



**VIOLAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS COMO
ESTRATÉGIA DE CONTROLE SOCIAL: A IMPOSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ESTADO
DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**

*Violation of Constitutional Rights and Guarantees as a Strategy for Social Control:
the Impossibility of the Application of the Enemy's Criminal Law in the Brazilian
Democratic State*

Vitória Stéfany Teodoro dos Santos¹; Roberta Toledo Campos²

RESUMO

O presente artigo, elaborado mediante pesquisa bibliográfica, visa abordar a teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida por Günther Jakobs, e suas manifestações no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar da impossibilidade de aplicação da referida teoria no Estado Democrático brasileiro, uma vez que ele consagra a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos (art. 1º, III, CF/88), são evidentes as manifestações dessa teoria através de estratégias de controle social. Desta forma, esta produção faz-se relevante social e cientificamente por se tratar de uma contribuição acadêmica a qual propõe discorrer a respeito de estratégias de violências mimetizadas nos serviços como táticas de manipulação coletiva e consequente punição seletiva.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal do Inimigo. Estado Democrático de Direito. Controle social. Punição. Seletividade do Direito Penal.

ABSTRACT

This article, based on a bibliographical research, aims to address the theory of the Criminal Law of the Enemy, developed by Günther Jakobs, and its manifestations in the Brazilian legal system. Despite the impossibility of applying this theory in the Brazilian Democratic State, since it enshrines the dignity of the human person as one of its foundations (article 1º, III, CF/88), the manifestations of this theory are evident through strategies of Social control. In this way, this

¹Graduada em Direito pela Faculdade de Talentos Humanos – FACTHUS/MG. Graduada em Psicologia pela Universidade Federal do Triângulo Mineiro – UFTM/MG.

² Graduação em Direito. Especialização em Direito Penal e Processual Penal. Especialização em Direito Penal. Mestrado em Direito. Docente nas disciplinas de Direito Penal e Processual Penal. Coordena especialização na área do Direito. Advogada.

production becomes relevant socially and scientifically because it is an academic contribution which proposes to discuss about strategies of violence disguised in services as tactics of collective manipulation and consequent selective punishment.

KEYWORDS: *Criminal Law of the Enemy. Democratic state. Social control. Punishment. Selectivity of Criminal Law.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo traçar alguns aspectos sobre a Teoria do Direito Penal do Inimigo proposta por Günther Jakobs que primeiramente utilizou a expressão “Direito Penal do Inimigo” em 1985. No entanto, o desenvolvimento teórico e filosófico do tema somente foi levado a cabo a partir da década de 1990 (FERREIRA JUNIOR, 2011), ou seja, trata-se de uma área ainda nova cujo referencial teórico é bastante recente.

Ao fazer um levantamento bibliográfico a respeito de produções e publicações que versam sobre referida teoria foi possível perceber, também, que este é um tema muito falado, todavia, pouco explorado. As publicações que discutem fundamentalmente a teoria de Jakobs, além de recentes, são diminutas; o que torna ainda mais ambicioso o desenvolvimento do presente trabalho.

Isso também significa dizer que ainda não se teve tempo de elaborar, amadurecer e apresentar o Direito Penal do Inimigo de forma acabada e definitiva. Trata-se de uma teoria em construção, daí, também, a relevância da presente produção acadêmica enquanto contribuição científica para o tema. Faz-se indispensável a intensificação quantitativa e qualitativa das publicações desenvolvidas, afinal o registro de trabalhos teóricos enriquece o caráter científico das ideias e possibilita uma maior eficiência da prática (FRANÇA, 2004).

Falar sobre uma teoria que rege o comportamento social, é falar, simultaneamente, de estratégias de controle de massa, de manipulações de um inconsciente coletivo e de motivações subjetivas que permitem esse adestramento impositivo. Desta forma, discutir as representações da Teoria de Jakobs no ordenamento jurídico brasileiro é problematizar aspectos fundamentais da sociedade. Daí, além da relevância científica, a relevância social deste trabalho.

O desenvolvimento da presente produção acadêmica foi dividida em eixos temáticos que correspondem aos oito capítulos, dos quais o primeiro refere-se a uma breve recuperação histórica das punições. No segundo capítulo, fez-se um levantamento de autores jus-filosóficos considerados fundamentais para a elaboração do Direito Penal do Inimigo, teoria esta que é definida no quarto capítulo.

O capítulo cinco apresenta a concepção de pessoa para o Estado Democrático de Direito, em contrapartida, o capítulo seis apresenta a concepção de inimigo para o Direito Penal do Inimigo. Os direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito são abordados no sétimo capítulo. O oitavo e último capítulo discorre a respeito da Impossibilidade de aplicação dessa teoria de Jakobs na da democracia brasileira, seguido das considerações finais da autora.

Sendo assim, realizada uma breve introdução, urge salientar que o presente estudo não possui, de modo algum, o propósito de esgotar o assunto, mas sim trazer a baila algumas definições doutrinárias, além de elucidar discussões relevantes a respeito do tema.

1. BREVE HISTÓRICO DAS PUNIÇÕES

A pena, em sua origem e forma mais primitiva, nada mais era que uma forma de vingança. Sujeitos instintivos se defendiam de uma agressão sofrida revidando desproporcionalmente, posto não haver um Estado constituído capaz de regular as relações sociais. É claro que uma sociedade com este nível de injustiça não se sustentaria (LOUREIRO, 2009).

Nas civilizações mais antigas, como o poder era descentralizado (não existia ainda o conceito de Estado-Nação), todo crime tinha como método punitivo algo que abrangesse estritamente interesses religiosos, econômicos, e não penais. Por isso, era muito comum o pagamento de fianças, o que intensificava o abismo entre as classes sociais. Quando malfeitores das classes subalternas não tinham mais condição de pagar fiança em moeda, a punição era substituída por terríveis castigos corporais, uma vez que o corpo era o único bem acessível (LOUREIRO, 2009). Para Foucault (1984, p. 34, apud LOUREIRO, 2009, p. 18):

O suplício é uma pena corporal, dolorosa, é a arte quantitativa do sofrimento.
(...) A morte-suplício é também a arte de reter a vida no sofrimento

subdividindo-a em mil mortes. (...) A pena é calculada de acordo com as regras detalhadas: número de golpes, de açoites, localização do ferrete em brasa, tempo de agonia na fogueira ou na roda, tipo de mutilação a impor.

