FACULDADES INTEGRADAS HÉLIO ALONSO

CURSO DE DIREITO

Irine Cardoso Syrogiannis

DIREITO PENAL DO INIMIGO: A QUEBRA DO CONTRATO SOCIAL E
OS CULPADOS ÚTEIS.

Rio de Janeiro

2015

Irine Cardoso Syrogiannis

DIREITO PENAL DO INIMIGO: A QUEBRA DO CONTRATO SOCIAL E
OS CULPADOS ÚTEIS.

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado como pré-requisito à obtenção
do título de Bacharel em Direito da
Faculdade Hélio Alonso/FACHA RJ.

Área de Concentração: Direito Penal,
Criminologia e Sociologia Jurídica.

Professora Orientadora: Marta Maria
Alonso de Siqueira

Rio de Janeiro

2015

FOLHA DE APROVAÇÃO

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: A QUEBRA DO CONTRATO SOCIAL
E OS CULPADOS ÚTEIS.**

Irine Cardoso Syrogiannis.

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado como pré-requisito à obtenção
do título de Bacharel em Direito da
Faculdade Hélio Alonso/FACHA RJ.

Banca Examinadora:

Professora Marta Maria Alonso de Siqueira (Orientadora)

(Examinador)

(Examinador)

DEDICATÓRIA

A minha mãe, rainha e maravilhosa, e a todos os meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha mãe, por todo o seu apoio e suporte incondicional, que me trouxe até aqui, me ensinou o significado de força, a importância da ética e a essencialidade de questionar tudo, sempre,

Agradeço aos meus familiares, meu tio Helder por ter sido um pai para mim. Meu tio Joas por ser um exemplo de profissional e de vida, e a minha avó Edna, que me ensinou a importância de manter sempre a ternura.

Agradeço aos mestres que me guiaram durante toda a minha jornada, especialmente a aqueles que me inspiraram e me fizeram apaixonar cada vez mais pelo Direito Penal. Professor Rubens Casara, professora Maria Helena Diniz e professora Gisele França, obrigada.

Agradeço a Faculdade FACHA, que me apresentou uma visão humanista do Direito e me pôs em contato com profissionais admiráveis.

Agradeço, especialmente, a professora Marta, que aceitou ser minha orientadora, suportando meus momentos de incerteza e procrastinação, me ajudando a construir este trabalho do qual tanto me orgulho.

Agradeço aos meus amigos que sempre me apoiaram e incentivaram, os quais não seria justo nominar, pois correria o risco de esquecer algum, em meio a tantos.

Agradeço ao meu antigo chefe, professor Leonardo Vizeu, e ao atual, Doutor Alexandre Murilo Graça, por me ensinarem algumas duras verdades quanto ao mundo e a profissão, bem como, a cima de tudo, me ensinarem a importância da ética e da postura profissional.

Por fim, não menos importante, agradeço a todos os Deuses e Deusas que me guiaram por este caminho, em especial a minha Deusa Mãe e Rainha, Khairé Nyx.

Epígrafe

Só pratica o mal, aquele que desconhece o Bem. – Aristoteles.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo o estudo da presença do Inimigo desde o início do desenvolvimento das sociedades ocidentais, como legitimador de um tratamento diferenciado a determinada parcela destas sociedades e a seus efeitos no desenvolvimento do pensamento penal e criminológico, aplicando-os a realidade atual brasileira. Através da pesquisa verificou-se o desenvolvimento da imagem do inimigo durante a história, bem como seu uso por parte dos detentores do poder para justificar a arbitrária relativização de direitos e garantias de membros da sociedade. Neste diapasão, verificou-se o risco que tal posicionamento ideológico causa ao Estado de Direito, favorecendo o retorno ao modelo de Estado Absoluto.

Palavras-chaves: Inimigo no Direito Penal, Contrato Social e Criminologia.

ABSTRACT

The present work has as its objective the study about the presence of the Enemy since the begin of the development of occidental societies, as legitimizing of a differential treatment to a certain portion of these societies and its effects on the development of the criminal and criminological knowledge, applying them to the actual Brazilian reality. Through the research it was found the evolution of the image of the Enemy throughout history, as well as its use for those in power to justify the arbitrary relativisation of individual rights and guarantees of members of this society. That said, it was found the risk of this ideological positioning to the State of Law, promoting the return to the State Absolute model.

Key words: Criminal Law Enemy, Social Contract and Criminology.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 BREVE HISTÓRIA DO DIREITO PENAL E O INIMIGO COMO LEGITIMADOR DO PODER PUNITIVO.

2.1 O Conceito de Inimigo na Grécia Clássica e Sua Legitimação Política no Império Romano.

2.2 O Colonialismo e O Inimigo Como Forma de Legitimar O Poder.

2.2.1 A Importância dos Tribunais Inquisitoriais Para Legitimar a Violência Estatal Contra o Inimigo.

2.3 Um Falso Discurso de Tolerância, O Tratamento do Inimigo na Revolução Industrial.

2.4. O Efeito do Poder Punitivo e a Consolidação do Inimigo nas Regiões Periféricas do Poder.

2.5 A Necessidade do Inimigo na Legitimação do Autoritarismo do Século XX.

2.6 A Ascensão do autoritarismo Cool, assim chamado por Zaffaroni, sua força no século XXI e suas influências na América Latina atual.

2.7 A Presença do Inimigo No Direito Penal Através da História.

3 A PRESENÇA DO INIMIGO NO DIREITO PENAL COMO AMEAÇA AO ESTADO DE DEMOCRÁTICO DE DIREITO. A Teoria de Günther Jakobs e as críticas de Cancio Mélia a Raul Zaffaroni.

3.1 A Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

3.2 As Críticas de Raul Zaffaroni e Manuel Cancio Meliá a Günther Jakobs.

3.3 A Incompatibilidade da Teoria do Direito Penal do Inimigo com o Estado Democrático de Direito.

4 O INIMIGO COMO LEGITIMADOR DO ATUAL ESTADO DE EXCEÇÃO BRASILEIRO.

4.1 O Papel do Direito Penal na Estigmatização Social.

4.2 A Legitimação do tratamento Penal diferenciado: Divisão do Povo em Cidadãos e

Subcidadãos na História Brasileira.

4.3 A Frágil Soberania Nacional e a Necessidade do Pacto de Sangue entre Estado e Cidadão.

4.4 A Concretização do Inimigo nas Leis Penais e Suas Aplicações.

5 CONCLUSÃO

6 REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Pelo estudo dos juristas e sociólogos abordados neste trabalho pode-se perceber o modo como foi construída a nossa sociedade atual, com suas mazelas e preconceitos, favorecendo alguns poucos privilegiados e produzindo abismos sociais, nos quais de um lado estão “nós” e do outro “eles”, sendo “eles” inimigos.

Isto se confirma diariamente, nos discursos reproduzidos pelos grandes meios de comunicação e o modo como se manifesta a opinião popular, que é manipulada a fim de defender discursos antidemocráticos, incompatíveis com o Estado de direito, mas que seguem o caminho historicamente traçado por Estados absolutos, praticantes de terríveis genocídios.

Os inimigos são identificados como grandes responsáveis pelos graves problemas de violência em nossa sociedade. Vendo-os como inferiores, incapazes de se adequar ao contrato social, devendo então ser combatidos, forçados a se tornarem como “nós” ou exterminados, a fim de se preservar o contrato social. Tal visão cria as perfeitas condições para a criação e desenvolvimento da Teoria do Direito Penal do Inimigo.

As grandes mudanças ocorridas no mundo desde a era das grandes navegações, passando pelo colonialismo, o neocolonialismo e ganhando força com a Revolução Industrial, fizeram o mundo físico diminuir, mas também favoreceram a expansão do medo pelo diferente e a repulsa por aquele que não se assemelha com os que se encontram na posição de poder. O crescente desenvolvimento tecnológico deixa um rastro de destruição sócio ambiental, em que poucos são favorecidos e os que ficam para trás são enxergados como inferiores. Compreende-se que são incapazes de acompanhar o desenvolvimento de suas sociedades, tornando-se os grandes responsáveis por suas mazelas. Pouco sendo reconhecidos como seres humanos, Zaffaroni nos mostra os caminhos do penalismo moderno, que já contaminado pelos preconceitos da época, não os enxerga como cidadãos portadores de direitos e garantias, mas sim como incapazes a serem, basicamente, domesticados.

Cava-se, cada vez mais, o abismo entre o “nós” e o “eles”, imputando-se todas as responsabilidades a eles, acreditando e fazendo-os crer que são os únicos culpados pelos problemas da sociedade. Os reconhecidos como cidadãos tornam-se incapazes de enxergar sua contribuição para a situação da sociedade, clamando ao Estado, ou a quem se dispor, que extinga tal mal. Assim pratica a manutenção de um torpe contrato social, ao qual se forçou a adesão daqueles considerados inferiores, e que com o sangue destes é selado. Dessa forma, observa-se a estrutura descrita por Zigmunt Bauman, em que o dito cidadão se torna

cúmplice do Estado em sua violência, reassegurando sua supremacia pelo monopólio da força, e tendo no inimigo o sacrifício necessário para a manutenção do status quo. Desenvolve-se um teatro em que “eles” seguem como os grandes responsáveis pela violência, sem que os chamados cidadãos reconheçam sua responsabilidade para esse quadro social, não admitindo que são praticantes e coniventes com a mesma violência, ainda que não se utilizem das mesmas formas.

Naturalmente, tal ideia demonstra-se desconfortável e difícil de ser assimilada, uma vez que grande parte da população se reconhece como “pessoas de bem”, cumpridoras de seus deveres, e conseqüentemente não podem ser responsabilizadas pelos crimes existentes em seu meio. Assim, despejam toda a responsabilidade pela existência dos crimes cometidos unicamente na figura do criminoso, que é desconsiderado em sua humanidade e passa a personificar aquilo que de pior existiria no mundo, sendo visto tão somente como um mal a ser erradicado a fim de se preservar o *status quo* e a paz.

Em países como o Brasil, que sofreu uma colonização extrativista, voltada unicamente para a produção de mercadorias a serem vendidas pela metrópole, sem qualquer pretensão de habitar e desenvolver a colônia. Com uso de praticamente tão somente mão de obra escrava, havendo uma separação bem delimitada entre a elite colonizadora, os índios locais e os negros africanos, é clara a produção de graves mazelas sociais. As quais, devido a celeridade do desenvolvimento nacional, proporcionada pela globalização, serviram tão somente para intensificar tais disparidades.

Produzindo uma sociedade elitista, com uma grande parcela da população em condições de subcidadania, tornando o Brasil o seio perfeito para o crescimento de um Direito Penal anti-democrático e punitivista, com grandes influências, ainda que subliminares, da Teoria do Direito Penal do Inimigo, reproduzindo-a em nossas leis, em sua aplicação e no comportamento de nossa sociedade.

Diante de todo o exposto, o trabalho visa demonstrar a presença do Inimigo durante toda a história do mundo ocidental, expondo os argumentos utilizados em cada época para sua legitimação, bem como os danos oriundos da aplicação deste discurso no Direito Penal. Por fim, pretende-se demonstrar as motivações, os modos de legitimação e as influências deste discurso na sociedade brasileira.

Para tanto, o primeiro capítulo traz um apanhado histórico sobre o desenvolvimento da teoria no mundo ocidental, o segundo a tese de Günther Jakobs sobre a compatibilidade do

Direito Penal do Inimigo com o Estado Democrático de Direito e as críticas a ela. O terceiro capítulo focaliza na presença da Tese no Brasil e suas consequências, tanto para o Direito, como no entendimento popular. Por fim, concluí-se quais os danos da ideologia de um Direito Penal diferenciado para os ditos inimigos na sociedade atual e a importância de se combater tal tese a fim de atingir-se um Estado Democrático de Direito, onde qualquer pessoa é reconhecida e tratada como um ser humano.

2 BREVE HISTÓRIA DO DIREITO PENAL E O INIMIGO COMO LEGITIMADOR DO PODER PUNITIVO.

O medo do diferente não é trata de uma novidade atual, mas sim de uma constante nas civilizações humanas, desde onde se tem registro. Sempre houve o clamor por uma diferenciação entre o tratamento dado aos “iguais” e os “estranhos”, que se reflete de modo particularmente claro no Direito Penal.

2.1 O Conceito de Inimigo na Grécia Clássica e Sua Legitimação Política no Império Romano.

A visão do delinquente como um ser menos evoluído advém do pensamento platônico, na Grécia Clássica. O filósofo associava o delito a incapacidade do suposto autor de ascender ao plano das ideias, onde tudo é perfeito, chegando a defender que, caso este infrator se mostrasse irrecuperável, deveria ser eliminado.

Oriundo do mesmo período, Protágoras defendia o que se pode identificar com um Direito Penal preventivo, com tratamento diferenciado aos chamados incorrigíveis, que deveriam ser excluídos da sociedade.

Porém apenas quando ocorre a ascensão do Império Romano e a necessidade de se tomar uma sociedade com estrutura verticalizada, em que cada um tem seu papel bem definido dentro do Estado, advindo do pátrio poder familiar, até chegar a uma disciplina militar de devoção a pátria, adota-se o Inimigo como estratégia política.

Deste período advêm algumas das classificações de inimigo presentes nas ideologias modernas, que seriam resgatadas mais tarde como forma de justificar um dos maiores genocídios da história da humanidade.

Para os romanos, a figura do inimigo se apresentava de dois modos: a) Como *inimicus*, o adversário pessoal, e o *hostis**, que é o inimigo real, com o qual o poder público se preocupa.

O *hostis* é o estrangeiro ou estranho, isento de direitos, por não pertencer à comunidade, sendo identificado pelo Império Romano como bárbaro. Assim, se entendia que com esses não havia possibilidade de diálogo, optava-se pela guerra, a fim de subjugá-los e impedi-los de ameaçar o Império.

Trata-se então do *hostis alienígena*, abarcando não apenas a categoria do estrangeiro desconhecido, mas também daquele vencido, de onde se originavam os escravos. Esses

estrangeiros deveriam estar sob constante vigilância, pois lutariam enquanto pudessem por sua liberdade, ameaçando os interesses do Império.

Ao mesmo tempo, encontramos a figura do *hostis judicatus*, que eram assim declarados pelo Senado Romano, sendo cidadãos que ameaçaram o império através de conspirações ou traições, sendo então declarados como inimigos públicos, perdendo todos os seus Direitos.

A instituição do *hostis judicatus* romano cumpria a função de deixar o cidadão em condição semelhante á do escravo, para tornar-lhes aplicáveis as penas que eram vedadas para os cidadãos.¹

Observa-se então o início da incorporação da figura do inimigo a fim de legitimar a relativização de direitos e garantias, pois estes já não mais seriam identificados como seres humanos frente aquele Estado.

2.2 O Colonialismo e O Inimigo Como Forma de Legitimar O Poder.

Com a ascensão das grandes potências europeias e a evolução das relações comerciais, cresce a necessidade de se adquirir novos territórios, em busca de novos produtos e mercados, ocorrendo o incentivo às viagens de exploração e movimentos de colonização.

Neste quadro, as grandes potências europeias retomam a forma de Estado Romano, e retornam ao modelo hierarquizado, com pequenos núcleos, famílias, respondendo a um comandante, pai, chefe da família, e este ao Estado, e, por conseguinte, retoma-se o poder punitivo.

