

Direito Penal do Inimigo e Criminalização da Pobreza

Gabriel Arozi Abbade Abelin¹

1. Antecedentes filosóficos do discurso na antiguidade clássica e sua aplicação no direito romano.

Conforme Polaino-Orts (2014, p. 41), se observarmos a história do pensamento e da filosofia jurídico-política, encontraremos um bom punhado de pensadores debatendo questões que tangenciam o direito penal do inimigo: “Gracia Martin cita, por exemplo, a sugestiva colaboração do Anônimo de Jâmblico, embora haja passagens muito interessantes em Platão ou em Cícero, por exemplo”. De fato, segundo Ambos (2007, p. 5), ao trabalhar com os escritos de Aristóteles sobre o Estado ideal, menciona a clássica passagem aristotélica segundo a qual “o homem que não pode ou não deve viver em comunidade não é membro do Estado e, portanto, não é nem animal nem Deus, ou é besta ou é Deus”. Nesse mesmo sentido o penalista alemão apresenta uma frase de Zeus a Hermes no mito de Prometeu, citada originalmente por Platão em seu diálogo “Protágoras”: “Quem não pode talhar seus costumes de acordo com o direito se pode matar como se mata um membro enfermo do Estado.”

Ambos (2007, p.6), reportar-se a Cícero, advogado, senador e orador romano, por sua vez adverte, generosamente o perigo de tomar como concidadãos apenas os romanos, excluindo os estrangeiros, pois nesse caso uma sociedade comum ao gênero humano desaparece e com ela “a generosidade, a bondade e a justiça”. Este ideal de respeito mútuo em relação ao estrangeiro teria, não obstante, certos limites em relação aos *inimigos* de Roma. Assim, não seria reprovável quando a sociedade restringe os direitos de quem “de modo algum resulta útil”. Nesse âmbito, far-se-ia necessária a separação e a exclusão.

Para Ambos (2007, p. 6) no *Digesto* se distinguiria pela primeira vez com maior clareza a diferença entre inimigos externos e internos inimigos. Os externos seriam aqueles com os quais Roma estaria em guerra; via de regra, ladrões e piratas. Também

¹ Advogado. Formado pela Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA.

seria inimigo aquele que, “com mal intencionado ou por meio de traição, abandonasse o território romano sem que, no entanto, existisse uma relação de amizade, hospitalidade ou análogas.”

Feito este breve esboço filosófico, calha introduzir a noção de inimigo sob uma perspectiva histórica. De acordo com Miguel Polaino-Orts²:

Na Antiguidade remota a inimizade era um estado que surgia por um agravo privado, como era o ter cometido um delito grave contra seus bens ou seus familiares: o inimigo era aquele sujeito que havia matado algum dos progenitores ou parentes de outra pessoa até o quarto grau, ou havia cometido algum delito contra bens jurídico do clã. Tratava-se, pois de um conceito puramente privado de inimigo, nele se encontra a origem do termo “inimigos internos”, depois muito usado no decorrer histórico. Posteriormente, o conceito ampliou seu significado abarcando também a inimizade surgida de agravos públicos, que eram os relativos a assuntos da coisa pública: deste segundo conceito deriva a noção bélica de inimigo, que alude comumente ao adversário ou – mais especificamente – ao exército contrário na guerra.

No direito romano empregavam-se vários conceitos relacionados de alguma forma com a inimizade ou, ao menos, com a rivalidade: *hospes*, *perduellis*, *hostis*, *peregrinus*, *barbarus*, *inimicus*. Novamente, Miguel Polaino-Orts³:

Na época antiga se falava preferencialmente de *hospes* (literalmente hóspede), que era a pessoa estranha a Roma acolhida ao *hospitium* que pressupunha iniciar relações com cidadãos de qualquer cidade estrangeira e não estivesse em guerra com a própria.

O termo *inimicus* se introduz a partir do século III A.C. de raiz latina (*in-amicus*: não amigo), em suas origens tinha um significado eminentemente neutro: referia-se a todo sujeito com quem não se havia contraído dívida nem obrigação, isto é, não ligado por vínculo algum (*ob-ligatus*). Inimigo não era, necessariamente, o oponente ou contraditor de má-fé, situações que se reservavam para outras noções como *hostis* e *rivalis*, de onde procedem conceitos atuais como hostil, hostilidade, rival e rivalidade, que informavam, comumente, os enfrentamentos bélicos.

O conceito de *hostis* teve vários significados ao longo de sua evolução histórico-jurídica. Inicialmente, não era um termo pejorativo, mas designava o estrangeiro de um povo amigo (hóspede visto por Roma com bons olhos e com vistas em possíveis relações comerciais), ou ao menos, de um povo com o qual Roma não se encontrava em guerra. Etimologicamente *hostis* significa estranho no sentido de *hospes*. Pelo contrário, o termo *perduellis* referia-se aos originários de um povo enfrentado por Roma em um conflito bélico mais ou menos permanente. Posteriormente, os contornos de ambos os termos (*hostis* e *perduellis*) se desvaneceram: o termo *perduellis* passou a identificar o inimigo interior, e mais concretamente o sujeito especialmente perigoso que dentro do Estado cometia um delito de lesa majestade. Por sua parte, a partir do século III A.C., o vocábulo *hostis* identificou-se correlativamente com o estrangeiro inimigo, isto é, o súdito de

² POLAINO-ORTS, Miguel. Lições de direito penal do inimigo. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 56.

³ Ibidem, p. 56

um povo em guerra com Roma. Do *hostis* inimigo eram plenamente excluídos os direitos civis, sendo-lhe aplicada a morte ou reduzindo-o a um estado de escravidão a serviço do Império.

O termo *peregrinus* foi utilizado em época remota no sentido de *hostis*, isto é, para designar de maneira neutra o estrangeiro nativo uma nação amiga de Roma que vem ao Império com fins de visita ou comerciais. O peregrino não gozava do *status civitatis* romano (carecia, por isso de direitos políticos, como o eleitoral – *ius suffragii* – ou o direito de aspirar às magistraturas romanas: *ius honorum*), regia-se pelo *ius gentium* e não pelo *ius civile romanorum*, que era o Direito próprio e exclusivo dos habitantes da *civitas* reservado aos cidadãos romanos. Posteriormente, o vocábulo *peregrinus* se coloriu de um sentido negativo, perdendo sua original neutralidade, chegando a ser sinônimo de inimigo ao contrapor-se a figura do peregrino a do cidadão (*civis*).

Complementando a contribuição de Miguel Polaino-Orts para a compreensão do significado de inimigo em Roma, temos a distinção entre os tipos de peregrinidade:

Os peregrinos *alicuius civitatis* – que tinham uma categoria superior, ainda que não chegassem a ser cidadãos romanos (ou seja: sem ter personalidade jurídica plena) – viviam ou podiam viver dentro do mundo romano, por oposição aos *hostes* ou *barbari*, com os quais Roma não tinha relações normais, nem lhes permitia viver no Império. Sobre os *peregrini alicuius civitatis* pesava a fama de terem sido adversários de Roma, atuais ou potenciais, ao pertencer a um Estado forasteiro e – ainda que Roma lhes permitisse viver na *civitas* – tinham de satisfazer *stipendia* (impostos) e *portuaria* (direitos tarifários de entrada de fronteira). Por regra geral, Roma respeitava sua condição peculiar e sui generis, criando inclusive, no ano 242 A.C., junto ao *praetor urbanus*, a figura do *praetor peregrinus*, magistrado de jurisdição civil que conhecia os litígios entre estrangeiros ou entre cidadãos romanos e súditos forasteiros (peregrinos), que resolvia com ajuda do *ius gentium* aplicável a tais casos (*praetor qui inter cives et peregrinos iut dicit*).

Os peregrinos *ullius civitatis* ou *peregrini dediticii* recebiam um trato mais duro: eram aqueles forasteiros originários de povos com quem Roma havia entrado em armas e que se renderam posteriormente sem condições. O *peregrinus dediticius* – o rendido sem mais – era visto com grande receio e o contato com eles não era grato. Não se lhes reconhecia direito algum, nem contato pertenciam à *civitas*, nem podiam viver em Roma nem ao redor desta em um raio de cem milhar, nem tinham, na ordem privada, outra atividade jurídica além da protegida pelo *ius gentium*. No status de *peregrini dediticii* podiam estar aqueles cidadãos ou escravos alforriados que tivessem sido condenados penalmente. Ademais, os *peregrinos dediticios* estavam submetidos ao *tribunum capitibus*. A Constituição de Caracalla (do ano 212), se não suprimiu em absoluto a existência de *peregrini* dentro do Império, reduzi-os pelo menos, ao reconhecer a cidadania romana a todos os habitantes do Império.

Zaffaroni⁴ é outro teórico que oferece as pegadas e germens históricos da aplicação do direito penal do inimigo na Roma antiga, *in verbis*:

Este conceito bem preciso de inimigo remonta à distinção romana entre *inimicus* e o *hostis*, mediante a qual o *inimicus* era o inimigo pessoal, ao passo que o

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 21-22.

verdadeiro inimigo político seria o *hostis*, em relação ao qual é sempre colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser ou realização extrema da hostilidade. O estrangeiro, o estranho, o inimigo, o *hostis*, era quem carecia de direitos em termos absolutos, quem estava fora da comunidade. A palavra *hostis* provém da raiz sânscrita *ghas* -, que alude a comer, o que explica sua origem comum com *hostería* (estalagem). *Hostire* também significa matar e *hostia* (hóstia) tem o sentido de vítima. Em muitas sociedades, a pena máxima era a expulsão da comunidade, ou exílio, a perda da paz, justamente por deixar o sujeito na situação de estrangeiro, estranho, inimigo, privado de todo direito. Do próprio direito romano surgiram os eixos troncais que haveriam de servir de suportes posteriores a todas as subclassificações do *hostis* levadas em conta para o exercício deferencial do poder punitivo e racionalizadas pela doutrina penal. Estas categorias remontam a duas, originárias do direito romano: a do *hostis alienígena* – que em escassa porém alguma medida protegia o *jus gentium* – e a do *hostis judicatus*, ou seja, aquele declarado *hostis* em função da *auctoritas* do Senado, que era um poder excepcional: em situações excepcionais, nas quais um cidadão romano ameaçava a segurança da República por meio de conspirações ou traição, o Senado podia declará-lo *hostis*, inimigo público.

Em Zaffaroni, o estrangeiro (*hostis alienígena*) é o núcleo troncal que abarcará todos os que incomodam o poder, os insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros, que, como estranhos, são desconhecidos e, como todo desconhecido, inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos. Não se compreende o estrangeiro porque não é possível comunicar-se com ele, visto que fala com uma língua ininteligível: não há comunicação possível com o *hostis*:

Para os romanos, todos os estrangeiros eram *barbari*, palavra tomada do grego que indicava o não-grego, de língua incompreensível, e que provém de raiz sânscrita *baba* – próxima a balbucio e parlenda. Nas subclassificações posteriores desta categoria geral inclusive o *hostis* estrangeiro que é explorado, desde o prisioneiro escravizado da Antiguidade até o imigrante dos dias de hoje. Se bem que as condições jurídicas tenham variado substancialmente, trata-se sempre de um estrangeiro vencido, o que acarreta a necessidade bélica ou econômica, e, portanto, deve ser vigiado, porque, como todo prisioneiro, tentará, enquanto puder e quando houver oportunidade, de subtrair-se de sua condição subordinada. O inimigo declarado (*hostis judicatus*) configura o núcleo do tronco dos dissidentes inimigos ou inimigos abertos do poder de plantão, do qual participarão os inimigos políticos puros de todos os tempos. Trata-se de inimigos declarados, não porque declarem ou manifestem sua animosidade, mas sim porque o poder os declara como tais: não se declaram a si mesmos, mas antes são declarados pelo poder. A instituição *hostis judicatus* romano cumpria a função de deixar o cidadão em condição semelhante a do escravo, para tornar-lhes aplicáveis as penas que eram vedadas para os cidadãos. A subtração à condenação judicial mediante a expatriação fazia cessar automaticamente também a condição de cidadão. O *hostis*, inimigo ou estranho nunca desapareceu da realidade operativa do poder punitivo nem da teoria jurídico-penal (que poucas vezes o reconheceu abertamente e, quase sempre, o encobriu com os mais diversos nomes. Trata-se de um conceito que, na versão original ou matizada, de cara limpa ou com mil máscaras, a partir de Roma, atravessou toda a história do direito ocidental e penetrou na modernidade, não apenas no pensamento de juristas como também no de alguns de seus mais destacados filósofos e teóricos políticos, recebendo especiais e até festejadas boas-vindas no direito penal.⁵

⁵ Ibidem, p. 23

2. O modelo moderno punitivo hobbesiano-freudiano como base filosófico-psicanalítica para o Direito Penal do Inimigo.

Para este capítulo, tomar-se-á como base o autor André Pacheco Teixeira Mendes⁶, em artigo publicado pela revista Epos, que defende a tese cuja a qual

O direito penal do inimigo encontra sua condição de possibilidade no modelo punitivo moderno resultante da aproximação entre Hobbes e Freud. Esse modelo é impertinente na medida em que, gestado a partir dos pressupostos da modernidade hegemônica, não pode mais resistir diante de sua crise. Para demonstrarmos que a formulação teórica de Jakobs é produto genuíno de Hobbes e Freud são necessárias algumas considerações sobre esses autores.

Nesta senda⁷, o autor prossegue afirmando que pela teoria contratualista,

O estado de natureza é o marco inicial e o estado social/político/civil é o ponto de chegada. A via que permite a passagem da natureza à cultura é o contrato. Para Hobbes, o contrato (transferência mútua de direitos) é a única maneira de retirar o ser humano da condição de guerra de todos contra todos que caracteriza o estado de natureza. O ser humano hobbesiano é essencialmente agressivo, vive em uma guerra que é consequência necessária de suas paixões naturais. Nesse sentido, os seres humanos renunciam às suas liberdades ilimitadas e conflitantes no estado de natureza, em favor do Leviatã, centro único de poder, polo normativo único. O objetivo na constituição do Leviatã, do estado soberano, é a garantia da segurança, a viabilização da paz. Há, portanto, a saída de um estado de medo, típico da natureza, para um estado de temor, típico da cultura. A ideia de temor no estado social/político/civil parece derivar da própria ideia do Leviatã. O Leviatã é para Hobbes o "(...) deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa" (HOBBS, 2006, p. 131). Leviatã é um monstro bíblico, presente em algumas passagens no livro de Jó, no Antigo Testamento, ao qual o autor inglês recorreu para ilustrar a figura do soberano, que representa o Estado, a multidão unida numa só pessoa Os súditos do soberano renunciam racionalmente às suas liberdades infinitas e colidentes em prol de liberdades finitas e não colidentes, de tal modo que transferem ao soberano o direito (natural) de governar a si mesmo. Para Hobbes, o fundamento da obediência deriva da noção de que, ao

⁶ MENDES, André Pacheco Teixeira. Direito penal do inimigo: quando Jakobs se aproxima de Hobbes e Freud. **Rev. Epos**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, jun. 2011. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2011000100004&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 12 jun. 2016.