Cansados de uma liberdade inútil devido à incerteza de conservá-la, a civilização se dispôs a sacrificar uma parte dessa liberdade a fim de gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas ao bem geral, formou a soberania da nação. Assim, foi proclamado o Estado como soberano do povo que ficou encarregado pelo depósito das liberdades, pela administração, pelas leis e penas que protegiam esses depósitos de qualquer particular que ameaçasse mergulhar a sociedade no seu antigo caos (BECCARIA, 1764).

Com o surgimento do Estado criaram-se novas perspectivas para pensar as penas e as punições. A respeito do período que o espetáculo punitivo foi se extinguindo Mameluque (2006, p. 624) relata que:

O suplício da exposição do condenado foi mantido na França até 1831, apesar das críticas violentas, sendo finalmente abolida em abril de 1848; a punição, pouco a pouco, deixou de ser um espetáculo público, o que tinha um cunho negativo; ficou a suspeita de que tal rito mantinha, com o crime, a finidade espúria, igualando-o ou ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a cenas de ferocidade e mostrando-lhes a freqüência dos crimes, o que fazia o carrasco se parecer a um criminoso e os juízes a assassinos, invertendo-se os papéis.

Logo, visando um maior controle sobre as punições, passa a existir a Lei de Talião que tornou o castigo a ser aplicado condizente ao delito cometido. Foi neste momento que surgiu a ideia da pena como retribuição ao mal causado. A partir de então a punição foi se tornando a parte mais velada do processo penal (NUNES, 2003).

A supressão do suplício significou a eliminação do domínio sobre o corpo, contudo, algumas penas corporais e infamantes, como o esartejamento, os açoites, a forca e a guilhotina, ainda eram aplicadas sob o pretexto de uma ideologia da salvação dos costumes sociais e religiosos ditados pelos poderosos. Para Mameluque (2006), a morte (produzida pela forca e pela guilhotina, por exemplo) é reduzida a um acontecimento visível e instantâneo. “A guilhotina suprime a vida, tal como a prisão suprime a liberdade, quase sem tocar no corpo” (MAMELUQUE, 2006, p. 625).

Com a Idade Moderna, o capitalismo e o mercantilismo as relações sociais e de trabalho se deslocam do campo para as cidades, onde surgem as Casas de Correção. O método de punir nesse período não mais se dirige ao corpo, porém à alma. Essas casas

tinham como principal função limpar a cidade de “vagabundos, prostitutas e mendigos”, nas palavras de Loureiro (2009, p. 20), ainda ressaltando que:

A casa de correção tem importância histórica por corrigir, produzir e punir. Suas três funções básicas eram: assistência aos pobres, oficina de trabalho e instituição penal. A punição nas Casas de Correção começou aos poucos se transformando e a punição no seu caráter de trabalho forçado deu lugar a punição de tipo detentivo.

Foi então que a morte e as penas físicas começaram a ser substituídas pela detenção. “Uma detenção, todavia cada vez mais inútil e dolorosa para os internos” (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 64, apud LOUREIRO, 2009, p. 20). A formação do sistema carcerário em si, sempre esteve relacionado à ideia de castigo.

O desenvolvimento do sistema e de técnicas carcerárias evoluiu para um ideário de adestramento de pessoas e fonte de reforma moral. O conceito de punir era ligado à ideia de educar, por isso os internos eram submetidos a instrução primária, religiosa e trabalho forçado (sem ter o lucro como principal objetivo).

Segundo Mameluque (2006) esses novos processos punitivos de encarceramento representavam a forma disciplinar mais intensa, uma vez que era o modelo em que se concentravam todas as tecnologias coercitivas do comportamento. “A mínima desobediência era castigada, e o melhor meio de evitar delitos mais graves era punir severamente as mais leves faltas, reprimindo-se qualquer palavra inútil” (MAMELUQUE, 2006, p. 623).

Esse fundamento jurídico-econômico-disciplinar fez a prisão aparecer como a forma mais imediata e mais civilizada de todas as penas. Atualmente, apesar dos avanços da legislação em matéria de proteção do indivíduo contra o poder punitivo do Estado, as penas privativas da liberdade ainda são consideradas a espinha dorsal do sistema e, por isso, conservadas até hoje (LOUREIRO, 2009).

1.1 DAS PUNIÇÕES NO BRASIL

O processo do desenvolvimento das punições no Brasil possui um caráter singular, uma vez que sofreu de algumas peculiaridades que foram definitivas em seu processo histórico. Pode-se citar como exemplo o fato de que o Brasil foi colônia de exploração dos portugueses, recebeu criminosos de Portugal, escravizou a população nativa e foi protagonista no processo da diáspora africana.

Sendo o Brasil uma nação considerada jovem (já que seu descobrimento data em torno do ano de 1500), padece, portanto, ainda hoje de reflexos dessa era. É impossível falar sobre penas e punições no Brasil sem considerar aspectos econômicos, sociais e étnico-raciais. Pedroso (2006, p. 55, apud LOUREIRO, 2009, p. 22) esclarece que:

No Brasil, a prisão quando de sua criação foi inicialmente de alojamento de escravos e ex-escravos, serviu como asilo para menores e crianças de rua, foi confundida com hospício ou casa para abrigar doentes mentais e, finalmente fortaleza para encerrar os inimigos políticos. Monumento simbólico de construção da exclusão social, cercado por muralhas intransponíveis ou isolados em ilhas e lugares isolados, dentro de seus muros eram comuns maus tratos e a tortura, a promiscuidade e os vícios, era a face nefasta do aparelho punitivo do Estado.