Como nos explica Zaffaroni, o poder punitivo legitima o Estado a praticar o *confisco de conflito*, usurpando o papel da vítima, que se torna mera estatística criminal. Dessa forma, o Estado passa a exercer vasta capacidade de decisão, sem que esta possa ser confundida com solução dos conflitos, sendo o Estado quem decide em quais conflitos e como interferirá. Em outras palavras, diz-se que o Estado atua com especial controle, mediante seu poder de vigilância, sobre toda a sociedade, especialmente sobre grupos que, a seu critério, julga potencialmente perigosos para a hierarquização social. Nesse sentido, ilustra Zaffaroni:

Roma não teria logrado conquistar a Europa, nem a Europa teria conseguido conquistar a América e a África sem a poderosa verticalização interna, que resultou da *confiscação das vítimas* como pretexto para vigiar, disciplinar e neutralizar os disfuncionais. Sem este instrumento a Europa tampouco poderia ter controlado os

¹ ZAFFARONI, Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 23

países colonizados, onde impôs formas hierarquizantes próprias, para convertê-los em imensos *campos de concentração*, vale dizer dotando-os de estruturas e organizações *colonizadas*.²

Neste período o discurso teocrático, usado como forma de legitimar o poder que se expandia em todo o planeta, concebia os genocídios praticados nas colônias como uma campanha piedosa, em nome da qual se matavam colonos rebeldes, mulheres, grupos discordantes daqueles que exerciam poder, até chegar a própria figura do Diabo. Traduzindo assim a primeira situação de emergência, que justificava um estado de guerra e necessitava de um inimigo que a legitimava.

Desta Forma o poder punitivo ganha força, justificando seus métodos inquisitoriais, na suposta eliminação de uma ameaça, fomentando preconceitos contra um grupo. As bruxas, na referida época.

Durante o século XVI, tais práticas são adotadas pelos tribunais laicos, justificando a execução em praça pública de todos os considerados inimigos do Estado, em uma festa sangrenta e exemplificativa, a fim de manter a população em geral dentro das diretrizes da sociedade.

Nas colônias, este Poder empreendeu genocídios, eliminando populações colonizadas inteiras na América e levando os poucos sobreviventes a uma condição servil, bem como servindo para justificar a escravização dos africanos. Provocando a destruição massiva das culturas pré-colonialistas.

Nesse sentido, desde o referido período incentiva-se uma repressão penal plural, determinada de acordo com a colocação do suposto delinquente na sociedade. Os supostos praticantes de crimes graves ou reincidentes deveriam ser eliminados, os intermediários neutralizados, por penas de exclusão social, e os poucos criminosos ocasionais, usualmente pertencentes à parcela mais alta da população, nas raras vezes que eram julgados, recebiam generosa benevolência.

Não é possível falar de cidadania neste período, pois o conceito sequer existia. Tratava-se de *súditos*, porém o círculo de súditos privilegiados era reduzido, de modo que a grande maioria era composta pelas classes subalternas, que deviam ser mantidas nesta condição. Eram considerados *indesejáveis* os inimigos indiretos, aqueles que, com sua conduta, desafiavam a férrea ordem vertical e se distinguiam dos *simplesmente inferiores* – destinados a exploração pura e simples - , que apenas em casos de indisciplina eram punidos exemplarmente, com horríveis torturas para evitar qualquer desvio em sua domesticação extrativa. Por isso os *indesejáveis* também deviam ser eliminados, como remédio para a eventual indisciplina dos inferiores e. para isso, recorria-se sempre a pena de morte, embora existisse como

² ZAFFARONI, Raul. *Op. Cit.* P. 32

alternativa a eliminação um tanto mais lenta, mediante a incorporação forçada aos exércitos para produção de energia motriz (pena de galés).³

O poder punitivo então é a principal arma do soberano para manutenção do *status quo*, sendo por esse usado com vasta arbitrariedade, do modo que melhor conviesse as suas necessidades para perpetuar-se no poder.

2.2.1 A Importância dos Tribunais Inquisitoriais Para Legitimar a Violência Estatal Contra o Inimigo.

A queda do Império Romano também representou a decadência do poder punitivo. De modo que durante todo o período feudal, as disputas jurídicas eram resolvidas por combates, *ordálias*, onde as pessoas em conflito lutavam, ou selecionavam representantes para que lutassem, entre si, sendo o vencedor considerado o correto. Dessa maneira, entendia-se que a vontade de Deus determinava o vencedor.

Durante este período, a figura do “juiz” consistia em um mero árbitro, que deveria tão somente fiscalizar a luta a fim de assegurar que não seriam usadas trapaças.

Com o retorno do poder punitivo nos séculos XII e XIII, deixam-se as lutas de lado e adota-se um modelo inquisitorial. Nesse diapasão, verdade passa a ser estabelecida mediante um interrogatório, em que o inquisidor pergunta ao inquirido, a fim de obter a verdade. Caso o investigador se mostre insatisfeito com a resposta do investigado, seja por considerá-la vaga ou mentirosa, aquele estaria apto a se valer de tortura para obter a resposta desejada, supostamente a Real.

O juiz é agora o inquisidor e não mais um árbitro, que goza de fé pública, pois representa o soberano, o qual usurpou o papel da vítima. Neste quadro, a questão não é mais decidida por dois iguais, diante de um juiz neutro, Deus. Pois agora a figura do inquisidor se apresenta como representante divino, tornando-se o *Dominus*, adotando concomitantemente as funções de acusador e juiz.

Sendo o *Dominus* representante de Deus, não se questionava sua bondade, vendo-o como alguém disposto a obter o saber necessário a fim de salvar a humanidade de uma ameaça cósmica, traduzida em Satã na forma de heresias e bruxarias. Por isso, todos os meios por ele utilizados eram considerados legítimos.

A adoção do modelo inquisitorial pelos tribunais laicos, significou a substituição da

³ ZAFFARONI, Raul. *Op. cit.* P. 37

figura divina (Deus) pelo Saber e a figura do demônio pela Ignorância. Agora, o *Dominus* se torna um ser voraz por saber, a serviço do Poder, ao qual não se deve impor limite a busca, pois isso significaria agir para o mau. Dessa forma, esclarece Zaffaroni:

A interrogação violenta de todos os objetos a serem conhecidos e a hierarquização de seres humanos são duas condicionantes que partem da necessidade de conhecimento (apetite de saber) do poder que, ao mesmo tempo, é arbitrário do *bom* e, portanto, o único capaz de definir o *mau* e assinalá-lo como *inimigo*, o *hostis*,

Neste esquema, o sequestro de Deus garante a legitimidade do conhecimento inquisitorial do *dominus*, pois como se supõe que seu saber (poder) sempre se dirige ao bem, todo poder que se exercer na procura dessa saber não deve ser obstaculizado, uma vez que o mau significa, justamente, obstaculizar o bom. Deste modo o uso de violência fica autorizado – e inclusive se impõe – contra qualquer obstáculo (*objectus*) que se lhe oponha. Embora não pareça razoável comparar um inquisidor a um investigador científico, o certo é que tanto a tortura quanto a vivisseção são consideradas como um bem na *inquisitio*, porque o *Dominus* garante, com isso, que a humanidade seja salva diante das emergências (Satã, enfermidade, degeneração, etc.). Todo obstáculo ao saber inquisitorial do *dominus* é inimigo do bem e aliado do *mal*.⁴

A partir desse momento histórico, perpetuou-se uma cultura de saber inquisitorial, que permanece até hoje presente nas sociedades formadas a partir do que o jurista Zaffaroni se refere com a “planetarização do poder punitivo” pela Revolução Mercantil e dos genocídios colonizadores. Legitima-se a busca de um pretensão saber que desconhece limites, de forma a justificar o Poder do Estado.

2.3 Um Falso Discurso de Tolerância, O Tratamento do Inimigo na Revolução Industrial.

O modelo inquisitorial se manteve praticamente estático até a Revolução Industrial, quando a ascensão de uma nova classe dominante promoveu a atenuação do controle penal, embora muito mais do discurso que na prática. Entretanto não se modificou a dualidade de tratamento penal, em que se mantiveram garantias para os iguais, com poucas mudanças no tratamento aos diferentes. Neste sentido vemos a aprovação de discursos iluministas, como o de Foucault, defendendo uma nova forma de punir, talvez não tão rígida ou prolongada, porém eficiente. Contudo, observa-se que esta eficiência serve aos interesses da nova classe dominante, no controle do proletariado e no adestramento desses para o trabalho nas fábricas, sem que se vislumbre efetivas mudanças ou melhoras no tratamento destinado as camadas não-privilegiadas.

Em busca de limitar o poder da velha classe dominante, a nobreza, os burgueses iniciaram um discurso redutor do poder punitivo, a maior fonte de poder dos nobres, que se traduziu em poucas mudanças na forma de operação deste poder, que seguia seletista e logo passou a servir aos interesses da nova classe dominante.

Neste novo discurso, as penas de morte são destinadas apenas a assassinos e à graves dissidentes, inimigos do poder estatal. Assim os *indesejáveis* tornavam-se um problema, pois não mais poderiam ser eliminados em praça pública. Estes deveriam sim ser domesticados para o trabalho nas fábricas ou neutralizados.

⁴ ZAFFARONI, Raul. *Op. cit.* P. 41

Uma atenta leitura de Hobbes e Locke revela os elementos que, no século XIX, permitem a *generalização da ideia de inferioridade, primitivismo e selvageria* (em estado de *natureza* ou *guerra*) dos homens dos países colonizados e dos assalariados ou das classes subalternas ou não incorporadas a produção industrial dos próprios países centrais, colonizadores ou neocolonizadores. **Foi preciso um passo muito curto para concluir que o delinquente não era senão um ser regressivo, atávico, ou seja, um selvagem que surge em meio a uma civilização superior e que tende a desorganizá-la** ⁵ Grifos nossos

Esta se tornou a justificativa legitimante do Poder Punitivo nas mãos da burguesia, que encontrou a solução através das penas restritivas de liberdade, resultantes no encarceramento em prisões com altas taxas de mortalidade, bem como a submissão a julgamentos intermináveis e medidas de neutralização na forma de prisões preventivas ou deportação.

(...) a prisão para esses selvagens que emergiam nos países civilizados não tinha um fundamento muito diferente daquele legitimador do colonialismo e do neocolonialismo, cujo ponto culminante foi a arbitrária divisão da África. Em suma: **A colônia era uma gigantesca instituição total, de dimensões desconhecidas, cuja pequena réplica nos países centrais era a prisão** ⁶

Surgem então diversas teorias, baseadas em distorções de teorias biológicas, como a da evolução de Darwin, para justificar por que alguns homens gozariam de mais sucesso que outros, bem como por que alguns tenderiam a delinquir, ganhando força o estereótipo do criminoso, sempre equivalente às esferas sociais mais baixas, como forma de legitimar preconceitos.

As teses de Lombroso ganham cada vez mais força, trazendo os estereótipos dos colonizados para a identificação do provável delinquente.

Ao tempo em que Lombroso trabalhava, um fluxo migratório intenso e constante transportava europeus pobres para a América Latina. *A polícia selecionava pessoas com essas características e as prendia, e Lombroso verificava os presos que as possuíam. A conclusão de Lombroso assinalava que tais características eram a causa do delito, quando, na realidade, eram apenas a causa da prisão.* ⁷

Uma vez compreendido que uma parcela da população teria maior tendência ao crime, esta começa a ser vigiada e subjugada, não mais se reconhecem os direitos desses indivíduos e suas garantias são relativizadas, em prol da suposta proteção do Estado.

2.4. O Efeito do Poder Punitivo e a Consolidação do Inimigo nas Regiões Periféricas do Poder.

⁵ Zaffaroni, Raul. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. **Direito penal brasileiro I: teoria geral do direito penal.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P. 551.

⁶ *ibidem*

⁷ Zaffaroni, Raul. **O Inimigo no Direito Penal.** *Op. cit.* p 574.

Diferente das sociedades colonizadoras, em que o Poder Punitivo servia de instrumento verticalizador, nas sociedades colonizadas esse poder serviu para formar verdadeiros *campos de concentração*, tendo em vista o entendimento dos povos colonizados como inferiores, que deveriam “*trabalhar e se submeter, para aprenderem a ser livres*”⁸, conforme cita Zaffaroni em seu livro *O Inimigo no Direito Penal*. Tal forma de atuação se perpetuaria durante muitos anos nesta região, mesmo com a mudança de mãos do poder.

O exercício do poder repressivo nos países colonizados permaneceu sem grandes alternativas até muitas alternativas até muitas décadas depois da independência, ao amparo de repúblicas oligárquicas que mantiveram as maiorias em condições análogas a servidão. A Independência significou muitas vezes apenas a ascensão da limitada classe dos brancos descendentes dos colonizadores. Justiça exercida por grandes proprietários de terras, penas de morte privadas, assassinato de dissidentes, repressão em massa, recrutamento forçado de mestiços e mulatos para os exércitos, polícias de ocupação, arbitrariedades e torturas, degolas aprisionamento sem processo, estados de exceção permanentes e fenômenos de incrível corrupção foram correntes nestes imensos campos de concentração.⁹

Apenas no século XX, com a Revolução Mexicana, teve início a queda das Repúblicas Oligárquicas, o que promoveu a transformação do poder punitivo na forma da ditadura de velho estilo, bem como políticas populistas, usado de forma prudente como paternalismo policial. Nesse período, os discursos jurídicos abandonaram o positivismo puro, para se mesclarem com teorias alemãs, tendo a legislação sofrido influência de Códigos Europeus como o *Codice Rocco* e os projetos de Stoss.

Os *populismos* agiram de modo protecionista e nacionalista, permitindo amplo protagonismo político de grupos anteriormente excluídos. Bem como propagaram ódio aos modelos oligárquicos anteriores e seus idealistas.

Bem como se mostraram antipáticos aos membros da administração norte-americana da época, tendo se recusado a aceitar sua influência sob os países latinos, por isso estas promoveram golpes de Estado, ocasionando a regressão dos parques Estados de bem estar proporcionados pelo populismo. O que gerou resistência, vindo a dar origem a grupos armados, com ideais marxistas.

Sob pretexto de combater o comunismo, os Estados Unidos intervieram nestes Estados, propiciando Ditaduras Militares que praticaram Terrorismo de Estado com inusitada crueldade. Assim, nestes regimes os inimigos não se limitaram as resistências armadas, mas empreitaram uma verdadeira caça as bruxas, usando estas resistências para praticar verdadeiros massacres, quase exterminando toda uma geração de potenciais lideranças.

Para este fim, surgiu um poder penal paralelo, que empregava detenções administrativas

⁸ ZAFFARONI, Raul. *Op. cit.* P. 47.

⁹ *Idem.* P. 47/48.

arbitrárias, sobre pretexto de um eterno estado de sítio, emergência ou guerra, bem como um sistema penal subterrâneo, isento de qualquer legalidade.

A despeito de terem exercido um poder punitivo ilimitado, pervertido as medidas de exceção das constituições, imposto milhares de penas sem processo e submetido civis a tribunais e comissões militares, o caráter diferencial desses regimes foi a montagem do mencionado *sistema penal subterrâneo* sem precedentes quanto a crueldade, complexidade, calculadíssima planificação e execução, cuja analogia com a *solução final* é inegável. Mediante este aparato foram cometidos milhares de homicídios, desaparecimentos forçados, torturas, suplícios, sequestros, crimes sexuais, violações de domicílio, danos e incêndios, intimidações, roubos, extorsões, alterações de estado civil, etc., sem nenhuma base normativa dentro da sua própria ordem de *facto*.¹⁰

Aproximando-se a queda do Muro de Berlim, em busca de um novo inimigo que justificasse a manutenção do sistema repressivo elevado e o Estado de Guerra, a administração Americana passou a pressionar essas Ditaduras para adentrarem em uma *guerra antidrogas*, transportando para o traficante a figura do inimigo que ameaça a nação, sem no entanto diferenciar o vendedor do usuário.