⁷ Ibidem.

obedecerem ao Soberano, os súditos estarão obedecendo a si mesmos. Se isso é verdade, será verdade também que, desobedecendo ao soberano e suas leis, estar-se-á desobedecendo a si próprio e às próprias leis. Pune-se, portanto, para conformar a vontade dos homens à lei. Ora, se para Hobbes a razão da punição está na orientação da vontade dos homens à obediência à lei, então é lícito afirmar que a teoria da prevenção geral positiva, que pretende defender a lei – afirmar a vigência da norma, para Jakobs –, é a mais indicada a qualificar o modelo do autor. A pena encontra seu sentido na defesa do Estado e de suas leis, frutos do contrato social, o qual retira os indivíduos daquele estado de natureza qualificado por uma guerra de todos contra todos. Nesse sentido, a punição: (...) defende prioritariamente a autoridade do Estado contra os que transgridem diretamente as suas leis e indiretamente a segurança de todos. O castigo protege a ordem pública instaurada pelo Estado. (...) o que justifica que se puna a infração é a ordem e a unidade do Todo do Estado como articulação apertada de uma Soberania autoritária sobre um povo obrigado.

Com uma visão antropológica negativa igualmente parecida com a Hobbes, mas que ia muito além de seus pressupostos e conclusões irrompeu no princípio do século XX. A humanidade nunca mais foi a mesma depois de Sigmund Freud (1856 – 1939). Trata-se de fato notório que as reflexões trabalhos de Freud foram capazes de mexer de maneira radical nas bases da modernidade. A descoberta do inconsciente colocou-nos frente aos limites da racionalidade do real (pressuposto ontológico), além de nos provar outras formas de apreensão do real diferentes da apreensão científica (pressuposto epistemológico) e, mais ainda, identificar o ser humano para além de uma mera máquina consciente (pressuposto antropológico).

Seguindo nas palavras de Mendes⁸,

(...) Do pensamento freudiano deriva a ideia segundo a qual a repressão da agressividade é indispensável a qualquer sociedade. Parte-se do pressuposto antropológico de que o homem é o lobo do homem (*homo homini lupus*) e, sendo agressivo por natureza, merece ser contido nessa agressividade, a bem da própria possibilidade do convívio social: (...) os homens não são criaturas gentis que desejam ser amadas e que, no máximo, podem defender-se quando atacadas; pelo contrário, são criaturas entre cujos dotes instintivos deve-se levar em conta uma poderosa quota de agressividade. Em resultado disso, o seu próximo é, para eles, não apenas um ajudante potencial ou um objeto sexual, mas também alguém que os tenta a satisfazer sobre ele a sua agressividade, a explorar sua capacidade de trabalho sem compensação, utilizá-lo sexualmente sem o seu consentimento, apoderar-se de suas posses, humilhá-lo, causar-lhe sofrimento, torturá-lo e matá-lo. – *Homo homini lupus*. Quem, em face de toda sua experiência da vida e da história, terá a coragem de discutir essa asserção? (FREUD, 1996, p. 116). Trata-se de um postulado determinista, típico da mentalidade moderna: se não reprimir, não há sociedade possível. Tal ideia freudiana deve ser destacada como um ponto de contato em relação à concepção de ser humano em Hobbes. Assim, bem observa Anitua: Seguramente, a visão do homem de Freud era muito negativa, não muito distante da de Hobbes. O ser humano teria tendências agressivas

⁸ Ibidem.

'naturais', chamadas instintos ou pulsões, que lutam por aflorar e são limitadas pela 'segurança' da civilização, o que produz, definitivamente, um mal-estar – neste caso individual – manifestado em sentimento de culpa e em ações concretas, quer 'criminosas', quer 'punitivas' (ANITUA, 2008, p. 398).

Na verdade, embora as elaborações teóricas de Freud tenham erigido as bases para uma contundente crítica das concepções modernas sobre o conhecimento e sobre o ser humano, ele permaneceu atado aos dualismos inerentes da própria modernidade, os quais opõem natureza e cultura, sociedade e indivíduo. Nesse sentido, é de se observar que, como pondera Mendes⁹

De um lado, a afirmação do psiquismo inconsciente e de suas capacidades – registro, percepção, apreensão de sentido, imaginação –, bem como as características do saber por ele fundado – a psicanálise –, caracterizam uma frontal contestação às concepções do paradigma sobre o homem e sobre o processo de conhecimento. No mesmo sentido, opera a descoberta do papel central da afetividade humana nos processos de produção e apreensão de sentido. Por outro lado, a manutenção de uma concepção determinista de natureza, bem como de uma concepção hobbesiana de indivíduo e suas relações com a sociedade, aprisionam seu pensamento nos estreitos limites traçados pela concepção moderna (PLASTINO, 2006, p. 387). A partir da noção de ser humano naturalmente agressivo, determinado a apoderar-se de posses, humilhar, causar sofrimento, torturar e matar – como destacado acima – Freud vai enxergar na repressão a saída para o domínio do perigoso desejo de agressão do indivíduo (FREUD, 1996, p. 127). As leis penais devem ser elaboradas à vista da propensão natural do homem a delinquir: A lei apenas proíbe os homens de afazer aquilo a que seus instintos os inclinam; o que a própria natureza proíbe e pune, seria supérfluo para a lei proibir e punir. Por conseguinte, podemos sempre com segurança pressupor que os crimes proibidos pela lei são crimes que muitos homens têm uma propensão natural a cometer (FREUD, 1999, 128). Nesses termos, se o indivíduo não consegue reprimir sua agressividade (repressão) e, ao contrário, faz aflorá-la, a civilização/cultura deve agir por meio da punição para conter os demais impulsos de agressividade, tanto daquele que praticou um crime quanto dos demais membros da comunidade. Sobre esse ponto, a afirmação freudiana: Se uma só pessoa consegue gratificar o desejo reprimido, o mesmo desejo está fadado a ser despertado em todos os outros membros da comunidade. A fim de sofrer a tentação o transgressor invejado tem de ser despojado dos frutos de seu empreendimento e o castigo, não raramente, proporcionará àqueles que o executam uma oportunidade de cometer o mesmo ultraje, sob a aparência de um ato de expiação. Na verdade, este é um dos fundamentos do sistema penal humano e baseia-se, sem dúvida corretamente, na pressuposição de que os impulsos proibidos encontram-se presentes tanto no criminoso como na sociedade que se vingam.

O autor também cita passagem reconhecida na literatura penal que serve para qualificar a suposta finalidade da pena em Freud, que seria de prevenção geral (consabidamente assim como em Jakobs):

⁹ Ibidem.

Ya Freud encontró uno de los 'fundamentos del ordenamiento penal humano' en las necesidades de la *prevención general*: 'Cuando alguien ha logrado satisfacer el deseo reprimido, debe sentirse el mismo deseo en todos los miembros de la sociedad; para mantener apaciguada esta tentación, es necesario que el que realmente es envidiado, sea privado del fruto de su atrevimiento...' (ROXIN, 1997, p. 91).

A pena assumiria a função de conter a agressividade natural dos homens e, bem assim, conservar a civilização. O Estado pune, realiza o impulso vingativo da sociedade e possibilita a manutenção da forma social de vida, fundada em repressão e punição.

Hobbes e Freud veem na punição a viabilização da vida social: o primeiro pune para manter o Estado e as leis (contrato), freando assim o homem lobo do homem e conferindo segurança e paz à comunidade; o segundo pune para manter a civilização/cultura, freando assim os impulsos agressivos naturais do ser humano. Jakobs também vê na punição a viabilidade da vida social: pune para proteger a norma que mantém o sistema social – direito penal do cidadão –, e pune para eliminar o perigo que pode destruir o sistema social – direito penal do inimigo. O direito penal do inimigo tem como alvo uma não pessoa que pode destruir a vida social e, bem por isso, deve ser neutralizada, inocuízada, excluída da sociedade. O sistema encontra conforto e respaldo no modelo moderno punitivo hobbesiano-freudiano. O inimigo é aquele que não aceitou a repressão, tornando-se adversário do Estado (Hobbes), da civilização/cultura (Freud), do sistema social (Jakobs). Esse modelo moderno de punição hobbesiano-freudiano que opõe sociedade e indivíduo é impertinente e, sendo o direito penal do inimigo tributário dele, torna-se também impertinente. A concepção filosófica que está na base desse paradigma punitivo, isto é, o dualismo sociedade/indivíduo, agressividade natural do ser humano, é em si impertinente. A partir do momento em que Jakobs, de acordo com sua formulação teórica, abraça tais concepções filosóficas, opondo indivíduo e sociedade, acaba por construir um direito penal de exceção que é absolutamente impertinente no quadro da própria crise do paradigma da modernidade. Nesse contexto: Esta oposição conflituosa entre o indivíduo e a sociedade sustenta-se, inequivocamente, numa perspectiva individualista que não pensa a constituição do sujeito, mas seu funcionamento no processo de socialização. Adere, implicitamente, à perspectiva moderna, segundo a qual o indivíduo precede a sociedade, diferenciando, assim, os processos de constituição da subjetividade e de socialização.¹⁰

Nota-se, portanto, que a distinção cidadão-pessoa/indivíduo-não-pessoa, ou melhor pessoa-não-pessoa (sic) de Jakobs parece possuir suas fundações modernas no modelo hobbesiano-freudiano de punição, para o qual o ser humano é um agressor por natureza que merece ser contido para viabilizar o Estado (Hobbes) e a civilização (Freud) e, em Jakobs, a manutenção/segurança das expectativas normativas da sociedade e, em última instância, a própria norma jurídica e do sistema social vigente.

¹⁰ Ibidem.

Mendes encerra seu artigo com uma citação de Hans Welzel, antecessor e mestre de Jakobs e que, curiosamente fizera uma crítica antecipada ao direito penal do inimigo e seu alvo, a não pessoa (inimigo):

O Direito também pode obrigar ao homem só enquanto pessoa. Mas então tem por sua vez que reconhecê-lo como pessoa. O Direito, enquanto ordem normativa, pressupõe como própria condição de possibilidade, o reconhecimento do homem como pessoa. Aqui – no reconhecimento tacitamente pressuposto do homem como pessoa – reside a diferença decisiva entre o Direito e o simples poder (...) (WELZEL, 2006, p. 214).¹¹

2.1 – O discurso do Direito Penal do Inimigo apresentado por Günther Jakobs.

2.1.1. Primeiro momento – ou natureza meramente descritiva: Frankfurt, 1985.

O rótulo direito penal do inimigo foi proposto por Jakobs, nos anos oitenta e tem gerado as mais variadas reações, tanto a favor como contrário. Ao contrário do que comumente se pensa na academia brasileira, existem penalistas defensores deste discurso (praticamente todos discípulos de Jakobs na Universidade de Bonn), entre eles pode-se citar Kindhäuser, Naucke, Denker, Lesch, Müssig, Schneider, Pawlik, Silva Sánchez e Polaino-Orts.

O discurso do direito penal do inimigo valeu ao seu propositor elogios, insultos, desqualificações pessoais dos mais variados etc., entretanto, a explicação de Jakobs possui especial utilidade já que esclarece que o direito penal do inimigo parte da observação de diferentes fenômenos normativos, mediante os quais se modela o direito penal com o fim de sancionar pessoas que são catalogadas como perigosas por

¹¹ Ibidem.

desconhecer de maneira permanente o caráter vinculante do ordenamento jurídico. Jakobs identifica nas normas de direito penal do inimigo uma série de características dogmáticas que tenta explicar mediante uma aproximação do direito penal como subsistema social que procura a estabilização e autorreprodução da sociedade.

Com a apresentação realizada no Congresso de Professores Alemães levada a cabo em Frankfurt em 1985, Jakobs introduz na discussão jurídico-penal o conceito de “direito penal do inimigo” e o define como sendo aquelas normas punitivas que tendem a criminalizar estados prévios a lesão de bens jurídicos. Explica Jakobs que este fenômeno se produz como consequência de “uma concepção errada do princípio da proteção de bens jurídicos” (Aponte, p. 10, 2005), posto que ao considerar a proteção de bens como a finalidade principal do direito penal e fazer disso seu fundamento de legitimação, foi transbordada a função punitiva do Estado para orientar seus efeitos a esfera jurídica privada, em princípio impenetrável, da pessoa a quem se aplica a norma (Jakobs oferece como exemplo os delitos de posse). Assim, se antecipa cada vez mais a intervenção do direito penal antes do momento em que resultam efetivamente afetados os bens jurídicos constitucionalmente tutelados, reduzindo desta forma os âmbitos de liberdade das pessoas.

Jakobs adverte sobre a implementação cada vez mais frequente de uma técnica legislativa consistente em adiantar as barreiras de proteção do direito penal, o qual limita a esfera privada do sujeito, devido a inimizade que este manifesta frente a um bem jurídico e “frente as normas que escoram a constituição da sociedade” (Polaino-Orts, p. 28, 2006). Deste forma, Jakobs chamou a atenção, em um primeiro momento (1985), sobre como o sujeito era tratado pelo direito penal como “inimigo do bem jurídico”, configurando-se assim o direito penal do inimigo em contraposição ao direito penal do cidadão. Em um direito penal que está dirigido a cidadãos e não a inimigos, a criminalização teria lugar em momentos próximos ou coincidentes com a efetiva lesão de bens jurídicos. Com isto o âmbito interno pessoal impenetrável para o direito penal (esferas de liberdade) resultaria resguardado. Se observa, pois, segundo o discurso de Jakobs em Frankfurt, que quanto mais se pretende a proteção de bens jurídicos como

missão última do direito penal, mais longe ao momento de sua lesão efetiva tem sido o momento de intervenção do direito penal, o qual implica a uma redução ostensiva das esferas de liberdade das pessoas (Polaino-Orts, 2006, p. 29).

Em consequência, a repressão do injusto termina se traduzindo em repressão de perigo. Oportunas as lições de Alejandro Aponte¹²:

El sujeto de la conducta, observado específicamente desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos, 'viene definido tan solo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente, sin limite alguno, el comienzo de tal peligro'. El sujeto activo pierde así su esfera privada, su esfera de libertades, derechos y garantías, y es concebido tan solo como fuente de peligro.

Vemos como, segundo o exposto por Jakobs¹³, o princípio de proteção de bens jurídicos tal como se houvera entendido até o momento,

Induce a creer en la legitimación de todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva con el concepto de bien jurídico. Lo que con razón se puede calificar como un ataque peligroso a un bien jurídico tiene que ser, según parece, socialmente nocivo, si se intenta definir el estado de integridade de la sociedade por la intangibilidad de los bienes jurídicos.

Portanto, o destinatário das normas penais deixa de ser concebido como uma pessoa livre e capaz de respeitar o direito e se vê substituído por um inimigo que é julgado com base em sua periculosidade, de tal maneira que com a sanção penal a ele não se retribuí nada, como advogam os retributivistas, senão que com ela se neutraliza o risco que este representa.

¹² APONTE, Alejandro. Guerra y Derecho Penal de Enemigo-Reflexión Crítica sobre el Eficientismo Penal de Enemigo, Grupo Editorial, Ibáñez, Bogotá, 2006, p. 110.

¹³ Ibidem, p. 188,

2.1.2. Segundo momento, a inflexão do discurso – de mera descrição para proposição valorativa: Berlim, 1999.

Posteriormente, no Congresso de Penalistas Alemães realizado em 1999 na Universidade de Berlim, Jakobs apresenta sua famigerada conferência, “*Os desafios da ciência do direito penal frente ao novo milênio*”, onde este introduz o conceito de guerra em sua teoria original, como conseqüência lógica do seu entendimento a respeito das sociedades modernas, com base na teoria luhmanniana dos sistemas sócias (sociedade como sistema e comunicações), o direito como subsistema social de expectativas normativas cuja vigência se estabiliza de maneira contrafática e do conceito de “pessoa em direito”, derivado desta explicação sistêmica.

