiciada pela criminologia crítica possibilita o desnudamento do dogma inimigo e cidadão na teoria penal do inimigo, contrapondo-se assim à dogmática penal ou dialogando com ela de modo a transformá-la.

## 2.2 A NORMALIZAÇÃO DOGMÁTICA: DESVELAMENTO DO SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS

O sentido de uma palavra baseia-se na sua própria subsistência histórica de modo que é originária da comunicação cultural recíproca entre as pessoas (SANTOS, 2016). Não basta dogmatizar o saber, é necessário, dogmatizando-o, reproduzi-lo a partir de um saber acadêmico que o consagre como conhecimento autorizado. É esse o papel que desempenha a aceitação da teoria penal do inimigo, seja nas universidades em suas teses e dissertações ou frente ao Judiciário e Ministério Público dando-lhe guarida para a sua aplicabilidade. Esse é o efeito normalizador que passa obrigatoriamente pela implementação de um saber que o disciplina.

Nessa lógica, é permitido instaurar a disciplina e o conformismo numa sociedade devido às definições da cultura que estão compondo o imaginário do grupo. É possível afirmar que o Estado define e manipula a representação das ideias, o imaginário, planejando e controlando socialmente as condutas dos atores sociais, por meio das tipificações penais que são afirmadas e reproduzidas como verdades estabelecidas e, muitas vezes, confirmadas pelos meios de comunicação de massa. Interpretando Warat (*apud* ANDRADE, 1994) podemos compreender que as normas que definem os tipos penais não possuem um sentido unívoco, absoluto, independente das teorias do delito. É nesse sentido que

sem a teoria do delito (...) não se pode expressar uma plenitude significativa para nenhum delito. A teoria do delito nos dá, ademais, o limite das interpretações legítimas. (...) ora, a dogmática jurídica é o código predominante de comunicação normativa (WARAT, *apud*, ANDRADE, 1994, p. 217).

Warat (1982) chama a atenção para a aplicação do senso comum teórico dos juristas nos marcos institucionais do Direito como, por exemplo, faculdades de Direito, Judiciário e Poder Legislativo. Essas instituições se apropriam dos conceitos e categorias advindos da dogmática jurídica, no nosso caso, da dogmática penal do inimigo, ajustando-os aos seus próprios interesses. É a partir da interpretação oferecida por essas instituições que se

legitimam conceitos por vezes estereotipados. É por meio das atividades profissionais do meio jurídico que os sentidos e conceitos estabelecidos pela dogmática penal podem passar para o senso comum dos profissionais do direito e atores do sistema penal, tornando-se dogmas.

(...) estamos reivindicando um saber crítico do direito como um novo ponto de vista epistemológico, que tenha por objeto de análise os discursos competentes da ciência e epistemologia jurídicas. Ditos discursos competentes são forjados na própria práxis jurídica, razão pela qual sugerimos chamá-los de “senso comum teórico dos juristas”. A caracterização e explicitação do referido senso comum deverá ser a meta inicial do saber crítico do direito (WARAT, 1982, p. 51).

O senso comum teórico dos juristas possui quatro funções. Através da função normativa os profissionais do direito atribuem sentidos aos textos de lei, indicam fundamentos que a redefinem e orientam as atividades dos juristas. “Os juristas de ofício, apoiados na ideia de um conhecimento apolitizado, acreditam que o advogado é um manipulador das leis, descompromissado politicamente, um técnico neutro das normas” (WARAT, 1982, p. 52). A segunda função é ideológica porque o senso comum teórico oculta o importante papel sócio-histórico do direito. A terceira função, retórica, objetiva manter a reprodução da função ideológica permanentemente. Finalmente, a quarta função do senso comum teórico reside na política, relaciona o saber dogmático com as relações de poder estabelecidas, produzindo “as ferramentas do poder” (STRECK, 2012, p. 189).

O senso comum teórico dos juristas também dialoga com diversas áreas do saber, no entanto, este diálogo entre diferentes conhecimentos acaba muitas vezes sendo suprimido pelas próprias práticas jurídicas (WARAT, 1982). O senso comum teórico dos juristas pode ser entendido, no contexto brasileiro, como sendo um pensamento coletivo, massificado, partilhado entre os operadores do direito em suas diversas áreas de atuação (civil, penal, tributário, constitucional etc.). Um imaginário coletivo, acrítico, mas técnico-profissional que molda os discursos predominantes da atividade jurídica.

Mas, Warat (1982) adverte que a crítica ao senso comum teórico dos juristas não pode sofrer um distanciamento entre a prática e a teoria, mas rerepresentá-las a partir de uma abordagem política. A aceitação e a reprodução de conhecimento jurídico como verdade estabelecida/dogmas se insere na definição de senso comum teórico dos juristas.

Segundo Streck (2011), o ensino jurídico compartimentalizado entre disciplinas muitas vezes distanciadas entre si, com pouca interdisciplinaridade e ainda afastadas da realidade social concreta, tem reproduzido o conhecimento dogmático de modo acrítico,

causando ou mantendo a formação do senso comum teórico dos juristas.

A dogmática do direito penal do inimigo constitui um novo senso comum teórico dos juristas associada a condições e limites específicos que definem o inimigo e o cidadão e a manutenção ou supressão de direitos individuais conforme sua condição. Interpretados a partir de uma desigualdade perante a lei rompe com o dogma político-formal moderno da igualdade perante a lei, motivando a possível inconstitucionalidade caso venha a ser aplicada pelas instituições brasileiras.

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 (SANTOS, 2016, p. 12).

A teoria de Jakobs (2008) vem sofrendo severas críticas, principalmente por “ignorar aquisições científicas sobre crime e controle social nas sociedades atuais” (SANTOS, 2016, p. 15). Para Foucault (*apud*, SANTOS, 2016), por exemplo, o sistema penal implementa taticamente uma “política de dominação/exploração que produz o sujeito útil das relações de produção e o sujeito dócil das relações de dominação, permitindo configurar o sistema penal como gestão diferencial das ilegalidades a serviço das classes hegemônicas” (SANTOS, 2016, p. 17-18).

Com Foucault (2005), distingue-se biopoder e racismo de Estado. O primeiro vinculado a uma capacidade de adestramento dos corpos, com a finalidade de controlar a vida humana para melhor explorar suas possibilidades e potencialidades de exploração do trabalho. Já o racismo de Estado possui caráter de exclusão, eliminação, “o corte entre o que deve viver e o que deve morrer” (FOUCAULT, 2005, p. 304). Este segundo conceito é baseado no aspecto biológico, enxergando os grupos diferentes como inimigos biológicos a serem vencidos.

“A morte do outro não é simplesmente a minha vida, na medida em que seria minha segurança pessoal; a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura” (FOUCAULT, 2005, p. 305).

Jakobs (2008) desconsidera esses conceitos, ou conhecendo-os acredita serem

inaplicáveis na sua dogmática penal. Ocorre que a identificação do inimigo pode se tornar apenas uma justificativa para a atuação estatal racista, permitindo a sua ação por meio do uso da violência, suprimindo direitos individuais daqueles considerados inimigos.

No racismo de Estado, a aplicação da pena de morte ou a eliminação de um inimigo não se dá pelos mesmos motivos de defesa do poder estatal e preservação da sociedade, tal qual Hobbes e Rousseau propugnavam, pois por meio do racismo de Estado os inimigos são identificados por suas características biológicas, seja por questões raciais ou por situação daquelas pessoas que não se inserem na normatização por qualquer outro motivo, por exemplo, os inimigos de Jakobs.

A função desse tipo de racismo é desagregar e selecionar aqueles que serão definidos como os normais (cidadãos para Jakobs), que se encaixam no padrão esperado e necessário, e os anormais (inimigos para Jakobs), que não se modelam ao padrão e podem assim ser descartados (FOUCAULT, 2001).

A partir do conceito de biopolítica e racismo de Estado parece não existir Estado contemporâneo que deles se afaste. E, comumente, os grupos sociais e pessoas alvos dessas práticas são as pessoas desvalidas ou estereotipadas. As prisões e as violências cotidianas apontam para esse dado. Basta imaginar um traficante de drogas na fronteira entre Bolívia e Brasil, no Estado do Mato Grosso. Comumente, o imaginário das pessoas revela os presos como traficantes como pobres que são utilizados como instrumentos de locomoção das drogas, muitas vezes em seu próprio corpo. Ainda que não sejam traficantes, a eles são impingidas a pena mais severa possível e a “higienização”.

O direito penal do inimigo interpretado à luz do racismo de Estado (FOUCAULT, 2005) promove uma polarização binária na sociedade entre cidadãos e inimigos, como se a sociedade estivesse permanentemente em estado de guerra. Os conceitos de terror e terrorismo, por exemplo, adquirem definições variadas e circunstanciais não se associando mais às atitudes terroristas, mas a grupos sociais, culturas ou etnias que reivindicam satisfação de direitos ao Estado como, por exemplo, Movimento do Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST).

Após os atentados de 11 de setembro de 2001, os discursos de medo e terror relacionados ao terrorismo passaram a ter mais evidência. Por conta deste evento, os Estados Unidos passaram a adotar políticas de assassinato seletivo no Afeganistão e Iraque. Os ataques foram feitos por drones, pequenos aviões não tripulados controlados à distância. Além de desrespeitarem as legislações internacionais, atingiram civis. Inobstante a não serem inimigos, os civis, a ação foi justificada como sendo de medida de segurança (GALINDO *et.*

*al.*, 2014, p. 127).

As ações violentas por parte do Estado de modo a recompor a norma penal infringida são muito frequentes. Essas práticas são justificadas para manter a ordem social, no entanto, se percebe que uma das formas de legitimação dessas práticas é a distinção social entre cidadãos e não cidadãos, sujeitos de direitos e apenas sujeitos. Geralmente os alvos dessas ações são pessoas marginalizadas pela sociedade e Estado. A pobreza vista como resultado da falta de esforço do indivíduo para aumentar seu capital é associada à periculosidade. Surgem assim os mecanismos de segurança direcionados apenas a essas populações.

Os instrumentos de segurança não são apenas as polícias e os exércitos, mas todas as formas de disciplinarização e normatização do Estado. O racismo de Estado funda ações que por meio da dogmatização jurídica e normatização normalizam as ações governamentais que passam a decidir quem são os inimigos que representam perigo.

### 2.3 JUDICIALIZAÇÃO PUNITIVISTA DO INIMIGO OU DE QUANDO A DESIGUALDADE SE NORMALIZA PELO CONTROLE SOCIAL DO ESTADO

As teorias jurídicas punitivistas podem ser interpretadas como “fruto do chamado direito penal do terror, como o estabelecido pelo movimento lei e ordem”. Essas teorias são fruto do exagerado expansionismo (direito penal de terceira velocidade) judicial da dogmática penal, leva a uma espécie de “hipertrofia legislativa”, onde surgem movimentos punitivistas de diversos segmentos, desde os “prevencionistas” que defendem a função preventiva da pena como, por exemplo, Jakobs (2008), aos movimentos retribucionistas, que defendem a função de retribuição da pena (SILVA, 2008, p. 15).

O direito penal do inimigo em sua forma contemporânea, assim como outras doutrinas jurídicas punitivistas, possuem grande respaldo no antigo movimento de lei e ordem, difundido principalmente em países da América do Norte e da Europa que concentra sua atividade na inflação legislativa de forma reducionista, ignorando outros aspectos, e também é respaldado pelo modelo político-econômico neoliberal que muda a interpretação do Estado Democrático de Direito atribuindo-lhe um caráter simbólico (SILVA, 2008).

Os defensores deste pensamento partem do pressuposto dicotômico de que a sociedade está dividida em bons e maus. A violência destes só poderá ser controlada através de leis severas, que imponham longas penas privativas de liberdade, quando não a morte. Estes seriam os únicos meios de controle efetivo da criminalidade crescente, a única forma de intimidação e neutralização de criminosos (CORRÊA JUNIOR; SHECAIRA, 1995, p. 105).



Jakobs propõe um modelo punitivista ao identificar que os agentes contraventores serão submetidos ao direito penal diferenciado não pelo fato que cometerem, mas efetivamente pelo que eles são: inimigos (IEMINI, 2010).

Essas políticas e esses movimentos punitivistas possuem alvos específicos, como a criminalidade organizada, o narcotráfico, o terrorismo e crimes administrativos tanto de empresas como do poder público. Mas também gravita derredor a esses movimentos teses da lei e ordem “fomentadoras de um discurso punitivista e maniqueísta, alicerçado na segregação social, voltado a um escopo comum: exterminar os anormais, ou seja, os mendigos, os pobres, os marginalizados e os estrangeiros” (SILVA, 2008, p. 16).

Essas correntes de pensamento e teorias ganham espaço principalmente em cenários marcados por políticas públicas que não são eficientes. “Essas políticas podem surgir como uma forma de controle social por meio do Estado e das sucessivas edições de leis” (SILVA, 2008, p. 122).

Durante a década de 90, os poderes Legislativo e Judiciário agiram fazendo com que as hipóteses de criminalização primárias fossem ampliadas, contribuindo para com o endurecimento da definição de penas e sua aplicação, comumente menosprezando os direitos e princípios constitucionais, conseqüentemente, elevando a população carcerária brasileira (CARVALHO; FREIRE, 2005).