Neste sentido, na década de 80, toda a região sanciona leis antidrogas, com caráter de exceção, similares aos utilizados anteriormente para combater terrorismo e subversão. Confundem-se modos de atuação, desrespeitando preceitos de legalidade e trazendo diversos instrumentos de cunho inquisitorial para os processos, enchendo cadeias e deixando o terreno propício para o desenvolvimento da corrupção na polícia e forças armadas atuantes junto aos cidadãos.

2.5 A Necessidade do Inimigo na Legitimação do Autoritarismo do Século XX.

A globalização que ganhou o mundo no século XX, foi precedida por uma revolução tecnológica que modificou a forma de comunicação. Tal avanço permitiu que pela primeira vez se espalhasse pelo mundo um discurso único, dotado de características totalitárias e antiliberais, que estimula a adoção de um poder repressivo muito mais discriminatório e em escala mundial.

Zaffaroni nos explica que a análise deste discurso não pode se dar na esfera do direito penal, mas sim como fenômeno midiático, particularmente publicitário.

Na Europa entre-guerras, dominada pelo fascismo, nazismo e stalinismo, o discurso autoritarista, ainda que possuíssem estrutura inquisitorial, se prendiam à ideologia *periculosidade*, proveniente do século XIX, a qual sempre acompanhou o *racismo*. Através de

¹⁰ ZAFFARONI, Raul. *Op. cit.* p. 50/51.

dos discursos provenientes dessas formas de Estado, se legitimavam todas as barbáries cometidas pelos Esses em suas tendências genocidas, ainda que estas ultrapassassem os limites das leis e, até mesmo, as mais aberrantes racionalizações dos juristas e criminalistas que os defendiam.

Fossem os *parasitas* para os soviéticos, os *subumanos* para os nazistas ou os *Inimigos do Estado* para os fascistas, todos os inimigos foram submetidos a um sistema penal paralelo, com tribunais especiais inquisitoriais.

Na realidade concreta, os regimes atuam mediante um direito penal subterrâneo, com desaparecimentos, torturas e execuções, alheios a qualquer previsão legal, que se refletem em diversos episódios trágicos da história humana, protagonizada por estes regimes. As leis penais então refletiam apenas o sistema formal ou, quando muito, algo do paralelo, deixando as maiores atrocidades aos cuidados do subterrâneo.

Tendo em vista que as leis não eram seguidas por estes Estados, a questão sobre sua necessidade se explica na necessidade de publicidade destes governos. De fato, as leis da época serviam para agradar a autoridade, dando uma roupagem legítima a suas ações, e também serviram para fazer propaganda para a população sobre as teóricas qualidades deste regime, interessado em proteger e defender o tal público. Apenas em um plano secundário tais normas visavam burocratizar a supressão dos inimigos.

A principal características das leis que regiam o sistema penal passível de ser mostrado, ou seja, o oficial ou público, era a sua *frontalidade*. Julius Lange e Adolf Erman descreveram esse traço na arte cortesã, assinalando que a figura humana, a linguagem ou qualquer manifestação estão dirigidas a um observador, a quem devem agradar, em atitude respeitosa e servil. É a mesma frontalidade do teatro cortesão, que nunca se volta as costas para o espectador, que sempre lhe recorda que se trata de uma ficção, que esta dirigida a ele e não a outro. A frontalidade só desapareceu com o relativismo sofista e seu pluralismo de perspectivas. Estas leis dos autoritarismos de entre-guerras apresentava traços idênticos.¹¹

Assim, o douto doutrinador segue explicando: “A *frontalidade* é característica de todo regime autocrático e não somente das manifestações artísticas, o que faz com que suas leis também sejam *frontalistas*.”

¹²

Tratava-se, portanto, de leis feitas para agradar o autocrata e fazer propaganda para a população, utilizando-se da técnica *Völkisch** (ou popularesca), no que nos explica Zaffaroni, alimentar e reforçar os piores preconceitos a fim de estimular publicamente a identificação do inimigo determinado.

¹¹ ZAFFARONI, Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Op. Cit. P. 56

¹² *Idem*. P. 57.

A adoção de tais discursos vinha mais uma vez unificar o Estado e legitimar antidemocráticos, fazendo a alusão a uma guerra ilusória, com um inimigo mítico a ser combatido. Assim, ganham forças as teorias mais fantásticas, alimentado este poder repressivo.

*Os mitos mais grosseiros se impõem porque existe sempre uma relação inversa entre o grau de irracionalidade e brutalidade do poder repressivo e o nível de elaboração do discurso que procura legitimá-lo.*¹³

Dessa forma, por esses mitos, de colorida inventividade e criatividade depravada, que mesclam-se velhos preconceitos raciais, com fantasias nacionalistas, o que serve à unificação dos Estados recém unificados, com brilhante perversão.

2.6 A Ascensão do autoritarismo *Cool*, assim chamado por Zaffaroni, sua força no século XXI e suas influências na América Latina atual.

Em que pese todas as considerações apresentadas até este momento no trabalho, é interessante parar para compreender que na contra mão da visão crítica de Zaffaroni sobre um mundo em que inimigos justificavam Estados absolutistas e de exceção, alguns outros estudiosos, sociólogos, historiadores e juristas, percebem o período decorrido do iluminismo às décadas de 50 e 60 como um tempo de inclusão, onde o foco das penas seria a adaptação do delinquente, visto como inferior, a sociedade.

Para Jock Young, as sociedades ocidentais desenvolvidas do iluminismo até a década de 60, podem ser compreendidas como sociedades de inclusão. Não podemos nos olvidar que o período compreendido entre o segundo pós-guerra e o final da década de 60 foi um período de uma expansão econômica muito significativa, o que representou uma inclusão para o “nível de cidadania” de uma significativa parcela da população, sendo que este era um dos principais objetivos do que Young denomina de “*projeto de modernidade*”. Além disso, foi uma época de valores sociais/culturais fortemente consolidados, com a sociedade apoiando a expansão no binômio família-trabalho, sendo que estas duas instituições apresentavam-se muito sólidas e aptas a sustentar um desenvolvimento duradouro.¹⁴

Tal tese parece gozar de especial confirmação no desenvolvimento dos Estados Unidos como potência mundial e os notáveis progressos de sua política de bem estar social e, conseqüentemente, criminal durante este período, tendo chegado a abolição da pena de morte

¹³ ZAFFARONI, Raul. *Op. Cit.* P. 59.

¹⁴ BINATO JÚNIOR, Otávio. **Do Estado Social ao Estado Penal: O Direito Penal do Inimigo Como Novo Parâmetro de Racionalidade Punitiva.** 197 fls. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós Graduação em Direito, São Leopoldo, 2007, Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp047039.pdf>. Acesso em: 20/08/2015, p. 66.

e a adoção de penas não privativas de liberdade.

Entretanto, a máscara começa a cair na década de 80, com a ascensão de um novo modelo autoritário que pratica o descarte recorrente de políticas democráticas. Observa-se o retorno da pena de morte e a adoção da política de *three strikes out*, pela qual aqueles que fossem condenados por três ou mais infrações estão condenados à pena perpétua, retomando a ideia de exclusão definitiva dos *indesejáveis*. No campo processual adota-se a negociação (*bargaining*) para o estabelecimento de penas, em uma quase extorsão as parcelas chamadas inferiores da sociedade, que destituídas de recursos não possuem condições de dar prosseguimento às contendas judiciais. Nessa linha de raciocínio, elimina-se o processo penal acusatório, ficando a decisão nas mãos do próprio Ministério Público.

Durante o mesmo período, a globalização transforma o capital, que não mais se encontra nas mãos de industriais, mas agora se limita aos grandes investidores, aos quais os autocratas devem prestar contas e necessitam comprovar altas taxas de lucro a fim de mantê-los. Isto favorece transações cada vez mais inescrupulosas, muitas vezes esbarrando em crimes financeiros, enquanto as disputas destes autocratas erguem e fazem cair imensos impérios instáveis.

Com base nisso, estimula-se uma legislação de viés inquisitorial, com características medievais, como espionagem, premiação de delatores e procedimentos secretos, na luta contra um conjunto indeterminado de condutas chamado *crime organizado*. Conceito que até então carecia de embasamento teórico, tendo sido inventado pelo jornalismo, usado por políticos na primeira metade do século XX e que abarca desde sequestros, até lavagem de dinheiro, passando pelo jogo ilícito, aos quais se definiriam que poderiam ser enfrentados com métodos iguais.

Não por acaso, as práticas de tais delitos estão intimamente ligadas à corrupção do poder público.

Tanto o *crime organizado* como a corrupção são funcionais para habilitar o poder punitivo e a intromissão do Estado em qualquer atividade econômica incomoda ao governo de plantão ou que seja útil para eliminar ou difamar os competidores, sem os limites nem as garantias constitucionais para tais intervenções.¹⁵

Tais medidas ganham força na nova potência mundial norte-americana, que as adota de modo a ratificar sua nova política verticalizadora interna, favorecendo o desenvolvimento econômico e seu poder mundial.

O discurso penal que se desenvolveu com base na repressão como modo de combate a

¹⁵ ZAFFARONI, Raul. *Op. Cit.* P. 63/64.

violência, suprimindo garantias e deixando de compreender delinquentes como cidadãos, encontrou seu almejado inimigo no atentado de 11 de setembro de 2001. O chamado *terrorismo* legitimou a prevenção no discurso penal e consagrou a ideia de *guerra preventiva*, demonstrando os estreitos laços do poder punitivo com o bélico na busca de um inimigo.

A nova emergência pretende justificar exigências internacionais de adoção de legislação penal e processual penal autoritária em todos os países do mundo. A necessidade de defender-se, *por certo não mais dos atos concretos de homicídio em massa e indiscriminados*, mas sim do nebuloso *terrorismo*, legitima não apenas as *guerras preventivas* de intervenção unilateral como também legislações autoritárias com poderes excepcionais, que incluem a privação de liberdade indeterminada de pessoas que não se acham em condição de prisioneiros de guerra, nem de réus processados, seja sob pretexto de que não são cidadãos dos Estados Unidos ou de que não se encontram privados de liberdade em seu território. Estes últimos extremos são confrontados dentro dos próprios poderes centrais, inclusive pelos tribunais superiores que, por sorte, ainda conservam poder suficiente para apontar o desvio das tradições liberais e humanistas.¹⁶

Deste modo, ainda que tal inimigo não justifique a repressão a dissidentes internos ou aos *indesejáveis*, autoriza maior controle, sob a justificativa de se evitar a infiltração dos *terroristas*.

Desta feita, na Europa, onde os países que durante a guerra fria formavam a *Europa Ocidental* atingiram um elevado nível de vida, tem nos imigrantes dos antigos países da *Europa Oriental*, considerados menos desenvolvidos, e nos africanos, inimigos temidos, tendo em vista que na busca por condições de vida melhores, avançam sobre o território destes países desenvolvidos, competindo com as classes mais baixas desses países. Assim, alimentam-se preconceitos e racismos contra estes imigrantes, facilmente identificados como estranhos por sua aparência e cultura, que se refletem em leis de expulsão.

Dessa forma, o imigrante, o estrangeiro, o *outro*, que desde o Império Romano é facilmente identificado como inimigo, serve bem ao clamor destes regimes autoritários por um adversário que legitime seus atos antidemocráticos, sem que haja tempo sequer para o desenvolvimento de alguma racionalização fantasiosa que legitime essa seleção de inimigos.

Este novo autoritarismo, que nada tem a ver com o *velho* ou o entre-guerras, se propaga a partir de um aparato publicitário que se move por si mesmo, que ganhou autonomia e se tornou autista, impondo uma propaganda puramente emocional que proíbe denunciar e que, ademais – e fundamentalmente –, só pode ser caracterizado pela expressão que esses mesmos meios difundem e que indica, entre os mais jovens, o superficial, o que está na moda e se usa displicentemente: é *cool*. É *cool* porque *não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e*

¹⁶ ZAFFARONI, Raul. *Op. Cit.* P. 66.

*para não perder espaço publicitário.*¹⁷

Na América Latina o poder punitivo é exercido com base em um direito penal de *periculosidade presumida*, mediante medidas de contenção para suspeitos chamados perigosos, aos quais se impõe penas sem sentença condenatória formal, e formam a maior parcela da população carcerária.

Assim, é necessário explicar que aproximadamente três quartos dos presos latino-americanos estão submetidos a medidas de contenção na forma de prisão preventiva, sendo que um terço destes serão absolvidos. Além disso, um quarto dos casos dos infratores que são condenados, são obrigados a cumprir apenas o que resta da pena após o período de detenção preventiva. Assustadoramente, em metade dos casos verificasse que o indiciado é infrator, porém cumpriu todo o tempo de pena enquanto se encontrava sob medida preventiva, sendo libertado sem nenhuma pena formal. Assim, resta claro, por tanto, que há uma resistência do judiciário em absolver os infratores em prisão preventiva, sendo isto feito de modo arbitrário e incontrastável, pois só ocorre quando não se encontra nenhuma possibilidade de condenação, violando claramente o princípio da presunção de inocência.¹⁸

Este cenário se mostra o ambiente perfeito para a ascensão do autoritarismo norte-americano, dotado de aberrantes características *volkish*, pelo seu grande apelo emocional, facilmente difundida no meio televisivo, para um público sem disposição para pensar.

Nestas sociedades mais desfavorecidas, onde a exclusão social é um grande problema, se torna uma efetiva arma de controle indireto, neutralizando as camadas mais baixas da população através de mensagens vindicativas, que estimulam conflito entre os excluídos, separando-os em criminalizados, vitimizados e policizados, favorecendo que cada qual seja recrutado por seu segmento e assim estimulando conflitos que minam a capacidade de coalização e protagonismo desse grupo.

Ao mesmo tempo, polarização da riqueza na economia globalizada, provoca a deterioração da classe média, tornando-a anômica. O que a leva a exigir normas, sem saber quais, terminando por fazer coro ao discurso autoritário simplista e populista norte americano. O qual enxerga como grande referência a ser admirada e invejada. Tais fatos que permitem o controle a estas classes médias, que seriam, historicamente, as naturais provedoras de futuros dissidentes.

Em geral, embora se trate de uma hipóteses que seria mister investigar, parece que

¹⁷ ZAFFARONI, Raul. *Op. cit.* P. 69.

¹⁸ ZAFFARONI, Raul. *Op. cit.* P. 71.

*na medida em que a riqueza se polariza, a anomia avança no sentido originário de Durkheim e o discurso popularesco grosseiro e primitivo tem maior aceitação porque parece compensar a segurança perdida por causa da globalização, a sociedade perde coesão e esta ávida por um discurso que lhe devolva essa perspectiva, por primitivo, vingativo e volkisch que seja, a coesão é alcançada através de um discurso simplista que clama pela vingança pura e simples.*¹⁹

Constata-se então que o autoritarismo norte-americano se espalha sem alterações pelo resto da América, entretanto, diferente dos Estados Unidos, onde este serve para legitimar o sistema penal, de modo a produzir empregos, na América Latina torna o sistema penal gravemente opressor, a fim de controlar os excluídos do emprego, torna-se violento, autonomizando as polícias e sitiando os poderes públicos.

O discurso *Cool* não apenas prejudica o processo penal, tornado uma utopia que só é alcançada por irrisória parcela da população, enquanto incha as populações carcerárias, com pessoas que não foram formalmente condenadas, mas também prejudica a força policial. Esta se torna autonomizada, através da proibição de sindicalização e sua militarização, favorecendo a sua arbitrariedade e corrupção de seu integrantes.