A pergunta sobre quem é o inimigo é apresentada por Jakobs da seguinte forma, recorrendo novamente a Luhmann. Sendo a função do direito a estabilização racional de expectativas sociais, para poder funcionar necessita de indivíduos que ofereçam segurança no cumprimento das normas,

Assim, inimigo, como assevera Alejandro Aponte¹⁴,

se trata de aquel que em forma presuntamente verdadera há abandonado el derecho, que no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva de su comportamiento personal, y que lo manifiesta explícitamente com su conducta

Não obstante o funcionalismo sistêmico desenvolvido por Jakobs para o direito penal pretendeu explicar conceitos jurídicos com categorias normativas que não dependem de concepções “pré-jurídicas”, o próprio Jakobs cai em contradição ao reconhecer que a realidade do direito como sistema social não pode basear-se unicamente no normativo e

¹⁴ Ibidem, p. 112.

que em todo caso necessita, em alguma medida, de um suporte cognitivo. A necessidade de corroboração do normativo pelo fático é o que permite a Jakobs explicar o porquê da existência de normas que ele próprio catalogou como direito penal do inimigo e o porquê da perda de personalidade de quem é abordado pelo sistema penal como fonte de perigo.

A contradição continua, posto que no prólogo da segunda edição do livro “Direito penal do inimigo”, no qual se incorpora o trabalho de Jakobs intitulado “Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo”, editado em português pela Livraria do Advogado de Porto Alegre, Jakobs refere-se às instituições que criam o direito e dentro delas o próprio conceito de pessoa é uma construção meramente normativa. Nenhuma categoria, inclusive a categoria de pessoa é real do ponto de vista social. Para se “ser” pessoa-em-direito (portanto cidadão) é necessário agir de acordo com os direitos e obrigações estabelecidos pelo sistema jurídico posto (dominante).

O direito penal do cidadão seria, então, uma categoria oposta a do direito penal do inimigo, o primeiro orientado à “pessoas em direito” e o segundo a “sujeitos perigosos”. Assim, pois, no esquema do direito penal do cidadão a pena possui uma função simbólica de prevenção geral, orientada basicamente a estabilização contrafática de expectativas normativas, enquanto que no marco do direito penal do inimigo a pena se traduz em medida de segurança que busca neutralizar sujeitos perigosos, uma dualidade praticamente entre pacificadores versus rebeldes.

Por lo tanto, em lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo peligroso, contra el cual se procede – en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena – de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal de enemigo... em vez de Derecho penal del ciudadano¹⁵.

Assim, o direito penal do cidadão segue sendo direito “no que se refere ao criminoso”, pois este conserva sua condição de pessoa. Ao revés, o direito penal do inimigo adquire frente ao seu destinatário a forma de pura coação física.

¹⁵ JAKOBS, Günther. ¿ Derecho penal de enemigo? Un Estudio Acerca de los Presupuestos de la Juridicidad, en Derecho Penal y Sociedad, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 86

Por esta razão, Germán Aller (p. 33, 2006) afirma que o conceito de pessoa exposto por Jakobs (como construção jurídica, não ontológica, é de dizer, como sujeito de direitos e obrigações – expectativas) se encontra entrelaçado com a função que este autor reconhece ao direito penal, concretamente a de garantir a “identidade da sociedade”. Assim, o direito penal do inimigo não é senão uma reação do Estado, mais violenta que o direito penal do cidadão, a qual se gesta ante quem põe em dúvida pelo seu comportamento permanente contrário ao direito a identidade da sociedade. O inimigo é, então, aquela pessoa que se aparta do direito, seguindo modelos de contato social que são considerados ilegítimos por negar o poder vinculante e hegemônico da ordem estabelecida (em termos de teoria dos sistemas, a conduta do inimigo não comunica nada, simplesmente transmite ruído que molesta e perturba o sistema).

Em outras palavras, o sujeito é assumido como um inimigo na medida em que não permite a corroboração fática do ordenamento jurídico, pondo em risco e juízo sua própria existência como poder hegemônico. O sujeito já não é mais inimigo de um bem jurídico, como em 1985, agora ele é inimigo da ordem social. O direito penal do inimigo não é mais um instrumento de proteção dos direitos das pessoas, senão uma ferramenta de autoconservação do ordenamento e reprodução do sistema social.

Em consequência disso os sistemas penais começam a se definir em torno do conceito de “segurança” assumindo formas próximas de Estado/direito de polícia e adotam medidas que tendem a controlar a periculosidade. De acordo com Jakobs estas medidas podem reduzir-se, em termos muito gerais, a três:

a. Adiantamento da punibilidade.

Se atiende primordialmente al juicio de peligrosidad en el futuro. Es el caso de la creación de organizaciones terroristas, producción de narcóticos por bandas organizadas, que provocan um riesgo no tanto por lo que han hecho sino que su misma unión supone ya um riesgo tan socialmente intolerable que en si misma merece punición penal.

b. Ausencia de uma reducción proporcional de la penalidad. A pesar de que se adelanta la barrera de protección a un momento anterior a la consumación, la

pena se mantiene inalterada. Esto es, se castiga la imperfecta realización típica (actos preparatorios y tentativa) como si supusieran ya una perfecta afección del bien jurídico protegido

c. Cambio de los fines del ordenamiento penal. Se produce un tránsito de la legislación penal protectora o de tutela a la lucha o combate de la delincuencia!¹⁶

Neste ponto de sua reflexão, Jakobs parece novamente adotar um tom crítico de seus primeiros apontamentos a esta problemática e ao tratar de realizar esclarecimento puramente “descritivo” se torna ambíguo. Como lecionado por Jakobs, citado por Alejandro Aponte¹⁷:

Quien desea ser tratado como persona, por su parte, tiene que dar una garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si esta garantía no se presenta o si ella es denegada expresamente, el derecho penal se convierte... en una reacción contra un enemigo... em este lenguaje – adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más elevadas, limitando las garantías procesales – el Estado no habla sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos.

No Congresso de Berlim em 1999, como bem salienta Francisco Muñoz Conde¹⁸, que estava presente no evento, Jakobs afirmou que, ao lado de um direito penal cujo único objetivo é promover a segurança normativa, havia outro direito penal, um direito penal do inimigo (Feindstrafrecht), pelo qual o Estado diante de determinados sujeitos, que de forma grave e reiterada se comportam contrariamente às normas básicas, tem que reagir de forma mais contundente.

Essa idealização de Jakobs de um direito penal do inimigo talvez não tivesse passado de uma discussão puramente acadêmica se os fatos que se sucederam após o seu discurso não viessem a respaldar sua teoria, como por exemplo os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 em Nova Iorque. Diante desses contornos é hoje o direito penal do inimigo talvez o tema de grande discussão no âmbito do direito penal, onde se discute sua legitimidade ou não.

¹⁶ POLAINO-ORTS, Miguel. Derecho penal de enemigo- Desmistificación de un Concepto, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006, pp. 35-36.

¹⁷ APONTE, Alejandro. ¿ Derecho Penal de Enemigo o Derecho Penal del Ciudadano?, Monografías Jurídicas nº 100, Temis, Bogotá, 2005, pp, 156-157.

¹⁸ Os três parágrafos anteriores e o posterior foram retirados de RABELO, Júlio César do Nascimento; NASCIMENTO, Luciana Rodrigues Passos. *A teoria do direito penal do inimigo como fruto do expansionismo penal e sua presença no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=085a2f56bfb27cb2>. Acesso em 17 de junho de 2016.

Aliado a esse aspecto prospectivo do direito penal do inimigo, encontra-se o fato de que neste o Estado para lutar eficazmente contra o inimigo impõe penas desproporcionais e draconianas, penaliza condutas inócuas em si mesmas e elimina ou reduz ao mínimo certas garantias e direitos do imputado no processo penal, estando aqui, o principal foco das críticas da teoria de Jakobs. Ainda para Munõz Conde, a tese de Jakobs sobre Direito penal do inimigo é uma construção valorativamente ambígua, válida tanto para um sistema democrático, como para um sistema totalitário. Ainda para este autor, a análise deve se situar em um determinado contexto sócio-político e responder, a partir desse contexto, há duas questões básicas que seriam a primeira sobre a definição de “quem é inimigo?”; e a segunda, se é compatível esta teoria com o Estado de Direito e com o reconhecimento a todos, sem exceções, dos direitos fundamentais que correspondem ao ser humano pelo fato de serem considerados inimigos?

Jakobs¹⁹ assim acentua:

Um Direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito penal com fragmentos de regulações próprias do Direito penal do inimigo.

Resumindo, portanto, as características do Direito Penal do Inimigo e seu conceito de acordo com a última formulação jakobsiana. Ditas características são as seguintes:

1) Antecipação das barreiras de punição penal: enquanto no Direito penal do cidadão se costuma esperar a produção de uma lesão efetiva ou exposição a perigo de um bem jurídico concreto (vida, integridade, liberdade sexual, honra, etc.), no Direito Penal do inimigo se antecipa o momento em que o Direito Penal entra em ação para um momento anterior, logo quando o perigo é mais prematuro e atenta, em geral, contra um bem jurídico com um maior nível de abstração.

2) Mudança de paradigma (prospectivo para retrospectivo), o que acarreta a introdução de uma perspectiva de futuro em vez de uma visão de passado: isto é, não se castiga tanto o que se fez no passado quanto o perigo real que o sujeito representa, já, desde hoje, e para o futuro. Definitivamente, importa tanto o mal cometido como o mal que – conforme a periculosidade realmente existente – pode vir a cometer.

¹⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 2ª ed., trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 49-50.

3) Não redução da pena proporcional a dita antecipação: apesar de tecnicamente se castigarem como consumados atos que em si seriam preparatórios; mantém-se para eles uma penalidade contundente.

4) Passagem de uma legislação de tutela para uma de luta ou combate, em âmbitos como a delinquência organizada, terrorismo, sexual, econômica, etc.

5) Redução de determinadas garantias processuais ou – também – penitenciárias, por exemplo, no âmbito da detenção preventiva, ou no acesso a benefícios penitenciários, etc.²⁰

Finalmente, à vista das características que acabou-se de expor, configuradoras todas elas do conceito de inimigo, e tendo em conta as contribuições a respeito, pode ser proposta a seguinte definição de inimigo:

Inimigo é quem, inclusive mantendo intactas suas capacidades intelectual e volitiva, e dispondo de todas as possibilidades de adequar seu comportamento à norma, decide *motu próprio* se autoexcluir do sistema, rejeitando as normas dirigidas a pessoas razoáveis e competentes, e se despersonalizando ou, por melhor dizer, despersonalizando-se a si mesmo mediante a manifestação exterior de uma ameaça em forma de insegurança cognitiva, que – precisamente por colocar em perigo os pilares da estrutura social e o desenvolvimento integral do resto dos cidadãos (pessoas em direito) – há de ser combatido pelo ordenamento jurídico de forma especialmente drástica, com uma reação assegurativa mais eficaz. Esta reação se circunscreve a garantir e restabelecer o mínimo de respeito para a convivência social e os direitos fundamentais dos cidadãos: o comportamento como pessoa em direito, o respeito das demais pessoas e – em consequência – a garantia da segurança cognitiva dos cidadãos na norma. Trata-se de um conceito normativo jurídico-penal, cunhado e desenvolvido no campo da Ciência, e com um preciso conteúdo dogmático como as demais categorias da teoria do delito.²¹

2.1.3. Contribuição crítica ao discurso do direito penal do inimigo

2.1.3.1. O Estado como criador e conservador da violência – ou da impossibilidade de qualquer discurso jurídico pretender o salvacionismo em termos de segurança pública.

²⁰ POLAINO-ORTS, Miguel. *Lições de direito penal do inimigo*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 63

²¹ *Ibidem*, p. 63

Walter Benjamin²², filósofo marxista da Escola de Frankfurt, ressalta o fato de que em toda violência se encontra implícita a possibilidade de criar direito (referindo-se a isso como violência originária), especialmente na violência bélica, aquela proveniente da guerra. Isto explica a tendência do direito de tentar vedar todas as formas de guerra. Mas, em todo caso, o direito e a violência são a tal ponto inseparáveis que, em última instância, o que faz o direito é monopolizar o uso da violência em vez de eliminá-la, pois, através da violência é que o direito, enquanto expressão de poder, também se mantém. “Se a primeira função da violência pode ser definida como criadora de direito, a segunda pode ser a que o conserva.”

Nesse sentido, por exemplo, se expressava Trasímaco, o sofista, em sua célebre resposta a Sócrates no começo d'A República de Platão, insistindo que a justiça não outra coisa senão a conveniência do mais forte. Assim, quem ostenta a possibilidade de criar o direito, tem também em suas mãos a possibilidade de exercer um ato de poder que como tal traz implícito o uso da força. Desta forma, tem-se que o direito, nem como discurso nem como realidade social pode separar-se do uso da força. O direito se refere comumente a ela como algo alheio e indesejado para legitimar-se como ordenamento normativo, mas, ao mesmo tempo, se utiliza desta para assegurar sua posição hegemônica como único ordenamento coativo. Assim, o Direito pretende consolidar-se como expressão de poder; sua aparição e consolidação se determinam a partir da forma como a força se distribui e se manifesta na sociedade. Derrida, por exemplo, faz referência a expressão em inglês: “to enforce the law” para ressaltar que a justiça, se quer adquirir a conotação de “justiça em direito” deve apelar necessária e indefectivelmente ao uso da força.

Ainda em Benjamin, como exemplo da violência conservadora do direito, este menciona o militarismo (refletindo sobre o serviço militar obrigatório) como “obrigação do emprego universal da violência para os fins de estado”, a qual se traduz em coação, entendida como o uso da violência “como meio para fins jurídicos”. Nessa medida e após referir-se a outras instituições como a pena de morte e o poder de polícia afirma – e

²² BENJAMIN, Walter. Para una crítica de la violencia. **Publicación periódica orientada al tratamiento de la periodica violencia**. nº. 16, año 4, octubre de 2004. Disponível em <http://www.vivilibros.com/excesos/16-a-02.html>; Acesso em 03/07/2016

coincide nisso com Hobbes e Kelsen – que “se decai a consciência da presença latente da violência em uma instituição jurídica, esta se debilita.

Como se vê, Benjamin faz referência à violência criadora de direito, e neste sentido menciona a violência bélica, o *grande delinqüente*, e a greve geral revolucionária como manifestações de violência que ostentam esta capacidade. Nesse sentido, Alejandro Aponte, comentando o texto de Benjamin, afirma que o que o direito teme é, em realidade, a violência que possui força e a dimensão para ameaçá-lo em sua totalidade, quer dizer, que pode fundar uma ordem jurídica nova e que, portanto, tem um caráter “originária prototípica”.

En el gran delincuente, esta violencia surge como la amenaza de fundar un nuevo derecho, frente a la cual (y aunque se impotente) el pueblo se estremece aún hoy, en los casos de importancia, como en los tiempos míticos. Pero el Estado teme a esta violencia en su carácter de creadora de derecho, así como debe reconocerla como creadora de derecho allí donde fuerzas externas los obligan a conceder el derecho de guerrear o de hacer huelga. (Aponte, 2006, p. 74)

Mas nesta dupla relação da violência com o direito (violência criadora e violência conservadora) se traduz ao mesmo tempo em uma dupla relação da violência com o Estado. Por isso Derrida, referindo-se ao texto de Benjamin afirma que a fundação de todo Estado implica o surgimento de um novo direito e isto leva implicitamente sempre também ao uso da violência.