Portanto, encontrava-se muitas vezes encarcerados presos por delitos comuns, junto àqueles que cometeram delitos graves, doentes mentais e civis presos por qualquer ou nenhum motivo declarado. Os sucessivos equívocos desaguaram em compreensões e princípios que embasam teorias atuais, como pro exemplo a Teoria do Direito Penal do Inimigo, objeto de estudo do presente trabalho.

Essas teorias determinam modos de se pensar o funcionamento social contemporâneo, e isso se potencializa quando o tema é punir o outro. A sociedade que deveria resgatar ao convívio social qualquer um que se desviasse ou que, devido suas condições históricas, se encontra à margem, é a mesma sociedade que condena, julga, culpa “escolhas individuais” e discute meritocracia.

As penas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, são as privativas de liberdade, as restritivas de direitos e a multa, nos termos do artigo 32 do Código Penal. Todas elas são penas principais, estando abolida a categoria das penas acessórias. Nos termos do art. 5º, XLVII da Constituição Federal de 1988 é proibida a pena de morte (salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX) de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as penas cruéis. Todavia, não é isso o que se vê com o atual controle social dos corpos.

Na contemporaneidade diversas discussões são feitas a respeito da finalidade da pena e de qual tratamento jurídico seria o mais adequado para a aplicação da mesma. É inegável afirmar que historicamente existe uma tendência em almejar a punição com um viés vingativo, retornando sempre às formas originárias de punição. Beccaria (1764)

bem traduz esse impulso instintivo ao afirmar que se o coração humano for consultado nele serão achados os princípios fundamentais do direito de punir.

2. FUNDAMENTOS JUS-FILOSÓFICOS DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Diversos pensadores como Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Jean-Jacques Rousseau, Johann Gottlieb Fichte, Thomas Hobbes, Immanuel Kant e Lombroso contribuíram para a construção da Teoria de Jakobs, chamada Direito Penal do Inimigo. De forma generalizada pode-se identificar como consenso entre eles a compreensão da sanção penal como um instrumento de manutenção do modelo do contrato social e, portanto, da ordem jurídica.

Hegel (1820, apud SALMEN, 2012) defende que a ordem jurídica é a manifestação da vontade geral, assim:

Quando alguém comete um delito, segundo as palavras de Hegel esse alguém nega a vontade geral. A vontade geral forma a ordem jurídica e quando alguém comete um delito esse delinquente nega a vontade geral, e a partir desse pensamento, para Hegel, surge a pena criminal para por sua vez negar a vontade do delinquente. O delinquente nega a vontade geral e a pena nega a vontade do delinquente. Nas palavras de Hegel: “A pena é a negação do direito”, por isso a pena surge como forma da manutenção da vigência do contrato social. A pena surge para reafirmar essa vontade geral, a ordem jurídica.

Para Rousseau, o inimigo ao infringir o Contrato Social deixa de ser membro do Estado e acaba entrando em guerra com ele, devendo morrer como inimigo. Fichte defende que quem abandona o contrato do cidadão perde todos os direitos concedido por esse. Hobbes entende que nos casos de alta traição contra o Estado, deve o indivíduo não ser julgado como súdito, e sim, como inimigo. Kant compreende que aquele que ameaça constantemente a sociedade e o Estado, que não aceita o “estado comunitário-legal”, deve ser tratado como inimigo (GOMES, 2011).

Dessa forma, referidos teóricos elegem um determinado sujeito social como possível inimigo. Devido a impossibilidade de se prever futuros infratores faz-se necessário estabelecer conceitos prévios que definam candidatos em potencial para delinquir. A construção desse perfil também não é de hoje, o que faz de Cesare Lombroso mais uma grande influência à teoria a ser aqui estudada.

Lombroso, um psiquiatra, criminologista e higienista, estimava que a natureza, de quando em quando, produz um ser humano anti-social do qual dever-se-ia medir o grau de temibilidade ou perigosidade (LOMBROSO, 1894, apud BRUNONI, 2007). Na teoria de Lombroso, o que se deve reprovar não é o ato cometido pelo sujeito, mas a existência e o modo de ser dessa pessoa. Assim, o delito não passa de um sintoma da personalidade nociva do autor; o que caracteriza o Direito Penal do Autor (BRUNONI, 2007). Para Motta (2013):

Os que defendem um Direito Penal do autor acabam por entender que o indivíduo deveria ser punido antes mesmo de cometer qualquer crime, já que o seu modo de vida ou características inerentes à ele levariam todos a crer que ele é culpado. Porém, isso acabaria por permitir uma regressão social, ao ano de 1876, compartilhando do mesmo pensamento de Lombroso, que considerava a existência de um "criminoso nato", ou seja, através da análise das características pessoais de alguém era possível definir se aquela pessoa era voltada para o cometimento de crimes.

Para Lombroso, o crime não é um fenômeno jurídico-político, mas biológico porque faz parte daquele pessoa cometer delitos, mesmo que a pessoa não tivesse feito nada. Ser perigoso era uma coisa que já fazia parte de sua anatomia. A conduta realizada seria apenas uma das características inerentes aquele ser que nasceu para delinquir (MOTTA, 2013).

Lombroso visava o método da fisionomia para estudar aqueles indivíduos que estariam hereditariamente destinados ao crime. Ele parte de um modelo dedutivo, embasado pela teoria evolucionista, no qual os criminosos aparecem como tipos atávicos (produto da regressão, não da evolução das espécies), ou seja, como indivíduos que reproduzem física e mentalmente características primitivas do homem (ALVAREZ, 2002). Assim, conforme Mendes (2007, p.2):

(...) o infrator é um prisioneiro de sua própria patologia ou de seus processos causais alheios ao mesmo, um ser escravo de sua carga hereditária, enclausurado em si e separado dos demais, que mira o passado e sabe, fatalmente escrito, seu futuro: um animal selvagem e perigoso.

A punição era, portanto, utilizada como meio de defesa social. Embora a teoria de Lombroso represente um retrato dos preconceitos sociais da Europa no século XIX ouve-se, ainda hoje, com uma frequência alarmante, a sua proposta com a finalidade de

encontrar as causas do crime nos estigmas do delinquente. Não há como pensar uma sociedade passiva que apenas se defende de sujeitos cuja periculosidade é inerente.