Formam-se caixas de arrecadação ilícita e que se perdem nas cúpulas de estruturas verticalizadas e cuja eficácia preventista opera em relação inversa a sua inescrupulosidade. Os piores custos são pagos com a integridade física dos estamentos inferiores, anomia profissional, carência de informação, desprestígio público, isolamento social e falta de espaço para debater horizontalmente as condições de trabalho.²⁰

Neste meio se propaga na América Latina o discurso do autoritarismo *cool* similar ao americano, que se baseia em meros slogans e propagandas de imagens, vendendo a segurança pública como seu produto, sem qualquer embasamento teórico – nem mesmo as perversas racionalizações do velho autoritarismo. –, criticando os posicionamentos de juristas técnicos-criminológicos e forçando os operadores políticos a fazer o mesmo. Tendo seus especialistas como meros palpiteiros, que legitimam o discurso autoritário.

Neste interim, as vítimas são instrumentalizadas para servir ao discurso, encabeçando campanhas de *lei e ordem*, em que na verdade clamam por vinganças, desviando a responsabilidade do poder estatal para a figura do criminoso. Tornam-se marionetes propensas a opinar sobre a segurança pública, invocando os mais obscuros personagens de um autoritarismo penal *Volkisch*, em uma pálida imitação de democracia e representação popular.

Um interessante aspecto que merece ser Trazido aqui é a diferenciação que Alessandro Baratta faz da opinião pública e da opinião publicada. Diferenciação

¹⁹ ZAFFARONI, Raul. *Op. cit.* P. 72/73.

²⁰ ZAFFARONI, RAUL. *Op. cit.* P. 74.

esta, que nos leva a duvidar que a opinião publicada (nos *mass media*) seja efetivamente a opinião que a sociedade tem sobre determinado aspecto (opinião pública). Uma vez que, como analisaremos mais adiante, a política tem uma influência cada vez mais determinante no Direito Penal seria interessante averiguar a efetiva utilização da opinião publicada como se fosse opinião pública. Justificando a criação de novos tipos penais baseada no que se convencionou chamar de “clamor público”, além de outros conceitos tão vagos e ambíguos quanto este.²¹

Ao mesmo tempo o deteriorado poder policial atua no favorecimento de determinados delitos, permitindo-os ou mesmo os forjando, de modo a provocar os meios de comunicação e políticos, gerando revoltas e o aumento do clamor por medidas repressivas e a expansão dos espaços de arbitrariedade.

Valendo-se destas armas destituídas de ética, o autoritarismo vende a ilusão de que se obterá segurança contra criminalidade urbana promulgando-se leis de repressão ao vulneráveis e marginalizados, legitimando todo o tipo violência que seja praticada sob o manto estatal. O que não apenas incute a ideia de insegurança, como ao promulgar uma pretensa impunidade, lança uma meta mensagem incitando os excluídos a delinquir, sob pretexto de que não haverá punição. Promovendo uma profecia auto realizada, pois em tempos de crise promove o desenvolver de um ciclo vicioso.

O autoritarismo *cool* carece de um inimigo definido na América Latina, sendo este alterado de tempos em tempos, de acordo com o clamor da mídia que influencia a opinião popular, em uma trajetória tão acelerada que pouco tempo permite ao surgimento de críticas e questionamentos.

Percebe-se então que ao contrário do colorido perverso do velho autoritarismo, com suas brilhantes racionalizações justificadoras, o *cool* é opaco, dotado de uma frontalidade grosseira, isento de grandes atos que comovam o público. Ao contrário, é vazio e funciona com base na pouca inteligência necessária para absorvê-lo, estimulando a preguiça do pensar, pois desmoralizaria a menor racionalização. Assim o exercício do poder punitivo não tolera a mais parca das teses que tente justificar sua irracionalidade, posto que não é nada mais que mera publicidade.

Este período ficará conhecido como o mais degradado da história penal, sua decadência sequer pode ser comparada às legislações autoritárias do entre-guerras, que sancionavam leis frontalistas para a propaganda e complacência de seus autocratas, nem com os momentos de legislação repressiva das frequentes ditaduras do nosso passado, porque os legisladores atuais o fazem apenas por temor a publicidade contrária ou por oportunismo, ou seja, sua conduta não esta orientada por um autoritarismo ideológico, como o fascista, o nazista ou o stalinista, nem tampouco pelo autoritarismo conjuntural das ditaduras militares, ela é simplesmente

²¹ BARATTA, Alessandro apud BINATO JUNIOR, Otávio, *Op. cit.* p. 64.

cool, o que a torna mais decadente, considerando-se a perspectiva institucional. O presente desastre autoritário não responde a nenhuma ideologia, porque não é regido por nenhuma ideia, e sim justamente pelo extremo oposto: *é o vazio de pensamento*.²²

Com isto se propaga uma geração desinteressada em política e inconsciente de seu poder e influência em mudanças dentro de seu próprio país. Forma uma nação apática, que se curva a ideia de que apenas a repressão de um poder estatal pode salvar o país de suas mazelas sociais, cabendo a população acatar, pois mata-se a crença em qualquer possibilidade alternativa.

2.7 A Presença do Inimigo No Direito Penal Através da História.

Resta claro que o conceito de Inimigo não é uma novidade moderna, mas sim uma figura presente durante toda a história do desenvolvimento da civilização ocidental, sendo usado até hoje como justificativa para a violência arbitrária praticada pelos detentores do Poder, contra os que os incomodam.

O poder punitivo serve aos interesses do grupo que se encontra detentor do poder, sendo a ferramenta principal de sua perpetuação e legitimação. Com isto, criam-se teorias frágeis, embasadas em preconceitos, que definem determinada parcela da população – aqueles que representam uma ameaça aos governantes, soberanos ou autocratas. – como um ameaça a nação, transferindo para estes a responsabilidade pelos problemas da sociedade, a fim de fazer a população crer que através do extermínio desses todos vão prosperar.

Conclui-se que a presença do inimigo sempre serviu para impedir a união popular, favorecendo a manutenção do Contrato Social que assegura os caprichos apenas de uma pequena elite, demonstrando muito pouco ou nenhum interesse nas necessidades da maior parcela da sociedade.

²² ZAFFARONI, Raul. Op. Cit. P.79.

3 A PRESENÇA DO INIMIGO NO DIREITO PENAL COMO AMEAÇA AO ESTADO DE DEMOCRÁTICO DE DIREITO. A Teoria de Günther Jakobs e as críticas de Cancio Mélia a Raul Zaffaroni.

3.1 A Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

Segundo Günther Jakobs, no mundo atual, o Direito Penal se divide em do cidadão e do inimigo. O primeiro lida com os delitos ocorridos dentro de uma sociedade, mas que não representariam ameaça a ela como um todo, ou seja, para delinquentes ocasionais e crimes que não alteram o *status quo* social. O segundo, o Direito Penal do Inimigo, deveria ser aplicado contra aqueles que representam uma ameaça à manutenção do Estado de Direito. No entanto é interessante perceber que o jurista dá uma amplitude maior ao conceito de inimigo, abarcando desde criminosos reincidentes até os terroristas.

Segundo o referido jurista alemão, o Direito serve tão somente àqueles que concordam entrar no Contrato Social, devendo todos aqueles que a ele não se adequam serem vistos como inimigos e sustenta que contra os que não estão no contrato social cabe apenas a coação, até chegar a guerra. A fim de legitimar sua teoria, Jakobs se embasa em Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant, opondo os dois primeiros com os dois últimos na classificação de um Estado Liberal ou Absoluto.

Assim, Jakobs defende que para Rousseau aquele que ataca o Estado Social, deixa de fazer parte deste e deve ser punido com a perda da própria vida. Na mesma linha, atribui a Fichte um pensamento ainda mais radical, em que o cidadão que quebra o contrato social, não é mais que uma peça de gado a ser abatida, pois já não desfruta de qualquer direito da personalidade ou qualquer direito em geral. Dessa forma, a eliminação de um inimigo não se trata de uma pena, mas sim uma medida de segurança para a preservação social.

O jurista adota de Hobbes o conceito de submissão forçada da pessoa ao contrato social e defende que apenas o próprio Estado poderá desconhecer a pessoa de seu papel de cidadã. Do mesmo modo, busca em Kant a justificativa desta capacidade de uma sociedade mais forte e supostamente evoluída, que já tenha aderido ao modelo de civilização regido pelo contrato social, de subjugar outros povos, para que acatem ao contrato, pois alega que a mera presença de uma sociedade “menos civilizada” próxima de outra civilizada, significa insegurança para esses. Então seria direito que os civilizados forçassem os selvagens a se submeterem a seu contrato social, impondo seu modo de vida, ou então eliminá-los.

Interessante observar que, com base nestas interpretações filosóficas, Jakobs defende que para Rousseau ou Fichte qualquer delinquente seria um inimigo, enquanto que para Hobbes apenas aqueles que traíssem a soberania do Estado, sendo que Kant legitima que um povo supostamente civilizado tem o direito de impor a outro, por eles considerados selvagens, seu modo de vida ou eliminá-los como modo de se prevenir contra qualquer risco. Assim, Jakobs explica:

Para Rousseau e Fichte, todo delinquente é *de per se*, um inimigo; para Hobbes, ao menos o réu de alta traição assim o é. Kant, que fez uso do modelo contratual como ideia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, situa o problema na passagem do estado de natureza (fictício) ao estado estatal. Na construção de Kant, toda a pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã.²³

Com base neste entendimento, o autor defende que o Direito Penal do cidadão é aplicado para aqueles que aderem ao contrato social, inclusive para os criminosos que o autor não inclui na categoria de perigosos, enquanto o Direito Penal do Inimigo é aplicável contra aqueles que representam ameaça ao contrato social, pois estes só são suscetíveis a coação. Entretanto, é importante ressaltar que para Jakobs o inimigo não deve ser, necessariamente privado de todos os seus direitos, sendo muitas vezes reconhecidos seus direitos civis, relativos à família e à propriedade, como forma de demonstrar a possibilidade de recuperação do status de cidadão, ainda que improvável. Nesse sentido, o autor apresenta sua justificativa:

Mas isso em nada altera o fato de que medida executada contra um inimigo não significa nada, mas só coage. *O Direito Penal do Cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do Inimigo* (em sentido amplo, incluindo o Direito das medidas de segurança) *combate perigos*.²⁴

Para o jurista, a pena para o inimigo, seja imposta por sentença formal ou por medidas de segurança, é de uma coação, tratando-se de uma resposta direta ao delito. Assim, sendo um delito do inimigo algo que afronta ao contrato social, uma desautorização de sua norma, vindo a deslegitimá-lo, a pena tem a função de demonstrar que ordenamento segue inabalado, dotado de pleno poder.

Por isso, a pena não pretende significar nada, além da mera contenção de um indivíduo perigoso, estando aí sua efetividade. Dessa forma, não abarca tão somente as sentenças punitivas de fatos passados, mas também as medidas de segurança, utilizadas como contenção

²³ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo** – Noções e Críticas. 4ª edição. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010. P.27.

²⁴ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Op. cit.* P. 29.

a fim de refrear uma “tendência” delitativa, que poria em perigo a generalidade.

O jurista nos relembra que inexitem delitos fora do Estado de Direito, necessitando haver um ordenamento jurídico que determine o que configura crime. Com isto, defende a necessidade de o Estado de assegurar que suas determinações sejam respeitadas, a fim de criar uma segurança real para seus cidadãos, pois de outra forma, suas leis não excederiam o *dever ser*. Por conseguinte, ao Estado é legítimo usar de força, de poder punitivo, para garantir o cumprimento das leis. No que o autor justifica a nula inclinação do Estado em permanecer reconhecendo os direitos de cidadão daqueles que constantemente infringem suas leis, uma vez que esses representariam uma ameaça ao exercício dos direitos dos demais cidadãos, ferindo o bem estar social.

Aqueles que desafiam o contrato social por de comportamentos determinados, relacionados a crimes sexuais, econômicos, tráfico de drogas ou terrorismo são reconhecidos por Günther Jakobs como os verdadeiros inimigos, os quais não devem ser punidos tão somente na medida dos danos por eles causados, mas sim tratados como constantes ameaças, sendo, sim, impedidos de delinquir.

A reação do ordenamento jurídico frente a esta criminalidade se caracteriza, de modo paralelo à diferenciação de Kant entre estado de cidadania e estado de natureza acabada de citar, pela circunstância de que não se trata em primeira linha da compensação de um dano a vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação e a pena se dirige a segurança frente atos futuros, não a sanção de fatos cometidos.²⁵

Nesse diapasão, Jakobs entende que o vencedor pode obrigar o perdedor a se adequar ao seu contrato social, sendo considerado perigoso aquele que se recusa, sendo visto como um inimigo. Portanto, para ao cidadão se aguarda que cometa o delito para puni-lo, enquanto o inimigo deve ser interceptado antes de agir, devido ao risco que representa. Elucida o autor:

Portanto, o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.²⁶

Com isto, por entender que se trata de entidades perigosas, legitima-se que o Estado remova direitos processuais destas pessoas na medida em que avaliar necessária para a

²⁵ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. Cit. P. 34.

²⁶ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. Cit. P. 36.

preservação da segurança. A fim de assegurar a funcionalidade do processo, legitimam-se medidas oriundas de tribunais inquisitoriais, tais quais escutas telefônicas e investigações secretas. Entretanto, esta violação de garantias não se dá de forma indiscriminada, mas cabe ao Estado, caso a caso, avaliar até onde tais medidas deveriam ser adotadas, deixando a eliminação plena de direitos para aqueles identificados com condutas terroristas, aos quais os procedimentos aplicados, diz o jurista, seriam semelhantes aos de guerra.

Günther Jakobs não somente enxerga o outro, estrangeiro, como inimigo ao ir contra o contrato social do Estado vigente, mas também elenca a possibilidade de tornar inimigos os próprios cidadãos que se mostrem como ameaça ao Estado. Pois uma vez que este não demonstre capacidade cognitiva suficiente para se adequar as leis estabelecidas, também não merece o tratamento de pessoa. Nas palavras do referido autor, cita-se:

Quem não presta a segurança cognitiva suficiente de um comportamento não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa; como o Estado não *deve* tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.²⁷

Em outras palavras, Günther Jakobs entende que O Direito Penal do Cidadão tem a função de *contradição*, enquanto o Direito Penal do Inimigo serve à eliminação de um perigo, sendo ambos legítimos. Nesse sentido, em base puramente contratual, qualquer delinquente seria um inimigo, conforme defenderiam Rousseau e Fichte, embora caiba somente ao Estado assim determinar, no entendimento de Hobbes. Por fim, aquele que não apresenta um comportamento adequado para a vida em sociedade, se torna uma ameaça dessa sociedade, não merecendo os direitos e garantias oferecidas aos cidadãos, mas devendo ser excluído ou eliminado.

O jurista alega que a única forma de se manter um Estado de Direito, ou seja, assegurar a supremacia do poder Estatal e a segurança de seus cidadãos, é cedendo espaço às medidas excepcionais. Em suas palavras, pode-se citar:

O Estado de Direito permanente com bons olhos, induz o Estado a encobrir suas exceções irremediáveis para sua sobrevivência em um mundo desonesto, como regras, esmaecendo os limites entre o que é regra e o que é exceção. Em outras palavras, o Estado de Direito imperfeito se apresenta como perfeito através de um léxico ideológico.²⁸

3.2 As Críticas de Raul Zaffaroni e Manuel Cancio Meliá a Günther Jakobs.

Avaliando o embasamento filosófico da Teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs,

²⁷ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Op. Cit.* P 40.