Essa tendência tem continuidade durante os dois mandatos do ex-presidente Lula e o primeiro mandato Dilma. Por conta dessa política criminal “se registrou um aumento no índice de encarceramento entre os anos de 1990 e 2000 estimando em 450%, colocando o Brasil no quarto lugar entre os países que mais encarceram em seu sistema penal em todo o mundo” (VIEIRA, 2015, p. 450).

Esse fenômeno punitivista é comumente denominado de expansão do direito penal (direito penal de terceira velocidade) e tem ocorrido no País de forma descontrolada, rompendo com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. Pune atos preparatórios, tornando crimes, por exemplo, atos que devem ser resolvidos na área do direito administrativo e não no âmbito do direito penal, além de transmitir à sociedade que a única forma de frear a criminalidade ou a violência urbana é por meio da aplicação de penas privativas de liberdade (CALLEGARI; WEBBER, 2013).

Conteúdos referentes ao direito penal do inimigo (punitivistas e expansionistas) podem ser facilmente encontrados em discursos e estratégias como as chamadas guerra às drogas, guerra ao terror, ou ainda guerra a determinados povos. Sub-reptício a esses discursos

está o dogma inimigo e cidadão de bem (PILATI, 2011).

Esse tratamento de guerra é disposto pela teoria penal do inimigo, segundo o qual os inimigos têm a sua humanidade destituída, sendo muitas vezes o Estado e a própria sociedade promotores de guerra contra essas pessoas que passam a não serem mais portadoras de direitos. Isso mostra que o termo guerra nesses casos citados não é utilizado por acaso, os ditos como terroristas, por exemplo, passam a ocupar um *status* onde não são mais portadores de direitos, e por isso passam a ser caçados (SILVA, 2011).

Esse fenômeno ganha legitimidade principalmente nas classes sociais menos progressistas da sociedade, que auxiliada pela disseminação sensacionalista dos meios de comunicação, massifica o desejo de maior severidade punitiva aos criminosos, muitas vezes tratando tipos diferentes de crimes do mesmo modo. O problema da expansão do direito penal reside para além da supressão dos direitos individuais aos considerados inimigos, o que já é bastante grave nas democracias constitucionais amparadas pelo princípio da legalidade. Ocorre que a ampliação do dogma inimigo ao sabor das políticas criminais influenciadas pelos meios de comunicação pode tipificar delitos para selecionar e excluir pessoas e grupos que na realidade não agem criminalmente.

A ampliação da sensação de medo, de pavor ou de insegurança que os meios de comunicação podem reverberar acarretam um clamor social de solução imediata para os graves problemas de violência. A resposta do Estado para esse tipo de reivindicação tem sido uma justiça indiscriminada, seletiva e excludente (BIZZOTTO, 2015).

No Brasil pode-se perceber diversas leis ou medidas tomadas pelo Estado com influência da teoria penal do inimigo. A lei nº 10.792/2003, do Regime Disciplinar Diferenciado, por exemplo, impõe tratamento diferenciado a certos presos, privando-os de contato com outras pessoas e tendo direito de visita, por uma hora, uma vez por semana. O objetivo da lei era isolar os líderes de facções criminosas que determinavam uma série de crimes nas cidades brasileiras mesmo estando encarcerados.

“A iniciativa legal foi aclamada pelos meios de comunicação como modo eficaz para diminuir a violência urbana, mas não foi o que ocorreu” (COSATE, 2007, p. 207). Se verifica nessa lei a característica de punir o infrator não pelo fato cometido por ele, como determina a Constituição brasileira, mas pelo risco que esse indivíduo oferece à sociedade e ao Estado.

### **3 O EXERCÍCIO DA DOGMATIZAÇÃO PENAL DO INIMIGO PELA JUSTIÇA PENAL**

O atual cenário político brasileiro conduz à análise privilegiada na qual o inimigo tem sido caracterizado com novos personagens em cena, os políticos. A grave situação política com o impeachment da Presidenta Dilma Rousseff trouxe à tona a discussão a respeito de um desequilíbrio sob a perspectiva do dogma liberal da tripartição dos poderes e abriu espaço para uma atuação deturpada dos órgãos jurisdicionais.

Tem-se a ideia de um Judiciário que se utiliza do discurso de “ativismo judicial” ou de uma “politização do Judiciário”. Essa atuação ativista e politizada é consequência de um Judiciário empoderado por uma crise política sem precedentes e fragilidade das instituições democráticas. Nesse cenário, se destacou o controverso juiz federal Sérgio Moro, bem como a atuação determinante do Supremo Tribunal Federal. Interceptações telefônicas sendo publicizadas, por exemplo, mesmo quando envolvem não investigados e a própria Presidenta da República. As garantias processuais sopesadas com uma finalidade “nobre”, qual seja, de caçada ao novo inimigo do Estado (a corrupção) pareceu não prevalecer.

A concepção liberal da função que cumpre o Judiciário foi modificada ao longo dos tempos devido “a vários fatores, dentre os quais a mudança do modelo de Estado liberal para o Estado de bem-estar social (*welfare state*)” (DALLARI, 2006, p. 76).

O *welfare state* obrigou dos textos legislativos maiores demandas sociais e dos magistrados maior politização para fazerem cumprir as “conquistas de direitos sociais reconhecidas pela Constituição. A necessária neutralização do Judiciário é importante para aferir a relação entre direito e força” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 16).

Para Ferraz Júnior (1994), o uso da força só pode se dar, primeiramente, pelo Judiciário, estando negada seu uso pelo Legislativo e, com certas ressalvas, pode ser usada pelo Executivo. “O Judiciário não concentra a força, mas filtra seu uso ao decidir sobre ele. Essa importante consequência faz da neutralização, na concepção do Estado de Direito liberal, uma espécie de regulador do uso político da violência” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 16, p. 18).

O legislativo define a violência e o uso da força em abstrato, e o Judiciário a materializa. E, quando a Justiça é politizada, o uso da força “faz do juiz um justiceiro e do processo um movimento na direção dos famigerados tribunais, de exceção” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18).

Interpretando Silva Sánchez (2001), podemos estabelecer que o inimigo atualíssimo do Estado brasileiro seja o corrupto, e que a minoração das garantias processuais penais e materiais, com vistas a aplicar-lhe penas mais severas pode ser consequência dos enunciados do direito penal do inimigo, o qual se direciona a um tipo de pessoa que não mais merece o *status* de cidadão, mas de inimigo social.

Pastana (2009) revela o autoritarismo no Judiciário apontando que essa prática dificulta a consolidação da democracia porque o campo das atividades jurídicas resiste muito fortemente em assumir suas responsabilidades políticas na afirmação e ampliação democrática.

A influência da dogmática e ideologia com que os profissionais operam o Direito acaba impedindo que reflitam e atuem intradogmaticamente de modo crítico, reconstruindo o direito positivo a partir de um “positivismo de combate” (CARVALHO, 1992) que impeça práticas supressoras de direitos fundamentais.

O fato é que o Estado brasileiro percebeu que manter-se autoritário, multiplicando crimes, aumentando penas e endurecendo a execução, é expediente fácil para garantir o sucesso das políticas liberais adotadas. Diante do medo hegemônico crescente, muitas vezes amplificado pelos meios de comunicação de massa, o poder Judiciário cumpre sua função orgânica de proteger a elite que compõe, agindo com rigor no combate ao crime proveniente das classes populares (PASTANA, 2009, p. 134).

O senso comum não apenas teórico dos juristas, mas o senso comum popular, atribui ao Judiciário amplas funções desde “iniciar uma questão, identificar o culpado, prendê-lo, puni-lo e reparar o mal. E mais ainda, sua sentença deveria obedecer aos cânones de uma justiça rápida, independente das provas, sensível à opinião pública” (SADEK, 2010, p. 11).

Para Garapon (2001),

o controle crescente da Justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos desde o final do século XX. Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais sua autoridade. Os juízes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso (GARAPON, 2001, p. 24).

Comumente se ignora que o Judiciário é passivo, pois só pode exercer sua função quando provocado, tendo que ater-se a provas que tenham sido produzidas legalmente e constem do processo, só podendo agir a partir daquilo que esteja definido na lei. “Na área penal, além de ser ativado, ainda é dependente de investigações originadas em uma delegacia de polícia e de informações colhidas por um cartório. Constrangimentos normalmente

desconsiderados”(SADEK, 2010, p. 12).

A proliferação de litígios no Judiciário tem criado uma Justiça em “linha de montagem”, com decisões semelhantes e padronizadas e demoradas. “Um mundo jurídico frio, solene e distante da vida coletiva onde tudo é formal e, portanto, artificial” (GARAPON, *apud*, PASTANA, 2009a, p. 53).

A dogmática penal exerce um papel que inserida no contexto de Estado mínimo desconsidera as garantias advindas do Estado de *welfare state*, tornando-se uma “democracia tutelada” segundo a qual “o Executivo federal exerce forte controle sobre a vida institucional e política, justificado por uma agressiva ideologia de centralização das ações de governo, sob o pretexto de aumentar a eficácia da política pública” (LAMOUNIER; SOUZA, 2006, p. 48). Lamounier e Souza (2006) entendem que para orquestrar o desmanche estatal sem contestações políticas capazes de reverter o processo, o Estado “testa até o limite o regime democrático, mas não o suprime em termos estritamente legais” (LAMOUNIER; SOUZA, 2006, p. 48).

A desregulamentação de direitos que exige esse Estado mínimo promove a

precarização das relações de trabalho, o desemprego e a dificuldade de acesso aos serviços essenciais, que levam invariavelmente ao aumento da criminalidade (...). Assim, observa-se o endurecimento das medidas repressivas, justificado pela retórica de ‘defesa interna e externa’ da nação, retórica esta que visa silenciar os críticos (PASTANA, 2009, p. 121).

O dogma do inimigo e cidadão de Jakobs (2008) promove uma interpretação no Judiciário de endurecimento das medidas repressivas afirmando o “Estado punitivo” que se “caracteriza por diminuir suas prerrogativas na frente econômica e social e por aumentar suas missões em matéria de segurança, “subitamente relegada à mera dimensão criminal” (WACQUANT, *apud*, PASTANA, 2009, p. 122).

Tornar a luta contra a delinquência urbana um perpétuo espetáculo moral – como querem policiais e políticos ávidos por explorar o problema – permite reafirmar simbolicamente a autoridade do Estado, justamente no momento em que se manifesta sua impotência na frente de batalha econômica e social (WACQUANT, *apud*, PASTANA, 2009, p. 122; WACQUANT, 2004, p. 1).

Parece bastante claro que atitudes autoritárias têm sido inseridas na composição estatal brasileira contemporânea, articuladas com uma justiça penal seletiva, dogmática e punitivista, cuja formação inquisitorial dos atores, profissionais jurídicos, tem dificultado a reforma e solidificação da democracia frente o sistema punitivo (CARVALHO, 2010, p. 73).

Para Faria (*apud*, CARVALHO, 2010), o sistema judicial brasileiro está em crise devido à ineficiência de três atribuições fundamentais: “a instrumental, a política e a simbólica”.

A instrumental seria relativa à capacidade do Judiciário e do Ministério Público de resolverem os conflitos que lhes são apresentados; a política representaria o papel das instituições como mecanismos de controle social e efetivação dos direitos e, a simbólica, efetivaria as expectativas sociais de aplicação equânime da Justiça (CARVALHO, 2010, p. 73).

O papel do Judiciário neste sentido seria a resolução de problemas interindividuais a partir de interesses particulares nos quais uma vez lesionados os bens individuais caberia à parte recorrer ao sistema de justiça solicitando a recomposição do bem violado protegido pelo direito. As atividades judiciais que formarão a convicção judicial para proferir a decisão acontecem, portanto, a partir de fatos pretéritos e ficam adstritos somente às partes (FARIA, 2004).

A realidade é incompatível com esse sistema 'modelo' de Justiça. Iníqua e conflitiva, se caracteriza por situações de miséria que negam o princípio da igualdade formal e material perante à lei, impedem o acesso de parcelas significativas da população aos tribunais e comprometem a efetividade dos direitos fundamentais (...) (FARIA, 2004, p. 105).

O direito penal do inimigo (2008), ao manter a aplicação das garantias e direitos fundamentais ao cidadão e destituir aqueles que entende como inimigo dessas mesmas garantias, abre espaço para que uma vez o direito definido como do cidadão se, contaminado pelo direito do inimigo, possa redefinir tipos penais que selecionem a população ou grupos mais vulneráveis como inimigos. Por isso mesmo Jakobs (2008) insiste na impossibilidade de contaminação do direito do cidadão pelo direito penal do inimigo, mantendo-os distanciados como se pudessemos ter uma legislação extravagante para os inimigos autorizando a supressão das garantias e outra para os cidadãos concedendo-as.

### 3.1 A DOGMÁTICA PENAL INQUISITORIAL-ACUSATÓRIA COMO CONTROLE SOCIAL PELA JUSTIÇA PENAL

A Justiça penal possui orientação política punitivista, originariamente é seletiva e atua nos seguimentos mais vulneráveis da sociedade (RODRIGUES, 2010). Certamente, não é uma boa informação, pois

não se pode, com o direito penal, resolver todos os problemas, talvez nem mesmo muitos, talvez apenas alguns problemas específicos, pelo contrário, pode-se até intensificar os problemas que se pretende resolver por meio do direito penal, devido à aplicação muito freqüente, muito rígida ou incorreta do direito penal (PRITTWITZ, 2004 *apud*, RODRIGUES, 2010).