Portanto, a culpa também recai sobre a sociedade, a qual não dispõe de meios adequados de subsistência a todos os seus cidadãos, sendo essa a causa para a maioria dos delitos cometidos (MOTTA, 2013). Ao recorrer aos filósofos Hegel, Rousseau, Fichte, Hobbes, Kant e até mesmo Lombroso, Jakobs pretende encontrar legitimação para a ideia de punir para “eliminar um perigo”. Logo, conforme Mendes (2011, p.6):

[...] nem sempre a sanção penal desempenhará a função de proteger a vigência da norma (prevenção geral positiva), pois, em determinadas situações, ela deverá assumir outra feição: *a eliminação de um perigo* (prevenção especial negativa). Chegamos ao direito penal do inimigo.

3. CONCEITO DE DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal do Inimigo é uma teoria idealizada e proposta pelo criminalista Günther Jakobs. Este teórico defende a ideia de que o estado de paz, entre homens que vivem juntos, não é um Estado Natural. Para ele, este é mais um estado de guerra, ou seja, um estado no qual, ainda que as hostilidades não estejam declaradas, nota-se uma constante ameaça.

Em sua opinião, o estado de paz deve ser instaurado, pois a omissão de hostilidade não é ainda garantia de paz e, se um vizinho não dá segurança ao outro (o que somente pode acontecer em um estado legal), cada um pode considerar como inimigo o que lhe exigiu esta segurança (JAKOBS, 2007).

Jakobs considera legítima a ideia de Kant (1795, apud CARVALHO JUNIOR, 2012), quando este considera legítima qualquer ação que vise obrigar alguém a entrar em um estado social-legal. Ele compreende que se um homem permanece em seu estado de natureza é justa e igualmente legítima qualquer coação ou atitude hostil em relação à ele, mesmo que não tenha cometido nenhum delito. Isso se dá, porque o simples fato de estar de fora do estado civil já faz da presença desse homem uma constante ameaça à paz. Carvalho Junior (2012) explica que:

Com intuito de abandonar este estado de risco imutável, fundou-se o Estado (a partir do contrato social), desejosos de uma vida mais segura mesmo que implicando em uma redução de sua liberdade, tornando-se assim cidadãos. Assim, as leis civis, feitas para os cidadãos, que pactuaram em favor da constituição do Estado, são dirigidas apenas aos cidadãos, enquanto que os

inimigos, que negaram a autoridade do Estado, podem ser tratados como os representantes do Estado o desejarem. O inimigo, que não esteve sujeito, ou se esteve, renunciou às leis da sociedade, pratica atos de agressividade que tornam legítimos qualquer reação por parte do Estado, pois se em estado natural permanecem, serão tratados segundo preceitos naturais e não sob as leis civis.

Na década de 80, Jakobs passou a discutir e defender uma teoria que visa combater criminosos perigosos. Ele previu a divisão do Direito Penal em dois pólos. O primeiro deles é direcionado ao cidadão, com direitos e garantias; para este cidadão vale a integralidade do devido processo legal (LEMES, 2015). Nele, compreende-se que mesmo violando uma norma é possível receber a oportunidade de “reestabelecer” a vigência desta norma através de uma pena mantendo, pelo Estado, o seu status de pessoa e o papel de cidadão reconhecido pelo Direito (CARVALHO JUNIOR, 2012).

O outro pólo refere-se a um Direito voltado ao inimigo, que é aquele infrator reiterado e/ou perigoso que atenta permanentemente contra o Estado, considerado, portanto, fonte de perigo. Enfim, reservado àquele indivíduo que pelo seu comportamento, ocupação ou práticas, representa uma ameaça à ordem social, devendo ser tratado como inimigo (CARVALHO JUNIOR, 2012). Trata-se, portanto, do chamado Direito Penal do Inimigo, também conhecido como Direito Penal de Terceira Velocidade; um meio para intimidar outras pessoas.

Com a criminalidade crescente o Direito Penal do Inimigo passou a ganhar força, sendo incorporado em diversas legislações com o fim de punir determinados tipos de criminosos. Esse fenômeno em expansão está invadindo a legislação penal (LEMES, 2015). No Brasil, não é diferente, sendo possível encontrar no seu ordenamento jurídico várias manifestações do que alguns autores compreendem como “direito penal do autor”. Lemes (2015, p. 3) argumenta que:

Quanto a tipificação de crimes, não só o Código Penal Brasileiro traz dispositivos influenciados pelo Direito Penal do Inimigo, mas também diversas leis infraconstitucionais que tratam de temas específicos, como é o caso da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), dentre outras.

4. A CONCEPÇÃO DE PESSOA PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O filósofo René Descartes (1989), ao construir a afirmação “penso, logo existo”, propõe a separação da pessoa em duas partes: o corpo e a mente. Desse processo de dicotomizar a pessoa humana decorre, como consequência, a atribuição de diferentes valores sociais para o corpo e para a mente. À mente o autor confere um sentido de maior valor, a essência distintiva do que é ser uma pessoa humana (FLORES-PEREIRA, 2010). É a instância encarregada de pensar, raciocinar e, portanto, de existir.

O corpo, em contrapartida, passa a ser considerado uma matéria diferente em relação à pessoa que “o detém” e, por isso, recebe o sentido de algo menos valoroso. Esse pensamento confirma a ideia de que o corpo é um objeto disponível a ação exploratória das pessoas (um gradual processo de objetificação do corpo humano). A capacidade de intervir no corpo de forma a adaptá-lo às determinações do ambiente no qual ele habita é, então, descoberta e incentivada (FLORES-PEREIRA, 2010).

As obras de Michel Foucault (1988; 2002; 2004) falam dos processos de regulação, vigilância e controle (individuais e coletivos) desse corpo manipulável ao qual Descartes se refere. Foucault nomeia esse processo como “produção de corpos dóceis” que é o corpo que pode ser utilizado, transformado e aperfeiçoado. Para a produção de tais corpos “dóceis” entram em cena as disciplinas e métodos que permitem um controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõe uma relação de docilidade-utilidade (SILVA, 2008).