²⁸ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Op. Cit.* P 70.

Zaffaroni questiona o modo como se apresentou o posicionamento dos autores. Rousseau e Fichte como radicais, defendendo que todo o delinquente apresenta uma ameaça ao Estado, devendo ser eliminado, e Hobbes e Kant como moderados, que defenderiam a pena de morte para os traidores.

Segundo o jurista argentino, tal composição é original, tendo em vista que normalmente se opõem Hobbes e Locke, bem como Kant e Feuerbach, de modo a contrapor o Estado Absoluto e o Estado Liberal. Do mesmo modo, questiona a utilização dos discursos de Rousseau e Fichte como radicais.

Fazendo uma análise aprofundada dos trabalhos de Rousseau, Zaffaroni demonstra as contradições do autor quanto à hipótese de eliminação de um inimigo. Inicialmente, o filósofo suíço defenderia a pena de morte apenas para os homicidas, em seguida as aplicaria tão somente para os inimigos do Estado e, por fim, ainda no mesmo livro, *O Contrato Social*, declararia que um homem não poderia ser inimigo de um Estado.

Todavia, a contradição do pensamento de Rousseau torna-se opaca diante dos textos de Fichte, a quem Jakobs associa a ideia de eliminação sumária de um inimigo, de modo similar a uma peça de gado. Quanto a este filósofo, Zaffaroni explica que declarava sim, o delito como um ato de quebra do contrato social que o invalidaria, entretanto explica que em seu lugar Fichte argumentava o surgimento de um novo contrato, de *expição*, o qual criaria o direito de exigir pena na medida necessária a assegurar a segurança pública, só sendo tolerável a medida de exclusão quando esta expiação se mostrasse insuficiente e, ainda sim, poderia surgir um terceiro contrato, de *emenda*, no qual o sujeito podia clamar o direito de melhorar, deixando claro que sempre se trataria de uma exclusão temporária.

Argumenta-se ainda que Fichte apenas defenderia a pena de morte ou de exclusão definitiva nos casos de assassinato, em que, ainda sim – embora entenda que o Estado não pode obrigar os demais cidadãos a convierem com pessoa capaz de tal violência –, caso haja pessoas dispostas a tentar recuperar este indivíduo e que possam assegurar que o manterão aparte do resto da sociedade, cabe ao Estado permitir e apoiar esta ação.

Como se pode verificar, diante desta nova leitura dos textos de Rousseau e Fichte, Zaffaroni se opõe frontalmente à interpretação do embasamento jusfilosófico de Jakobs.

Ainda sobre esta questão, Zaffaroni explica a contraposição de Hobbes e Locke, demonstrando que a questão da intolerância de Hobbes àqueles que traem o Estado não se coloca contra o criminoso, mas sim contra aqueles que questionam o poder absoluto do soberano, pois isto traria de volta o estado de *guerra de todos contra todos*. Portanto aqueles

que resistem ao poder do soberano não deveriam ser apenados, mas sim contidos, pois não se trata de um delinquente, mas sim um *inimigo que reintroduz o estado de guerra*. Cita-se as palavras do autor:

Para Hobbes, por mais grave que seja um delito, seu autor não é um *inimigo*; porém quem resiste ao soberano é *inimigo*, porque se torna *estranho* ou *estrangeiro* ao sair do contrato com seu próprio ato de resistência.²⁹

Diante disto, o doutrinador argentino defende que quem se oporia ao entendimento hobbesiano seria Locke, o qual defende a existência de uma sociedade civil antes do firmamento do contrato estatal, ou seja, haveria dois contratos. Segundo Locke, para a formação do Estado a pessoa não deveria ceder todos os seus direitos, mas tão somente os necessários à sua conservação e melhoramento. Portanto entende que o súdito que se ergue contra um soberano opressor está exercendo seu direito de resistência, sem que isto signifique o fim da sociedade civil.

Confronta-se assim com algo maior do que força do poder punitivo, qual seja, o *direito de resistência*, defendido pelos jusnaturalistas, contra a *razão do Estado*, argumentada pelos apoiadores do Estado Absoluto. Nas palavras de Zaffaroni, cita-se:

*Para Locke, como crítico da monarquia absoluta, quem realiza um ato de resistência legítima, reclamando o respeito de direitos anteriores ao contrato estatal, é um cidadão que exerce o seu direito; para Hobbes, como defensor do Estado absoluto, trata-se de um inimigo a quem é mister conter com força ilimitada, sem respeitar sequer as margens da pena, porque deixou de ser um súdito. Quem, para Locke, exerce o direito de resistência à opressão é, para Hobbes, um inimigo pior do que um criminoso. Para Locke, o soberano que abusa do poder perde sua condição enquanto tal e passa a ser uma pessoa como as demais; para Hobbes, é o súdito que resiste ao abuso de poder do soberano quem perde sua condição e passa a ser um inimigo.*³⁰

Ao mesmo tempo, quando Zaffaroni questiona a escolha de Kant, ele reanalisa o parágrafo destacado por Jakobs, em que Kant defenderia que o Estado de natureza do outro seria uma ameaça à segurança de quem adota um Estado civilizado. Não tão somente traz o parágrafo na íntegra, demonstrando que Kant associa a segurança do Estado à entrega de todo o poder nas mãos de um soberano, bem como faz uma pequena provocação quanto à ideologia etnocêntrica e ao discurso legitimador do colonialismo nele presente. Ao mesmo tempo, indica a similaridade do discurso de Kant com o do próprio Hobbes, contrapondo-o com o de Feuerbach, que traz um entendimento bem próximo ao de Locke, em quem se inspira.

²⁹ ZAFFARONI, Raul. Op. Cit. P. 125.

³⁰ ZAFFARONI, Raul. Op. Cit. P. 127.

Por fim, em sua crítica ao embasamento filosófico de Jakobs, o Zaffaroni argumenta para aqueles que poderiam suscitar que o Direito Penal do Inimigo do professor alemão não se volta contra aqueles que resistem ao Estado, mas sim a uma categoria específica de criminosos que ameaçariam a segurança pública. Assim, ele escreve:

É possível objetar-se que no caso do chamado *direito penal do inimigo*, não se trata de assinalar como tais aqueles que exercem um direito de resistência, mas sim certos criminosos que não exercem nenhum *direito natural pre-contratual* nem nada parecido. Esta objeção não leva em conta o fato de que, ao consagrar o conceito de *inimigo*, introduz-se diretamente o modelo de Estado absoluto, sem importa em relação a quem esse conceito é aplicado, pois o rompimento do princípio do Estado de Direito deixa aberto o caminho para que, mais cedo ou mais tarde, estenda-se o conceito a qualquer resistente e, em especial, aqueles a quem o soberano tem interesse em reprimir, que são os que criam obstáculos à sua arbitrariedade ou os que considera conveniente neutralizar ou eliminar por razões de poder.³¹

Longe de ter Raul Zaffaroni como único crítico, a teoria de Jakobs também ganhou a atenção de Manuel Cancio Meliá, jurista espanhol, que a enxerga como uma evolução do direito penal e processual penal, que traz no campo político-criminal um “Direito Penal da colocação em risco”, dotado de características antiliberais. Através de grave simplificação, compara o quadro em que esta tese se ergue, com o período da década de 80 do século passado, onde enxerga o que denomina de *a própria crise do Estado Social em matéria criminal*. Interessante ressaltar que se trata do período onde ocorreu a ascensão do autoritarismo *Cool*.

Segundo o jurista espanhol, o *Direito Penal do Inimigo* seria fruto de perigosa mistura do Direito Penal simbólico com punitivismo. O jurista explica que o Direito Penal simbólico não só identifica apenas fatos determinados, como se volta a para um tipo específico de autor, ao qual não há qualquer chance de identificação com os membros da classe dos cidadãos, sendo, sempre, o *outro*. Com isso, a norma penal desenvolve uma imagem específica de identificação social, transformando os autores sempre em “*outros*”, que não são reconhecidos como membros da sociedade. Através disso, legitima um punitivismo exagerado, mesmo sobre as condutas já apenadas.

Cancio Meliá critica então a definição de inimigo da tese, demonstrando a vastidão do conceito, diante das áreas em que se pretende combater com ele – crimes relacionados a *drogas, imigração e, claro, terrorismo* –, promovendo não uma série de medidas enfrentamento prudentes e bem organizadas, mas sim como uma cruzada contra cruéis malfeitores, de modo pseudorreliгиозo.

³¹ ZAFFARONI, Raul. *Op. Cit.* P. 131.

Com isso, a tipificação de crime deixa de se basear tão somente em fatos, passando a abarcar quaisquer outros elementos que legitimem a caracterização de inimigo. Portanto, no campo técnico, o princípio de legalidade e demais “complexidades” – nas palavras do jurista espanhol –, deixam de ser essenciais à tipificação penal.

Ao demonstrar sua oposição à adoção do Direito Penal do inimigo no Direito Penal moderno, Cancio Meliá se vale de argumentos que excedem a pura seara do Direito Penal:

(...)não deve haver Direito Penal do inimigo porque é politicamente errôneo (ou inconstitucional). *Em segundo Lugar*, pode argumentar-se dentro do paradigma de segurança ou efetividade, no qual a questão é situada habitualmente pelos agentes políticos que promovem este tipo de normas penais; o Direito Penal do inimigo não deve ser porque não contribui à prevenção policial tática de delitos.³²

Com isto, o jurista também denuncia duas graves diferenças entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal; primeiro alude ao fato de que o segundo não produz normas, instrumento da prevenção positiva, mas sim demoniza, conseqüentemente exclui, determinados grupos de infratores. Com base nisto, conclui que o Direito Penal do inimigo não é um Direito Penal do fato, mas sim do autor, ainda que isto não se mostre de modo claro, preto no branco. Portanto, elucida que a função da pena é a exclusão, mediante a criação artificial de critérios de identificação entre os excludentes. Assim, cita ao próprio Jakobs, demonstrando que neste Direito a pena não serve para lutar contra o inimigo ou promover a ordem desejada, mas, tão somente, para a manutenção da ordem social.

Ainda em suas críticas à tese, Cancio Meliá demonstra como o Direito Penal do inimigo vulnera o princípio do direito penal do fato. Este que seria o princípio liberal, que determina isenção de responsabilização penal os meros pensamentos, rechaçando um direito penal que se oriente à esfera psicológica do autor. Dessa forma, Meliá defende a absoluta necessidade de um fato como conteúdo central de um tipo penal, não podendo ser punido o mero pensamento ou atos preparatórios. Com isto, tendo em vista o caráter preventivo do Direito Penal do Inimigo, acusa-o como um Direito Penal do autor, dedicado a definir categorias de sujeitos, e não do fato, sendo incompatível com o Estado Liberal.

Por fim, o jurista Manuel Cancio Meliá faz outra crítica à teoria do Direito Penal do inimigo demonstrando-a não como uma oposição ao Direito Penal do cidadão que o legitimaria, mas sim como uma doença degenerativa do Direito Penal. Nas palavras de Meliá, *in verbis*:

³² JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Op. Cit.* P.99

(...)na realidade problema não consiste em um dualismo entre uma concepção normativa (Direito Penal da culpabilidade: reprovação jurídico frente a um cidadão) e outra cognitiva (“Direito Penal” do inimigo: controle de uma fonte de perigo) do Direito Penal. O que acontece é que o “Direito Penal do inimigo” constitui não uma regressão a meros mecanismos defensivistas, mas um desenvolvimento degenerativo no plano simbólico-social do significado da pena e do sistema penal. Os eixos estruturais do “Direito Penal” do inimigo se transmitem assim – através de argumentações de identificação simbólica – a novos setores de regulação com maior rapidez do que o faria uma argumentação racional com base em riscos mensuráveis; dito de outro modo, o “Direito Penal” do inimigo contamina com especial facilidade – como um pouco de azeite industrial um meio aquático natural – o Direito Penal ordinário.³³

Mediante esta crítica, Meliá corrobora o entendimento de Zaffaroni, ao entender o Direito Penal do Inimigo como uma fonte de corrupção do Direito Penal, que viabilizaria o esgarçamento dos mecanismos de controle ao poder punitivo, facilitando o retorno do Estado Absoluto.

3.3 A Incompatibilidade da Teoria do Direito Penal do Inimigo com o Estado Democrático de Direito.

Considerando a tese do Direito Penal do Inimigo de Jakobs, uma concessão do Estado Liberal ao poder punitivo, identificado como via de acesso para o retorno do Estado Absoluto, que teria sempre se valido da figura do inimigo para legitimar seus excessos, Zaffaroni denuncia: qualquer entendimento que tolere a adoção do *hostis* no direito penal, trata-se de uma ideologia antiliberal, seja em caráter *regicida* ou *prudente*.³⁴ Bem como lamenta constatar que desde o começo, o Estado liberal pareceu apenas se decidir pela *menos pior* destas vertentes.

Compreende que sem a aberrante figura de um Direito Penal do Inimigo que se dirija contra uma parcela específica da sociedade, detentora de características étnicas ou culturais facilmente identificáveis, este sempre implicaria na ameaça aos direitos de todos os cidadãos, no *quantum* necessário ao Estado para se prevenir contra o inimigo.

Diante disto o jurista argentino não apenas denuncia a ilusão que seria clamar que o direito penal do inimigo afetaria o direito somente destes, como também crítica o argumento da eficácia penal, que associa aos regimes autoritários, como legitimante desta relativização de garantias. Defende ser falsa a dicotomia de *garantias* e *eficiência* em relação ao Direito

³³ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. Op. Cit. 114.

³⁴ ZAFFARONI, Raul. **O Inimigo No Direito Penal**. Op. Cit. P. 115/116.

Penal, demonstrando que tal concessão favorece o aumento de sentenças condenatórias ou prisões preventivas, bem como um aumento da discricionariedade do poder investigativo, ampliando oportunidades para tortura. Ao que denuncia: “*Uma crua e correta tradução do efficientismo penal em termos reais permite defini-lo – livre de suas máscaras – como uma tácita reclamação de legalização da tortura.*”³⁵

Com estas considerações, o doutrinador argentino indaga se realmente caberia a retomada da figura do inimigo, *hostis*, em um Estado Democrático de Direito, uma vez que isto indubitavelmente acarretaria ameaças às garantias e aos direitos dos próprios cidadãos.

Trazendo à tona as contradições do discurso hobbesiano e contrapondo-o com o de Carl Schmitt, o jurista argumenta que não há sentido em supor um limite ao poder de um Estado absoluto – A que Hobbes defendia, que não poderia interferir na esfera privada da vida de seus cidadãos, referente à suas crenças e afins. –, posto que somente o próprio Estado poderia limitar sua conduta. Assim, reconhece a coerência funesta do pensamento schmittiniano, que leva a um Estado a selecionar seus inimigos livremente e dispor de suas vidas como melhor lhe convir.

Com base nisto, defende que no Estado liberal cabem somente infratores ou delinquentes, reconhecidos como iguais, enquanto que ao absoluto cabem inimigos, pois teria como base legitimante o fato de encontrar-se em constante estado de guerra ou exceção, podendo agir livremente, sem respeito a direitos e garantias, pois atuaria de tal modo a fim de garantir sua soberania.

Particularmente assustador, é o entendimento de que a concepção de inimigo compreende um constante estado de guerra, única situação em que tal conceito se faz legítimo. Entretanto, não se trata de uma guerra comum, com características de ser excepcional, mas sim uma guerra *suja*, que não possui previsões legais ou jurídicas.