Inserido no paradigma capitalista sob uma ordem mais excludente, o neoliberalismo, essa Justiça associada à dogmática penal do inimigo reproduz valores e interesses dessa sociedade de mercado, notadamente na punibilidade e encarceramento massificado. Uma visão mais ampliada da dogmática do direito exige atentarmos para as relações de poder que são criadas a partir dela, impondo valores e interesses que reproduzem os interesses e a ideologia do poder punitivista.

É impossível compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como ‘delinquente’ (BARATTA, 2004, p. 84, tradução nossa).

Os legalistas clássicos de formação dogmática pautada pelas heranças jurisprudencial, exegética e sistemática desconsideram “o exercício jurisdicional como um terceiro poder essencial ao Estado”, pois para Belaid (*apud* WOLKMER, 1995, p. 168-169),

a doutrina clássica da separação dos poderes, consagrada pelo liberalismo burguês, tende a restringir a tarefa do juiz, reduzindo-o a um modesto agente aplicador das regras do sistema jurídico dominante, limitando a função jurisprudencial aos estreitos horizontes de uma simples máquina de silogismos.

É falso o dogma estabelecido do Judiciário como inerte, neutro e passivo, porque o juiz cumpre um papel maior do que lhe é atribuído, exercendo ideologicamente e dogmaticamente a aplicação dos dogmas e as interpretações (re)criadoras ou ratificadoras dos dogmas penais. Como o juiz é soberano na esfera de ação em que atua, “também determina ele as normas e regras de aplicação que entende necessárias para formar a dogmática da decisão” (SEVERO, 2013, p. 210).

A lei é mais um, não o único, dos instrumentos que intervêm no exercício da função jurisprudencial (SEVERO, 2013).

Os fundamentos do direito penal moderno são lançados em bloco pela Ilustração, tendo em vista a coerência de suas proposições: a lei penal – geral, anterior, taxativa e abstrata (legalidade) – advém de contrato social (jus naturalismo antropológico), livre e conscientemente aderido por pessoa capaz (culpabilidade/livre arbítrio), que se submete à penalidade (retributiva) em decorrência da violação do pacto por atividade externamente perceptível e danosa (direito penal do fato), reconstituída e comprovada em processo contraditório e público, orientado pela presunção de inocência, com atividade imparcial de magistrado que valora livremente a prova (sistema processual acusatório) (CARVALHO, 2005, p. 50).

Esses pressupostos fundadores da dogmática penal centram seu controle em relação aos bens individuais protegidos juridicamente contra qualquer agressão (pública ou privada). Entretanto, essa é uma concepção ideológica que omite a perspectiva pessimista sob a qual se assenta o poder do Estado, no sentido de que toda a estrutura jurídico-política professa princípios e pressupostos sob os quais serão violados para ampliação ou afirmação do próprio poder estatal.

Quando Jakobs (2008) exige o distanciamento do direito penal do cidadão em relação ao direito penal do inimigo para que aquele não seja influenciado ou contaminado por este, implicitamente assume o risco disso acontecer. Se associarmos a esse risco a trajetória dogmática autoritária do direito penal e processo penal que embora tendo êxito na separação do direito (crime) da moral (pecado) – com a Ilustração -, não conseguiu afastar a dimensão inquisitorial da cultura jurídica penal da modernidade (CARVALHO, 2005).

(...) a biografia das práticas penais, apesar de sua sinuosidade, tem demonstrado que a regra do poder penal é o inquisitorialismo, ou seja, que o discurso garantista de gênese ilustrada configurou uma variável insensata na estrutura das formas de poder, uma cisão acidental na história das violências da qual somos herdeiros inocentes, românticos poetas de um passado imaginário (CARVALHO, 2005, p. 55).

O direito penal como instrumento de controle social e inserido na realidade política produz uma dogmática penal conformada à ideologia liberal da qual procedeu, uma sociedade laicizada (modernidade) e disciplinar que ordena e mantém a vigília sobre as condutas sociais. É por meio dessa vigilância que será gerada a sanção normalizadora e, para além dela, se poderá “selecionar os comportamentos considerados indesejados pela sociedade” (RODRIGUES, 2010, p. 209-210).

Prioriza-se a busca pelo autor do crime em detrimento da averiguação do fato e da conduta porque já se tem definida (objetivamente pela prescrição normativa, tipo penal) a repressão penal em razão de certa pessoa pelo risco que ela representa. “Não se pode esquecer também do recente holocausto, onde os indivíduos eram privados de suas garantias mais



básicas por mera condição pessoal, ao abrigo da lei” (RODRIGUES, 2010, p. 219).

A necessária reforma do sistema penal em diferentes países passa a ser exigida por agências internacionais em razão do exagerado nível de encarceramento, consequência provocada pela ampliação do direito penal de terceira velocidade (CARVALHO, 2010).

O avanço da inserção do punitivismo no País se deve sobretudo à formação “cultural dos operadores do direito que, em decorrência da mentalidade inquisitória, veem a prisão como resposta natural ao crime” (CARVALHO, 2010, p. 231).

Na medida em que a sobrevivência de qualquer pessoa depende de direitos básicos e fundamentais que lhe são negados pelo Estado e sociedade, são eles próprios os produtores de inimigos, que passam a não acreditarem nas “possibilidades e vantagens em se adequar à normatividade social, já que para eles só existe em forma de repressão e não de direitos” (RODRIGUES, 2010, p. 219).

Para a própria coerência e sistematização, o direito penal do inimigo depende estrutural e intimamente da categoria do inimigo, portanto, a dogmatiza, estabelecendo nela pressuposto inicial válido e acrítico. A categoria se movimenta dialogando com a outra categoria, cidadão, porque só é possível compartilhar das garantias e direitos que a sociedade confere às pessoas a partir de uma segurança sobre o que é lícito e ilícito, ou seja, exige uma “segurança cognitiva” a ser partilhada com o outro, “possibilitando avaliar se a personalidade é vulnerável de ser caracterizada como inimiga” (PINTO NETO, 2007, p. 99).

O mesmo ocorre com a personalidade do autor de um fato delitivo: tampouco esta pode se manter de modo puramente contrafático, sem nenhuma confirmação cognitiva. Pretendendo-se não só introduzir outrem no cálculo como indivíduo, isto é, como ser que avalia em função de satisfação e insatisfação, mas tomá-lo como pessoa, o que significa que se parte de sua orientação com base no lícito e no ilícito. Então, também esta expectativa normativa deve encontrar-se cimentada, nos aspectos fundamentais, de maneira cognitiva. E isso, claramente, quanto maior for o peso que corresponda às normas em questão (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 34).

Os legisladores influenciados pela mídia - na sua esmagadora maioria sensacionalista em relação aos fatos e notícias sobre crimes – elegem a defesa de maior rigor das leis quanto à repressão de condutas criminosas, muitas vezes desconsiderando as garantias constitucionais. É generalizante a propagação midiática da sensação de que maior severidade de penas promoverá redução da violência criminal. Há aqui um jogo representativo disseminado pelos canais de comunicação entre nós e eles, entre a sociedade amiga e a criminalidade inimiga, entre o cidadão e os inimigos.

Hassemer, por exemplo, defende a existência de um ‘Direito Penal Eficiente’, pois dele se espera ajuda efetiva em caso de necessidade e a garantia de segurança dos cidadãos. Para tanto, recomenda a adoção de uma política de repressão da violência a ser aplicada mediante penas patrimoniais contra traficantes de drogas, com menores requisitos para sua imposição e quantificação, a criação de tipos penais contundentes contra a lavagem de dinheiro, observação policial sistemática de investigados, em vez de esclarecimentos sobre fatos puníveis, utilização de agentes infiltrados, ampliação das hipóteses possíveis de imposição da prisão preventiva, dentre outras medidas para prevenção e repressão da criminalidade (HASSEMER, *apud*, RODRIGUES, 2010, p. 215).

Por meio dessa aplicação expansiva do direito penal se pretende intensificar o controle social, desconsiderando o efeito dessas medidas desde que afastem os inimigos (RODRIGUES, 2010).

O direito penal do inimigo não é uma expressão que está na moda, e que apenas substitui outra expressão que está na moda – o direito penal do risco. Este último descreve, a meu ver, uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta de resultado de uma época, estrutural e irreversível; uma mudança cujo ponto de partida já é fato dado e que tanto encerra oportunidades como riscos. Direito Penal do inimigo, em contrapartida, é a consequência fatal e que devemos repudiar com todas as forças de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada (...) (PRITTWITZ, 2004, p. 32).

A dogmática penal alicerçada a partir do direito penal de terceira velocidade, produz também um processo penal que auxiliará e instrumentalizará “a vontade daqueles que efetivamente detém o poder” (RODRIGUES, 2010, p. 216). Se vale dos dogmas penais estabelecidos para exercer seu direito junto ao Judiciário. Se este concede provimento em razão dos argumentos estabelecidos por meio do dogma do inimigo, basta que se mantenha a circularidade jurisprudencial para manter a lógica inquisitorial e excludente de pessoas como “pessoas”.

A forma de atuação ideológica do dogma do inimigo estabelece a sua existência sob as bases de uma sociedade igualitária e liberta, de inspiração iluminista, na qual as pessoas aderiram ao pacto constituinte de modo livre e desobrigadas, buscando a convivência coletiva harmoniosa e tendo a confiança no Judiciário para reestabelecer a ordem uma vez ultrajada. Entretanto, isso não representa a realidade. Isso ocorre então por quais motivos?

Os fatores são vários, mas a intensificação desses fatores se associa diretamente ao processo de globalização neoliberal do direito penal e, em segundo lugar, “pela atuação crescente da mídia, que exerce sobre a política penal estatal uma pressão à qual é difícil resistir” (PRITTWITZ, 2004, p. 32).

É esclarecedora a explicação de Sánchez (2001) segundo o qual no momento atual o

debate não é

(...) la criminalidad de los desposeídos, leit-motiv de la doctrina penal durante todo el siglo XIX y buena parte del siglo XX, sino, sobre todo, la criminalidad de los poderosos y de las empresas (crimes of the powerful-corporate and business crime). Ahora bien, ello supone introducir un importante error de perspectiva sobre el que conviene alertar. En efecto, aquí y ahora, sigue siendo posible afirmar que el 80 por 100 de la criminalidad (al menos, de la definida como tal y perseguida) continúa manifestándose como criminalidad de los marginados (lower class crime) de modo que se corre el riesgo de tomar la parte (menor, pero muy difundida por los medios de comunicación) por el todo. Así, la apuesta, que parece decidida, por una expansión del Derecho penal, que conlleve la relativización de los principios de garantía y reglas de imputación en el ámbito de la criminalidad de los poderosos, siendo criticable en sí misma, puede incurrir además en el error adicional de repercutir sobre la criminalidad en general, incluida la de los «powerless», en los que no parece pensarse en primera instancia a la hora de proponer las reformas antigarantistas (SANCHEZ, 2001, p. 57-58; SÁNCHEZ, *apud*, RODRIGUES, 2010, p. 217).

Por um lado tem-se a sociedade vítima do aumento da violência criminal que exige maiores providências pelo poder público, de modo a garantir e conferir maior segurança às pessoas no seu cotidiano, de outro os meios de comunicação de massa que por meio de seus programas sensacionalistas influenciam e formam uma opinião coletiva/um imaginário que se associa a essa insegurança generalizada e etiqueta os criminosos (tanto os inimigos como os criminosos cidadãos) como irrecuperáveis e exigindo maior severidade punitiva.

A compreensão dogmática penal para defesa dessa lógica de severidade punitiva é linear, como tentamos demonstrar, e desde a Escola clássica penal, assentando os dogmas no princípio da legalidade e, mais recentemente, privando certas práticas e autores de delitos da aplicabilidade desse princípio, suprimindo-se lhes os direitos humanos (considerando-os não pessoa). A perversidade criminosa que produz delitos “graves” (inimigos) é considerada a partir da personalidade individual, ou melhor, da inexistência de uma personalidade individual, e não como fruto de convívio numa dada coletividade. A resolução dos problemas com mais dogmática de direito penal do inimigo, passa a ser considerada e aplicada pelas decisões judiciais e criadas pelas elaborações legislativas, suprimindo-se assim a esperança na condição do humano para certas pessoas.

(...) o debate político-criminal não pode ficar restrito à criminalização primária, como se todos os problemas do punitivismo estivessem centralizados na figura do Legislador. Inclusive porque é notório que são os atores do sistema penal que possuem as ferramentas para resistir ou aderir às políticas criminais populistas. Outrossim, de forma alguma estão alheios ao problema os pensadores das ciências criminais, pois não esporadicamente criam, através dos discursos de justificação, condições de legitimidade para o incremento da legislação penal e do uso da pena carcerária (CARVALHO, 2010, p. 232).

A consequência da defesa e inclusão da categoria do inimigo como dogma é realizada por todos os atores das instituições político-criminais do Estado e de acordo com sua maior ou menor identificação com essa ideologia ela é incorporada na prática processual penal e potencializa o punitivismo brasileiro. Por essa razão, se um promotor de justiça ou um magistrado entende sua atividade judiciária como importante no combate ao crime ao invés de atuar de modo imparcial satisfazendo direitos fundamentais, se transmudará para agente de segurança pública (PRADO, 2005).