La fundación de todos os Estados acaece en una situación que se puede así llamar revolucionaria. Inaugura un nuevo derecho, lo que hace siempre en la violencia... En esas situaciones, llamadas fundadoras de derecho o de Estado, la categoría gramatical de futuro anterior se sigue asemejando todavía demasiado a una modificación del presente para describir la violencia em curso. (Derrida, 2002, p.91)

Temos então que a violência que cria o Estado e o direito é originária na medida em que funda uma nova ordem, não o sendo enquanto provém de uma ordem anterior. Aqui surge a categoria de violência conservadora. Sempre que a violência originária propicia uma nova ordem jurídica, imediatamente surge uma violência orientada a conservar esse ordenamento. Como isto se observa que tanto a violência originária como

a conservadora pertencem ao âmbito do direito e constituem uma unidade que não se pode cindir, uma continua e se repete na outra.

Mas o direito como subsistema social (Jakobs) finalmente se encontra inserto em um contexto específico, onde interatuam agentes com interesses próprios para quem o direito como exercício de poder resulta funcional. A violência do direito pode dirigir-se, e usualmente o faz, para conservar os interesses de quem os define. De tal sorte que em uma estrutura social excludente, a violência conservadora não apenas diz respeito ao sistema jurídico como deseja Jakobs, mas também da estrutura social da qual o direito é um reflexo.

Nesse sentido, o direito se encontra relacionado com a violência, não somente como consequência da coercibilidade que lhe é própria (pretende monopolizar o uso da violência), senão também pela agressividade da estrutura social que o direito efetivamente contribui a conservar em organizações políticas caracterizadas pela desigualdade e pela exclusão. Aqui temos então um elemento adicional para análise, o conceito de “violência estrutural”.

Este tipo de violência é próprio da organização social e se reflete no direito que esta produz. Baratta (p. 47, 1998), neste ponto, esclarece a respeito das condições de vida potenciais e condições de vida atuais. A primeira corresponde ao nível de desenvolvimento que pode obter uma sociedade de acordo com suas capacidades de produção, enquanto que a segundo faz referência ao estado efetivamente alcançado. A diferença entre estes dois conceitos gera condições de violência estrutural manifestada em relações sociais injustas (p. 47, 1998).

Seguindo Baratta, a violência está nas próprias bases do Estado liberal e de direito. O discurso político da modernidade pretendeu legitimar o Estado e o direito modernos como os meios pelos quais se poderia superar a violência a violência do “estado de natureza” (Rousseau, Hobbes, Kant, et caterva.). Entretanto, o “pacto social” que serviu de ponto de partida resultou em si uma metáfora excludente e se concebeu como um

contrato entre pessoas iguais que compunham uma minoria, mas que excluía os “outros” que não faziam parte dela. “Historiadores do direito como Pietro Costa tem destacado este caráter seletivo do contrato social e da cidadania que dele emana” (Baratta, p. 57, 1998).

O direito, o Estado e as constituições modernas têm se mostrado a si mesmos como intentos para superar a guerra e a violência indiscriminada, regulando os conflitos sociais e políticos, canalizando-os em formas institucionais. Todavia, o que têm feito na realidade é apenas ocultar esta violência, ao fazer praticamente invisível a desigualdade e a violência estrutural que sustentam a exclusão dos mais débeis da dinâmica social. O direito como expressão de poder e monopólio da violência, em uma sociedade desigual e graças a ele estruturalmente violenta, se constituiu em um sistema igualmente violento, desigual, de conservação e manutenção do *status quo*.

Nesta dinâmica, a transformação do direito penal se acompanha com uma série de discursos ideológicos (como o discurso do direito penal do inimigo) que basicamente se orientam ao exercício drástico do poder punitivo estatal como mecanismo idôneo para geral ordem e assim consolidar a paz no interior do Estado. Contudo, tais normas não contribuem em nada com o dito fim e seus efeitos se reduzem a manter as disfuncionalidades sociais que têm dado origem aos conflitos.

Assim, converte-se o direito em um produto orientado somente a repressão e a dominação. Neste sentido, vale a pena trazer a seguinte reflexão de Canelutti:

Hace Falta saber, no tanto lo que el Derecho rinde y lo que cuesta, como lo que no puede rendir y no puede costar. Por esta necesidad han de pasar aquellos científicos del Derecho para destruir aquella tonta idolatria que también a mi me fue inspirada em los bancos de la escuela hasta parecerme que el Derecho había de ser el fin más bien que um médio, o, por lo menos, un infalible médio. *Siempre más Derecho*, se podría decir que ha sido y es todavía la divisa... pero esto en un trágico error. *Siempre menos Derecho*, se debería decir si se quiere penetrar em el fondo de las cosas Lo cual no significa no poner nada em el puesto del Derecho, o substituir el orden por la anarquia *sino crear las condiciones para que pueda confiarse cada vez menos en fuerza y cada vez más en la bondad para la función de la paz.* (Canelutti, 1962, pp. 32-33)

2.1.3.2 – Direito penal do inimigo, marxismo e ideologia: o mito da neutralidade da ciência em Jakobs.

Sobre o pretense “cientificismo descritivo avalorativo” invocado por Jakobs em seu discurso jurídico – que, antes de tudo, como qualquer discurso, é gestado, “parido” pela linguagem – e seus seguidores, Jürguen Habermas²³ afirma: "A linguagem não é o espelho do mundo, mas nos oferece acesso ao mundo. Com isso, ela sempre orienta nosso olhar sobre o mundo de uma maneira já determinada. Nela se encontra inscrito algo como uma visão de mundo.

Jakobs adota a definição formal de crime celebrizada por Hegel – o crime como negação de validade da norma –, atualizada para redefinir a pena criminal em duas direções. Para o cidadão a pena criminal preservaria o significado simbólico de (re)afirmação da validade da norma, como sanção contra fatos passados, porém, para o inimigo, a pena criminal teria um significado físico de custódia de segurança preventiva, como medida para evitar o perigo de fatos futuros. A proposta de Jakobs passa ao largo das teorias do conflito da moderna sociologia, fundadas nas contradições econômicas e políticas do modo de produção da vida material das sociedades humanas, preferindo o consenso da velha e surrada teoria do contrato social para definir sociedade e Estado²⁴. Ele aproveita para lembrar que todos os criminosos seriam inimigos, contudo, não classifica como inimigos todos os autores de crimes. Prefere que distingam entre criminosos e inimigos, permitindo classificar os criminosos em autores de fatos normais,

²³ HABERMAS, Jürguen. Teoria do agir comunicativo. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2012, p. 743.

²⁴ DOS SANTOS, Juarez Cirino. Direito penal do inimigo - ou o discurso do direito penal desigual. p. 3. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf. Acesso em 29 de março de 2016.

os quais serão punidos como cidadãos, e os autores de fatos de alta traição, que serão punidos como inimigos: “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 súditos, mas como inimigos²⁵.”

Alguns entendem que o discurso de Jakobs trata-se de proposição com viés ideológico e guarda grande potencialidade catastrófica e autoritária, porquanto facilmente manipulável, especialmente em países com processos democráticos incipientes e fragilizados. Na esteira da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, para Jakobs o direito existe como sistema autopoietico, ou seja, autorreferente, uma relação de constituição autônoma em relação ao entorno social, como se o direito se constituísse de um sistema operacional fechado. Jakobs ergue seu edifício jurídico-penal reproduzindo mecânica e acriticamente as bases da sociologia de Luhmann.

Como já salientado por Marx, tendo suas raízes nas condições de vida material de épocas históricas determinadas, as relações do Direito – como as formas do Estado – não podem, com efeito, ser compreendidas a partir de si mesmas. Declara Marx: “O Direito não pode ser nunca mais elevado do que a formação econômica e o desenvolvimento sócio-cultural que é por ela condicionado”²⁶. Igualmente importante a passagem de Marx no “Prefácio da Contribuição à Crítica da Economia Política”²⁷:

Na produção social da sua vida, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes da sua vontade: relações de produção que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. O conjunto destas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se ergue uma superestrutura jurídica e política, a que correspondem determinadas formas sociais de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo (movimento) da vida social, política e intelectual em geral. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser. Pelo contrário: é o seu ser social que lhes determina a consciência." Os homens são os produtores das suas representações, ideias, etc., mas os homens reais, os homens que realizam, tal como se encontram condicionados por um determinado desenvolvimento das suas forças

²⁵ HOBBS apud JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio, Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas. 2ª Ed., trad. de André Luís Callegaria e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 27.

²⁶ Citado por VON MÜNCHEN, Emil Asturig. Direito e Marxismo. Disponível em: <http://www.scientific-socialism.de/KMFEDireitoIntrod.htm>. Acesso em 03/07/2016.

²⁷ MARX, Karl. Contribuição à crítica da economia política, p. 26. São Paulo: Boitempo, 2011.

produtivas e do intercâmbio que a estas corresponde até as suas formações mais avançadas (...) A moral, a religião, a metafísica e a restante ideologia, e as formas da consciência que lhes correspondem, não conservam assim por mais tempo a aparência de autonomia. Não têm história, não têm desenvolvimento, são os homens que desenvolvem a sua produção material e o seu intercâmbio material que, ao mudarem esta sua realidade, mudam também o seu pensamento e os produtos do seu pensamento.

Para Marx, o Direito **E OS DISCURSOS JURÍDICOS** devem ser interpretados como uma superestrutura ideológica (überbau), e qualquer tentativa de compreendê-los de maneira isolada das condições materiais de produção e reprodução da sociedade resulta a em produzir uma visão reducionista do fenômeno jurídico. Essa passagem da Ideologia Alemã²⁸ critica a noção de direito como “vontade geral”, presente nos contratualistas que servirão de base filosófica para as ideias de Jakobs, bem como a visão tacanha de que o crime representaria em substância uma negação dessa vontade geral, ideia de Hegel que foi introvertida por Jakobs:

El delito, es decir la lucha del individuo aislado contra las condiciones predominantes tampoco brota del libre arbitrio. Responde por el contrario a idénticas condiciones que aquella dominación. Los mismos visionarios que ven en el derecho y en la ley el imperio de una voluntad general dotada de propia existencia y sustantividad, pueden ver en el delito simplemente la infracción del derecho y de la ley.

Em obra seminal sobre a crítica de Lukács ao Direito, Vitor Bartoletti Sartori²⁹ salienta que

O fenômeno jurídico, porém, continua ligado à dominação de uma classe social exercida, sempre que preciso, por meio da violência. O Direito, assim, se configura como uma mediação que atenua a dominação direta, mesmo a pressupondo, mantendo. A sua conexão com a própria violência nunca some e nem pode sumir, embora haja uma relação complexa entre a dominação “violenta e direta” e a dominação que se exerce “por meio da aceitação”. Lukács é claro neste sentido. Entretanto, o filósofo húngaro assinala algo peculiar: “deve-se considerar que tais considerações [sobre os motivos da transgressão] são colocadas à parte quando se trata de grandes crimes que colocam em causa a existência da sociedade.” (...)

²⁸ Citado por PEGORARO, JUAN S. La excepcionalidade del pensamiento de Karl Marx acerca del delito de la política criminal. Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" – Año IV, Número 5, 2010. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0005A0040007investigacion.pdf>. Acesso em 03/07/2016.

²⁹ SARTORI, Vitor Bartoletti. Lukács e a crítica ontológica ao direito. São Paulo: Cortez, 2010, pp. 84-110.

Têm-se, desta maneira, um germe muito frutífero na ontologia de Lukács, pois além de o autor captar a “hipocrisia” que convive com o Direito, capta sua função potencialmente instrumental em prol da manutenção da “normalidade” da reprodução do complexo social total.

Ainda sobre o ímpeto autossuficiente do Direito (ou autorreferente/autopoiético como querem Luhmann e Jakobs:

Crítica-se, assim, a concepção a qual clama que o Direito poderia ser uma esfera fundante de uma ordem social; é verdade que a mudança de uma ordem social à outra implica na mudança do Direito; isto, porém, não é o mesmo que apreender o Direito como responsável pela mudança da ordem social. A perda da dimensão ontologicamente fundamental faz com que o Direito possa ser considerado de maneira isolada, reduzindo o processo de desenvolvimento do ser social a um de seus complexos, o complexo jurídico – e isto não pode deixar de ser considerada uma posição adialética e, sobretudo, unidimensional.

A comparação que Lukács realiza ao estabelecer relação entre o mundo econômico e o mundo do Direito também é contundente: a perda da dimensão ontológica faz com que as relações sociais que envolvem os campos da economia e do Direito apareçam dissolvidas na abordagem supostamente racional dos especialistas.

Portanto, não basta tratar o Direito somente como esfera que se pretende autônoma. A autonomia relativa do Direito se manifesta de maneira tensa, e na mesma medida que esta autonomia é indissociável da economia. O Direito, portanto, é um complexo que não possui caráter fundante, não podendo ser dissociado – embora possua importante autonomia relativa – da esfera do ser social. O cálculo e a precisão da economia capitalista rondam o Direito, e isto decorre, também, da necessidade do cálculo e da precisão que permeiam o desenvolvimento econômico capitalista. Trata-se, dentre outras questões, daquela chamada “segurança jurídica” alardeada pelos especialistas. De maneira que, no positivismo, o Direito vigente de cada momento se torna um campo prático de grande importância, cuja gênese social e cujas condições sociais de desenvolvimento aparecem, ainda que no plano teórico, cada vez mais indiferentes em relação a sua aproveitabilidade prática. O novo fetichismo portanto, consiste no fato de que o Direito é tratado sempre *rebus sic standibus* – como campo fixo, compacto, determinado com inivocidade “lógica” e, desta forma, é objeto de pura manipulação não somente na práxis, mas também na teoria, onde é entendido como um complexo fechado na própria imanência, autossuficiente, acabado em si, que apenas é possível manejar corretamente mediante a lógica jurídica.

O fetichismo do Direito aparece na medida em que este se pretende um campo autônomo do conhecimento. Isto acarreta a dois sentidos que dão margem à manipulação: de um lado o Direito é apresentado pelos especialistas separado da práxis social, regido por leis próprias e pretensamente “científicas, racionais” – deste ponto de

vista, o Direito formaria um sistema fechado e autossuficiente, como Luhmann sustenta em sua teoria dos sistemas, incorporada ao discurso jurídico-penal jakobsiano, onde o direito bastaria a si mesmo para realizar aquilo a que lhe é proposto.

O Direito é objeto de manipulação tanto teórica quanto prática, curvando-se frente a imperativos, em teorias alheias à sua lógica. A própria autonomia do Direito, neste sentido, dá margem à manipulação, a qual somente é concebível na medida em que aspectos tidos como extrajurídicos possuem influência essencial no campo pretensamente acabado do Direito. O fetichismo da autonomia do Direito desenvolve-se na medida da manipulação deste; a própria pretensão de se configurar como uma esfera autônoma permite ao especialista do Direito a manipulação e a instrumentalização do direito em prol dos interesses de classe e dos imperativos inerentes à relação capital-trabalho. De um lado a “pureza” do Direito autossuficiente; de outro, os interesses imersos em uma sociedade antagônica – e isso sem que esta contradição salte aos olhos dos operadores do Direito, os juristas. A pureza dos especialistas e a manipulação são aspectos indissociáveis os quais formam um só e mesmo processo.