O pensamento de Schmitt se coaduna com a tese de um Direito Penal do inimigo, pois para ele a política e a guerra se sobrepõem, devendo sempre haver uma guerra a fim de manter a população unida. Com isto, este filósofo apoiador do nazismo, polariza a sociedade em amigos e inimigos, dando especial ênfase ao segundo grupo, pois defende que os amigos do Estado seriam os cidadãos que aceitam se submeter ao mesmo, enquanto define como inimigos todos aqueles que ameaçam o poder do Estado. Com isto, não reconhece um sentimento real de lealdade entre os homens, compreendendo a amizade como mero suporte contra um adversário em comum, o inimigo, no que define o termo: *amizade de trincheira*.

³⁵ ZAFFARONI, Raul. *Op. Cit.* P. 119

Entretanto, como se trata de uma guerra que desconhece previsões legais, dá margem as mais diversas arbitrariedades, pois não se mostra apta a distinguir entre *inimigos* e *população civil*, legitimando a violência contra qualquer manifestação do povo contra o Estado, sobre o argumento de que se tratariam dos inimigos que o ameaçam.

Com estas considerações, resta claro que não há espaço para a compreensão do conceito de inimigo no Estado liberal, pois este conceito permite um grande poder nas mãos daqueles que governam, sem qualquer força que o contenha, podendo estes definirem como inimigos todos os que representem ameaça a seu poder, como para a manipulação da população em geral, que se vê em meio a um embate e se torna obrigada a escolher uma posição, sob risco de ser considerada de antemão como ameaça, favorecendo uma hegemonização do pensamento, presente nos Estados mais antiliberais da história, responsáveis por grandes genocídios.

(...)no plano do poder real, é possível observar que o conceito de *inimigo* ou *hostis* proporciona ao soberano e à publicidade de massa um argumento deslegitimador das instituições e controles mediante sua estigmatização como *obstáculos anti-patrióticos, burocracias inúteis e cegas, ideólogos encobridores dos inimigos, idiotas úteis, insensíveis frente ao sacrifício dos jovens que oferecem suas vidas para salvar a nação* e, sem dúvidas, *traidores ou subversivos* na guerra que visa a neutralizar os perigos derivados da emergência apocalíptica e que exige uma frente única, homogênea e compacta; não por acaso, todos os Estados de polícia tendem à homogeneização, que é incompatível com a ideia de uma sociedade plural e com a tolerância e que, em seus extremos, acaba na limpeza étnica.³⁶

Resta claro não ser Zaffaroni o mais ferrenho crítico de Jakobs, ao qual reconhece nobreza de intenção, ao supor que permitindo uma parcela do Direito Penal ao Direito Penal do Inimigo, refrearia seu avanço, preservando o Estado democrático de Direito. Teoria em que o jurista alemão é acompanhado por diversos outros, que diante de um fatalismo sobre a presença de matizes do Estado Absoluto no Liberal, aceitam tal situação por entender que o *ser* torna-se o *dever ser*, simplesmente porque é.

Ao mesmo tempo, exalta a coragem do professor alemão em nominar a tese pelo que ela é, identificando o outro como *inimigo*, na contramão de outros juristas, que fazem as mesmas concessões de Jakobs, mas usam palavras mais brandas, assim evitando todas as críticas e ataques que se destinam ao jurista germânico.

Entretanto, é rápido em apontar sua discordância desta prática pessimista de Günther Jakobs, com base em sua argumentação sobre a impossibilidade do inimigo em um Estado que seja liberal, salvo em situação de guerra, afirma ser inviável a defesa de Jakobs sobre um

³⁶ ZAFFARONI, Raul. *Op. Cit.* P. 151.

conceito limitado de inimigo, tendo em vista que a adoção da tese joga por terra os próprios meios de contenção do poder soberano. Dessa maneira, ele questiona a divisão do Direito Penal entre o do inimigo e o do cidadão, por temer o risco em que tal ideologia coloca o controle do poder estatal.

O doutrinador argentino defende que, embora a tese de Jakobs se mostre válida diante de uma imagem estática do poder do Estado, sendo capaz de assim de conter os avanços da arbitrariedade no Direito Penal e em sua aplicação, mediante à concessão de um espaço delimitado para este, essa tese é ineficiente e perigosa diante da evidente fluidez da dinâmica de poder, ao qual todo o espaço que se conceda a um Estado de Polícia, torna-se caminho para o avanço do Estado absoluto. Nas palavras do Mestre Zaffaroni:

Quando ficamos só com a imagem instantânea de um *ente defeituoso* como é o Estado de direito real ou histórico, que é defeituoso precisamente porque nele travam combate elementos do Estado absoluto, e *verificamos seu defeito por comparação com o modelo ideal do Estado de direito*, podemos pensar em sustar esse combate legitimando um espaço para os elementos absolutos. Entretanto, ao proceder dessa maneira, estaremos, nem mais nem menos, concedendo ao soberano do Estado real ou histórico o poder de medir a necessidade e, por conseguinte, a extensão dos elementos absolutistas e, como arquivamos o modelo ideal, por ser inútil, o discurso jurídico já não poderá diagnosticar o defeito do *ente* real. Estaremos diante de um ente puro, um ser sem possibilidade alguma de anunciar seu *dever ser*, limitando-se a indicar a vontade e o espaço de poder real do soberano.³⁷

Zaffaroni denuncia a extrema seletividade do poder punitivo como característica estrutural da sociedade atual, alegando que pode ser atenuada, mas não suprimida. Por isso, identifica o âmbito penal como a via preferida das pulsões do Estado de polícia, considerando-a o muro mais frágil de qualquer Estado de Direito. Assim, argumenta que quanto maior for a habilitação do poder punitivo na legislação, maior seria o campo de arbítrio seletivo das agências de criminalização, implicando na redução dos controles e contenções do poder jurídico.

A introdução do *inimigo* no direito ordinário (não propriamente bélico ou de guerra) de um Estado de direito o destrói, porque *obscurece os limites do direito penal invocando a guerra e os do direito humanitário invocando a criminalidade*. Ainda que se o faça ou se queira fazê-lo prudentemente, mais cedo ou mais tarde, dependendo das circunstâncias políticas que concedam um poder mais efetivo ao soberano, desemboca-se no Estado de polícia e passa-se, então, para o Estado Absoluto.³⁸

³⁷ ZAFFARONI, Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. *Op. Cit.* P. 167.

³⁸ *Idem.* P. 171.

Com base nisto Zaffaroni declara que a função do Direito Penal em um Estado de Direito, desde a doutrina até sua aplicação, é a redução e a contenção do poder punitivo nos limites menos irracionais possíveis. Sem isto, entende que perece o Estado de Direito, Portanto, o Direito Penal seria apêndice do Direito Constitucional deste Estado que viveria em constante tensão com o Estado de polícia. Assim, o Estado de Direito ideal torna-se o instrumento de avaliação do real, indicando quais falhas ainda carecem de ser corrigidas. Pelo qual, não se pode desistir do Estado de Direito ideal, pois tal ato significaria a rendição ao Estado de Polícia.

Clama o douto jurista a necessidade de não se fraquejar diante de uma realidade aparentemente irrecuperável, lembrando que a luta por um Estado de Direito Democrático é pautada por vitórias e derrotas, não sendo legítimo desanimar diante do avanço de ideologias autoritárias e punitivistas. Pois sob o argumento de se render a uma realidade em que são vastos os excessos do poder punitivo, devendo concentrar esforços em tão somente refreá-lo, estar-se-ia declarando o fim definitivo de qualquer chance de atingir-se o Estado de Direito ideal.

4 O INIMIGO COMO LEGITIMADOR DO ATUAL ESTADO DE EXCEÇÃO BRASILEIRO.

4.1 O Papel do Direito Penal na Estigmatização Social.

Segundo o sociólogo e criminalista Alessandro Baratta, diversos são os mecanismos utilizados dentro das sociedades para fazer a manutenção e a reprodução das relações sociais, entre o que chama de “duas nações”, composta uma pelos ricos e outras pelos pobres. Assim, o sistema penal atuaria – junto com o escolar, inclusive. – para conservar a realidade social, que se manifesta na desigual distribuição de recursos e benefícios, propícia a sociedades capitalistas que necessitam de zonas de subdesenvolvimento e marginalização. Nas palavras de Baratta:

A instituição do direito penal pode ser considerada, ao lado das instituições de socialização, como a instância de asseguramento da realidade social. O direito penal realiza, no extremo inferior do *continuum*, o que a escola realiza na zona média e superior dele: separação do joio do trigo, cujo efeito ao mesmo tempo constitui e legitima a escala social existente e, desse modo, assegura uma parte essencial da realidade social.³⁹

Na zona mais baixa da escala social, a função selecionadora do sistema passaria a função de marginalizadora, em que a ação reguladora do mercado de trabalho se uniria aos mecanismos reguladores e sancionadores do direito, promovendo a criação e garantindo a manutenção da população criminosa, que é identificada como uma zona particular de marginalização.

O criminalista argumenta que sob uma falsa imagem de uma “sociedade de camadas médias”, se promove a estratificação social, com o desigual oferecimento de recursos e chances sociais, que é notória na sociedade capitalista avançada. Com isso, limitam-se as possibilidades de desenvolvimento de diversos grupos sociais e dão-se forças para o recrutamento para os grupos marginalizados.

Ao mesmo tempo, a justiça penal atua de modo a desestimular interações entre os nichos sociais dos privilegiados com os demais, a fim de preservar a verticalização social, se utilizando, para tal de diversos processos marginalizadores.

Para tanto, no direito penal em abstrato, prioriza-se a legislação de proteção patrimonial

³⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, P. 171/172.

contra crimes atribuídos as grupos marginalizados ou débeis, como sustenta Alessandro Baratta. Para fim de exemplo, o criminologista cita o crime de furto, ao qual se atribui tantas tipificações e qualificadoras, que se torna praticamente impossível praticá-lo sem agravantes, enquanto os chamados “crimes de colarinho branco”, atribuídos às esferas sociais mais altas, possuem uma classificação mais porosa, ou, nas palavras de Baratta, uma “malha mais sutil”, que favorece as chances de esses crimes permanecerem impunes.

Do mesmo modo, verifica-se uma série de estereótipos e preconceitos implícitos nos meios de persecução criminal, levando os profissionais a buscarem os crimes sempre nas esferas sociais inferiores, de onde pressupõem que eles venham.

Também é fato notório que a imagem de uma sociedade dividida no sistema penal, considerando que, majoritariamente, os juízes advêm das classes médias ou elite, enquanto a maior parcela dos supostos criminosos deriva do proletariado. Verifica-se uma incapacidade do julgador em se identificar com o réu, bem como a carência de recursos do réu para atuar no processo, desde a carência de recursos para arcar com uma boa defesa, até o abismo linguístico que, sabe-se, dificulta a comunicação.

A provável incapacidade do magistrado em penetrar no mundo do acusado ou conhecê-lo propriamente, também é desfavorável à população marginalizada, pois se coaduna com uma série de preconceitos sociais e as “teorias de todos os dias”, na reconstrução da verdade judicial, como denomina Baratta.

O criminologista se mune de pesquisas empíricas a fim de comprovar as diferentes atitudes emotivas e valorativas dos juízes, de acordo com a classe social dos indivíduos julgados. De modo inconsciente, ocorreriam juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, não apenas em relação à avaliação do elemento subjetivo de dolo ou culpa, como quanto à propensão a delinquir do agente em face da suposta personalidade, que afetaria diretamente a individualização e a mensuração da pena. Assim, Alessandro Baratta afirma que há uma tendência nos magistrados de acreditar que os membros das esferas mais elevadas cumpram a lei, ocorrendo o inverso com os pertencentes às classes inferiores.

Desde os crimes patrimoniais, até as mais básicas violações de trânsito, nota-se que a extração social do acusado é refletida na pena, em sua forma e aplicação, bem como nas chances de sua suspensão. Tal fato ocorre, pois parece natural ao senso comum que determinada parcela da população seja vista encarcerada, cumprindo penas restritivas de liberdade, enquanto a outras se admite do mesmo modo penas pecuniárias. Deixando claro que as sanções que incidem diretamente no *status* social do indivíduo costumam ser deixadas

para os de *status* social mais baixo.

Cogita-se então a existência de um chamado *seconde code* que atua de acordo com a condição social do indivíduo, ou seja, observa-se a tendência natural da maior parcela da população a prática de condutas previstas como crimes no Código Penal, entretanto seleciona-se uma parte particular destes delinquentes para formar a população criminal, categorizando o crime como uma forma de manutenção da realidade social.

Defende o criminologista Alessandro Baratta, que a constituição desta população criminosa em minoria marginalizada, advém da assunção de que tal parcela teria tendências a delinquir, desenvolvendo carreiras criminosas. Tais características promovem a estigmatização penal dos indivíduos compatíveis com tal identidade social, afetando a percepção dos outros sobre ele e dele sobre si mesmo. Assim, sob os danos promovidos na vida do indivíduo com uma primeira condenação restritiva de liberdade, aumentam as hipóteses de que este volte a delinquir.

O mecanismo da *self-fulfilling-prophecy*, análogo ao que funciona na discriminação escolar, caracteriza este processo de construção social delinquente. A particular expectativa de criminalidade que dirige a atenção e a ação das instâncias oficiais especialmente sobre certas zonas sociais já marginalizadas faz com que, em igualdade de percentual de comportamentos ilegais, se encontre nelas um percentual enormemente maior de comportamento ilegais, em relação a outras zonas sociais, Um número desproporcionado de sanções estigmatizantes (penas detentivas), que comportam a aplicação de definições criminais e uma drástica redução do status social se concentra, assim, nos grupos mais débeis e marginalizados da população. **A espiral assim aberta eleva afinal a taxa de criminalidade, com a consolidação de carreiras criminosas, devido aos efeitos da condenação sobre a identidade social dos desviantes. Deste ponto de vista o sistema penal age portanto, como a escola, em face dos grupos sociais mais débeis e marginalizados, antes que no sentido de iregração, no sentido oposto.**⁴⁰ *Grifos nossos.*

Os mecanismos de marginalização utilizados pelos órgãos institucionais se refletem na reação popular, promovendo um distanciamento do criminoso de modo que os demais deixem de identificá-lo como membro da sociedade, desestimulando reaproximações e solidariedade para com eles e mesmo entre eles. Tal fato caba servindo apenas como agravante da condição do delinquente, que se vê rechaçado especialmente no próprio meio a que pertencia anteriormente, ou seja, normalmente, as mais baixas esferas da sociedade, o que também favorece a reincidência.

O criminologista conclui, denunciado os efeitos das penas institucionais nos jovens. Indica-se que aqueles oriundos das classes mais altas, que usualmente conseguem evitar as penas estigmatizadoras, dadas aos jovens que praticam condutas similares, pertencentes às

⁴⁰ BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* P. 180.

esferas inferiores, demonstram uma propensão bem menor a reincidência, salvo raras exceções. Em sentido oposto, as penas institucionais junto aos jovens provenientes dos níveis mais débeis e marginalizados, configuram não uma diminuição, mas um aumento das chances deste ser recrutado para uma carreira criminosa.

A espiral criminológica posta em ação pelas instâncias oficiais responde a uma lei geral do sistema penal: **Os efeitos da intervenção das instâncias oficiais são tão significativos para o prosseguimento do processo de criminalização, que aqueles que foram surpreendidos revelam uma mais alta criminalidade secundária do que aqueles que puderam se subtrair desta intervenção (com igualdade de criminalidade antecedente entre os dois grupos)**, Se os efeitos diretos ou indiretos da condenação têm, geralmente, uma função marginalizadora, ainda mais decididamente prejudiciais são os fins de reinserção, que a nova legislação persegue, são os efeitos da execução das penas (ou das medidas de segurança) detentivas sobre a vida do condenado.⁴¹ *Grifos nossos.*

Por meio destas constatações, o criminologista esclarece o papel dos preconceitos e “teorias de todos os dias” na manutenção do *status quo* da sociedade, separando seus membros entre prováveis delinquentes, que não seriam merecedores de direitos e garantias, e uma parcela supostamente reconhecida como “cidadãos de bem”, que deve evitar e temer o primeiro grupo.