A efetivação de uma reforma do sistema penal punitivista é dependente da magistratura, porque

não podendo o poder judicial propor formalmente reformas, pode influenciá-las ou condicioná-las à sua perspectiva corporativa porque o êxito da sua execução depende muito da acção dos operadores. Aliás, neste processo, o maior ou menor activismo judicial, seja no combate à corrupção ou na defesa das liberdades cívicas e dos direitos humanos, tem um forte impacto e pode interferir, de forma decisiva, no processo e no sentido das reformas (SANTOS, *apud*, CARVALHO, 2010, p. 234).

É preocupante que essa influência a ser exercida pela magistratura esteja associada ao tipo de formação que o ensino jurídico tem produzido no País, notadamente, dogmático e acrítico. Sendo assim, alguns estudos a respeito da formação inquisitorial dos profissionais do direito penal tem mostrado que ocorre uma “dupla seletividade” na realização da atividade judicial (CARVALHO, 2010).

A seletividade na aplicação da lei, com maior probabilidade de punição para os setores sociais desfavorecidos econômica e culturalmente, e de favorecimento para as classes superiores; e, seletividade na interpretação da lei, com a utilização pelo juiz de seu poder discricionário segundo suas opções políticas e ideológicas (AZEVEDO, 2009, p. 104).

Com a conhecida acriticidade na formação jurídica, parece que os profissionais do direito continuarão atuando na esfera penal legitimando as tendências punitivistas como a de Jakobs e Meliá (2008) e menosprezando as vertentes críticas (criminologia crítica) ou mesmo a garantista (Luigi Ferrajoli). De modo geral, ocorre uma tensão entre dois paradigmas de “sistema penal extremos, um de direito penal máximo (sistema inquisitório) e outro de direito penal mínimo (sistema garantista)” (CARVALHO, 2010, p. 78).

A Justiça penal brasileira funciona a partir de dois procedimentos estabelecidos pela dogmática processual penal. O primeiro de natureza administrativa, é caracterizado pela atuação da polícia judiciária sob a fiscalização do Ministério Público e controlada na sua

discricionariez pelo Judiciário; a segunda, de natureza jurisdicional, é caracterizada pela atuação processual das partes perante o Juízo (CARVALHO, 2010). Para Carvalho (2010), essa divisão acarretou a percepção de existência de dois “sistemas processuais distintos”.

conforme o pensamento processual-penal dominante, a fase de inquérito seria regida pelos princípios do sistema inquisitório, marcado pelas ausências de contraditório, de publicidade e de ampla defesa e, após o recebimento da denúncia pelo magistrado, ou seja, constituída a situação processual penal, o procedimento estaria orientado pela estrutura do processo acusatório, com a efetivação plena das garantias constitucionais (CARVALHO, 2010, p. 84).

O estilo inquisitivo de um juiz se caracteriza pela: a) valorização maior da imputação do crime do que provas que lhe permita atribuir o crime, configurando “o primado das hipóteses sobre os fatos” e b) “conversão do processo em 'psicoscopia” (CORDERO, *apud*, CARVALHO, 2010, p. 81).

Psicoscopia é um tipo de auscultação do campo psíquico em que vive o indivíduo, como se tivesse a capacidade de ouvir-se internamente a respeito de suas ações.

(...) as técnicas do modelo inquisitório desenvolvem no Magistrado quadros mentais paranoicos e tendências policialescas, visto que, ao invés de o juiz 'se convencer através da prova careada para os autos, inversamente, a prova servia para demonstrar o acerto da imputação formulada pelo juiz-inquisidor” (JARDIM, *apud*, CARVALHO, 2010, p. 81).

Essa dupla identidade do juiz como magistrado e acusador provoca uma dogmatização do procedimento (das fases processuais) que acarreta obstáculo, por vezes intransponível, ao defensor, porque já se consagrou o acusado como “objeto privilegiado do saber” (CARVALHO, 2010, p. 83). Pois,

o instrumento inquisitório desenvolve um teorema óbvio: culpado ou não, o indiciado é detentor das verdades históricas; tenha cometido ou não o fato; nos dois casos, o acontecido constitui um dado indelével, com as respectivas memórias; se ele as deixasse transparecer, todas as questões seriam liquidadas com certeza; basta que o inquisidor entre na sua cabeça. Os juízos tornam-se psicoscopia (CORDERO, *apud*, CARVALHO, 2010, p. 83).

A dogmática penal inquisitorial-acusatória constitui ainda um dos meios do Estado exercer o controle social. Outros meios como a família, a escola, as profissões também exercem esse controle, no entanto, o direito penal formal e legal é difundido pelo próprio Estado por meio de suas instituições, pela mídia e pela prática efetiva dos profissionais do direito penal, conformando o imaginário punitivista, como o mais adequado a frear os influxos de violência na sociedade, estabelecendo um senso comum e um senso comum

teórico dos juristas complacente e anuente com maior severidade das leis punitivas, legitimando o inimigo como dogma.

A dogmática penal inquestionável e reduzida apenas a mera reprodução pelos atores do sistema administrativo de justiça criminal se estabelece no cotidiano, muito embora, no entanto, o princípio da legalidade seja uma conquista e garantia contra o desmando estatal e a influência da expansão punitivista.

Este modelo de direito penal é legitimado pela sociedade por meio de duas principais etapas que estão na realidade associadas/integradas: a) a legitimidade pela legalidade e a b) legitimação pela defesa social. Para a primeira, a punição ao criminoso é justa, pois está na lei, para a segunda, o criminoso representa uma ameaça à sociedade e por isso deve ser punido e tirado do convívio social para que não provoque mais danos à sociedade (PRANDO, 2012).

or sua vez, o modelo punitivista de Jakobs (2008) se sustenta a partir de três pilares: “a) a antecipação da punição do inimigo; b) desproporcionalidade das penas e relativização e/ou supressão de certas garantias processuais, c) criação de leis severas direcionadas especificamente aos agentes considerados inimigos” (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 21-23).

Incorporados tais elementos no processo penal brasileiro, suprimindo direitos fundamentais e tolhendo a identificação dos criminosos inimigos como cidadãos, tem-se a apreensão de que a fase inquisitorial no seu sentido “inimigo” possa ser ampliada com a etiquetagem de novos atores, inclusive como parece apontar em relação à criminalização atual aos movimentos sociais. De todo modo, muito se diz que esse processo não é conduzido pelo juiz, mas pelo Ministério Público, descaracterizando um inquérito judicial propriamente dito, entretanto,

um inquérito judicial propriamente dito, a ênfase no papel do juiz é manifesta, seja na iniciativa a ele atribuída de buscar a verdade real, crível além de qualquer dúvida, seja na condução exclusiva do interrogatório do réu, seja na tomada do depoimento das testemunhas, quando o juiz sempre pode interpretar as respostas dos ouvidos e interrogados ao escrivão, ditando-as ou mandando-as transcrever para registro nos autos (KANT DE LIMA, 1989, p. 176 *apud*, CARVALHO, 2010, p. 91).

Mesmo com a reforma parcial do Código de Processo Penal de 2008, que conferiu maior “atuação às partes, ainda assim prevalece a atuação judicial, principalmente em relação à gestão judicial da prova” (CARVALHO, 2010, p. 91).

O sistema de administração da Justiça penal brasileira funciona a partir da tecnia inquisitorial que tornada dogma pelas instituições de formação da cultura jurídica penal,

centraliza cada vez mais a atividade na autoridade do magistrado e do delegado de polícia. O imaginário dogmático replicado para a sociedade e nas profissões jurídicas criminais constitui essas autoridades associadas à resolução de problemas por meio do encarceramento seletivo e discriminatório, muitas vezes autorizando a supressão de direitos e garantias fundamentais.

### 3.2 QUANDO A ATUAÇÃO DOGMÁTICA PENAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO APRISIONA E REPRODUZ A IDEOLOGIA PENAL DO INIMIGO

O desempenho discriminatório e desigual das instituições do sistema de administração criminal brasileiro é omitido em razão do mito da igualdade penal estabelecido pela ideologia da legitimação pela defesa social.

Baratta (2004), ao analisar as propostas que formam o efeito dessa interpretação sobre o mito, afirma que a condenação desigual ultraja o mito fundante. Quer dizer com isso que a lei é aplicada de modo desproporcional às pessoas e isso não leva em conta os danos sociais resultantes do ultraje à igualdade.

La crítica se dirige, por tanto, al mito del derecho penal como el derecho igual por excelencia. Esta crítica muestra que el derecho penal no es menos desigual que las otras ramas del derecho burgués, y que, antes bien, contrariamente a toda apariencia, es el derecho desigual por excelencia (BARATTA, 2004, p. 169).

Um dos principais órgãos responsáveis pela aplicação de uma “igualdade” no procedimento penal, além da magistratura, é o Ministério Público. Essa instituição adquiriu *status* constitucional de importância na defesa de direitos coletivos por via judicial e de agente condutor do alargamento do acesso à Justiça no País (CARVALHO, 2010, p. 100). Entretanto, predomina na entidade uma “visão conservadora da política e da sociedade brasileira (...), para os quais o papel de um órgão público na defesa dos direitos de cidadania é fundamental em razão da fraqueza da organização da sociedade civil brasileira, a qual se caracteriza por sua 'hipossuficiência'” (ARANTES, *apud*, AZEVEDO, 2009, p. 103).

O Ministério Público também assume postura conservadora frente à política-criminal, reforçando a demanda punitiva por meio de inúmeras ações, dentre as quais:

(...) aumento na representação por prisões cautelares; propositura indiscriminada de ações penais independentemente da intensidade de lesão ou da qualidade do bem jurídico tutelado; adoção de política de recursos automáticos em casos de decisões favoráveis aos imputados no processo de conhecimento ou aos condenados de execução entre outras (CARVALHO, 2010, p. 101).

Pesquisa Azevedo e Weingartner Neto (2004) realizada pela Procuradoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul em conjunto com a Universidade Federal daquele Estado sobre o perfil político-criminal dos membros do Ministério Público evidencia caracteres que comprovam a atuação dogmática penal ratificadora do dogma inimigo, ou, para afirmar d'outro modo, a dogmatização inquisitorial-acusatória está presente no perfil político-criminal dos representantes do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Dados que podem e devem ser somados em agenda de pesquisa a ser implementada em momento oportuno junto ao Ministério Público de Mato Grosso e outras regiões brasileiras.

A pesquisa objetivou levantar o perfil dos profissionais do Ministério Público do Rio Grande do Sul, sendo realizada a partir de um questionário enviado por e-mail aos 683 profissionais (procuradores e promotores). Deste total, 331 pessoas responderam ao questionário, perfazendo um total de 48,5% dos representantes do órgão (AZEVEDO; WEINGARTNER NETO, 2004).

A respeito dos motivos pelos quais esses profissionais elegeram a carreira do Ministério Público, responderam, em escala de prioridades, conforme quadro que segue (AZEVEDO; WEINGARTNER NETO, 2004).

Em uma escala de prioridades, que motivos o levaram a optar pela carreira do Ministério Público?

**Quadro 1 – Motivos**

Motivos	Opção 1 %	Opção 2 %	Opção 3 %	Opção 4 %	Opção 5 %
Crença na função social do MP	57,7	20,2	11,8	16,3	3
Atuação no combate à criminalidade	16,3	30,8	23,6	15,1	12,4
Atuação na defesa de direitos difusos e coletivos	6	20,2	29,6	15,7	26,3
Estabilidade	17,2	14,8	14,8	32	19
Remuneração	1,8	12,1	18,4	28,7	36,9

**Fonte:** (AZEVEDO; WEINGARTNER NETO, 2004, p. 15).

Sobre as opções dos profissionais a respeito de qual ou quais correntes de política criminal se identificavam, 54,4% dos pesquisados responderam que com as políticas de tolerância zero; 26,9% com o funcionalismo penal (na qual se insere Jakobs); 8,2% demonstraram-se influenciados pelo garantismo penal; 22,1% não se identificaram com nenhuma dessas correntes, dentre elas 0% responderam se identificar com o abolicionismo penal (AZEVEDO; WEINGARTNER NETO, 2004).

Questionados a respeito do papel do Ministério Público em matéria penal, responderam em escala de prioridades conforme Quadro 2 abaixo (AZEVEDO; WEINGARTNER NETO, 2004).



Na sua opinião, o papel do MP em matéria penal é, em uma escala de prioridades?

**Quadro 2** – Papel do MP

<b>Papel do MP</b>	<b>Opção 1%</b>	<b>Opção 2 %</b>	<b>Opção 3 %</b>
Proteção dos direitos e garantias fundamentais	48	33,5	16,6
Busca de elementos para garantir a punição	44,7	46,2	6,3
Encaminhamentos dos elementos ao delegado	5,7	17,5	73,7

**Fonte:** (AZEVEDO; WEINGARTNER NETO, 2004, p. 15).

Indagados a respeito das funções que devem cumprir a pena, a partir de quatro hipóteses, responderam 59,6% dos entrevistados concordando com a hipótese de prevenção do delito como sentido principal da sanção; 18,2% favoráveis à ressocialização do criminoso; 17,9% de acordo com a pena como função de retribuição pelo crime cometido e 4,5% em razão da reparação do dano (AZEVEDO; WEINGARTNER NETO, 2004).