Nesse sentido, oportuno o ensinamento do sociólogo marxista norte-americano Moishe Postone³⁰, a dominação social no capitalismo, no seu nível mais fundamental, não consiste na dominação das pessoas por outras pessoas, mas na dominação das pessoas por estruturas sociais abstratas constituídas pelas próprias pessoas.

O Direito, como aparece neste momento é impensável se, a relação estabelecida com o Estado. Já se tratou da importância da centralização da regulamentação que advém do processo inerente ao surgimento do capitalismo; acrescenta-se ainda que o Estado é um órgão essencial neste processo, tendo grande relevância no que toca a autonomia relativa do Direito e do ímpeto sistêmico e autossuficiente do último. A autonomia relativa do Direito precisa de estruturas materiais como os especialistas e o Estado. O Direito, pois, depende de estruturas inseridas no processo contraditório e conflituoso de manutenção e reprodução do complexo social total; sua própria configuração particular se mostra contraditória, concomitantemente; e não se trata de contradições oriundas da imperfeição do reflexo jurídico, mas de imperfeições decorrentes justamente da adequação do Direito àquelas tarefas que se propõe.

A autonomia do Direito é contraditória devido à própria especificidade deste complexo, o qual, ao mesmo tempo em que se pretende autônomo, tem como campo de atuação algo que lhe é supostamente externo. Quanto mais o Direito se pretende preciso e exato, tendo-se como um reflexo neutro e universal, mais sua autonomia relativa – que se manifesta no próprio fato de o Direito poder se conceber como algo autônomo – se torna contraditória e fetichista. Lukács, nesta esteira, deriva a afirmação marxiana segunda a qual o Direito não pode captar o contexto econômico real de maneira adequada. E isto se dá na medida em que o fenômeno jurídico pretende-se autônomo daquilo mesmo que reconhece. Note-se que ao mesmo tempo em que o Direito se quer autônomo por meio de seu caráter sistemático e fechado, ele atua sobre relações sociais concretas e em constante transformação. Assim, a atuação adequada desse complexo se dá na medida mesma da inadequação do reflexo jurídico; se o Direito pretende-se como um sistema fechado, seu ímpeto deve ser dominar as relações sociais – assim, a especificidade do fenômeno se afirma somente quando esse tenta dominar e paralisar as relações contraditórias, antagônicas e mutáveis que compõem a sociedade civil-burguesa. No que surge mais propriamente a questão política e a

³⁰ POSTONE, Moishe. Tempo, trabalho e dominação social: uma reinterpretação da teoria crítica de Marx. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 615.

ligação do Direito, principalmente o penal, com as concepções oriundas da reprodução de determinada classe social na sociedade civil-burguesa. Já o estabelecimento de quando e como um dado é considerado crime não reproduz o conhecimento o objetivo do ser-em-si do processo social, mas, ao contrário, a vontade do Estado acerca do que e como, em tal contexto não deve ocorrer.

O jovem estudante de Direito da Universidade de Berlim, Karl Marx, apenas aos vinte anos de idade já prenunciava o que acima foi dito a respeito da crítica lukácsiana ao direito:

Tive de estudar a Ciência do Direito e senti, sobretudo, o incitamento de bater-me com a Filosofia. Ambas foram de tal maneira relacionadas que tratei, em parte, Heineccius, Thibaut e as fontes de modo puramente acrítico, de modo meramente escolástico - assim, p.ex., traduzi os dois primeiros livros das Pandectas para o alemão -, e, em parte, procurei fazer passar uma Filosofia do Direito pelo domínio do Direito. À guisa de introdução, prefaciei algumas proposições metafísicas e conduzi essa obra infeliz até o Direito Público, de modo a elaborar um trabalho de aproximadamente 300 páginas. Aqui, surgiu, sobretudo, de modo perturbador, o mesmo antagonismo, existente entre ser e dever ser, próprio do idealismo, tornando-se a matriz da divisão subsequente, irrecuperavelmente incorreta. De início, apareceu a Metafísica do Direito - assim por mim piedosamente denominada -, i.e. os fundamentos, as reflexões, as definições conceituais - divorciada de todo Direito real e de toda forma real do Direito, tal como haveria de aparecer em Fichte, apenas que de modo mais moderno e sem conteúdo, em meu trabalho. Nisso, a forma acientífica do dogmatismo matemático, em que o sujeito roda em torno da coisa, refletindo, para cá e para lá, sem que a própria coisa assuma sua forma, como algo abundantemente vivo e em desenvolvimento, era um obstáculo, colocado de antemão, à apreensão da verdade. O triângulo permite ao matemático construir e comprovar, permanece, porém, mera representação no espaço, não se desenvolvendo subsequente em nada. É necessário que o coloquemos ao lado de outras coisas, para que assumam, então, outras posições, e esse diferenciar em relação ao mesmo ali colocado, confere-lhe diversas relações e verdades. Pelo contrário, na expressão concreta do mundo do pensamento vivo, tal como é o Direito, o Estado, a Natureza, a inteira Filosofia, deve o próprio objeto ser perscrutado em seu desenvolvimento. Divisões arbitrarias não se podem imiscuir. A razão da própria coisa deve, enquanto algo em si mesmo antagonico, desenvolver-se e encontrar a sua unidade em si mesma. 31

Em artigo publicado em seu recém fundado jornal, a Gazeta Renana, o Jovem Marx assinala o caráter de classe do Direito e das próprias formas processuais:

Que tipo de ilusão estúpida e complicada é, em geral, esta de um juiz apartidário, dado que o próprio legislador é partidário? O que significa um julgamento imparcial, se a própria lei é parcial? O juiz pode formular a parcialidade da lei apenas de maneira puritana, apenas a aplicar desconsideradamente. A imparcialidade é, pois, a forma, não o conteúdo do julgamento. A lei antecipou o conteúdo. Se o processo judicial nada é senão uma forma despida de conteúdo, essa bagatela formal não possui, então, nenhum valor autônomo. O processo judicial e o Direito não são menos indiferentes um em face do outro do que o são, p.ex., as formas das plantas em relação a elas mesmas e as formas dos animais em relação a carne e o sangue dos próprios animais. Há de existir um espírito que

³¹ MARX, Karl. Carta ao Pai em Trier. Disponível em: <http://www.scientific-socialism.de/KMFEDireitoCAP4Port.htm>. Acesso em 27/06/2016.

anime o processo e as leis, pois o processo judicial é apenas o modo de vida da lei e, portanto, o fenômeno de sua vida interior.³²

O maior discípulo vivo de Lukács sem dúvidas é o também filósofo húngaro István Mészáros³³. Entre tantos temas inquietantes que acaba por abordar em sua portentosa obra "O poder da ideologia", Mészáros dedica alguns capítulos à reflexão sobre a pretensa "neutralidade da ciência", dos discursos científicos que anunciam como avalorativos etc.

Talvez a mais eficaz das maneiras pela qual os compromissos de valor são apresentados com a pretensão de neutralidade e incontestável objetividade seja o apelo à autonomia da ciência, em cujo nome a adoção de certas medidas e cursos de ação é recomendada (...) O que torna as coisas um pouco complicadas a este respeito é que a própria ciência pode assumir funções muito diferentes nas confrontações intelectuais e ideológicas, segundo os contextos sociais em mudança. O grande sucesso do positivismo (e do "neopositivismo") desde então, sob uma grande variedade de formas, de sua versão original até as modas ideológicas recentes do funcionalismo estrutural e do estruturalismo, deve mais a esta liquidação radical da dimensão histórica – logo, crítica – do que a qualquer outra coisa. É importante sublinhar aqui que a autoridade da ciência – na verdade, uma verdadeira caricatura de ciência, definida como um constructo inteiramente ahistórico – foi utilizada para disfarçar a substância social conservadora dos pontos de vista defendidos.

Naturalmente, "ninguém deseja negar que a lógica do desenvolvimento científico tem um aspecto relativamente autônomo como um momento importante do complexo geral de interdeterminações dialéticas", como afirma Mészáros (p. 255, 2014). Entretanto, esse reconhecimento não pode chegar a ponto de tornar absoluta a lógica desenvolvimento científico e da ciência, com a eliminação, de maneira ideologicamente preconceituoso, das importantes e problemáticas determinações sócio-históricas.

Defender a absoluta imanência do progresso científico e de seu impacto sobre os desenvolvimentos sociais só pode servir aos propósitos da apologia social, uma abordagem anti-histórica dos problemas encontrados tornou-o extremamente adequado à "eternização" e legitimação ideológica do sistema estabelecido. Para se compreender a curiosa lógica dos "positivistas lógicos", assim como a de muitos intelectuais pertencentes a outras variedades de neopositivismo, deve-se examinar os interesses sociais subjacentes. Somente as motivações ideológicas conservadoras das raízes do cientificismo neopositivista podem explicar as

³² MARX, Karl. Debates acerca da lei sobre o furto de madeira (Parte V), Gazeta Renana, Nr. 307, 3 de novembro de 1842. Disponível em <http://www.scientific-socialism.de/KMFEDireitoCAP12Port.htm>. Acesso em 27/06/2016.

³³ MÉSZÁROS, István. O poder da ideologia; tradução Magda Lopes e Paulo Cezar Castanheira. 1. ed., 5. reimpr – São Paulo: Boitempo, 2014, pp. 244-270.

gritantes inconsistências lógicas, abundantes até nos escritos de seus representantes mais importantes.

Foi especialmente por conta de sua eficácia sem rival para fornecer a racionalização exigida pelos interesses socioeconômicos e políticos dominantes que o cientificismo neopositivista pôde adquirir proeminência – a despeito de sua notável deficiência lógica e irracionalidade – como o paradigma da explicação racional da sociedade e como a principal corrente de legitimação ideológica. Em lugar da dialética histórica das interrelações sociais complexas, ele oferecia a objetividade fetichista de grosseiras determinações materiais e instrumentais. Em oposição à análise crítica da divisão social hierárquica do trabalho, continuo a apresentar este último como puramente tecnológico-científico e, portanto, necessariamente permanente.

E arremata,

A cegueira dos intelectuais não é mais uma calamidade natural que os atinge simplesmente como se fosse seu destino inevitável, mas uma condição auto-induzida. A este respeito, nada pode ilustrar melhor a total cegueira produzida pela ânsia "antiideológica" de transsubstanciar os problemas e desafios sociais em dificuldades meramente científicas – que seriam aquelas instrumentalmente solucionáveis (boas do ponto de vista da racionalização e legitimação capitalistas). (...) A ideia de que a ciência segue um curso de desenvolvimento independente sobre a sociedade com uma exigência férrea é uma simplificação demasiadamente grosseira e com objetivos ideológicos. É igualmente importante enfatizar que a ilusão da autodeterminação "não-ideológica" e da correspondente "neutralidade" da ciência é, em si, o resultado do processo histórico de alienação e da divisão do trabalho capitalistas. Não é um "erro" ou uma "confusão" que possam ser eliminados pelo "iluminismo filosófico", como pretendem os positivistas lógicos e os filósofos analíticos. Antes, é uma ilusão necessária, com suas raízes firmemente plantadas no solo social da produção de mercadorias e que se reproduz constantemente sobre essa base, dentro do quadro estrutural das "mediações de segunda ordem" alienadas. Em consequência da divisão social do trabalho, a ciência está de fato alienada (e privada) da determinação social dos objetivos de sua própria atividade, que ela recebe "pronta", sob a forma de ditames materiais e objetivos de produção, do órgão reificado de controle do metabolismo social como um todo, ou seja, do capital. Operando, assim, dentro dos limites de premissas objetivas – carregadas de valores -, que são categóricas e incontestavelmente impostas pelo quadro estrutural da própria divisão social do trabalho dominante, a ciência fragmentada e dividida é direcionada para tarefas e problemas reificados produzindo resultados e soluções reificados. Como resultado, a ciência torna-se, não apenas de fato, mas por necessidade – em virtude de sua constituição objetiva sob as relações sociais dadas -, ignorante e despreocupada quanto às consequências sociais de sua profunda intervenção prática no processo de reprodução social expandida. E visto que a ciência, em sua operação "normal", e por sua constituição, é separada da luta social que decide seus valores taticamente assumidos, a aceitação acrítica da ausência de mediações da prática cotidiana fragmentada da ciência gera e mantém viva a ilusão, amplamente difundida, de suas "autodeterminações não-ideológicas" e de sua "desvinculação" em relação aos valores.

2.1.3.4. – Direito penal do inimigo e criminalização da pobreza: a criminalidade como construção das agências de controle social.

A partir dos teóricos do etiquetamento social (*labelling approach*, cujo maior expoente talvez tenha sido Howard Becker) e, principalmente, da criminologia crítica de viés marxista (Alessandro Baratta), tem-se compreendido que a criminalidade não constitui nenhuma realidade pré-constituída, nem é natural, nem objetiva. Muito pelo contrário, criminoso é unicamente quem assim é definido pelas distintas instâncias do controle social. Por esta razão, afirmam os teóricos do etiquetamento que as perguntas que na verdade interessam são as perguntas que realmente interessam envolvendo a questão criminal devem ser dirigidas aos processos de interação para indagar por quem ou aqueles que detêm o poder de definição e sobre quem se exerce esse poder.

O centro de atenção já não deve ser mais o crime como realidade ontológica, mas sim a reação social que se produz frente a certos comportamentos. Esta reação etiqueta ou rotula os sujeitos como delinquentes e suas condutas como delitivas. Como consequência do efeito que isso produz na formação do “eu”, se geram novos comportamentos que, a seu turno, são igualmente etiquetados. Como explicam Taylor, Walton e Young (2001, p. 157), “o que se pode dizer é que o intento por impedir, castigar e prevenir desviantes pode, na realidade, criar o próprio desviante.”

Desde esta perspectiva se afirma então que o “eu” é uma construção social, que a concepção que cada um tem de si mesmo e a forma como, em consequência, as pessoas se comportam são o resultado da percepção que o conglomerado tem do indivíduo e do trato que lhe outorga; de tal maneira que uma pessoa ao ser etiquetada como criminosa e ao ser objeto da respectiva reação social – formal ou informal -, o “eu” desse sujeito se verá alterado adquirindo uma predisposição até as condutas que também são consideradas como criminosas. Trata-se da famosa diferença entre criminalidade primária e secundária, segundo que a primeira encontra explicação em fatores sociais, culturais, psicológicos a que foi exposto o sujeito, enquanto a segunda se explica pelos efeitos que se produz no indivíduo a reação social que se gera ante um determinado comportamento inicial. Comportamento inicial que não era necessariamente manifestação de uma

constante na conduta da pessoa, mas que agora, através do efeito das distintas instâncias de controle, tenderá a sê-lo abrindo caminho para uma verdadeira carreira criminosa.