É fundamental que hoje se possa repensar, a partir do contexto atual, a pessoa emergente deste novo século. O corpo humano que era tratado como objeto puramente biológico, tem sido resgatado como parte constitutiva da pessoa e de seu contexto sócio-histórico-cultural. Fala-se de um corpo-pessoa engajado na vida prática, uma unidade de necessidades, desejos, sentimentos, angústias, temores imaginários, racionalidade e paixões. (FLORES-PEREIRA, 2010).

Dessa forma, não se pode reduzir qualquer pessoa a dimensões meramente biológicas ou psicológicas desconsiderando todas as demais facetas da complexa interioridade de cada um. Assim, é possível sintetizar essas questões através da ideia de pessoa como um produto que vai modelando e sendo modelada sob a cultura dominante

de cada sociedade de acordo com o momento no qual ele é vivido e do espaço que habita. Trata-se de um processo reflexivo (MAMELUQUE, 2006).

A pessoa é uma unidade ideal administrada por meio de aspectos físicos e psíquicos (emoções, intelecto e vontades) que definem esse sujeito como singular. O conceito de pessoa está estritamente relacionado à condição de SER humano, sendo isso suficiente para a aquisição de direitos e contração de obrigações. É a partir dessas concepções que se constrói o Estado Democrático de Direito.

5. A CONCEPÇÃO DE INIMIGO PARA O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Mendes (2011) propõe um significado de pessoa, segundo a teorias de Jakobs: “significa desempenhar um papel, cumprir suas expectativas normativas.” Ele esclarece que a concepção antropológica de ser pessoa está vinculado à capacidade de representar um papel, ou seja, está vinculado ao exercício de uma função dentro do sistema, de sua capacidade de exercer o papel de cidadão. Assim, conforme Mendes (2011, p.7):

Se o sujeito não representa seu papel e, ao revés, passa a praticar crimes (*fato que significa ataque à norma*) de forma *reiterada*, então ele abandona o direito, abandona sua condição de pessoa, de cidadão, e assume a condição de opositor da ordem jurídica, de adversário, inimigo.

André Pacheco Teixeira Mendes (2011, p. 8) descreve, então, que no Direito Penal do Inimigo “não se trata mais de punir uma *pessoa*, trata-se de punir uma *não pessoa*, e essa não pessoa é o *inimigo*”. Por essa razão é produzida uma distinção entre o direito penal do cidadão (pessoa) e o direito penal do inimigo (não pessoa).

A teoria do Direito Penal do Inimigo defende como principais inimigos do Estado: criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. Ela tem o fatídico “11 de setembro de 2001” como manifestação inequívoca de um ato típico de inimigo. Na teoria, esses indivíduos, por não possuírem capacidade cognitiva de se adaptarem e, portanto, não ingressarem no estado de cidadania, também não devem desfrutar dos benefícios do conceito de pessoa (BARBATO, 2013).

Kant (1795, apud LEITE, 2012) ainda defende que o Estado não deve reconhecer os direitos dos inimigos, inclusive os procedimentos penais legais, afinal, aos inimigos direciona-se um procedimento de guerra. O inimigo do Estado, por não

possuir capacidade cognitiva que garanta um comportamento de pessoa, não deve ser tratado como tal, pois isso poderia representar a vulnerabilização do direito à segurança dos “cidadãos de fato”.

6. OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O artigo 1º da CF/88 estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, garante a supremacia popular e direitos fundamentais. Esses direitos têm, além da eficácia plena, aplicação imediata, consoante artigo 5º, parágrafo 1º da CF/88. São indisponíveis, limitam o poder estatal e orientam todo o ordenamento jurídico.

O artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da CF/88 veta a abolição desses direitos fundamentais em qualquer espécie, inclusive por emendas constitucionais. Logo, não se tratam de privilégios ou favores, porém de uma legitimação de todo o ordenamento, o que inclui a norma penal. Assim, é possível perceber as possibilidades de um Direito Penal com solução eficaz, pautado nas diretrizes de um Estado Democrático de Direito.

Conforme defende Florence (2013), a missão desse Direito Penal é de exclusiva proteção de bens jurídicos. Esses bens jurídicos, cada vez mais imateriais, possuem qualidade de valor e cumprem buscar na Constituição, como guardião da finalidade da ordem jurídica e manutenção da paz social, os princípios que orientam a interpretação desse Direito. Diante disso, dentre os vários princípios constitucionais (explícitos ou implícitos), considerou-se importante, no presente trabalho, destacar especificamente alguns dos princípios possivelmente violados pelo Direito Penal do Inimigo, quando ele se manifesta no ordenamento jurídico brasileiro (LEMES, 2015).

6.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Artigo 1º da CF/88, em seu inciso III, prescreve a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático. O princípio da dignidade humana traz em sua essência um guia das relações entre o indivíduo e o Estado. O objetivo é uma vida digna “ademais, tal premissa deve guiar a criação e a interpretação das leis para que toda e qualquer pessoa seja protegida dos abusos contra ela praticados” (LEMES, 2015, p.2).

A superioridade da dignidade humana é inata a qualquer ser humano, uma vez que independe de qualquer requisito. É desse princípio que decorrem os demais princípios constitucionais. Davico (2013) complementa que:

A força imperativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1.º, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é antes de tudo, pessoa (dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado).

A este princípio estão ancorados todos os outros princípios constitucionais penais, logo, é possível perceber uma discordância principiológica do Direito Penal do Inimigo. Ao determinar que o indivíduo alvo da punição é um inimigo indigno de ser julgado pela mesma lei que pune pessoas cidadãs, esta teoria se mostra fundamentalmente adversa ao princípio da dignidade humana.