Um conjunto de perguntas do questionário identifica a maciça concordância dos membros do Ministério Público gaúcho à política criminal ampliadora do direito penal. Carvalho (2010, p. 102), analisando as respostas, afirma que

Na análise da legislação e do funcionamento do sistema penal, 83,8% aderiam à afirmação de que a legislação brasileira seria excessivamente branda, com demasiados benefícios aos réus e penas muito curtas, situação que dificultaria a contenção da criminalidade. Em relação à necessidade de ampliar a legislação para tutelar bens jurídicos ameaçados pelos novos riscos sociais, 82% manifestaram-se favoráveis à expansão do direito penal; e indagados sobre a possibilidade desta expansão gerar a vulgarização do sistema penal, 62,8% contrariaram a assertiva. Sobre a eficácia da Lei dos Crimes Hediondos em realizar as metas de prevenção geral e especial, 80,1% concordaram com a afirmação. No que diz respeito às questões processuais, a tendência persecutória é revelada com maior vigor: 66,9% manifestaram-se favoráveis à ampliação do papel do órgão (Ministério Público) no inquérito policial, inclusive no sentido de coordenar diretamente a atividade de investigação; 94,2% aderiam à ideia de a instituição realizar investigações paralelas ou complementares à da polícia judiciária; 83,8% foram contrários à possibilidade de contraditório e de ampla defesa no inquérito policial; 71,6% demonstraram-se de acordo com a ampliação do princípio da oportunidade da ação penal de forma a criar novas possibilidades de negociação entre acusação e imputado.

Em que pese os dados coletados referirem-se apenas ao Estado do Rio Grande do Sul, já são demonstrativos da incorporação da dogmática penal do inimigo como ideologia de política criminal na instituição do Ministério Público gaúcho. Em pesquisa Azevedo (2010) mais recente realizada pelo Ministério Público da União (MPU), os resultados não destoam em relação aos dados do Rio Grande do Sul, muito embora distem ambos os trabalhos seis anos de diferença.

O universo da pesquisa corresponde a um total de 853 membros do MPU, dos quais 168 responderam ao questionário encaminhado por meio eletrônico aos profissionais,

correspondendo a 20% de respostas do total enviado por e-mail. O questionário possui 52 questões em sua maioria perguntas fechadas com uma única escolha, algumas de escolha múltipla e uma questão aberta ao final. As questões foram estruturadas em “1) Perfil socioprofissional; 2) Funções e eficácia do sistema penal; 3) Questões procedimentais; 4) Execução penal; 5) Questões institucionais” (AZEVEDO, 2010, p. 8).

Quanto ao tema da expansão do direito penal, temática em que se insere a dogmática do direito penal do inimigo, “71,2% respondeu favoravelmente à ampliação do direito penal” (AZEVEDO, 2010, p. 50).

No entanto, quase a metade dos entrevistados “reconhece, posteriormente, noutra indagação, que essa expansão ocasiona a vulgarização da punição” (AZEVEDO, 2010, p. 51). Quanto à mudança na Lei dos Crimes Hediondos, que passou a permitir a progressão de regime, “51,5% se manifestaram contrários à mudança e 48,5% favoráveis” (AZEVEDO, 2010, p. 49), ou seja, em sua maioria, entendem que as restrições de direitos fundamentais deveriam ter sido mantidas pela lei.

Perguntados se tinham vínculo com alguma das correntes de política criminal apresentadas, predominou a adesão à “Defesa social” (34,7%), seguida do “Funcionalismo penal” (15%), do “Garantismo penal” (13,2%), da “Tolerância zero” (12,6%) e do “Abolicionismo penal” (0,6%). Do total 22,8% declararam não ser adeptos de nenhuma delas e 1,2% declarou-se adepto de outras posições (AZEVEDO, 2010, p. 52).

Sobre se a atuação do MPU deveria ser ampliada no âmbito da investigação criminal, passando o órgão a administrar a fase de produção probatória prévia ao processo, 17,4% responderam estarem em desacordo com a afirmativa, enquanto 73,6% em acordo. A respeito da temática de investigação inquisitorial policial, perguntados se mesmo sendo atribuição da Polícia Judiciária deveria o Ministério Público promover investigações paralelas ou complementares, responderam afirmativamente 95,8%, e 4,2% em desacordo (AZEVEDO, 2010).

Se caberia à defesa do investigado participar durante todas as fases do inquérito policial, responderam 81,4% em desacordo com a afirmativa, contra 18,6% em acordo. Perguntados se as provas consideradas ilícitas deveriam ser desconsideradas no processo penal, 62,3% não concordam com a afirmativa, ou seja, consideram que as provas obtidas de modo ilícito devem ser consideradas no processo penal pelo Juízo, enquanto 37,7% entendem que tais provas ilícitas devem ser descartadas. Sobre se a atuação do MPU deveria ser ampliada no âmbito da investigação criminal, passando o órgão a coordenar diretamente o processo de produção probatória na fase pré-processual, 17,4% responderam estarem em

desacordo com a afirmativa, enquanto 73,6% em acordo. A respeito da temática de investigação inquisitorial policial, indagados se devem realizar investigações paralelas ou complementares, responderam afirmativamente 95,8%, e 4,2% em desacordo (AZEVEDO, 2010).

Os dados são suficientes para compreender que tanto na esfera do Ministério Público estadual como federal há uma concordância com o dogma do direito penal do inimigo de supressão de garantias fundamentais aos inimigos, estabelecendo uma perspectiva mais ratificadora do punitivismo inquisitorial para crimes e pessoas consideradas perigosas à sociedade. Resta agora evidenciar na jurisprudência decisões que caracterizam positivamente o direito penal do inimigo.

### 3.3 PROVIMENTO DO DOGMA INIMIGO FRENTE À DEMOCRACIA

Ferrajoli (1999) entende que uma dimensão substancial do Estado de Direito se traduz em uma dimensão substancial da própria democracia. As duas classes de normas - formais e materiais - sobre a produção jurídica e, portanto, da dogmática que com ela se cria, condicionam, por um lado formal, a vigência e, por outro, material, a validade. Ambas garantem outras dimensões da democracia.

La dimension formal de la democracia política, que hace referencia al quién y al cómo de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las formas de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse democracia substancial, puesto que se refiere al qué es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas substanciales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas, sólo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principio axiológicos establecidos por aquélla (FERRAJOLI, 1999, p. 23).

É desse modo que toda a produção dogmática do direito deve estar assentada (sob os direitos fundamentais), gerando vínculos democráticos substanciais, impedindo o Estado e qualquer maioria de violá-los. Também vínculos substanciais positivos como os direitos sociais que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer. Os direitos fundamentais são fatores que argumentam e preenchem a esfera do decidível. São por meio deles que se legitimam e deslegitimam as decisões judiciais.

A interpretação enviesada dos membros do Ministério Público referente à aceitação da política criminal de tolerância zero e da dogmática do direito penal do inimigo estão

dissociadas de uma democracia substancial, pois ferem os direitos fundamentais ao esvaziar do sujeito de direito a pessoa na sua dignidade, tornando-a um autômato com restrições de garantias substanciais. Qualquer política criminal advinda dos profissionais da área jurídica deve estar consonante aos aspectos formal e material dos direitos fundamentais. O papel de qualquer julgador ao conferir uma decisão tem de estar associado a ambas as dimensões da democracia.

Los desniveles entre normas, que están en base de la existencia de normas inválidas, y, por otra parte, la incorporación de los derechos fundamentales em el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos (FERRAJOLI, 1997, p. 26).

O juiz se submete não mais à lei tão apenas como submissão à sua letra fria, tal qual o paradigma positivista clássico, mas se sujeita à lei enquanto válida, coerente com os direitos fundamentais. Aqui não se entende a validade da norma como um dogma que se vincula a mera existência formal da lei, mas como uma qualidade contingente que se associa à coerência dos direitos fundamentais e seus significados. A interpretação judicial ao produzir jurisprudência sobre dado assunto – inimigo (JAKOBS, 2008) - é também um juízo sobre a lei, cabendo ao julgador eleger “os únicos significados válidos, compatíveis com as normas constitucionais substanciais” (FERRAJOLI, 1997, p. 26).

(...) interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insalvable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación em sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad (FERRAJOLI, 1997, p. 26).

Não há constitucionalmente previsão de pessoas a serem consideradas como inimigas e destituídas da condição de cidadã. Se se estabelece dogma nesse sentido, ocorre um falseamento da interpretação constitucional e da realidade, refletido na ideologia de política criminal levada a efeito pelos atores do sistema administrativo da Justiça criminal brasileira. O dogma inimigo, a se estabelecer sendo afirmado frente ao Judiciário, se transforma num enunciado que orienta o debate político-jurídico criminal. Sequer poderia ser dogma e ainda mais orientar o debate jurídico.

Por um lado, cabe ao magistrado a função “politicamente inovadora e substancialmente constitucional de transformar os parâmetros tradicionais da instância

dogmática e formalista do Direito” (WOLKMER, 1995, p. 171).

Por outro, também pode proceder à dogmatização de tais parâmetros, dogmatizando enunciados que posteriormente serão reproduzidos acriticamente pelas instituições jurídicas de normalização do saber e do fazer o Direito.

Por meio das dimensões interpretativas das quais pode um juiz valorar a norma jurídica atribuindo-lhe o significado, tem-se a interpretação:

a) em sentido estrito, em que se estabelece o alcance, a inteligência ou o significado de expressão ambígua ou obscura de determinado enunciado; b) integradora, “de nítida feição criativa, que permite estender preceitos legais ou conceitos indeterminados a casos não regidos por normas específicas; c) meio para aplicação dos princípios gerais do direito, os quais preexistem à jurisprudência e são fontes autônomas do direito, mas que recebem a consagração pela jurisprudência no caso concreto (DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, *apud*, RODRIGUES JUNIOR, 2010, p. 4).

Outro elemento caracterizador da formação dos dogmas para além da interpretação são os argumentos, institutos, o modo de aplicação do direito com a finalidade de criá-lo e interpretá-lo. Levou-se tempo para se admitir que a jurisprudência cria o direito, além da própria lei (RODRIGUES JUNIOR, 2010).

As explicações teóricas são muitas e variadas: positivismo, pós-positivismo, realismo escandinavo, neo-positivismo lógico, tópica, *critical legal studies*, etc.

Os juízes e agentes administrativos com poder decisório são convocados a valorar autonomamente as normas ou, até mesmo, a decidir e agir de um modo semelhante ao do legislador. As raízes dessa nova postura em relação à jurisprudência estão em movimentos teóricos alemães do século XIX e da primeira metade do século XX, ao estilo da jurisprudência de interesses, a hermenêutica concretizadora e a tópica. Não é este o momento apropriado para se criticar o sincretismo da doutrina e da dogmática e de algumas decisões jurisprudenciais quanto ao emprego desses diversos movimentos. Entretanto, como agenda de pesquisa futura, poderia se delimitar e apontar o enorme desconforto de se encontrar citações de Ronald Dworkin e Robert Alexy, especificamente sobre ponderação, conflito, regras e princípios, como se houvesse franca uniformidade de pensamento entre esses autores (RODRIGUES JUNIOR, 2010, p. 10).

O enaltecimento do magistrado como um ser dotado de força hercúlea, com capacidade de ter em sua mente uma teoria social e política sobre o País onde exerce sua profissão, não o considera como um servidor estatal. Essa “jurisprudenciolatria tem conformado a dogmática jurídica penal, sacralizando a jurisprudência e tornando-a auto-referente” (RODRIGUES JUNIOR, 2010, p. 10).

Há, portanto, aspectos ideológicos que são sacralizados na compreensão judicial e enunciados como jurisprudência. O caminho da dogmatização do conhecimento jurídico

acerca de um assunto passa necessariamente pela apreciação do órgão jurisdicional que conferirá ou não sentido àquele saber. Ao tornar-se fonte do direito, a jurisprudência acaba revelando um alcance bem maior do que se tem admitido, porque “aqueles que têm a função de interpretar e aplicar a lei são os que exercem a função criadora, superando o conhecimento tipificado na lei pelo Estado-legislador” (WOLKMER, 1995, 174).

A força normativa da lei está vinculada ao interesse social (altamente influenciado pela mídia) e ao grau de eficácia e validade da interpretação conferida pelo magistrado. “A tomada de posição ideológica, ainda quando se afirma não o fazer, é inerente à natureza do pensamento jurídico, como de resto essa é uma decorrência do reconhecimento da impureza humana. Não há neutralidade em assuntos humanos” (VASCONCELOS, 2003. p. 174).

Ao selecionar duas breves jurisprudências, meramente exemplificativas, a respeito do direito penal do inimigo, pode-se analisar o nível de dogmatização e, ao mesmo tempo, desvelar o discurso jurídico penal que, ao prover cabimento ao dogma inimigo além de enunciá-lo, promove sua circularidade nos meios jurídicos.

A primeira jurisprudência, um acórdão do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Ministra Laurita Vaz, nega provimento à tese do direito penal do inimigo.