A ação dos distintos organismos de controle social que rotulam comportamentos e sujeitos como criminosos se determina através de estereótipos formados e generalizados na própria interação social. Estes estereótipos transmitem uma falsa imagem do crime, supostamente concentrado em certos setores sociais e associados a certo tipo de pessoas ou grupos sociais. Tal situação conduz que o controle social adquira um caráter seletivo, de tal forma que,

Se partirmos de um ponto de vista mais geral e observarmos a seleção da população criminal dentro de uma perspectiva macrossociológica da interação e das relações de poder entre os grupos sociais, voltaremos a encontrar atrás deste fenômeno os mesmos mecanismos de interação, antagonismo e poder que em uma estrutura social dada, de desigualdade de distribuição dos bens e oportunidades entre os indivíduos (Baratta, 2004, p. 107)

Como explica Baratta (2004, p. 108), os juízes com suas sentenças criam uma nova realidade para o condenado, com todas as conseqüências jurídicas e sociais que isto implica, não somente em termos de responsabilidade penal, senão também em termos de estigmatização, troca de status e de identidade social. Desta maneira, *“a estrutura social de uma sociedade, que distingue entre cidadãos fiéis às leis e cidadãos violadores das leis... continuamente se reproduz.”*

Pode-se afirmar que a construção da realidade, no que tem a ver com o direito penal do inimigo, se converte em um círculo vicioso em que desde uma falsa percepção (redução da complexidade social a um simples problema de crime e pena mais agressiva possível), instrumentalizando-se o direito penal estigmatizando sujeitos e grupos sociais. Estes, a seu turno, são tratados e definidos de acordo com essa falsa percepção, como se na realidade se tratara simplesmente de sujeitos perigosos e inferiores do ponto de vista moral, que atentam deliberadamente contra a estrutura social que, “por sua natureza” (sic), deve ser respeitada. Assim, se reduzem as alternativas a simples e pura violenta repressão punitiva, com a qual se gera nada de distinto além da reprodução de estereótipos com conseqüências bastante reais. Em conseqüência, o comportamento destes setores da população, assim como a ação subsequente dos organismos de

controle será, então, afim com os estereótipos generalizados desde o momento normativo e o judicial.

Assim, para ser utilizado o direito penal para consolidar a unidade e controle políticos em uma sociedade que padece de gritantes desigualdades sociais (querendo-se afiançar mediante o poder punitivo as relações de poder ao neutralizar com o uso da força a quem põe a “ordem estabelecida” em xeque), se definem como inimigos, desde o próprio direito penal através de prejuízos morais e mediante a criminalização de problemas sociais, econômicos e políticos, setores da população que são qualificados como perigosos (claramente sem especificar para que interesse o são). Por esta razão sustenta-se que o direito penal do inimigo, ao invés de prevenir a violência demoniza e etiqueta indivíduos que posteriormente são penalizado, menos do que por que fazem, mas sim por aquilo que representam de acordo com a definição de que foram objeto (Bastida, 2006, p. 295).

Nesse sentido, Bastida (2006, p. 296) disse com relação a Jakobs que,

(...) o penalista aduz que existem atividades especialmente perigosas que explicam uma reação radical por parte do ordenamento jurídico mediante penas que aterrorizem. Há que inverter-se: a pena que aterroriza... cria uma atitude *a posteriori* considerada perigosa, própria de inimigos. Ou, dito de outro modo... há um inimigo, logo há que se mostrar autoridade com ele. Na realidade se sucede o inverso: há que se mostrar autoridade, logo haverá que se criar um inimigo.

Em consequência, tendo em conta a necessidade de corroboração fática do normativo como pressuposto para a existência da realidade social, tanto do sistema jurídico como do Estado de Direito, o direito penal do inimigo parte de uma mal ou deficiente interpretação da realidade social que, através das definições e estigmatização proveniente da repressão punitiva, encontra um meio para fazer-se realidade. A “profecia” que se cumpre a si mesma é então a guerra anunciada e declarada desde o discurso ideológico com o qual se tenta justificar a legislação penal do inimigo.

A criminologia crítica aponta para o reconhecimento de nenhum tipo de autonomia do direito como sustenta Jakobs, pois sustenta que o sistema jurídico e a ciência jurídica se encontram sempre estreitamente ligadas às relações sociais de produção em um momento histórico determinada. De maneira que “no hay conceptos en general ni conceptos jurídicos de la realidad social, sino simplemente la realidad social misma, rebelde a toda clase de abstracciones”. Por isso, para a criminologia crítica não é possível predicar sentido ou valor próprio algum de nenhum enunciado ou instituição jurídica, por fora das condições materiais que dão origem a estas.

Por esta linha, Baratta apresentou o caráter seletivo e classista dos sistemas penais, particularmente na América Latina. Nestes sistemas se produzem uma série de mecanismos de seleção dos indivíduos sobre os quais recaem o *ius puniendi* estatal. Com isso, mais além da proteção dos direitos ou bens das pessoas, se busca conversar as relações sociais tais como estão, é de dizer, de reproduzir a realidade social.

Esta realidad se manifiesta com una distribución desigual de los recursos y de los beneficios, em correspondencia com uma estratificación em cuyo fondo la sociedad capitalista desarrolla zonas consistentes de subdesarrollo y marginación (Baratta, 2004, p. 179).

Baratta mostra a forma como o sistema penal complementa os demais mecanismos de controle social, dentro deles, por exemplo, a escola. Ali – na escola – põe em marcha processos de socialização com os quais se busca acostumar e preparar os indivíduos para que aceitem e se acomodem a uma estrutura social estratificada que permite muito pouca mobilidade. Faz-se isso através de estratégias que discriminam entre os “elementos bons” e os “elementos maus”, segundo os indivíduos acoplem ou não ao modelo de organização social vertical que estas instituições reproduzem e conduzem a interiorizar. Ressalta que:

Es en la zona más baja de la escala social donde la función seleccionadora del sistema se transforma em función marginadora, donde la línea de demarcación entre los estratos más bajos del proletariado y las zonas de subdesarrollo y de marginación señala, de hecho, un punto permanentemente crítico, en el cual a la acción reguladora del mecanismo general del mercado de trabajo se agrega, en ciertos casos, la de los mecanismos reguladores y sancionadores del derecho. Esto se verifica propiamente en la creación y en la gestación de aquella particular zona de marginación que es la población criminal. (Baratta, 2004, p. 180).

Temos, portanto, que o sistema penal em geral, enquanto mecanismo de controle e de defesa social reproduz as relações e estrutura sociais, criminalizando grupos socialmente vulneráveis, mediante a generalização de estereótipos que permitem exercer um drástico controle sobre certos setores da população vítimas da violência estrutural que o próprio sistema penal contribui a manter. Nesse sentido, tanto o direito penal abstrato ou criminalização primária, como seus mecanismos de aplicação ou criminalização secundária se evidenciam formas de seleção, discriminação e marginalização.

Desde o ponto de vista da criminalização primária se pode dizer que

(...) concierne no solo a contenidos, sino también a 'no contenidos' de la ley penal. El sistema de valores que em ellos se expresa refleja sobre todo el universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, que destaca al máximo la protección del patrimônio privado y que se dirige prioritariamente a tocar las formas de desviación típicas de los grupos socialmente más débiles y marginados" (Baratta, 2004, pp. 184-185).

Insiste-se, novamente, que a criminalidade resulta seletivamente administrada desde as distintas instâncias que compõem o sistema penal, seguindo estereótipos que se formam em função da estratificação social. A pouca capacidade que possuem os juízes para compreender a realidade social e adentrar "no mundo do réu" conduz ao desconhecimento e a formação de pré-juízos que operam de maneira adversa para os sujeitos pertencentes aos grupos sociais estigmatizados.

Nesse sentido, a criminologia crítica também postulou a diferença de tratamento que se apreciam no funcionamento do aparato punitivo, motivadas por atitudes emotivas e valorativas que inclusive inconscientemente assumem seus funcionários, dependendo da localização social da pessoa. Isto se reflete nas valorações próprias da responsabilidade penal em termos dogmáticos, como, por exemplo, nos juízos a respeito do aspecto subjetivo do delito (dolo, culpabilidade etc.).

Estas críticas formuladas aos sistemas penais em geral encontram particular pertinência nas sociedades marcadas por profundas contradições sociais e se potencializam quando se trata de legislações de inimigo em contextos de conflito ou de guerra interna. A criminalização de problemas sociais resulta ser o mecanismo de seleção e estigmatização mais forte desta forma de direito penal, pois com isso, somada a moralização dos conflitos, se radicaliza o já excludente e também seletivo tratamento punitivo que se dirige a setores sociais próximos a determinadas atividades e pensamentos políticos, por exemplo.

Para Zaffaroni (2007, p. 71), pode-se afirmar que a síntese direito penal do inimigo/poder punitivo na América Latina é exercido mediante medidas de contenção para suspeitos perigosos, ou seja, trata-se, na prática, de um direito penal de *periculosidade presumida*, que é a base para a imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada.

Dito em termos mais claros: aproximadamente $\frac{3}{4}$ dos presos latino-americanos estão submetidos a medidas de contenção por suspeita (prisão ou detenção preventiva). Desses, quase $\frac{1}{3}$ será absolvido. Isto significa que em $\frac{1}{4}$ dos casos os infratores são condenados formalmente e são obrigados a cumprir apenas o resto da pena; na metade do total de casos, verifica-se que o sujeito é infrator, mas se considera que a pena a ser cumprida foi executada com o tempo da prisão preventiva ou medida de mera contenção; no que diz respeito ao $\frac{1}{4}$ restante dos casos, não se pode verificar a infração e, por conseguinte, o sujeito é liberado sem que lhe seja imposta pena formal alguma.

Nas sociedades mais desfavorecidas do mundo, como as latino-americanas, a exclusão social constitui problema que, ao mesmo tempo, salta aos olhos e é escondida, pois não costuma ser controlada pela repressão direta, mas sim neutralizada, o que aprofunda ainda mais as contradições. A mensagem vindicativa, de acordo com Zaffaroni, “é funcional para reproduzir conflitos entre excluídos.”

Ainda o *maestro* argentino (2007, p. 109),

Vimos que na América Latina as medidas de contenção para os inimigos ocupam quase todo o espaço de ação do sistema penal em seu aspecto repressivo, por via da chamada prisão ou detenção preventiva, provisória, ou seja, o confinamento cautelar, a que estão submetidos $\frac{3}{4}$ dos presos da região. De fato e de direito, esta é a prática de toda a América Latina para quase todos os prisioneiros. Este dado é

fundamental para extrair conclusões acerca do alcance da proposta de legitimação de um eventual tratamento penal diferenciado na América Latina, pois esta seletividade é praticada em nossa região por efeito da criminalização. Porém, uma vez posto em marcha este processo, todos passam a ser tratados como inimigos, através de puros confinamentos de contenção, prolongados ou indefinidos. O sistema penal oficial se divide em dois segmentos: um cautelar ou pré-condenatório, e outro definitivo ou de condenação, sendo o primeiro muito mais importante que o segundo, posto que a reação penal praticamente se esgota na delinquência leve e média, que é, com folga, a mais numerosa. As limitações que o processado sofre – inclusive sem confinamento cautelar – lhe infligem uma dor juridicamente legitimada, que pode ser considerada medida de segurança ou pena, conforme o teórico que a avalie aceite ou não o sistema binário, o qual não tem maior importância nesse caso. De toda forma, é configurado um sistema penal cautelar diferente do sistema penal de condenação, no qual operam como pautas a seriedade da suspeita de cometimento de um delito (o direito penal entra apenas como critério para a qualificação cautelar) e considerações de periculosidade e dano, provenientes do positivismo do século XIX, ou seja, da individualização ôntica do inimigo. Essa periculosidade, própria do sistema penal cautelar, não se enquadra na velha classificação positivista, posto que não é pré-delitual (porque suspeita-se da comissão de um delito), nem pós-delitual (porque a periculosidade não pode ser avaliada até que o delito tenha sido comprovado), configurando-se antes como uma terceira categoria alheia às duas tradicionais do positivismo, que é a periculosidade da suspeita. Os índices de encarceramento na América Latina não variam muito em função das reformas penais, mas sim da regulamentação do confinamento cautelar, tradicionalmente legislado no código processual. Noutras palavras, esses índices dependem do sistema penal cautelar e não do de contenção.

Como pode-se supor, a mesma ideia foi acolhida pelo nazismo, que reformou toda a regulamentação do sistema penal cautelar, Zaffaroni (2007, p. 110), valendo-se das lições dos doutrinadores August Schoentensack, Rudolf Christians e Hans Eichler:

Enquanto no direito vigente a prisão preventiva para evitar o perigo de culpa do culpado ou do apagamento das provas no futuro [como prisão preventiva profilática], também terá como objetivo a proteção da comunidade diante dos fatos que o culpado poderia cometer em liberdade ou diante do risco de quebra da ordem pacífica do povo de qualquer forma. Algo parecido também foi defendido na Itália fascista, recolhido pelo código de Rocco.

Sem dúvida, esta concepção correspondia à função de prevenção geral positiva, tampouco alheia do positivismo, e que também era atribuída à pena (2007, p. 110):

Todo crime grave desperta na sociedade o reclamo de expiação, porém, na realidade, esta demanda tem sua raiz na pulsão de segurança e, neste sentido, exige o restabelecimento da consciência [sacudida pelo fato] de viver numa ordem jurídica que garante a paz e a segurança.

Em síntese, na América Latina, para Zaffaroni (2007, pp. 110-11) há um desdobramento do sistema penal oficial em sistema penal cautelar e sistema penal de condenação, sendo o primeiro mais importante do que o segundo, dado que abarca a imensa maioria da criminalização, produto de infrações de média e pequena gravidade.

O direito penal autoritário reconhece a natureza penal e procura ampliá-la, ou melhor, sem reconhecer-lhe esse caráter, nega toda vigência ao princípio da inocência, ao passo que a doutrina liberal lhe nega caráter penal, com o objetivo de reduzir seu âmbito, sem perceber que, ao mesmo tempo, a está legitimando, sem que isso redunde em resultados práticos redutores. Isso significa que o sistema penal na América Latina se caracteriza por valer-se de um segmento que configura seu sistema penal cautelar, que proporciona ao conjunto de pessoas às quais submete a processo (ou seja, em relação às quais põe em marcha o processo de criminalização secundária) limitações e confinamentos cautelar, constituindo, este último, em puro confinamento de contenção.

No que tange especificamente ao status de inimigo conferido aos mais pobres, talvez o professor da Universidade de Buenos Aires, Gabriel Ignacio Anítua³⁴ tenha acertado quando refere com precisão que:

O próprio Jaboks afirma que que “pessoa é aquele a quem se confere o papel de um cidadão respeitoso do Direito”, ou “pessoa real é aquele cujo comportamento é adequado à norma”, ou, pior ainda, pois é o que Hegel escondia, “nas referências à situação frente ao mundo econômico, pessoa é quem produz, quem produziu ou quem produzirá”. Dessa forma, fica fácil que aqueles tradicionalmente segregados pelo punitivo se enquadrem dentro do conceito de “inimigo”, que, na teoria, se faz com a mente posta em outro tipo de perpetrador de atos ilegítimos.

3 – DISCUSSÕES ATUAIS E CONCLUSÕES

KRUBER (2014, p. 31), em recente dissertação apresentada no programa de pós-graduação em Ciências Criminais da PUC-RS, “Direito Penal do Inimigo: O Estado na sua constante instrumentalização social” afirma que:

A tese do direito penal do inimigo é um instrumento teórico com o qual o Estado moderno busca desesperadamente recuperar a sua soberania, construindo uma identidade nacional com o objetivo de instrumentalizar uma sociedade complexa pela prática do medo. A violência da exclusão é produzida pela barbárie da sociedade moderna. A modernidade produz as suas periferias. A sociedade vem evoluindo e reforçando velhas estruturas da estratificação de seletividade de tipo

³⁴ ANÍTUA, Gabriel Ignacio. Histórias dos pensamentos criminológicos, p. 696. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

natural, ou seja, a sociedade moderna tem uma estrutura paradoxal: mais segurança e insegurança, determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade, igualdade e mais desigualdade, mais participação e menos participação, mais riqueza e, ao mesmo tempo, mais pobreza, mais guerra e mais paz, mais exclusões e menos inclusões.