4.2 A Legitimação do tratamento Penal diferenciado: Divisão do Povo em Cidadãos e Subcidadãos na História Brasileira.

Estudando a dissertação de mestrado de Otávio Binato Junior⁴², compreende-se sua relevante pesquisa sobre a formação da desigualdade na sociedade brasileira atual, os mecanismos utilizados para validá-la, bem como as consequências desta para a violência nacional, com base nos estudos do sociólogo Jessé Souza, que denuncia a existência de uma divisão implícita da sociedade brasileira, entre cidadãos e subcidadãos.

Tomando por base o termo cunhado por Bourdieu “*habitus primário*”, o qual definiria um conjunto esquemas avaliativos e disposições de comportamento, objetivamente internalizados em uma sociedade, que formaria a base da construção da dignidade entre seus membros, o sociólogo Jessé cria o termo “*habitus precário*”, que seria o limite do *habitus*

⁴¹ BARATTA, Raul. Op. Cit. P. 182.

⁴² BINATO JÚNIOR, Otávio. **Do Estado Social ao Estado Penal: O Direito Penal do Inimigo Como Novo Parâmetro de Racionalidade Punitiva**. 197 fls. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós Graduação em Direito, São Leopoldo, 2007, Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp047039.pdf>. Acesso em: 20/08/2015.

primário, para baixo, configurando um conjunto de personalidades e comportamentos que impediriam indivíduos e grupos sociais de chegarem ao nível “cidadania plena”. Segundo o sociólogo, tal conceito se aplicaria a vasta parcela da população brasileira, sendo a forma motriz do processo de construção de uma categoria de subcidadão na sociedade brasileira atual.

Da definição e constituição de uma ideologia do desempenho, como mecanismo legitimador dos papéis de produtor e cidadão, que equivalem na reconstrução que estou propondo, ao conteúdo do “*habitus primário*” é possível compreender melhor o seu limite “para baixo”, ou seja, o “*habitus precário*”. Assim, se o “*habitus primário*” implica um conjunto de predisposições psicossociais refletindo, na esfera da personalidade, a presença da economia emocional e das condições cognitivas para um desempenho adequado ao atendimento das demandas (variáveis no tempo e no espaço) do papel de produtor, com reflexos diretos no papel do cidadão, sob condições capitalistas modernas, a ausência dessas condições, em alguma medida significativa, implica na construção de um *habitus* marcado pela precariedade.”⁴³

Conforme nos explica o mestre Otavio Binato, Jessé também se utiliza do conceito de “ideologia do desempenho”, de Kreckel, que vai além da propriedade econômica como meio de legitimação e continuidade do quadro de desigualdade social, valendo-se também dos três componentes: qualificação, posição e salário, formando o que Jessé denomina “trindade meritocrática”, para a construção do local do indivíduo na sociedade a que pertence – podendo cada quesito ter mais ou menos peso de acordo com cada sociedade. – e servindo para a construção identidade, autoestima, reconhecimento social e valorização do indivíduo.

Assim, se a tese de Jessé está correta (e acreditamos que está), a sociedade brasileira com, efetivamente, com duas categorias distintas de pessoas, os cidadãos, com aqueles que conseguiram superar os requisitos mínimos da ideologia do desempenho para considerarem-se, e serem considerados, como portadores de uma cidadania plena; e os subcidadãos, que ficaram aquém do mínimo exigido, constituindo a “ralé estrutural” que tem os seus direitos constantemente (so)negados, tanto pelo poder público quanto pelos poderes privados. É fundamental ressaltar que esta percepção da cidadania e da subcidadania não se dá no nível da intencionalidade, sendo ela, nas palavras de Jessé: “Objetiva, subliminar, implícita e intransparente”. Esses esquemas de classificação da realidade obtêm sua força máxima exatamente porque situados no nível da não intencionalidade, o que faz que sejam na maioria das vezes, escamoteados, não obstante todos saibamos que eles existem, de modo que em determinadas relações sociais é consenso entre os membros da sociedade quem ocupa a “posição socialmente superior” e quem está subordinado.”⁴⁴

Percebe-se então que Jessé não compartilha as teses de Gilberto Freyre, Raimundo Faoro e Sérgio Buarque de Holanda, que associam a condição atual brasileira a uma suposta

⁴³ SOUZA, Jessé. **A Construção Social da Subcidadania: Para Uma Sociologia Política da Modernidade Periférica**. 2003 apud BINATO JUNIOR, Otavio. *Op. cit.* P. 95.

⁴⁴ BINATO JUNIOR, Otávio. *Op. Cit.* P. 95/96.

modernidade periférica, dotada de *resquícios pré-modernos ou feudais*, personalismos e patrimonialismos, mas defende que a diferença da sociedade brasileira para as supostamente “avançadas”, se deve a nossa construção histórica que legitima o entendimento de que apenas uma parcela da população seria cidadã, estando todo o resto em condição de subcidadania. Com isto, a forma subliminar como atua a difusão da ideologia do “*habitus precário*”, promove um efeito autodestrutivo nas parcelas da população afetadas, através da ausência do reconhecimento social, que provoca graves danos em suas vítimas, atingindo-as com um autodesprezo mutilador, levando-as a crer que merecem a situação precária em que vivem. Promove-se assim a “naturalização da desigualdade”.

Do mesmo modo, este quadro legitima o crescimento das violências urbanas, em especial nas grandes metrópoles. Não dispondo o poder judiciário de meios para lidar com todos os casos e agravando as condições ao se unir a uma política de segurança pública ineficiente, dotada de graves e constantes violações aos Direitos Humanos. Isto, coadunado com o desejo de vingança alimentado em grande parcela da população, especialmente as camadas médias, que algumas vezes se dispõem a realizar “justiça com as próprias mãos”, vindo a aprovar quando ocorrem linchamentos públicos e demais atos de barbárie, gerando um estado de insegurança, em que se fortalece a imagem de um inimigo a ser combatido.

Não obstante, o sentimento de insegurança é alimentado pelos meios midiáticos, levando a população em geral a ter impressão de estar um Estado de guerra constante, levando-as a adotar discursos punitivistas, vindo a legitimar a atuação cada vez mais arbitrária do poder de polícia.

Deste modo, a violência e a criminalidade passam a fazer parte da vida de pessoas que nunca a vivenciaram na realidade “real”, muito embora a vivenciem diariamente na realidade “virtual”, atuando esta exposição constante à violência como simulacro/espectro da realidade. Esta disseminação da violência e da criminalidade pela sociedade acaba por aumentar de forma muito significativa a sensação de insegurança por parte da população; e uma população que se sente vitimizada (seja esta vitimização real ou imaginada) tende a ser cada vez mais complacente pra com meios violentos de reação, sejam estes provenientes do Estado (tanto na forma de leis mais rígidas no Direito Penal ou na forma de uma precarização dos direitos/condições dos presos) ou por parte de pessoas/empresas privadas que se dediquem a este fim.⁴⁵

Diante disto, percebe-se na visão desses estudiosos a ligação do modo de atuação das mídias brasileiras, em coadunação com políticos oportunistas, que se valem da imagem de uma guerra contra um inimigo com características pseudoreligiosas, para o desenvolvimento

⁴⁵ BINATO JR., Otávio. *Op. Cit.* P. 99.

do anteriormente citado, Direito Penal popularesco (*Volkisch*), denunciado por Zaffaroni.

Este Direito Penal *Volkisch* se traduz no Brasil atual em leis de pouca eficácia, e valor simbólico na definição do inimigo, que permite um maior número de prisões e redução de garantias para os presos, sem, entretanto, atuar de maneira eficaz na redução da criminalidade e violência urbana, pois não detêm mecanismos eficientes na reabilitação de delinquentes.

4.3 A Frágil Soberania Nacional e a Necessidade do Pacto de Sangue entre Estado e Cidadão.

Após compreender-se a função do sistema penal da estigmatização de terminada parcela da sociedade e os modos como isto se legitima na sociedade brasileira atual, é essencial dedicar tempo ao estudo do valor destes recursos para a manutenção de poder do Estado, que se fantasia de Estado de Direito, mas traz diversos tons absolutistas.

Uma vez que o Brasil adquiriu faz pouco tempo, em contexto histórico, sua independência e possui uma democracia muito nova, é importante observarmos os efeitos da globalização sobre a soberania do Estado.

Segundo Zigmunt Bauman⁴⁶, o tempo atual é das coisas fluidas e não permanentes, que mudam de forma com facilidade, tomando novos formatos e se reencaixando nas mudanças do mundo ao seu redor. Neste contexto, diante do estreitamento de laços entre países e da redução de suas fronteiras, a globalização cria uma interdependência que afeta drasticamente a soberania estatal. O Estado ainda que se clame soberano, já não pode agir livremente, pois deve avaliar os efeitos de toda e qualquer medida em suas relações internacionais. Neste contexto, o local onde a soberania estatal ainda permanece mais visível, é no uso do poder punitivo, tendo em vista que este ainda possui o monopólio do uso da força.

Em um país como o Brasil, cuja história detém um passado colonialista e um grande período tomado por ditaduras, não restaram somente mazelas sociais, mas também uma relação delicada entre o Estado e a população, acostumada desde sempre com a violência, que não aprendeu a compartilhar o sentimento de nação única, sendo dividida em pequenas comunidades de acordo com características pessoais e sociais dos indivíduos.

Neste contexto, é necessário observar-se as palavras do sociólogo sobre a tendência mundial dos indivíduos se fecharem em seus próprios meios, em pequenas ilhas, condomínios, formando comunidades hegemônicas, dotadas de forte segurança, que atua impedindo a aproximação daqueles considerados diferentes.

⁴⁶ BAUMAN, Zigmunt. **A modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001. P. 07/08.

Em um país como o Brasil, é possível perceber tal relação o Estado e a pequena parcela da sociedade que atingiu as condições mínimas necessárias à identificação como cidadã, promovendo assim a segregação de todo o resto do povo que é, quando muito, visto como mão-de-obra, devendo permanecer em seu devido lugar, para não sofrer coações do próprio Estado.

Com base neste caminho filosófico, pode-se traçar um paralelo entre o uso da força pelo Estado a fim de manter sua soberania com a teoria de René Girard, apresentada na série de estudos: “*Des choses cachées depuis la fondation du monde, Le bouc émissaire, La violence et le sacré*” sobre o papel da violência na criação e manutenção de comunidades, citada por Bauman, aplicando-as a atualidade brasileira.

Segundo Girard, citado por Bauman, um pulso violento persistiria sobre a calma superfície de toda a comunidade humana, precisando ser canalizado para fora deste meio, pois é proibida entre os seus membros. Para isso, a violência se torna arma de defesa, tornando-se indispensável. Então, a fim de cumprir o seu papel, ela precisa ser sempre reencenada, tornando-se um sacrifício ritual, cuja vítima se define por regras que jamais são implícitas, embora sejam claramente restritas. Assim, o sacrifício possui a função de refrear as pulsões violentas dos membros da comunidade, permitindo uma suposta harmonia entre eles.

Há um denominador comum que determina a eficácia de todos os sacrifícios (...) A violência interna – todas as dissensões, rivalidades, ciúme e querelas dentro da comunidade, que os sacrifícios contribuem para suprimir. O propósito do sacrifício é restaurar a harmonia da comunidade, reforçar o tecido social.⁴⁷

Pelo sacrifício se mantém instável a memória de unidade comunal, bem como se denuncia sua precariedade. Contudo, para cumprir esta função o a vítima sacrificial deve atender a requisitos exigentes e precisos: deve ser semelhante aos membros da comunidade, porém manter um grau de diferenciação suficiente que impeça confusão com um deles, uma vez que os membros de um grupo poderiam vir a ter contato com membros de outros grupos possivelmente semelhantes, mas considerados indignos de serem reconhecidos como iguais pela comunidade. Assim, devem ser de fora, mas nem tão distantes, a fim de que o sacrifício trace claros paralelos entre o “nós” e o “eles”, com isto, resta claro quais são as categorias usualmente escolhidas:

(...) seres que estão fora ou nas fronteiras da sociedade, prisioneiros de guerra, escravos... indivíduos de fora ou marginais, incapazes de estabelecer ou compartilhar os laços sociais que unem o resto dos habitantes. Seus *status* como

⁴⁷ GIRARD, René. 1979 apud BAUMAN, Zigmunt. *Op. Cit.* P. 221/222

estrangeiros ou inimigos, sua condição servil ou simplesmente sua idade, impede essas futuras vítimas de se integrarem a comunidade.⁴⁸

A ausência de identificação entre os membros da comunidade e a vítima, bem como a proibição desta identificação, servem para legitimar a violência, com a crença de que não haverá punição por isso. Ao mesmo tempo, retrata-se essa vítima como um ente perigoso a ser combatido, atribuindo-lhe todas as características cruéis que se busca conter nos membros da comunidade, a fim de reforçar a necessidade da comunidade se fechar e unir contra estes indivíduos, reforçando a legitimidade da violência contra eles praticadas.

Bauman é rápido em ressaltar como a teoria de Girard, retirada do livro *La Violence et Le Sacré*, que defende a importância da violência na formação e manutenção de comunidades humanas, aparenta sentido frente a comunidades cujas fronteiras são ausentes, porosas e apagadas, servindo a seu fortalecimento, sobre o que comenta:

(...)se o sacrifício regular de “vítimas substitutas” é uma cerimônia de renovação do “contrato-social” não escrito, ele pode desempenhar esse papel graças a seu outro aspecto – o da lembrança coletiva de um “ato de criação” histórico ou mítico, do pacto original a partir de um campo de batalha mergulhado em sangue inimigo. **Se não houve tão evento, ele precisa ser retrospectivamente construído pela assídua repetição do ritual de sacrifício.** Genuíno ou inventado, porém, ele cria um padrão para todas as candidatas ao status de comunidade – as futuras comunidades que ainda não estão em posição de substituir a “coisa real” pelo ritual benigno e o assassinato de vítimas reais pela morte de vítimas substitutas. Por mais sublimada que seja essa forma do sacrifício ritual que transforma a vida comunal numa reencenação contínua do milagre do “dia da independência”, as lições pragmáticas tiradas por todas as que aspiram ao status de comunidade induzem a façanhas de pouca sutileza ou elegância litúrgica.⁴⁹ *Grifos nossos*

Assim, ao se analisar o quadro atual brasileiro, percebe-se que o Estado reforça a sua soberania mediante o uso irrestrito de violência contra uma parcela selecionada da sociedade, os inimigos, no qual tem aqueles identificados como cidadãos como seus cúmplices e apoiadores, reproduzindo a ação sacrificial que mantêm a unidade social. Cria-se então uma fantasia de que a violência se encontra fora da comunidade brasileira, transferindo-a totalmente para a parcela marginalizada, que é elegida como culpada por todos os problemas sociais, tornam-se: Culpados Úteis.

4.4 A Concretização do Inimigo nas Leis Penais e Suas Aplicações.

Em que pese o conteúdo político e filosófico do Direito Penal do inimigo, que não se reflete diretamente na legislação penal de um país ou em sua aplicação é possível denotar a cl

⁴⁸ GIRARD, René. 1979 apud BAUMAN, Zigmunt. *Op. Cit.* P. 222.