Habeas Corpus. Penal. Roubo duplamente circunstanciado. Dosimetria da pena. Primeira fase. Maus antecedentes. Ausência de condenações transitadas em julgado. Súmula n. 444/STJ. Indevida consideração quanto às conseqüências do delito. Produtos roubados que foram restituídos. Impossibilidade de a pobreza ser considerada circunstância desfavorável, bem assim a assistência da defensoria pública. Vedação à incidência do que a doutrina denomina direito penal do inimigo. Ordem concedida. Habeas Corpus n. 152.144, ES (2009/0212647-2)

Ao analisar a ementa da jurisprudência acima, a pretensão de diminuir a pena-base ao mínimo legal foi considerada eficiente pela turma julgadora, devendo prosperar, porque o juiz da instância inferior, *a quo*,

considerou como circunstância judicial desfavorável ao condenado o fato dele ter respondido a outro processo por roubo, mas a sentença não demonstrou que havia condenação transitada em julgado contra ele. Com efeito decidiu-se que o julgador deve examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime. Entendeu a turma julgadora do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que a pena base aplicada ao condenado foi excessiva em relação aos antecedentes criminais, pois ter ações penais em andamento não se prestariam a majorar a pena, porque se deve adequar o entendimento da lei aos princípios constitucionais de natureza fundamental, no caso, a observar o princípio da presunção de não culpabilidade (Inteiro Teor de Habeas Corpus n. 152.144, ES 2009/0212647-2).

Inobstante, a essa análise que por si só já configuraria o descarte ao punitivismo exagerado por parte do juiz *a quo*, este ainda majorou a pena do condenado em razão da situação econômica do mesmo não ser “favorável”. Inexiste qualquer violação ao ordenamento penal o fato do condenado não ter boas condições econômicas. Evidente, portanto, que essa circunstância não pode ser considerada como desfavorável. Ao punir mais severamente o condenado pobre, por ser ele pobre, significa que o Juízo *a quo* referendou o dogma do inimigo, configurando ao condenado o *status* de inimigo devido à sua condição de pobreza, conseqüentemente a ele não admitindo o direito fundamental de uma pena proporcional e justa, na medida de sua culpabilidade.

A segunda jurisprudência foi firmada em razão de um escândalo de repercussão midiática envolvendo um governador do Estado de Mato Grosso e seu secretariado, principalmente em razão da acusação versar sobre corrupção. Se configura, na análise do processo, o inimigo como sendo representado por agentes públicos corruptos, formando um dogma pré-estabelecido com o auxílio da imprensa e do senso comum e, portanto, justificador da desconsideração de acesso a direitos fundamentais. Trata-se de uma jurisprudência ratificadora da circunstância inimigo, muito embora não unânime, pois um dos desembargadores decidiu exatamente o oposto, inclusive fazendo menção expressa de que não era adepto da teoria do direito penal do inimigo, afirmando, categoricamente em seu voto, que a posição dos outros dois desembargadores referendava o direito penal do inimigo.

Ementa Habeas Corpus. Operação “Sodoma”. Crimes de organização criminosa, concussão e lavagem de dinheiro. Prisão preventiva decretada. Insurgência. Propalada a ausência de indícios de autoria. Insubsistência. Ampla e idônea investigação policial a evidenciar a ingerência do agente em suposto quadro de corrupção sistêmica, consistente em concessões de benefícios fiscais em troca de propinas. Robusta prova indiciária a merecer respaldo, máxime em se tratando de macrocriminalidade. Pretensa ausência de fundamentação na decisão hostilizada e dos requisitos postos no art. 312 do CPP. Observância à norma inserta no Art. 93, IX, da Carta Magna. Prisão decretada para garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Inarredável mirada Hermenêutico-Filosófica sobre o conceito de ordem pública. Gravidade em concreto das condutas supostamente perpetradas. Indisputáveis reflexos para o grêmio social. Subida influência política do agente, hábil a comprometer a regular instrução do processo. Inconformismo quanto à delação premiada. Suposta ofensa ao devido processo legal. Posterior revogação da homologação pelo Juízo “a quo”. Descabimento. Mera perda de eficácia do Termo de Colaboração. Saneamento do processo. Figura do imputado que transmudou-se para vítima. Indícios roborados por contraditório outros diferido contemporaneidade elementos. Entre inquisitivos aventada ausência a data do fato e – de a decretação da prisão cautelar. Irrelevância. Condutas criminosas que, em tese, desbordaram da atuação governamental. Apontada suficiência das medidas cautelares diversas da prisão. Impossibilidade medidas alternativas que se mostram insuficientes ao risco processual a ser neutralizado. Tese a dizer com isonomia em relação aos demais investigados. Inviabilidade. Evidenciadas situações diversas. Existência de bons predicados. Irrelevância. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada

(Habeas Corpus nº 131311/2015 - CLASSE CNJ - 307 COMARCA DA CAPITAL).

Os pontos de vista e os argumentos do Ministério Público foram endossados pelo relator da ementa acima. Entretanto, não houve unanimidade entre os julgadores a respeito da concessão de liberdade ao acusado. Um voto favorável e dois outros contrários. No primeiro voto, o desembargador relator concordou com a posição do órgão acusador, identificando que o acusado poderia utilizar de influências e pressões políticas sobre as pessoas de modo a ocultar provas ou mesmo alterar os conteúdos para evitar a verdade. Parece já existir um pré-julgamento que condiciona este julgador a indicar a má-fé do acusado, inclinando, pois, a não lhe conceder a sua liberdade mesmo tendo em conta possuir emprego e residência fixa.

A cogitada influência da qual o paciente pode fazer uso e, por consequência, atrapalhar a instrução criminal, é consequência quase que natural do poder político por ele exercido nos últimos anos, nos quais ocupou cargos dos mais relevantes na estrutura administrativa do Poder Executivo Estadual (Habeas Corpus n. 131311/2015).

Força a entender que os agentes políticos-administrativos que tenham ocupado ou que ocupem posição de poder têm para si uma interpretação não de presunção de inocência, mas de má-fé quanto à possibilidade de atrapalhar a capacidade probatória das instituições de persecução penal. Entretanto, se se mantém aprisionado tal agente, por certo já possui provas contundentes hábeis e robustas para o propósito de condenação. Significa uma extenuação, uma ampliação da capacidade punitiva com o objetivo de descobrir a verdade do fato corruptivo. Ora, se não há verdade ainda produzida por meio de provas, descabida, portanto, a manutenção do aprisionamento. Entretanto, tendo os dados referentes ao perfil dos representantes do Ministério Público é de se compreender a resistência à concessão de liberdade.

No entanto, o acórdão confirma a existência de provas contundentes e irrefutáveis, apontando que o inimigo corrupto, por isso mesmo, deve manter-se preso.

Para além dessas conjecturas, convém ponderar, ademais, que, concretamente, há nos autos provas irrefutáveis de que a organização criminosa, da qual o paciente é um dos maiores expoentes, estaria envidando esforços e tomando iniciativas, das mais variadas, no sentido de impedir que os crimes sejam descortinados na necessária amplitude (Habeas Corpus n. 131311/2015).

Basta, pois, mesmo preso o acusado, desenvolver o argumento de que mantém



pressão e pode influenciar depoimentos de testemunhas para que seja mantido preso. De certo modo, é configuração de que a prisão não serve mesmo para os fins apenas de recuperação e ressocialização, mas de proteção da sociedade quanto aos agentes criminosos.

A corrupção é tida como ato gravíssimo por parte do Ministério Público, e por isso mesmo “merece a mais extrema censura, o mais rigoroso tratamento por parte do sistema de Justiça” (Habeas Corpus n. 131311/2015). A confirmação da aplicação do dogma do inimigo é evidente. A interpretação e argumentação que se utiliza para a denegação da liberdade do acusado força a essa leitura.

Para fins de implicar o acusado num emaranhado de periculosidade e danos possíveis à sociedade se cria no imaginário do órgão julgador possibilidades de novas práticas criminosas ainda inexistentes. Mantém-se a prisão do acusado sob o argumento de que poderá cometer novos crimes, quando se exige que a prática seja efetiva em violação à lei bem como comprovada. Há, portanto, uma policriminalização, tanto a que se procedeu à prisão cautelar, como as que poderão ainda existir caso o réu seja libertado e continue a responder pelos crimes dos quais é acusado.

(...) não se trata, necessariamente, de se evitar o cometimento de crimes da mesma espécie retratadas nestes autos, mas, sobretudo, de outros tantos que ele pode cometer, dentre os quais, o de falsificação de documentos, coação no curso do processo, corrupção ativa, etc. E para cometer tais crimes, não há necessidade de o paciente estar exercendo cargo público (Habeas Corpus n. 131311/2015).

A decisão também deixa evidente a influência que a mídia exerce na formação do dogma inimigo, pois fatos noticiosos da imprensa são utilizados como argumentos para convencer o Juízo da manutenção da prisão. Notícias que implicam, comumente, um universo sensacionalista e punitivista.

No caso que está sendo julgado, Excelências, não há negar que a sociedade mato-grossense está perplexa e indignada com os fatos aqui apurados. Onde quer que se vá, em qualquer esquina, se ouve apelos no sentido de que o Poder Judiciário deve agir com o máximo rigor em face de tudo o que se têm noticiado (Habeas Corpus n. 131311/2015).

Enquanto dogmática de decisão a que se convence o Juízo, retoricamente ainda se relaciona esse argumento midiático com o dos magistrados que representam e são integrantes do tecido social que pretende transformar e limpar a corrupção existente.

A complacência com aqueles que rapinam o erário é o caminho mais curto para o descrédito do Poder Judiciário e a falta de credibilidade neste poder, que é o maior

sustentáculo da nossa República e do regime democrático, causará, inexoravelmente, profunda sensação de insegurança aos cidadãos em geral (Habeas Corpus n. 131311/2015).

O voto do relator do habeas corpus inclui em seus argumentos todas as relações estabelecidas pelo Ministério Público e ainda dispõe de notícia citada diretamente no acórdão como subterfúgio de apresentar a proximidade do Judiciário com o clamor social. Na realidade, a condução imparcial e sem prejulgamentos dos acusados enuncia o sentido inquisitorial de decisão.

A sociedade mato-grossense, em outra oportunidade, viu-se às voltas com o caso conhecido como “Escândalos dos Maquinários”, em que se apuraram as responsabilidades pelo superfaturamento de R\$ 44 milhões na aquisição de máquinas pelo Estado, no programa “MT 100% equipado”, contando como envolvidos também agentes políticos notoriamente conhecidos. Curial registrar, outrossim, o desencadeamento das operações “Imperador” e “Ventriloquo”, que buscaram investigar um esquema de desvio de verbas públicas no valor de R\$ 60 milhões de reais da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, por meio da aquisição de materiais gráficos que nunca teriam sido entregues, resultando na prisão do ex-deputado estadual José Riva, revogada, posteriormente, pelo Supremo Tribunal Federal Recentemente, ainda uma vez, teve lugar nesta unidade federada, a “Operação Arqueiro”, em cuja segunda fase, nominada “Ouro de Tolo”, resultou na prisão, em São Paulo – revogada pelo STJ – da ex-primeira-dama do Estado e ex-secretária de Assistência Social de Mato Grosso, Roseli Barbosa, mulher do ex-governador Silval Barbosa, operação capitaneada pelo Grupo de Atuação e Combate ao Crime Organizado (Gaeco). Recai-lhe, suspeita de liderar um esquema que teria desviado R\$ 8 milhões dos cofres públicos, entre 2011 e 2014, período em que ficou à frente da pasta sobredita [SETAS]. De conformidade com a denúncia do Gaeco, eram-lhe destinados 40% do dinheiro desviado através de instituições sem fins lucrativos ‘de fachada’.<sup>5</sup>

Ao justificar a compreensão do fato a partir de reportagem, o julgador entendeu que a atividade interpretativa inerente ao magistrado não pode se deslocar completamente da cultura da sociedade em que ele vive, mas deve ser submetida a uma filtragem, a partir do exercício de uma racionalidade crítica que tome como premissa a ideia de que todas as pessoas devem ser tratadas como livres e iguais. Para tanto, o Juízo faz uma leitura equivocada do círculo hermenêutico de Heidegger a justificar seu afastamento da interpretação normativa e inserir-se numa intuição inicial que se configura como um prejulgamento.

(...) quando um problema jurídico qualquer nos é apresentado, o nosso inescapável ponto de partida para equacioná-lo não é o texto da norma jurídica, como costumava proclamar a doutrina mais tradicional, mas a visão que já temos da questão, que é inevitavelmente impregnada pelos valores da cultura em que nos inserimos. É a partir das nossas pré-compreensões que ingressamos no ‘círculo hermenêutico’, em

---

<sup>5</sup> Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2015/08/mulher-de-ex-governador-de-mt-e-presa-suspeita-fraudar-r-8-milhoes.html>. Acesso em: 13/10/2015]. (Habeas Corpus n. 131311/2015).

busca da melhor resposta para a controvérsia pré-compreensão jurídica” [Sarmiento, e capacidades Daniel. Interpretação institucionais do constitucional, intérprete. In: Por um constitucionalismo inclusivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 220, g.n.]. (Habeas Corpus n. 131311/2015)

Portanto, no ato de interpretar, o juiz participa necessariamente da própria construção do objeto interpretado, partindo de suas crenças, mas também de um universo linguístico não criado por ele, já que aquele antecede e define os horizontes atuais da interpretação. Entretanto, essa possibilidade interpretativa não pode ser utilizada para interpretações que objetivem menosprezar direitos fundamentais, ao contrário, só podem ser adequadas para a preservação e ampliação das garantias penais das pessoas. O dogma, mesmo confrontando direitos constitucionalmente previstos, é mantido e interpretado nessa circularidade do debate jurídico.

O voto vencido no julgamento em questão se ateve bastante à questão das prisões exacerbadas, deixando a entender e comprovando o ingresso do direito penal do inimigo no direito brasileiro. Independentemente da crítica ou aceitação, a ideologia como dogma já se assentou, provocando o sentido abaixo extraído do voto.