Atrelado a essa idéia está a interpretação do Direito Penal do Inimigo como um direito penal do autor (e não do fato), o que também contraria o princípio da dignidade da pessoa humana. Uma vez que não há como prever se alguém irá delinquir ou não, não é possível punir a pessoa pelo que é, antes mesmo de ela praticar qualquer conduta que viole algum bem jurídico protegido. Essa representa mais uma forma de se desumanizar sujeitos que correspondem à clientela focal dessa específica engenharia de controle social.

6.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia ou igualdade está previsto no caput do Artigo 5º da CF/88, o qual prevê que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

O cerne desse princípio está na compreensão de que toda pessoa é titular dos direitos fundamentais, portanto, deve-se buscar uma equiparação dessas pessoas. Para ele é justamente pelo fato de existirem desigualdades que se almeja a igualdade através daquilo que Lemes chama de Discriminação Positiva, ou seja, é o cumprimento da

máxima “tratar de maneira desigual àqueles que são diferentes na medida de suas desigualdades”. Nesse sentido, Lemes (2015, p.2) ainda conclui:

Não são erradas ou inconstitucionais certas determinações legais que trazem disposições diferentes para um e outro cidadão. Todavia, tal tratamento deve ser pautado em uma relação lógica entre a norma discriminadora e o fim que ela almeja (...) Nesses termos, observa-se que é dever do Estado utilizar o Direito não só para assegurar a igualdade, mas também para oferecer um tratamento diferenciado com o fim de promover tal igualdade.

O Direito Penal do Inimigo defende um tipo de sanção em cima do estereótipo do indivíduo. Essa ausência de uma definição objetiva de quem seria o inimigo representa, de fato, um grande risco. Por força do princípio da igualdade, todos são cidadãos, porém a teoria de Jakobs generaliza os inimigos. Nela, todos eles são compreendidos “não pessoas” e, por isso, a pena não é personalizada. Pelo contrário, todos são igualmente privados de um olhar individual e ressocializador. A todos é declarada guerra.

Ele prevê uma flexibilização de certas garantias materiais e processuais que podem, inclusive, ser suprimidas aos considerados inimigos. O princípio da igualdade infere diretamente na igualdade entre as partes do processo e, portanto, na construção do devido processo legal aos litigantes, assim como na garantia da imparcialidade do juiz (SOUZA, 2015).

6.3 PRINCÍPIOS CORRELATOS

Outros princípios também merecem destaque, como por exemplo, o Princípio da Proporcionalidade, o qual configura-se sempre que houver uma disparidade entre a gravidade do fato e a gravidade da pena, não somente almejando equidade, porém, moderação. Essa justa medida refere-se a uma coerência que visa sempre “harmonizar os vários interesses contrários presentes em uma relação jurídica” (LEMES, 2015, p.2).

Assim, sempre que houver conflito entre garantias de valores e graus equivalentes, uma não pode aniquilar a outra visando alcançar a justiça no caso concreto. Todo excesso desarrazoado e inadequado entre o ato praticado (meio) e a punição, restrição, sanção ou imposição de obrigações (fim) é contrário ao princípio da proporcionalidade que objetiva coibir essa incompatibilidade desnecessária e abusiva.

Ao contrário do que parece, referido princípio não se refere apenas à limitação do Estado, porém é primordialmente protetivo aos indivíduos.

No Direito Penal do Inimigo não existe essa tentativa de ponderar direitos. Nele, a desproporcionalidade das penas previstas em relação ao ato cometido ou ao resultado lesivo é sempre presente. Uma vez que nesse direito é possível a criação de leis especialmente severas direcionadas ao “inimigo”, o Estado não possui uma medida para agir. Nesse sentido, pode-se citar também o Princípio da Proibição do Excesso, este que pretende impedir que o Estado atue de forma excedente; representando um garantismo negativo (LEMES, 2015).

Tem-se também o Princípio da Proibição da Proteção Deficiente que pretende garantir que o Poder Público responda de maneira eficiente às necessidades de segurança de direitos e garantias, devendo assim o Estado recorrer a todos os meios disponíveis e indispensáveis na tutela dos direitos e liberdades da sociedade como um todo; representa, portanto, um garantismo positivo (LEMES, 2015).

O Direito Penal do Inimigo visa combater perigos, para tanto, ele pune a periculosidade do agente efetivando seu caráter essencialmente preventivo. O ponto de referência dessa teoria não é um ato cometido, mas um ato futuro, o que justifica qualquer antecipação de punição. Desta forma, não se promove a estabilização de normas (prevenção positiva), mas atribui a determinados grupos e indivíduos o status de infratores, interceptando-os de pronto, o que possibilita uma proibição excedente.

Além disso, toda atuação estatal nesse Direito Penal se faz por meio de medidas de segurança, ou seja, antecipa-se a tutela penal a fim de punir atos preparatórios ou qualquer eminência de perigo, além da antecipação do momento da punibilidade, alterando a punição do ato praticado (punibilidade a partir da tentativa) para a punição do ato que se vai praticar (punibilidade a partir dos atos preparatórios). Efetiva-se, assim, uma proteção deficiente.

O Princípio da Legalidade, como complemento no raciocínio aqui construído, define que “não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal”, conforme Art. 1º do Código Penal. Para que se responda por algum ato ilícito praticado faz-se necessário que o Estado criminalize determinadas condutas a fim de proteger bens jurídicos relevantes desamparados ou insuficientemente protegidos (LEMES, 2015).

Assim, o Estado tem dever de tutelar referidos bens com proporcionalidade, todavia, o que acontece nessa teoria é uma flexibilização do Princípio da Legalidade ao descrever vagamente os crimes e as penas, isso para que o Estado possa punir discricionariamente, culminando no aumento das penas previstas em abstrato (GOMES, 2011). Um dos objetivos do Estado Democrático de Direito é garantir a segurança jurídica. Quando se relativiza referido princípio é gerada insegurança jurídica.

7. A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

O Estado Democrático de Direito é fundamentalmente contrário ao Direito Penal do Inimigo. Nele não há possibilidade de aplicação da teoria de Jakobs uma vez que a democracia brasileira tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e todos os princípios e garantias aqui já mencionados. Chegar a essa compreensão de Estado é resultado de um processo histórico penoso que ainda luta contra inúmeras ameaças para se manter.