⁴⁹ BAUMAN, Zigmunt. *Op. Cit.* P. 223.

presença dessa teoria nos Estados supostamente democráticos de direito. Assim, com foco no Brasil, alguns exemplos deixam transparecer a validade da tese em nosso ordenamento, ao determinar as formas de sanção de similares condutas criminosas de acordo com o grupo de origem ao qual, normalmente, pertencem seus realizadores, bem como ao modo de tratamento destes.

Analisando o Direito Penal brasileiro no que se refere aos crimes patrimoniais, observam-se comprovadas as palavras de Alessandro Baratta, sobre a punição do crime de furto, atribuído, usualmente, aos membros das classes mais baixas, com os chamados crimes de “colarinho branco”, como a sonegação fiscal. Senão veja-se:

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - *Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.*

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - *A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:*

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

(Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

(,,,) ⁵⁰ *Grifos nossos.*

Conforme se observa, as qualificadoras do delito, que implicam o aumento da pena, são vastas e preveem os modos mais comuns e usuais de sua prática, restando muito poucas hipóteses em que nenhuma delas influiria no referido tipo penal. Entretanto, ao se analisarem os delitos fiscais, percebe-se não apenas uma porosidade maior do tipo penal, que favoreceria a impunidade, como também um tratamento claramente diferenciado ao autor dos fatos:

Art 1º Constitui crime de sonegação fiscal:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer

⁵⁰ **Código Penal Brasileiro de 1940.** Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Art. 155. Acesso em 19/11/2015.

natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal. (Incluído pela Lei nº 5.569, de 1969)

Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.

§ 1º Quando se tratar de criminoso primário, a pena será reduzida à multa de 10 (dez) vezes o valor do tributo.

(...)⁵¹ *Grifos nossos.*

Fazendo uma sucinta análise aos dois institutos legais, notam-se as grotescas diferenças de tratamento entre o praticante do furto e o sonegador fiscal: enquanto ao primeiro, caso primário, *pode* ter a pena de reclusão substituída pela de detenção, diminuída em até dois terços ou apenas pena de multa, *caso tenha praticado furto de pequena monta*, ficando a critério do juiz determinar o que configuraria pequena monta, bem como se utilizará alguma das tais causas de diminuição; ao sonegador fiscal a lei prevê explicitamente que a pena de reclusão será substituída por pena de multa. Não obstante, é gritante notar a diferença nos tempos e regimes das penas: Enquanto que ao furtador se prevê, apenas pelo caput, 01 à 04 anos, em regime de reclusão, ao sonegador tratam-se de apenas 06 meses à 02 anos. Assim, o crime de sonegação fiscal prescreve *quatro* anos antes do furto.

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(...)

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

(...)⁵² *Grifos nossos*

Não obstante a escabrosa presença da ideologia do Direito Penal do Inimigo no Direito Penal abstrato, refletido nas leis demonstradas, com ciência no perfil padrão dos respectivos autores dos tipos penais, a presença da ideologia se torna mais marcante e danosa na atuação do sistema penal concreto, como se pode notar no recente episódio dos menores retirados de ônibus que se dirigiam para zona sul, na cidade do Rio de Janeiro.

No referido caso, Policiais Militares realizaram ação, denominada “Operação Verão”,

⁵¹ **Lei 4.729/65.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm. Art. 1º. Acesso em 19/11/2015.

⁵² **Código Penal Brasileiro de 1940.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Art. 109. Acesso em 19/11/2015.

em que formaram barreiras de fiscalização nas vias de acesso a Zona Sul carioca e pararam ônibus oriundos da zona norte e baixada da cidade, abordando jovens de maneira arbitrária, ordenando descerem do veículo àqueles que não possuíam documento de identificação ou dinheiro, sob a alegação que poderiam estar se dirigindo para a parte nobre da cidade a fim de praticar delitos. Estes jovens, menores de idade em sua maior parte, foram encaminhados para delegacias ou casas de assistência social, em uma clara violação a seus direitos constitucionais.

O governador Luiz Fernando Pezão defendeu, nesta segunda-feira (24), a ação da Polícia Militar que ocorreu no fim de semana em uma apreensão de menores que seguiam para a orla da Zona Sul do Rio de ônibus. Os jovens, de acordo com matéria do Extra, foram levados para um Centro de Assistência Social *porque teriam sido mapeados e apontados como suspeitos de praticar arrastões*, mesmo sem flagrante. A Defensoria Pública criticou a ação e disse que vai pedir o fim do recolhimento de jovens em coletivos.⁵³ *Grifos nossos.*

Tendo a conduta arbitrária da Polícia Militar chamado a atenção da Coordenadoria de Defesa dos Direitos Humanos da Criança e do Adolescente da Defensoria Pública, o órgão entrou com pedido de *Habeas Corpus* pleiteando a liberdade de ir e vir dos menores, em que foi parcialmente concedida pelo juiz da 1ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Capital – RJ. Entretanto, em que pese o *Habeas Corpus* requerer apenas o respeito ao texto constitucional, reconhecendo o direito dos menores enquanto cidadãos, a repercussão foi alarmante, produzindo inúmeros comentários de internautas no portal de notícias G1, manifestando-se contra sentença e defendendo a ação dos policiais com argumentos reacionários, racistas e dotados de forte cunho punitivista:

Que absurdo! Não vou mais pra praia aos domingos. A praia fica muito escura e perigosa!⁵⁴

E NÓS CIDADÃOS DE BEM QUE SE DANE NA MÃO DESSES PIVETES FACÍNORAS QUE PAÍS É ESSE??????????⁵⁵

Se eu fosse o COMANDANTE do Batalhão, até AJUDAVA ELES para ir à praia ! ESCOLTAVA ELES A PÉ DA CENTRAL ATÉ COPACABANA , PARA ELES NÃO SE TORNAREM ALVOS DE REPRESÁLIA POR PARTE DA POPULAÇÃO ORDEIRA E CUMPRIDORA DAS LEIS.⁵⁶

⁵³ **Pezão defende PM após apreensão de menores a caminho de praia no RJ.** Matéria dos jornalistas: Gabriel Barreira e Henrique Coelho. Publicada no Portal de Notícias G1, dia 24/08/2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/08/pezao-defende-pm-apos-apreensao-de-menores-caminho-de-praia-no-rj.html> . Acesso em 19/11/2015

⁵⁴ Internauta identificado como “Ali Sept”. *Op. Cit.* Acesso em 19/11/2015.

⁵⁵ Internauta Identificado como “Silvio Guimarães”. *Op. Cit.* Acesso em 19/11/2015.

⁵⁶ Internauta Identificado como “Dente”. *Op. Cit.* Acesso em 19/11/2015.

Diante da polêmica provocada, fez-se nova tentativa de explicar a função da decisão quanto a manutenção dos direitos e garantias dos jovens. Porém mesma matéria encontrava-se declaração do próprio secretário de segurança José Mariano Beltrame, afirmando que caso os órgãos de assistência social não providenciassem meios de lidar com os menores, a polícia retomaria as ações de abordagem, sob alegação de cumprir seu dever de prevenção de delitos mesmo sem casos de flagrante, argumentando que teria a função de impedir que a população civil fizesse “justiça com as próprias mãos”.

Segundo o secretário, a decisão visa a evitar até problemas de linchamento em áreas perto da orla.

"Se ninguém atender meu chamado, voltarei com as ações de recolhimento o de menores como aconteceu em agosto, já neste fim de semana. A polícia foi tolhida em sua missão de prevenção. Muito me preocupa é que temos um outro problema que o setor de inteligência detectou ontem e hoje que é o de pessoas se preparando pra fazer justiça com as próprias mãos, com risco de linchamentos", afirmou.⁵⁷

Tal pronunciamento ocorreu depois de fatos ocorridos no dia 19 de setembro de 2015, quando teria havido arrastões pelas praias do Rio de Janeiro. Tal situação, é um retrato da previsão que se auto realiza mencionada por Zaffaroni.

Como anteriormente abordado neste trabalho, a verticalização social passa por um processo de desenvolvimento de um inimigo, que se encontra tolhido em seus direitos básicos, bem como uma manipulação da massa para crer na impunidade dos delinquentes. Assim, não somente se incentiva o clamor por mais punições e mais rígidas, como estimula-se a prática de delitos pela parcela da população que sempre teve negada seus direitos, encontrando no medo a única forma de conquistar respeito.

No caso em tela, a ação policial nada mais fez do que reforçar os preconceitos e estereótipos marginalizadores. Em sequência, distorceu-se uma sentença judicial garantidora de direitos constitucionais, a fim de fazer a população acreditar que o próprio poder judiciário estaria impedindo a polícia de agir em prol da segurança do povo, o que reforçou o clamor popular por penas mais rígidas, aumentando a área de arbitrariedade dos agentes de segurança pública, Polícia Militar, de modo a legitimar sua violência contra uma parcela excluída da população.

⁵⁷ **Habeas corpus da Defensoria não proíbe PM de abordar menores, diz TJ.** Matéria Publicada no Portal de notícia G1. Data: 21/09/2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/09/habeas-corpus-da-defensoria-nao-proibe-pm-de-abordar-menores-diz-tj.html>. Acesso em 19/11/2015.

5 CONCLUSÃO.

Conforme foi demonstrado neste trabalho, a presença da figura de um “inimigo” persistiu por toda a história da civilização ocidental, sendo fruto do medo do diferente, provocado pela ignorância quanto ao outro, que sempre serviu de alimento para o ódio, na forma de inúmeros preconceitos. Assim, a imagem do inimigo legitimou atos de violência em todo o mundo ocidental, servindo para justificar atos arbitrários dos poderosos, que agem única e exclusivamente visando seus próprios benefícios.

Desde a Roma antiga, ou mesmo a Grécia clássica, o conceito de que determinada parcela da humanidade é superior às demais, provocou guerras e foi usado para legitimar a subjugação de povos e genocídios culturais. O grande império Romano tinha como inimigos aqueles os estrangeiros, mesmo os escravos, que por lutarem a fim de recuperarem sua liberdade, eram considerados ameaças ao povo que os aprisionava. Do mesmo modo, mesmo os cidadãos romanos, caso fossem contra os interesses do Senado, seriam destituídos de sua condição, a fim de poderem ser punidos tal qual os escravos.

O conceito perdurou em todas as grandes potências europeias mercantilistas, que promoveram as grandes navegações e instituíram colônias, defendendo que suas nações seriam superiores ao resto do mundo, ao qual ofereciam a “generosa” oportunidade de servi-los, a fim de tornarem-se iguais a eles ou serem destruídos.

Fossem as mulheres possuidoras de conhecimentos que iam contra o interesse da Igreja, ou os súditos que se opunham contra os abusos do monarca, todos eram pintados como pessoas malignas, vilões⁵⁸! Devendo ser tratados não como pessoas, mas, tão somente, destruídos como representantes do puro mau na Terra.

O quadro não se alterou durante o iluminismo ou mesmo a revolução industrial, apenas se alteraram o foco dos discursos de ódio e as justificativas para que a eliminação daqueles que incomodassem os poderosos pudessem ser eliminados. Assim seguiu até a revolução tecnológica e mesmo depois dela, apenas tornando-se um discurso mais hegemônico, difundido a nível mundial.

Todo o autocrata busca o inimigo que lhe convêm, em todo o mundo, a fim de legitimar suas ações arbitrárias contra aqueles que ameaçam, real ou hipoteticamente, seu poder.

No Brasil, tão marcado pelas desigualdades sociais, país de proporções continentais, em

⁵⁸ A palavra “vilão” originalmente era usada para designar os moradores dos vilarejos. O cunho negativo foi atribuído a palavra nas fábulas, devido ao fato de suas revoltas representarem problemas a nobreza e monarquia que vivia de sua exploração.

que poucos possuem os recursos e meios de produção, condenando a maior parte do povo à vida em condições subumanas, o discurso do inimigo ganha força em seu local mais daninho, no implícito. Escondido na forma de “teorias de todos os dias”, alimentadas por séculos de pensamentos eurocêntricos, conservadores, que legitimam os mais diversos preconceitos raciais, sociais e sexuais, o uso do inimigo se esconde sobre o discurso de proteção aos supostos cidadãos de bem, que se adequam, ou se aproximam, da elite detentora de todas as vantagens sociais e recursos econômicos.

Tendo em vista a que serve este discurso, na legitimação de Estados Absolutos, autoritários e arbitrários, cujo soberano utiliza o poder punitivo para fazer valer suas vontades e interesses, sem que haja mecanismos de controle, ou que estes não gozem de efetividade, resta claro que não combina com o Estado democrático de Direito.

Nessas considerações concorda-se com Zaffaroni, quando ele alega que a função de todo o profissional defensor do Direito Penal liberal é assegurar que o poder punitivo permaneça contido nos níveis menos irracionais de sua utilização. Pois, de outro modo, abrir-se-ia caminho ao Estado de exceção e dar-se-iam as armas necessárias para que este retorne ao Estado absoluto. Portanto o Estado de Direito ideal é a luz que nos guia rumo a uma sociedade mais justa e igualitária e não se deve abandoná-lo nem nos momentos mais turbulentos, quando o futuro de mostra turvo devido às agruras do presente.

A conquista do Estado de Direito passa pela conscientização de todo um povo sobre as armas usadas para manipulá-lo, bem como pela de consciência de que todos são responsáveis pelos problemas que assolam os meios em que vivemos. Cabe aos profissionais do Direito promover um estreitamento dos vínculos da população leiga com as leis e a política de seu país, a fim de conquistarem esse despertar e caminharem a um futuro mais justo.

Concluindo, a imagem do inimigo, daquele que é de um grupo social diferente até o estrangeiro, mesmo o terrorista, é uma construção que favorece a desunião da população em geral, dando grandes poderes nas mãos da pequena elite detentora do poder, dos soberanos autocratas e todos aqueles que controlam o mundo atual. Então é necessário um despertar coletivo para as injustiças sofridas e que se ajuda a propagar, a fim de modificar este quadro. Um país, até um mundo, dotado de direito, necessita de que todos os homens sejam tratados como iguais, tendo respeitados seus direitos e garantias, a fim de que não se permitam cometer injustiças.

6 REFERÊNCIAS

BARATTA, ALESSANDRO. **Criminologia e crítica e crítica do direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. (Coleção Pensamento Criminológico, v. 1).

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

BINATO JÚNIOR, Otávio. **Do Estado Social ao Estado Penal: O Direito Penal do Inimigo Como Novo Parâmetro de Racionalidade Punitiva**. 197 fls. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós Graduação em Direito, São Leopoldo, 2007, Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp047039.pdf>. Acesso em: 20/08/2015.

Código Penal Brasileiro de 1940. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Art. 155. Acesso em 19/11/2015.

Habeas corpus da Defensoria não proíbe PM de abordar menores, diz TJ. Matéria Publicada no Portal de notícia G1. Data: 21/09/2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/09/habeas-corpus-da-defensoria-nao-proibe-pm-de-abordar-menores-diz-tj.html>. Acesso em 19/11/2015.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo Noções e Críticas**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Lei 4.729/65. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm. Art. 1º. Acesso em 19/11/2015.

Pezão defende PM após apreensão de menores a caminho de praia no RJ. Matéria dos jornalistas: Gabriel Barreira e Henrique Coelho. Publicada no Portal de Notícias G1, dia 24/08/2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/08/peza0-defende-pm-apos-apreensao-de-menores-caminho-de>

praia-no-rj.html . Acesso em 19/11/2015

ZAFFARONI, E. Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
(Coleção Pensamento Criminológico, v.14).

ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. **Direito penal brasileiro I: teoria geral do direito penal**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.