É preciso começar a frear a cultura inquisitorial do encarceramento, que começa a tomar dimensões preocupantes e ameaçadora ao equilíbrio da sociedade; conter a implantação subreptícia do direito penal do inimigo, peculiar aos Estados de Emergência. (...) preocupa-me, sobremaneira, qualquer modelo de estado policial, onde pouco ou nenhuma valia tem os direitos e garantias dos cidadãos, ufanados em discursos retórico (Habeas Corpus n. 131311/2015, voto do Desembargador Orlando Perri).

A prisão preventiva é exceção à regra da liberdade e só pode ser decretada mediante comprovação de efetiva necessidade. Considerações abstratas a respeito do acusado e da gravidade do crime que lhe é imputado não formam base empírica que justifique a concessão cautelar para garantir a ordem pública. Não se teria assim argumentos suficientes para a manutenção da prisão, a não ser que se compreenda a aplicação, ainda que omissa, mas presente, da dogmática penal do inimigo.

O requisito da ordem pública não se enquadra como medida cautelar propriamente dita, pois o encarceramento como reação imediata ao crime tem como finalidade satisfazer ao sentimento de justiça da sociedade, ou à prevenção particular, a fim de evitar que o acusado pratique novos crimes. O conceito de ordem pública não é o que o juiz subjetivamente entende que seja, definindo a quem se aplica (inimigo, corrupto ou terrorista) e a quem não se aplica (cidadão), pois isso pode gerar insuportável insegurança jurídica.

Não podemos ver o direito penal como inimigo daquele a quem se imputa um crime.

O direito penal do inimigo não vê o homem e sim o sistema sócio-normativo. Daí dizer-se que esse pensamento é totalitário e refratário ao sistema constitucional brasileiro.

## CONCLUSÃO

Esse trabalho teve início com outra proposta de análise. Imaginei o desenvolvimento sobre o direito penal do inimigo a partir da jurisprudência predominante no Estado de minha origem, Mato Grosso. Ocorre que o percurso de leitura e estudos durante o desenvolvimento do mestrado acabou conduzindo o interesse inicial para os argumentos epistemológicos de direito penal, notadamente a respeito do modo como algumas categorias ou teorias acabam sendo dogmatizadas e incorporadas no debate jurídico mesmo que colidentes com os fundamentos constitucionais.

A construção do dogma inimigo e cidadão remonta às justificativas contratualistas de Hobbes e Rousseau, estabelecendo uma dicotomia entre aqueles que detém o poder, o comando do Estado, e aqueles que são seus súditos ou cidadãos. De todo modo, essa separação também justificou e legitimou o uso da força por aqueles detentores do comando, seja para fins de proteção da pessoa, mantendo sua segurança contra os ataques de outros ou para impedir que sua liberdade e propriedade fossem tolhidas. Toda essa construção colocou como centro de proteção, pelo Estado, os valores e bens das pessoas, seja a vida, a liberdade, a propriedade, e provocou um realinhamento do direito penal restrito àquilo que o poder-lei determinasse como comando-obediência para manutenção do equilíbrio social. Aqueles que frustrassem a retidão disposta na norma não seriam considerados cidadãos, mas inimigos.

Beccaria inscreve na história criminológica mundial o princípio sobre o qual se repousa ou deveria se assentar toda a dogmática penal: a legalidade. A construção do princípio da legalidade obedece a lógica contratualista de justificação do uso da força por meio do Estado, mas desde que tenha sido determinada e definida por uma lei prévia. Embora tenha sido um enorme ganho para extirpar as violências particulares e vinganças privadas como meio de resolução de conflitos, não contrariou o estabelecimento e legitimidade de quem produz a lei. Alternativas existiram, no entanto, desde Spinoza com sua “multidão”, que provavelmente teriam conduzido a uma produção coletiva sem a separação entre Estado e sociedade civil.

Ao se dogmatizar o conhecimento punitivo a partir do estabelecimento daquilo que está disposto na lei, sem contestar a origem do poder que estabelece a lei (tendo nas democracias o alicerce popular do qual deriva esse poder, cuja função representa o legislador) tem-se a produção de um dogma ideologizado no qual o poder punitivo e a afirmação dos inimigos tornam-se regra, quando sequer tal distinção existiria se adequada interpretação constitucional alicerçada nos direitos fundamentais fosse efetivamente realizada.

O dogma ideologizado vira verdade absoluta da qual toda análise procederá, seja para refutá-lo, seja para afirmá-lo. A construção dessa dogmática foi nutrida por um longo percurso de êxito graças à educação jurídica penal que tem sido levada a efeito na teoria e prática jurídicas. Em sua ampla maioria, os dogmas estabelecidos foram e estão sendo normalizados por diferentes atores da administração da Justiça, mais especificamente pelo Ministério Público e pela magistratura, dois âmbitos de produção e interpretação dos dogmas penais estabelecidos, entre os quais: a dicotomia inimigo e cidadão. Produções de várias obras jurídicas penais são realizadas pelo olhar do Ministério Público e na sua maioria expõem uma perspectiva de dogmática penal inquisitiva-acusatória, nutrindo admiração pela exacerbação punitivista.

Por outro lado, a criminologia crítica de orientação em Baratta, Cirino dos Santos, Carvalho, Andrade, entre outros, tem desvelado esse comprometimento punitivista como afrontador das garantias fundamentais constitucionais, mobilizando teoria e prática jurídica no sentido de desnudar o discurso dogmático punitivista do inimigo.

A construção de uma contradogmática emancipatória que não apenas descaracteriza o dogma inimigo e cidadão, como descontextualiza a dogmática penal brasileira, restabelecendo a afirmação dos direitos fundamentais como âmbito de validade das normas penais, tem sido realizada pela e juristas garantistas.

Ante uma sociedade cada vez mais influenciada pela mídia sensacionalista e senso comum teórico, a implementação de uma contracultura dogmática penal por meio de uma educação jurídica transgressora que capacite a defesa dos direitos fundamentais e a construção de novas interpretações normativas, que amplie a liberdade e diminua a restrição às pessoas como cidadãs, parece indicar uma pequena esperança para a condição do humano e não proliferação do autômato.

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Tese. **Dogmática e sistema penal:** em busca da segurança jurídica prometida. 1994. 504f. Tese (Doutorado). Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 20 de dezembro de 1994. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106397>>, acessada em 01 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. **A ilusão de segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **Dogmática jurídica:** esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; WEINGARTNER NETO, Jaime. **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do ministério público gaúcho.** In: Anais do VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, 2004. Disponível em: <[http://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel36/RodrigoAzevedo\\_JaymeNeto.pdf](http://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel36/RodrigoAzevedo_JaymeNeto.pdf)>,

\_\_\_\_\_. Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil: causas e conseqüências da demanda punitiva. In: **Revista Brasileira de Segurança Pública**, ano 03, ed. 04, 2009, p. 104. Disponível em: <<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/viewFile/42/40>>, acessada em 06 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010. Disponível em: <[https://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/Perfil\\_ebook.pdf](https://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/Perfil_ebook.pdf)>, acessada em 06 de agosto de 2016.

BARATTA, Alessandro. **Integración-prevención:** una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: Doctrina Penal. Buenos Aires, n. 29, ene./mar., 1985. Disponível em: <<http://www.produccioncientifica.luz.edu.ve/index.php/capitulo/article/download/4044/4043>>, acessada em 04 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. **Criminología crítica y crítica del derecho penal:** introducción a la Sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI, Editores 2004. Disponível em: <<https://colectivociajpp.files.wordpress.com/2012/08/baratta-alessandro-criminologia-critica-y-critica-del-derecho-penal.pdf>>, acessada em 05 de agosto de 2016.

BARCELONA, Pietro. **La formación del jurista.** In: BARCELONA, Pietro; HART, Dieter; MOCKENBERGER, Ulrich. La formación del jurista. (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica). Madrid: Civitas, 1983.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e Política criminal. Passagens. In: **Revista**

**Internacional de História Política e Cultura jurídica.** v. 1, n. 2, 2009. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4018835>>, acessada em 04 de agosto de 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

BERNARDES, Célia Regina Ody. **Mors tua vita mea:** elementos para uma reflexão sobre o problema do racismo de Estado a partir da crítica da razão governamental de Michel Foucault. 2005. 143f. (Mestrado em Ética e Filosofia Política). Recife: Universidade Federal do Pernambuco, 2005. Disponível em: <[http://repositorio.ufpe.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/6264/arquivo6754\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ufpe.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/6264/arquivo6754_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>, acessada em 04 de agosto de 2016.

BIZZOTTO, Alexandre. **A mão invisível do medo e o pensamento criminal libertário: as dificuldades de fortalecimento da crítica criminal libertária em face da exploração econômica do medo e seus vetores punitivistas.** 2015. 213f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2015, 213f. Disponível em: <[http://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/60/Tese\\_Alexandre\\_Bizzotto\\_\\_2015\\_encerrada\\_com\\_corre%C3%A7%C3%B5es\\_%20e\\_adapta%C3%A7oes\\_incorporadas%20\(1\).pdf](http://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/60/Tese_Alexandre_Bizzotto__2015_encerrada_com_corre%C3%A7%C3%B5es_%20e_adapta%C3%A7oes_incorporadas%20(1).pdf)>, acessada em 06 de agosto de 2016.

BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del derecho.** Valencia: Fernando Torres, 1980.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico.** Brasília: UNB, 1996.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; LOBERTO, Eduardo de Camargo. **O Direito Penal do inimigo** - Günther Jakobs. 2008. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13568-13569-1-PB.pdf>>, acesso em 02 de agosto de 2016.

CAIXETA, Francisco Carlos Távora de Albuquerque. **O Direito Nazista.** 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26200-26202-1-PB.pdf>>, acesso em março de 2016.

CALLEGARI, André Luís; WEBBER, Suelen. Os ruídos e as comunicações estabelecidas entre direito penal, sistema político e os meios de comunicação: o surgimento de um discurso expansionista. **Revista da AJURIS**, v. 40, n. 129, 2013. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/307/242>>, acessado em 05 de agosto de 2016.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O regime disciplinar diferenciado: notas críticas a reforma do sistema punitivo brasileiro. In: **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, v. 4, n. 1, 2005. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/12387635-O-regime-disciplinar-diferenciado-notas-criticas-a-reforma-do-sistema-punitivo-brasileiro.html>>, acesso em 05 de agosto de 2016.

CARVALHO, Amílton Bueno de. **Magistratura e Direito Alternativo.** São Paulo: Acadêmica, 1992.



CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 42, 2005. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5183/3898>>, acessada em 06 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** (O exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: <[https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/carvalho\\_-\\_o\\_papel\\_dos\\_atores\\_-\\_final.pdf](https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/carvalho_-_o_papel_dos_atores_-_final.pdf)>, acessada em 06 de agosto de 2016.

CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio SALOMÃO. **Pena e Constituição: aspectos relevantes para a sua aplicação e execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

COSATE, Tatiana Moraes. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD): um mal necessário? In: **Revista de Direito Público, Universidade Estadual de Londrina**, v. 2, n. 2, 2007, p. 205-224. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11466/10202>>, acessada em 06 de agosto de 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Manoel Coracy Saboia. **Visitando o coração dos conflitos vividos na esperança: excursão sobre o conceito de ideologia em Paul Ricoeur**. CHILE: Universidad Alberto Hurtado, 2013. Disponível em: <[http://www.ufac.br/portal/docs/2013/artigovisitandocoracao.pdf/at\\_download/file](http://www.ufac.br/portal/docs/2013/artigovisitandocoracao.pdf/at_download/file)>, acessada no dia 31 de julho de 2016.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIA JUNIOR, César de. **O processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. 2010. 253f. Tese (Doutorado em Direito). Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2010. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/handle/ri/10711>>, acessada em 04 de agosto de 2016.

FARIA, Jose Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social**. Editora da Universidade de São Paulo, 1988.

\_\_\_\_\_. **O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios**. In: Estudos Avançados, v. 18, n. 51, 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142004000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200006)>, acessada em 06 de agosto de 2016.

FERNANDES, Hélène Marine Serra. **O direito penal do inimigo: reconfiguração do Estado de Direito?** 2011. 70f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Porto, Porto, 2011. Disponível em: <[https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub\\_geral.show\\_file?pi\\_gdoc\\_id=35229](https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.show_file?pi_gdoc_id=35229)>, acessada em 04 de agosto de 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **O Direito como sistema de garantias**. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). O novo em direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. **Derechos y garantías: la ley del más débil.** Madrid: Trotta, 1999.

FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. O Judiciário à frente da divisão dos poderes: um princípio em decadência? In: **Revista USP.** n. 21, 1994. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931/28709>>, acessada em 06 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. **A ciência do Direito.** São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação.** São Paulo: Atlas, 2013.

FILHO, Benjamim Julião de Góis. **Foucault e (Bio)Polítia:** possibilidades e metamorfoses de um conceito. 2010. 88f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2010. 88f. Disponível em: <[http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/123456789/16474/1/BenjamimJGF\\_DISSERT.pdf](http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/123456789/16474/1/BenjamimJGF_DISSERT.pdf)>, acessada em 05 de agosto de 2016.