A instabilidade política e jurídica do Estado ameaçam a Democracia e fortalecem movimentos que pretendem anular os avanços conquistados. O retorno ao Simbolismo e ao Punitivismo Jurídico são alguns exemplos de retrocesso que descaracterizam a Democracia e suas garantias. Ambos são, aparentemente, uma resposta a demandas populares, todavia, de fato, representam estratégias de controle social.

O Simbolismo visa corresponder às demandas emergenciais, de forma a apaziguá-las com uma solução repressiva para determinado comportamento socialmente reprovável, sem necessariamente prevenir concretamente esse comportamento. “O Direito Penal simbólico se manifesta através da edição de leis elaboradas no clamor da opinião pública, com a intenção de transmitir à sociedade um sentimento de segurança jurídica” (LEMES, 2015, p.1).

Quer-se, na verdade, dar a impressão de que provisões estão sendo tomadas na comunidade, simbolizando um legislador ou membros do poder público atentos às demandas sociais e midiáticas. Não buscam, portanto, efeitos protetores concretos, mas sim auto-afirmação de grupos. A diminuição ou prevenção da criminalidade deixa de ser a tarefa dos fins utilitários da pena, e a sua finalidade passa a ser a proteção dos

interesses pessoais por parte da classe dominante (CAVALCANTE, 2011). Finalidades como recuperar, ressocializar e reintegrar o encarcerado na sociedade já não existem mais nessa criminologia midiática.

O Punitivismo ou Direito Penal Máximo é, por sua vez, a perpetuação do entendimento de que o expansionismo penal se presta a mostrar um comprometimento com a diminuição da criminalidade a custos economicamente menores do que efetivamente resolver as questões sociais de fundo (CAVALCANTE, 2011). Ele nasce da insegurança social, fato que decorre da ideia da necessidade de punições mais severas aos delitos já tipificados e tipificação de novos atos ainda não titularizados como crime.

São novas leis para tipificar novas condutas que não deveriam ser criminalizadas caso existisse uma maior educação ética e moral ou melhor convívio social. Assim, posturas meramente antiéticas ou desproporcionais, que seriam já resolvidas no âmbito civil, tornam-se também crimes. Para ele, o sistema penal é a melhor solução para quase todo tipo de conflito social, deixando de lado o garantismo e a razoabilidade (DANTAS, 2016).

Assim, o Estado, que deveria proteger bens jurídicos relevantes e assegurar os direitos fundamentais da pessoa humana, começa a não ter outra função que produza melhores resultados do que apenas punir. Cria-se aquilo que Cavalcante (2011) chama de “Direito Penal Simbólico” desvinculando o reconhecimento de bem jurídico digno de tutela, criando tipos de perigo abstrato baseados no mero risco, antecipando o momento criminalizador.

O Direito Penal do Inimigo, enquanto teoria que trabalha com o Simbolismo e com o Punitivismo, representa um retrocesso penal. Nele legitimam-se punições já superadas, como, por exemplo, o corpo supliciado. A questão é que, apesar da impossibilidade de aplicação do Direito Penal do Inimigo no Estado brasileiro, nota-se claras repercussões na dinâmica social. Apesar de isso ser notório na sociedade de forma geral, o ambiente carcerário é a instituição e o serviço onde todas essas problemáticas se potencializam.

O atual sistema prisional brasileiro em nada favorece a ressocialização e a recuperação do ser humano. Basta verificar o índice de reincidência brasileira de 70%, segundo documento do Departamento Penitenciário Nacional (2012, apud CONSELHO

NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015). Isso se torna notório quando se percebe que a prisão é uma forma de castigo; não apenas um castigo que visa causar sofrimentos, mas um castigo como forma de economizar direitos suspensos a determinadas pessoas.

Apesar de todos os reflexos do Direito Penal do Inimigo no ordenamento brasileiro, faz-se necessário reafirmar: o Brasil é um Estado Democrático, logo, o condenado preso, por ser cidadão brasileiro, é titular de todos os direitos fundamentais. O único direito que lhe foi privado é a liberdade de locomoção. Como detentor de direitos fundamentais ele continua detentor de seus direitos humanos, de respeito à vida, à igualdade, à segurança, à educação, ao lazer e ao trabalho, na sua condição de cidadão. Tais direitos são os pilares estruturais fundamentais na organização de uma democracia constitucionalizada (MORAES, 2002).

Quando se passa a admitir um direito penal com ares simbolistas e punitivistas, pautado por abortos legislativos, a seleção dos indivíduos que serão estigmatizados como “inimigos”, continua a se fazer de forma majoritária entre os marginalizados. Quem assume o papel de fazer essa eleição são, na maioria das vezes, alguns poucos das classes econômica e politicamente dominantes. Compartilha-se, então, a certeza de Barros e Sulocki (2010) ao afirmar que o Direito continua a ser um meio de mascarar as desigualdades existentes através da afirmação de igualdade de todos perante a lei.

Sendo o Simbolismo e o Punitivismo respostas às demandas sociais, fica evidente a necessidade de se conscientizar democraticamente essa sociedade. O sentimento de indignação frente aos crimes atuais remetem as pessoas às ideias vingativas e punitivas, com necessidades urgentes e imediatas. Todavia, elas não conseguem reconhecer que essas medidas são como remédios que tratam sintomas sem curar a causa. Selecionar “inimigos” é corresponder à expectativa de alguns manipuladores e declarar guerra contra si mesma.

Mendes (2011) propõe duas possibilidades de sociedade, dentre as quais deve-se optar por uma. De um lado uma sociedade dividida entre pessoas e não pessoas. Nela, o poder de punir diferencia seres humanos, selecionando alguns para excluir, neutralizar e eliminar, logo, o direito penal não encontra limites, a bem da sua própria preservação. Por outro lado, uma sociedade que não destaca o ser humano da realidade, que o compreende em um conjunto com a complexidade dos fenômenos da vida social,

que o acolhe, respeita e ressocializa. Nessa segunda sociedade, o direito penal reconhece seus próprios limites.