Nesta senda, Hugo César Moreno Hernandez³⁵ salienta,

La estructura fundamental de la política del capitalismo de consumo, que sostienen a la entidad estatal, consiste en: el estado de excepción (la amalgama entre política criminal y derecho penal del enemigo); su concreción en el campo de concentración, que como bien señala Agamben no es la cárcel, sino esa forma de encarcelamiento determinado por la modelación del enemigo. "El campo, al haber sido despojados sus moradores de cualquier condición política y reducidos íntegramente a *nuda vida*, es también el más absoluto espacio biopolítico que se haya realizado nunca, en el que el poder no tiene frente a él más que la pura vida sin mediación" (Agamben, 2003: 217). Y la descuidadización, la producción de *nuda vida*, de cuerpos sin cualidades políticas como biopolítica generadora de ciudadanía graduada: ciudadanos de pleno derecho y ciudadanía disminuida hasta caer en el ilegalismo del nacimiento o la conversión en enemigos, que se van convirtiendo en sinónimos.

Ronaldo Figueiredo Brito³⁶, ao tratar do tema do direito penal do inimigo ligado à execução penal assevera que,

Sob a lógica de que o crime está no indivíduo e não na sociedade, pode-se pensar a técnica penitenciária como meio de transformar, disciplinar e "normalizar" essa pessoa. Assim, é viável compreender que a técnica penitenciária é o conjunto de técnicas usadas, inicialmente dentro das prisões, extrapolando o processo punitivo da mera privação de liberdade para o ato de disciplinar e controlar pessoas.

³⁵ MORENO HERNANDEZ, Hugo César. Descuidadización y estado de excepción. **Andamios**, México, v. 11, n. 24, p. 125-148, abr. 2014 Disponível em http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632014000100007&lng=es&nrm=iso. Acesso em 28 de junho de 2016.

³⁶ BRITO, Ronaldo Figueiredo. Direito penal do inimigo em Günther Jakobs e sua falsa sensação de segurança. **Temiminós Revista Científica**, 01 Maio 2014, Vol.3(1), pp.144-154. Disponível em www.cneerj.com.br/ojs/index.php/temiminos/article/download/60/42. Acesso em 28 de junho de 2016.

Finalmente, para Ángel Augusto Monroy Rodríguez³⁷,

(...) la pregunta central de todo el análisis es: ¿quién es ciudadano y quién enemigo? Pues bien, conforme lo dicho uno de los doctrinantes colombianos de mayor peso en el tema del Derecho Penal del Enemigo, no porque lo defienda sino porque precisamente lo controvierte¹² el enemigo del Derecho penal es una construcción de la política, concepto dentro del que una misma persona puede en oportunidades serlo y en otras no. En ese orden, la clasificación de amigo/enemigo no depende de lo que haga sino de quien se trate en un momento histórico determinado. Otra preocupación que se origina es la indeterminación de las normas que rigen a unos y a otros, pues como lo afirma el mismo Jakobs, no hay delimitación expresa en la ley, pudiendo confundirse el Derecho Penal del ciudadano con el Derecho Penal del Enemigo, toda vez que en oportunidades los enemigos, por más crueles y peligrosos que se presenten, serán tratados como personas – entiéndase como ciudadanos –, mientras que en casos se podrá ver que ciudadanos sean tratados o procesados con normas propias de los enemigos.

A partir da década de 80, como nos ensina Silva Sánchez (2013, p. 21) em sua monografia “A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais”, estamos a assistir uma mudança estrutural de orientação nas políticas criminais dos países ocidentais, com a crise dos Estados sociais e o estabelecimento, como o próprio título indica, de uma expansão – por intensificação – do Direito Penal como fenômeno destacável nas legislações penais do mundo ocidental. O avançar de um Direito Penal Simbólico (o Direito Penal como uma espécie de “clínico geral” da sociedade, a utilização do Direito Penal como um falso construtor de identidades sociais), o ressurgimento do punitivismo na ordem do dia (“panpenalismo”), com a conversão do debate político pelo lugar-comum punitivista e a criminalização como forma de promoção de políticas sociais. Da união entre Direito Penal Simbólico e o (re)surgir do punitivismo

³⁷ RODRÍGUEZ, Ángel Augusto Monroy. Construcción del enemigo del derecho penal desde los medios de comunicación. **Revista Advocatus**, ISSN-e 2390-0202, Nº. 24, 2015, págs. 31-45. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5442757>. Acesso em 28 de junho de 2016.

surge, então, o discurso do Direito Penal do Inimigo, o *corpus* teórico que se pretendeu descrever e analisar neste trabalho.

O conceito, no âmbito jurídico, foi alcunhado pelo professor Jakobs no ano de 1985, no curso de uma conferência que pronunciara na Universidade de Frankfurt, Alemanha, na jornada de penalistas celebradas naquele ano. Jakobs cognomina o conceito de Direito Penal do Inimigo e o contrapõe ao conceito de Direito Penal do Cidadão. Jakobs reserva este primeiro conceito para um conjunto de normas de Direito Penal que estavam contidas no Código Penal Alemão e que possuíam uma série de regras mais estritas, mais acentuadas em sua coação jurídica, para a qual reserva, como salientado, o conceito de Direito Penal do Inimigo. Esse conjunto de regras, a partir da Alemanha, foram muito difundidas no mundo atual, por exemplo, os delitos de organização ou de perigo, a organização delitiva (reunião de várias pessoas com uma finalidade delitiva), os delitos de posse (posse de objetos que por si guardam um grau de perigo) etc.

Torna-se impossível, através dessa pesquisa, concluir se o conceito de inimigo utilizado pelo professor Jakobs - segundo defendem seus seguidores - é um conceito jurídico, extremamente normativizado, não político, não exclusivamente sociológico ou o contrário, um programa político-ideológico que em si mesmo representa grau de danosidade considerável e é completamente incompatível com o Estado de Direito.

Silva Sánchez (2013. p 143) intitulou esse fenômeno (direito penal do inimigo) como terceira velocidade do direito penal, uma união entre a primeira velocidade, conceituada como o direito penal liberal-clássico, onde a pena, por excelência, era a pena de prisão com políticas criminais iluministas e garantias devidamente asseguradas, e a segunda velocidade, compreendida como a flexibilização proporcional de garantias penais e processuais penais no intuito de adotar penas alternativas à prisão. Na terceira velocidade, todavia, a pena de prisão voltaria no direito penal concorrendo com uma enorme perda de garantias de cunho constitucional a fim de favorecer aquilo que Günther Jakobs chama de neutralização do inimigo.

Conta-se de uma antiga maldição chinesa que dizia algo mais ou menos assim: "Oxalá você viva em tempos interessantes". Por "tempos interessantes" se entenderia uma época de instabilidade, calamidade, conflitos, agitação, mudanças, dificuldades, falta de tranquilidade e de paz. Em resumo, tempos difíceis e perigosos. Época de guerra do Estado, no âmbito dos três poderes contra o povo pobre. Quais as "ferramentas jurídicas" dessa guerra? As polícias vigiam e prendem. O Poder Judiciário processa e condena. A prisão pune e isola. Poder-se-ia afirmar que os instrumentos "mediatos", polícias e judiciário, não são responsáveis diretos, pois "apenas" que executam políticas, políticas oficiais, de Estado; políticas criminais de Estado. O que se entende por atual política criminal? Materialmente, cabe ao cientista analisar a política criminal como prática. Prática dos órgãos de repressão. Se pretendeu com este trabalho analisar isso a partir dos discursos – ou melhor, do discurso do Direito Penal do Inimigo e seu desvelamento, em especial – que orientam essa prática, posto que, se não compreendermos os discursos que estão na base dela não compreende-se a própria prática e suas raízes.

A prática das agências policial e judiciária, ferramenta jurídica da criminalização da pobreza atualmente para o campo progressista parece ser um dado inegável. Utiliza-se aqui discurso como compreendido por Habermas (2012, p. 321) em sua "Teoria da Ação Comunicativa": discurso como meio de comunicação, de compreensão, mas também e principalmente como meio de coordenação da ação e como meio de socialização dos indivíduos. Talvez/possivelmente, o discurso do Direito Penal do Inimigo é decisivo e oferece uma espécie de marca para a atividade policial e judicial no mundo contemporâneo?

Em 1999 e, principalmente, após o ataque que se atribuiu à Al-Qaeda às Torres Gêmeas, em Nova York, Jakobs promoveu uma repaginação no conceito de inimigo em dois artigos: "Direito Penal do Inimigo" (em alemão, Feindstrafrecht) e "Terroristas como pessoas em direito?", desta vez aderindo à tese que constatara no ordenamento penal alemão anteriormente em 1985, sistematizando e propondo desta vez, ele próprio Jakobs, formalizando a necessidade de uma diferenciação no tratamento entre pessoas.

Na trilha de Mir Puig³⁸, Jakobs chega a essa conclusão a partir de suas premissas teóricas, retiradas, além de filósofos contratualistas como Hobbes, Locke, Rousseau e Fichte, do sociólogo alemão Niklas Luhmann: a teoria dos sistemas e a sociologia funcionalista. O modelo de sociedade no qual se baseia Jakobs é luhmanianno e o modelo social de Luhmann é o de uma sociedade como conjunto de subsistemas sociais - entre eles o Direito -, do qual não fazem parte os seres humanos. É isso que Luhmann defende e que Jakobs incorpora mais tarde ao seu discurso. A ideia é muito simples: a medicina se ocupa dos seres humanos, se ocupa do seu corpo, a psicologia da sua mente, mas a sociologia não se ocupa desse corpo nem da mente do ser humano, mas sim das relações e interações entre os seres humanos; entretanto, os próprios sujeitos não fazem parte do sistema.

O sistema é um conjunto de interações e o ser humano em si estaria fora do sistema, à margem do sistema. E se todo sistema, seja ele biológico, social se movimenta em um ambiente externo, os seres humanos não seriam um ambiente interno para o sistema social, mas a parte externa do sistema social. O sistema social sim possui um significado superior, comunicativo, normativo. Os seres humanos não fariam parte do sistema e, portanto, o conceito de pessoa, indivíduo, esse sim, seria um conceito social. Os seres humanos, os indivíduos psico-físicos não fazem parte do sistema social, mas o conceito de pessoa é um conceito social porque é uma qualificação, um atributo social; isto é, a sociedade, de acordo com Jakobs, considera pessoas os indivíduos, os seres humanos aos quais considera pessoas.

Alguém não seria pessoa por ter nascido ser humano, mas sim porque a sociedade lhe outorga esse status. É o papel que desempenha na sociedade que dirá se o ser humano seria ou não pessoa. Simplificando: não é pelo fato de ser humano que se é pessoa, se é pessoa quando a sociedade o considera pessoa de acordo com o cumprimento satisfatório de um determinado papel social que lhe é atribuído. Ninguém é pessoa porque nasceu; seríamos pessoas por uma concessão da sociedade, concessão

³⁸ PUIG, Santiago Mir. *1º Congresso Internacional Rede LFG e IPANIDRS. Direito Penal do Inimigo. (Mesa Redonda) Eugenio Raul Zaffaroni (Argentina) Janaína C. Paschoal (SP) Guillermo Yacobucci (Argentina) Raul Cervini (Uruguai) Cezar Roberto Bitencourt (RS) Jan Simon (Alemanha) Santiago Mir Puig (Espanha) Presidente de Mesa: Luiz Flávio Gomes (SP) 03/09/2007. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=y8Oue6SgTuw>*

dada para alguns e para outros, não. Portanto, alguns podem ser tratados como não-pessoas no âmbito do Direito Penal. Estes seriam os inimigos.

O discurso do “direito penal desigual”, segundo Cirino Dos Santos³⁹, Direito Penal do Inimigo, apresentaria um duplo sistema de imputação. No âmbito penal, por exemplo, faz uma distinção entre cidadão e inimigo. o cidadão é processado pelo fato passado, segundo o princípio da culpabilidade a quem se asseguraria todas as garantias constitucionais, porquanto considerado alguém fiel ao direito. O inimigo, não; o inimigo é um insubordinado jurídico, perigoso e que deve ser neutralizado para evitarmos a criminalidade futura. Algumas formas de criminalidade tachadas como inimigos: terroristas, criminalidade de entorpecentes, criminalidade organizada, criminalidade econômica, criminalidade sexual, criminosos habituais ou por tendência.

No âmbito processual, o cidadão é processado pelo sistema acusatório, regido pelo princípio da presunção de inocência e o inimigo não. Este é processado pelo sistema inquisitório, cujo primado é a presunção de culpa. O efeito desse discurso no sistema penal é o de legitimação da redução das garantias dos acusados. A pretexto de se combater a criminalidade, poder-se-ia afirmar que estamos diante de um processo de criminalização da pobreza, obtendo-se então uma “gestão diferencial das criminalidades⁴⁰”, uma limpeza de classe e o agigantamento do Estado Penal, consoante Wacquant.⁴¹

O maior exemplo disso são as invasões e ocupações bélicas de áreas pobres, em uma espécie de “policialização da vida” e do próprio processo penal. Os ocupantes destes espaços de privação, submetidos praticamente a militarização total, estando com seus corpos e mentes à disposição de um estado de sítio não-declarado, como preleciona

³⁹ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *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. Acesso em 03/07/2016.

⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento e história da violência nas prisões*. 31ª ed., Rio de Janeiro: Vozes, 2015, p. 174.

⁴¹ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Batista⁴², convertem-se em não-pessoas, são alvos de prisões sem a observância de direitos, como direito de permanecer calado, de consultar advogado, de não produzir prova contra si mesmo, isso para não mencionar interrogatórios com tortura, execuções da pena que ferem a dignidade humana. O Estado, nestes locais, representado pela polícia, suspeita, persegue, imputa, condena, aplica a pena, executa a pena, uma pena inconstitucional, muitas vezes, que é a pena de morte. Isto se conforma perfeitamente com a forma jakobsiana de que, para o inimigo, “o processo não deve ter forma de justiça, deve ter forma de guerra”.

Segundo Jakobs⁴³, ainda, o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos; em primeiro lugar se constata um amplo adiantamento da punibilidade, é de dizer, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal deve ser prospectiva, ao invés do habitual - retrospectiva. Em segundo lugar as penas previstas devem ser desproporcionalmente altas. Em terceiro lugar, finalmente, garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

A escolha do inimigo, havia assinalado como a essência do político, agora está, em boa medida, nas mãos das empresas de comunicação social. Todavia, para instalar o mundo paranoide também é indispensável um bode expiatório adequado para imputar-lhe os crimes que se projetam como fonte de segurança existencial.

A história mostra a enorme heterogeneidade dos inimigos em diversos mundos paranoides, enumera Zaffaroni⁴⁴: bruxas, hereges, judeus, viciados em drogas, traficantes de drogas, comunistas, subversivos, sífilíticos, deficientes físicos, prostitutas, africanos, índios, imigrantes, anarquistas, gays, minorias sexuais, terroristas, alcoólatras, pedófilos, anarquistas, socialistas, delinquentes comuns, ciganos, burgueses, ateus, religiosos etc.