FONSECA, João Paulo Ayub da. Normalização e bio-poder na obra de Michel Foucault. In: Theoria, **Revista Eletrônica de Filosofia da Faculdade Católica de Pouso Alegre.** v. IV, n. 11, 2012. Disponível em: <[http://www.theoria.com.br/edicao11/normalizacao\\_e\\_bio-poder\\_na\\_obra\\_de\\_michel\\_foucault.pdf](http://www.theoria.com.br/edicao11/normalizacao_e_bio-poder_na_obra_de_michel_foucault.pdf)>, acessada em 04 de agosto de 2016.

FOUCAULT, Michel. **Os Anormais. curso no Collège de France (1974-1975).** São Paulo: Martins Fontes, 2001. Disponível em: <[https://monoskop.org/images/6/62/Foucault\\_Michel\\_Os\\_anormais.pdf](https://monoskop.org/images/6/62/Foucault_Michel_Os_anormais.pdf)>, acesso em 05 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. **A Verdade e as Formas Jurídicas.** Rio de Janeiro: Nau, 2001.

\_\_\_\_\_. **Em defesa da sociedade:** curso no Collège de France (1975 – 1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005. Disponível em: <[http://www.uff.br/saudecoletiva/doc/ppss/BIB-foucault-em\\_defesa\\_da\\_sociedade.pdf](http://www.uff.br/saudecoletiva/doc/ppss/BIB-foucault-em_defesa_da_sociedade.pdf)>, acessada em 4 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Petrópolis: Vozes, 2004.

GALINDO, Dolores; LEMOS, Flávia Cristina Silveira; NATALE, Anna; RODRIGUES, Renata Vilela. **Biopolítica, direitos humanos e racismo de estado em nome da paz e segurança.** In: Mnemosine, v. 10, n. 2, 2014. Disponível em: <[https://www.academia.edu/12539865/Biopol%C3%Aadtica\\_Direitos\\_Humanos\\_e\\_Racismo\\_de\\_Estado\\_em\\_nome\\_da\\_paz\\_e\\_da\\_seguran%C3%A7a](https://www.academia.edu/12539865/Biopol%C3%Aadtica_Direitos_Humanos_e_Racismo_de_Estado_em_nome_da_paz_e_da_seguran%C3%A7a)>, acessada em 05 de agosto de 2016.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia:** o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas.** Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos,** Ano VI, n. 7, dezembro de 2005, p. 211-247. Disponível em:

<<http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>, acessada no dia 01 de agosto de 2016.

HABERMAS, Jurgen. **Conhecimento e interesse**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Disponível em: <<https://yadi.sk/i/xEYHY-TWq9tzH>>, acessada no dia 02 de agosto de 2016.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

JUNIOR, Aírto Chaves. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. In: **Revista Facultad del Derecho y Ciencia Política. Univ. Pontif. Bolívar**. v. 41, n. 114. Medellín, Enero/Junio de 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v41n114/v41n114a03.pdf>>, acessada em 05 de agosto de 2016.

KANT DE LIMA, Roberto. A Tradição Inquisitorial. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 4, n.10. Rio de Janeiro: ANPOCS, Vértice, 1989. Disponível em: <[http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=227:rbc-10&catid=69:rbc&Itemid=399](http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=227:rbc-10&catid=69:rbc&Itemid=399)>, acessada em 06 de agosto de 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Martins Fontes, 2005.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

LOPES, Cláudio Ribeiro; VASCONCELOS, Douglas Borges de; YOSHIURA, Vanessa. De Protágoras a Günther Jakobs: delineamentos Jusfilosóficos, teórico-políticos e jurídico-penais do Direito Penal do Inimigo. **Colloquium Humanarum**, v. 7, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://revistas.unoeste.br/revistas/ojs/index.php/ch/article/view/544/807>>, acessada em 02 de agosto de 2016.

LOPES, Jecson Girão. Thomas Hobbes: A necessidade da criação do estado. Griot **Revista de Filosofia**. Vol. 6, n. 2, dez. 2012. Disponível em: <[http://www2.ufrb.edu.br/griot/images/vol6-n2/12-THOMAS\\_HOBBS\\_-\\_A\\_NECESSIDADE\\_DA\\_CRIACAO\\_DO\\_ESTADO-Jecson\\_Girao\\_Lopes.pdf](http://www2.ufrb.edu.br/griot/images/vol6-n2/12-THOMAS_HOBBS_-_A_NECESSIDADE_DA_CRIACAO_DO_ESTADO-Jecson_Girao_Lopes.pdf)>, acessada em 03 de agosto de 2016.

MELIÁ, Manuel Cancio. **De novo:** "Direito penal" do inimigo? In: *Panóptica - Direito, Sociedade e Cultura*. v. 2, n. 7, 2008, p. 214-240. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/259>>, acessada em 02 de agosto de 2016.

MENDES, André Pacheco Teixeira. Direito Penal do Inimigo: Quando Jakobs se Aproxima de Hobbes e Freud. **Revista Epos**, v. 2, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/epos/v2n1/04.pdf>>, acessada em 02 de agosto de 2016.

MENDONÇA, Daniel de. O fundamento da soberania e do Direito em Thomas Hobbes. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2801, 2011. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/18609>>. Acesso em 02 agosto de 2016.

MINIUCI, Geraldo. **Direito penal do inimigo e terrorismo**. Disponível em: <<http://www.cebrap.org.br/v3/arquivos/artigos/direito-penal-do-inimigo-e-terrorismo-1953.pdf>> acesso em 04 agosto de 2016.

NIKITENKO, Viviani Gianine. **Funcionalismo-sistêmico penal de Günther Jakobs: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista**. In: *Direito e Debate*. Ano XIV nº 25, jan./jun. 2006. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/download/688/414>>, acessada em 04 de agosto de 2016.

NUNES, Adérito Sedas. Introdução ao estudo das ideologias. **Análise Social** v. 1, n. 1. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1963. Disponível em: <[http://www.jstor.org/stable/41007616?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/41007616?seq=1#page_scan_tab_contents)>, acessada em 02 de agosto de 2016.

PASTANA, Debora Regina. Justiça penal autoritária e consolidação do estado punitivo no Brasil. In: **Revista Sociologia Política**. Curitiba, v. 17, n. 32, fev. 2009. Disponível: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v17n32/v17n32a08.pdf>>, acessada em 06 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. **Justiça penal no Brasil contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária**. São Paulo: Ed. UNESP, 2009a.

PILATI, Rachel Cardoso. **Direito penal do inimigo e política criminal de drogas no Brasil: discussão de modelos alternativos**. 2011. 164f. Dissertação (Mestrado em Direito). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2011, 164f. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1333/1066>>, acessada em 05 de agosto de 2016.

PINTO NETO, Moysés da Fontoura. O rosto do inimigo: uma desconstrução do Direito Penal do Inimigo como racionalidade biopolítica. 2007. 212f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp052841.pdf>>, acessada em 2 de agosto de 2016.

PINTO, Nalayne Mendonça. A construção do inimigo: considerações sobre a legislação penal brasileira. In: **Especiaria: Cadernos de Ciências Humanas**, UESC, v. 12, n. 22, 23, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.uesc.br/index.php/especiaria/article/view/711>>, acessa em 04 de agosto de 2016.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na Revista do Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa nacional**. 2012. 292f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99221/303106.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, acessada em 06 de agosto de 2016.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Tradução de Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 47, março-abril de 2004.

PUCEIRO. Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciência del derecho**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. 1981.

RIBEIRO, Renato Janine. Thomas Hobbes, ou: a paz contra o clero. In: BORON, Atilio A. Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx. CLACSO. **Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales: DCP-FFLCH**, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em: <[http://www.usp.br/cje/anexos/pierre/afilosofiapolC3%A2ticamodernadehobbessamarxatilio\\_a\\_boron.pdf](http://www.usp.br/cje/anexos/pierre/afilosofiapolC3%A2ticamodernadehobbessamarxatilio_a_boron.pdf)>, acessa em 03 de agosto de 2016.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). In: **Revista dos Tribunais**, v. 891, Jan. 2010. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/DogmC3%A1tica-e-CrC3%A2tica-da-JurisprudC3%Aancia-Doutrinas-Essenciais.pdf>>, acessada em 06 de agosto de 2016.

RODRIGUES, Vinícius Gonçalves. Direito penal do inimigo como instrumento de controle social. **Revista Argumenta Journal Law**. n. 12, 2010. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/167/167>>, acessada em 06 de agosto de 2016.

ROSA, Fabiano da. **O Direito Penal na sociedade do risco: reflexos sobre os tipos penais**. 2007. 220f. Dissertação (Mestrado em Direito). Curitiba: Centro Universitário de Curitiba, 2007. Disponível em: <<http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/FabianoRosa.pdf>>, acessada em 04 de agosto de 2016.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SADEK, Maria Tereza. **O sistema de justiça**. In: SADEK, Maria Tereza. (Org). Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 11. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/59fv5/pdf/sadek-9788579820397-01.pdf>>, acessado no dia 06 de agosto de 2016.

SALGADO, Gisele Mascarelli. O direito como tradição inventada e a heteronomia: a recepção do Direito Romano na Idade Média. In: **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11617](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11617)>, acessada no dia 05 de agosto de 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: <[http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf)>, acessado em 11 de novembro de 2015.

SANTOS, José Paulo Schneider dos; MORAIS, Fausto Santos de. O Senso Comum Teórico

dos juristas e o ensino jurídico em *terrae brasilis*. **VII Mostra de Iniciação Científica e Extensão Comunitária, VI Mostra de Pesquisa e Pós-Graduação do IMED**. Disponível em: [https://www.imed.edu.br/Uploads/faustosantosdemorais4\(%C3%A1rea3\).pdf](https://www.imed.edu.br/Uploads/faustosantosdemorais4(%C3%A1rea3).pdf), acessada em 05 de agosto de 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em: [http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito\\_penal\\_do\\_inimigo.pdf](http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf), acessada em 05 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. **A criminologia crítica e a reforma da legislação penal**. Florianópolis: Conferência Nacional dos Advogados, 25-30 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/criminologia-cr%C3%A1tica-e-reforma-da-legisla%C3%A7%C3%A3o-penal>, acessada em 04 de agosto de 2016.

SANTOS, Rogério Dutra dos. **O discurso de legitimação racional do poder moralizador e repressivo**: uma análise dos fundamentos do Estado moderno na filosofia política de Thomas Hobbes. 2000. 168f. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito. Área de Concentração: Teoria e Filosofia do Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2000, 168f.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La Expansión Del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales. Madrid: Civitas, 2001. Disponível em: [http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho/LA\\_EXPANSION\\_DEL\\_DEREC HO\\_PENAL\\_-\\_silva\\_sanchez\\_\\_jes\\_s\\_m\\_-\\_pdf](http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho/LA_EXPANSION_DEL_DEREC HO_PENAL_-_silva_sanchez__jes_s_m_-_pdf), acessada em 06 de agosto de 2016.

SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos. O papel do juiz na criação do direito. In: **Direito & Justiça**. v. 39, n. 2, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/15143/10039>, acessada em 06 de agosto de 2016.

SILVA, Ana Claudia da. **Políticas de (Des)Criminalização**. 2008. 250f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2008, 250f. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18292/ANA;jsessionid=D2BED4DD036A2D6CB21F5565AFDE82D7?sequence=1>, acessada em 05 de agosto de 2016.

SILVA, Willians Schiestl da. **A influência do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro**. Monografia (Graduação em Direito). Curitiba: Universidade Tuiuti do Paraná, 2011, 38f.

SOUZA, Amaury de; LAMOUNIER, Bolívar. **O futuro da democracia: cenários político-institucionais até 2022**. Estudos Avançados, São Paulo, v. 20, n. 56, jan.-abr., 2006, p. 48. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142006000100005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142006000100005&script=sci_arttext), Acesso em 20 de abril de 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. O senso (in)comum das "obviedades" desveladas: um tributo a Luiz Alberto Warat. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**

(RECHTD). v. 4, n. 2, 2012. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.08>>, acessada em 05 de agosto de 2016.

TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R. **O direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1978.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito: repasse crítico de seus principais fundamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VERGER, Jacques. **Homens e saber na Idade Média**. São Paulo/Bauru: EDUSC, 1999, p. 83-84.

VIEIRA, Fernanda Maria da Costa. Seduzidos pela dama de copas: aos inimigos... prisão? Afinal, poderá o Direito Penal ser emancipatório? In: **Revista Direito & Práxis**, v. 6, n. 10, 2015. p. 455-507. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/15413>>, acessado em 05 de agosto de 2016.

WACQUANT, Loïc. A aberração carcerária. In: **Le Monde Diplomatique Brasil**, 2004. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=1169>>, acessada em 06 de agosto de 2016.

WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: **Revista Sequência, Estudos Jurídicos e Políticos**. Pós Graduação em Direito da UFSC, v. 3, n. 5, 1982. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>>, acessada em 05 de agosto de 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

### **Jurisprudências:**

BRASIL. **Habeas Corpus n. 131311/2015**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/248329155/andamento-do-processo-n-131311-2015-habeas-corpus-27-10-2015-do-tjmt>>, acessada no dia 06 agosto de maio de 2016.

BRASIL. **Habeas Corpus n. 152.144, ES (2009/0212647-2)**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21103445/habeas-corpus-hc-152144-es-2009-0212647-2-stj/inteiro-teor-21103446>>, acessada no dia 06 agosto de maio de 2016.