⁴² BATISTA, Nilo. Militarização de favelas é estado de sítio inconstitucional. A nova democracia. Ano X, nº 84, dezembro de 2011. Disponível em <http://anovademocracia.com.br/no-84/3788-entrevista-nilo-batista-gmilitarizacao-de-favelas-e-estado-de-sitio-inconstitucional>. Acesso em 03/07/2016,

⁴³ JAKOBS, Günther, MELIÁ, Cancio. Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas. 2ª ed., trad. De André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 32.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 2 ed. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 43.

É difícil encontrar algum traço comum entre todos eles, apesar de alguns terem sido reiteradamente vitimizados. Às vezes o bode expiatório é idôneo pelo simples fato de pertencer a um grupo (judeus, ciganos, minorias sexuais e étnicas), enquanto em outras situações alguns membros do grupo promovem conflitos que os tornam mais vulneráveis como candidatos ao mundo paranoide.

As condutas de alguns membros do grupo não decidem a condição de bode expiatório, mas são elas que midiaticamente facilitam a instalação paranoide e, desse modo, aumentam o risco para o grupo. Em certos casos, basta a violência de um único de seus integrantes para que contamine midiaticamente a todos. Quando os delinquentes comuns são selecionados como inimigos, como percebe-se na atual quadra histórica, a estigmatização se orienta para todo seu grupo de pertencimento, o inimigo vira o delinquente comum pobre.

Nesse caso, os males que podem ser atribuídos a eles seriam ilimitados. Sempre existirão delitos cometidos, o que servirá para exercer um poder de controle muito amplo cuja extensão não consegue-se precisar com este trabalho, mas que indica que há uma tendência para que a pobreza, o delinquente comum pobre, os jovens e adolescentes marginalizados podem ser acusados de portar um elemento extremamente útil para erigir um bode expiatório. Devido a isso, eles seriam sempre escolhidos como inimigo de forma residual.

Deve-se sempre ter muito presente que a criminologia midiática prepara o mundo paranoide com base em técnicas de neutralização, que podem consistir, inclusive, em discursos mais ou menos sofisticados, mas sempre de ocasião, oportunista, simplista, redentor.

Não devemos nunca perder de vista que a criminologia midiática é uma arma de luta contra o Estado de bem-estar, e que, mediante o pânico moral, faz com que as pessoas se sintam em constante perigo de vida e, por conseguinte, privilegiam este bem sobre qualquer outro, com o qual deixam de lado as reclamações que correspondem ao Estado de bem-estar para reduzir-se somente àquilo que interessa ao Estado policial. A

criminalização da pobreza emerge como solução mágica e adolescentes e jovens negros são criminalizados e literalmente caçados como presas de um sistema sanguíneo.

Em seu artigo “La legitimación del control penal de los extraños”, Zaffaroni⁴⁵ afirma, entre tantos apontamentos críticos, a proposta do Direito Penal do Inimigo, que:

(...) Nuestra hipótesis parte del presupuesto de que toda conducta es o no banal según el contexto y las circunstancias. Entedemos que el profesor de Bonn dice en palabras más claras lo que otros muchos expresaron antes más confusamente, pero en un momento diferente. En esta etapa, el poder se planetariza y amenaza con una dictadura global; el potencial tecnológico de control informativo puede acabar con toda intimidad; el uso de ese potencial controlador no se limitaría a investigar a terroristas, como toda la experiencia histórica enseña, la comunicación masiva, de formidable poder técnico, está lanzada a una propaganda völkisch y vindicativa sin precedentes, el poder planetario fabrica enemigos en serie. Por ende, por mucho que se atavie como jurídica, la reacción inusitada es política, porque la cuestión que plantea es - y siempre fue - de esa naturaleza.

Pode-se constatar em linhas claras que o professor Zaffaroni discorda frontalmente do professor de Bonn ao defender que a questão do inimigo no direito penal é de natureza política e não normativa, como advoga Jakobs e seus acólitos.

O também professor da Universidade de Buenos Aires, Gabriel Anítua⁴⁶, vai além ao declarar que na proposta do direito penal do inimigo se ocultam, a despeito da aparente neutralidade científica que Jakobs imprime a sua construção jurídico-e penal, interesses, mesmo que de maneira inconsciente, de natureza econômica, “(...) pois é o que Hegel escondia, nas referências à situação frente ao mundo econômico, pessoa é quem produz, quem produziu ou quem produzirá. Dessa forma, fica fácil que aqueles tradicionalmente segregados pelo punitivo se enquadrem dentro do conceito de “inimigo”, que, na teoria, se faz com a mente posta em outro tipo de perpetrador de atos ilícitos.”

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Legitimación del Control Penal de los Extraños*, in Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez [coord.], “Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión”, Vol. 2. Madrid: EDISOFER S.L., 2006, pp. 1117-1147.

⁴⁶ ANÍTUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 696.

Destarte, à guisa de conclusão colhe-se alguns elementos no que se refere ao objetivo geral da pesquisa com alguma margem de plausibilidade, a saber:

a) A figura do “inimigo” nos ordenamentos penais aparece muito antes da proposta de Jakobs, tendo suas raízes na filosofia grega e no direito romano;

b) Existem fortes indícios da conexão entre a concepção negativa não apenas de criminoso, mas como do próprio ser humano, entre Hobbes e Freud, sendo que o próprio Jakobs utiliza como fundamentação filosófica para o seu discurso trechos, principalmente de Hobbes, para legitimar um tratamento penal diferenciado a alguns delinquentes;

c) O direito penal do inimigo se divide em dois momentos, um puramente descritivo, onde Jakobs apenas faz um diagnóstico da realidade do Direito Penal Alemão da sua época, e outro em que repagina seu discurso do inimigo com claros traços propositivos e toma grandes proporções em termos de debate a nível mundial, seja para criticar este discurso seja para defendê-lo.

De maneira um pouco mais inconclusiva, pode-se mencionar:

a) O inimigo é sempre uma construção determinada por uma decisão/conveniência política e/ou econômica;

b) Como consequência da dificuldade de distinguir cidadãos e inimigos, o direito penal não logra diferenciar a si mesmo de outras respostas do Estado frente aos atores que se opõem a ele. Assim, o direito penal recebe conotações quase militaristas, com uma drástica extensão do paradigma do inimigo, o qual leva com que grande quantidade de problemas sociais sejam tratados desde uma lógica meramente criminalizante segundo interesses político-econômicos conjunturais;

c) A dramatização de fatos particularmente violentos somada à ignorância de Jakobs sobre a percepção social da violência como fato fundante e inerente ao Estado Moderno com o objetivo de ditar normas penais que restringem direitos e garantias acaba por causar, conscientemente ou não, o efeito contrário que com elas se pretende, ou seja, se aprofunda a violência em vez de controlá-la.

d) Uma das características principais do Direito Penal do Inimigo, sobretudo em países terceiro-mundistas, periféricos, subdesenvolvidos etc., é a tendência do discurso, na prática, atuar como verdadeira legitimação para a criminalização de fenômenos sociais, políticos e econômicos, cuja resolução não deve ser oferecida, em última análise, através do direito penal.

Acerca dos objetivos – geral e específicos – salienta-se que a pesquisa encontrou limitações, posto tratar-se de trabalho de conclusão de graduação, sabidamente via estreita, carente de maior dilação para aprofundar, por exemplo, as origens e a evolução do conceito de inimigo, bem como sua colocação em prática ao largo da história, da Antiguidade Clássica até – e, principalmente – o século XX e a atualidade, o que lamentavelmente não pôde ser feito em decorrência da impossibilidade de uma pesquisa de maior fôlego. O mesmo pode ser dito no que atine às diferentes concepções de inimigo na filosofia do direito; muitas delas tiveram de ser abandonadas ao longo da pesquisa pelo fato das restrições formais e materiais de estilo.

Ao final do trabalho este autor gostaria de consignar – em que pese não constar nos objetivos ou hipóteses de pesquisa – que o breve estudo a respeito do tema estabelece a necessidade de uma nova investigação com maior amplitude, exclusivamente para promover um paralelo entre a proposta de direito penal do inimigo de Jakobs e a proposta de direito penal do inimigo oriunda do direito penal nazista, v.g., formulada por Edmund Mezger, Carl Schmitt e a Escola de Kiel, tema premente quase ou praticamente esquecido e pouco explorado para uma maior compreensão do quanto o direito penal do inimigo na “descrição” de Jakobs seria apenas mais uma sofisticação do discurso do direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.

Por fim, compreende-se que é necessária a realização de outros estudos que tenham como objeto de estudo o Direito Penal do Inimigo e sua possível imbricação com a criminalização da pobreza, em especial na América Latina, de modo a poder desenvolver melhor as hipóteses trazidas à baila na introdução deste trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLER, Germán. **El Derecho penal de enemigo y la Sociedad de Conflicto**, *en: Derecho penal enemigo – El discurso de la Exclusión, Volumen 1*, Edisofer-Libros Jurídicos, Editorial Bief: Montevideo-Buenos Aires, 2006.

AMBOS, Kai. **Derecho penal del enemigo**. In. *Cuadernos de Conferencias y Artículos nº 41*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2007.

ANÍTUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

APONTE, Alejandro. **Guerra y Derecho Penal de Enemigo-Reflexión Crítica sobre el Eficientismo Penal de Enemigo**. Grupo Editorial Ibáñez: Bogotá, 2006.

_____. **¿ Derecho Penal de Enemigo o Derecho Penal del Ciudadano?**, Monografías Jurídicas nº 100. Temis: Bogotá, 2005.

BATISTA, Nilo. **Militarização de favelas é estado de sítio inconstitucional**. Nova democracia. Ano X, nº 84, dezembro de 2011. Disponível em <http://anovademocracia.com.br/no-84/3788-entrevista-nilo-batista-qmilitarizacao-de-favelas-e-estado-de-sitio-inconstitucional>

BATISDA, Xacobe. **Los Bárbaros em el Umbral Fundamentos Filosóficos del Derecho Penal de Enemigo**, en *Derecho Penal de enemigo – El discurso Penal del la Exclusión, Volumen 1*, Edisofer-Libros Jurídicos, Editorial Ibef: Montevideo-Buenos Aires, 2006.

BARATTA, Alessandro. **Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal**. Siglo XXI Editores: Avellaneda-Argentina, 2004.

_____. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Revan: Rio de Janeiro, 2004.

_____. **Política Criminal – Entre la política de seguridad y la política social em países com grandes conflictos sociales y políticos**, em Memorias Foro de Política Criminal, Pontificia Universidade Javeriana, Bogotá, 1998.

BENJAMIN, Walter. **Para una crítica de la violencia. Publicación periódica orientada al tratamiento de la periodica violencia**. nº. 16, año 4, octubre de 2004. Disponível em <http://www.vivilibros.com/excesos/16-a-02.html>.

BRITO, Ronaldo Figueiredo. **Direito penal do inimigo em Günther Jakobs e sua falsa sensação de segurança**. Temiminós Revista Científica, 01 Maio 2014, Vol.3(1), pp.144-154. Disponível em www.cnecrij.com.br/ojs/index.php/temiminos/article/download/60/42.

CARNELUTTI, Francesco. **Metodología del Derecho**. Unión Tipográfica. Editorial Hispanoamericana: México, 1962.

DERRIDA, Jacques. **Fuerza de Ley – El fundamento Místico de la Autoridad**, Tecnos, Madrid, 2002.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **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.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento e história da violência nas prisões**. 31ª ed., Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 2ª ed., trad. De André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____¿ **Derecho penal de enemigo? Un Estudio Acerca de los Presupuestos de la Juridicidad, em Derecho Penal y Sociedad**, Tomo II, Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2007.

_____.**Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade**. Trad. MENDES, Gercélia Batista de; CARVALHO, Geraldo de. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HABERMAS, Jürguen. **Teoria do agir comunicativo**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2012.

KRUBER. Carlos José Pereira. **Direito Penal do Inimigo: o Estado na sua constante instrumentalização social**. Orientador: Gloeckner, Ricardo Jacobsen. 2014. Disponível em <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/5930>.

MARX, KARL. **Contribuição à crítica da economia política**. São Paulo, Boitempo, 2011.

_____. **Carta ao Pai em Trier.** Disponível em: <http://www.scientific-socialism.de/KMFEDireitoCAP4Port.htm>. Acesso em 27/06/2016.

_____. **Debates acerca da lei sobre o furto de madeira (Parte V),** *Gazeta Renana, Nr. 307, 3 de novembro de 1842.* Disponível em <http://www.scientific-socialism.de/KMFEDireitoCAP12Port.htm>.

MENDES, André Pacheco Teixeira. **Direito penal do inimigo: quando Jakobs se aproxima de Hobbes e Freud.** Rev. Epos, Rio de Janeiro , v. 2,n. 1,jun. 2011 .
Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178700X2011000100004&lng=pt&nrm=iso>.

MÉSZÁROS, István. **O poder da ideologia;** tradução Magda Lopes e Paulo Cezar Castanheira. 1. ed., 5. reimpr – São Paulo: Boitempo, 2014

MORENO HERNANDEZ, Hugo César. **Desciudadanización y estado de excepción.** Andamios, México, v. 11, n. 24, p. 125-148, abr. 2014. Disponível em http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632014000100007&lng=es&nrm=iso.

PEGORARO, JUAN S. **La excepcionalidade del pensamiento de Karl Marx acerca del delito de la politica criminal.** Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" – Año IV, Número 5, 2010.

POLAINO- ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo.** São Paulo: LiberArs, 2014.

_____. **Derecho penal de enemigo- Desmistificación de un Concepto.** Editora Jurídica Grijley: Lima, 2006.

POSTONE, Moíshe. **Tempo, trabalho e dominação social: uma reinterpretação da teoria crítica de Marx.** São Paulo: Boitempo, 2014.

PUIG, Santiago Mir. **Iº Congresso Internacional Rede LFG e IPANIDRS. Direito Penal do Inimigo. (Mesa Redonda) Eugenio Raul Zaffaroni (Argentina) Janaína C. Paschoal (SP) Guillermo Yacobucci (Argentina) Raul Cervini (Uruguai) Cezar Roberto Bitencourt (RS) Jan Simon (Alemanha) Santiago Mir Puig (Espanha) Presidente de Mesa: Luiz Flávio Gomes (SP) 03/09/2007. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=y8Oue6SgTuw>**

RABELO, Júlio César do Nascimento; NASCIMENTO, Luciana Rodrigues Passos. **A teoria do direito penal do inimigo como fruto do expansionismo penal e sua presença no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=085a2f56bfb27cb2>.

RODRÍGUEZ, Angél Augusto Monroy. **Construcción del enemigo del derecho penal desde los medios de comunicación.** Revista Advocatus, ISSN-e 2390-0202, N.º. 24, 2015, págs. 31-45. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=54427577>

SANCHÉZ, J.M.S. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARTORI, Vitor Bartoletti. **Lukács e a crítica ontológica ao direito.** São Paulo: Cortez, 2010.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul y YOUNG, Jock. **La nueva Criminología- Contribución a una Teoría Social de la Conducta Desviada.** Amorrortu Editores: Buenos Aires, 2001.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal.** Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O inimigo no direito penal. 2 ed. Trad. de Sérgio Lamarão.**
Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **La Legitimación del Control Penal de los Extraños,** Cancio
Meliá/Gómez-Jara Díez [coord.], “Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la
Exclusión”, Vol. 2. Madrid: EDISOFER S.L., 2006.