Um Estado Democrático deve, pois, escolher a segunda opção. Por isso, tem-se um número muito menor de adeptos do que de críticos, que repudiam o Direito Penal do Inimigo com vigor, por força de um Estado Constitucional de Direitos Humanos que tanto se almeja (CABETTE; LOBERTO, 2008). O sistema prisional brasileiro, que causa profunda e justificada preocupação devido ao fenômeno do hiperencarceramento, não poderá resolver-se com a modificação de leis, o acréscimo de penas ou a construção de penitenciárias.

A segurança depende muito mais de construir escolas, oferecer trabalho, educação e saúde a todos os cidadãos. É ineficaz a preocupação com o aumento da segurança tendo como única estratégia a prisão, principalmente quando se está tão distante de seu objetivo maior - a ressocialização -, na busca de soluções para seus efeitos, e não para suas causas (MAMELUQUE, 2006).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que o Direito Penal do Inimigo não pode ser assimilado pelo Direito Penal democrático brasileiro. Apesar disso, é possível perceber claras evidências de seus reflexos nesse ordenamento jurídico. O objetivo é um controle social de forma a manter, dissimuladamente o *status quo* vigente: alguns poderosos no poder e o perfil vulnerável institucionalizado. É como a manutenção de um sistema de castas sociais que se mantém dentro de um não-dito coletivo.

Para que poucos possuam a maioria das riquezas faz-se necessário o sacrifício de muitos. Se não for possível uma morte de fato, mata-se simbolicamente e essa chacina tem início no empoderamento social. A fim de manter a maioria da população nas camadas mais oprimidas, os opressores têm utilizado do Direito Penal como estratégia de controle.

Ao classificar determinados cidadãos como “não pessoas” ou “inimigos do Estado”, eles são coisificados e rotulados como corpos dóceis e manipuláveis. A privação de direitos e garantias marginaliza pessoas. Ouve-se à violência deixando de ouvir o sujeito naquela condição. Direitos e garantias fundamentais ao ser humano são preteridos e se potencializa na sociedade uma violência endêmica. Essa violência,

provocada especificamente contra as minorias, potencialmente às minorias encarceradas, tem a dimensão de uma catástrofe.

O recluso, por exemplo, enquanto parcela da população onde se potencializa toda e qualquer problemática social, no processo de encarceramento perde seu nome, suas roupas, objetos pessoais, sua rotina, autonomia, e sua humanidade. Quando este sujeito estiver desprovido de toda a sua identidade, ele é devolvido à sociedade e apresentado como modelo de correção e arrependimento.

A partir do momento que o aprisionamento objetiva apenas reprimir e corresponder à necessidade de culpar alguém, se instaura um descompasso. O que era para dar custódia e ressocializar dá ao serviço um formato de desamparo, de certeza de não cuidado. É, portanto, um serviço de socorribilidade, e não de atenção. Essa lógica possui uma condição transgeracional peculiar: a maioria dos sujeitos encarcerados tiveram antecedentes que já passaram pela mesma condição. Muitas vezes, além de negligenciados material e moralmente, também estiveram desprotegidos pelos tutores, Estado e sociedade.

Essa travessia de gerações acontece sem que esses sujeitos se deem conta a fim de conter e cuidar dessa condição de violência sofrida e, portanto reproduzida. Impossibilitar essa transformação social através da emancipação dos oprimidos representa uma forma nítida de ferir o Princípio da Responsabilidade Penal, afinal, a punição tem ultrapassado claramente a pessoa da pena e, intencionalmente, rendido gerações.

Há uma cultura sendo patrocinada e cultivada: a cultura da intolerância. Quanto mais distante você é do padrão capitalista mais você sente essa intolerância. Direitos e garantias fundamentais daqueles que correspondem ao perfil indesejado e, portanto, temível são desrespeitadas a todo o momento nos diversos ambientes, seja nas penitenciárias, ambientes de consumo, espaços de representatividade, escolas, universidades ou filas de adoção. Tudo isso cria condicionamentos sócio-culturais.

Com essa lógica, o sistema penitenciário alcançou níveis intoleráveis de degradação. Pessoas vítimas da segregação social, má distribuição de rendas, injustiça social e inacessibilidade às demandas sociais, são revitimizadas. A violência é intrusiva, ou seja, ela mimetiza nos serviços. Às vezes o que parece serviço é violência e o ser humano tem uma capacidade de adaptação singular. Se a violência é praticada todo dia,

se uma pessoa se alimenta de relações fincadas na violência e se este é o seu mundo, em algum momento essa pessoa começa a se deliciar com essa violência, mesmo quando ela provoca tragédias.

O sujeito vulnerável, e até então invisível, passa a ter visibilidade a partir da prática de atos ilícitos preocupando e atemorizando a mesma sociedade que o excluiu. Tudo isso resulta num sistema de guerra que tem por inimigo não o crime, mas os prisioneiros pobres e toda sua população de origem (ROCHA, 1994). Entrar e romper com esse ciclo de criminalização da pobreza é um desafio que ninguém faz sozinho. Só se faz em rede. Isso implica uma reforma sistemática.

Faz-se, portanto, necessário repensar quem são os algozes e as verdadeiras vítimas de todo um sistema. A prevenção e a ressocialização precisam voltar a ser a finalidade da pena. Se assim não for, o sujeito não reconhecerá sua falta e será incapaz de significar a sanção que lhe é aplicada pelo delito que cometeu. Isso manterá a pena com uma eficácia meramente simbólica e devolverá à sociedade um sujeito adoecido.

Vale ressaltar que, ao afirmar todas essas coisas, o objetivo não é derresponsabilizar aquele que contrariou normas sociais quando nada excluía sua possibilidade agir opostamente. Também não se pretende desqualificar aspectos subjetivos de condutas delituosas. O anseio é discutir questões anteriores ao delito praticado, a fim de não incorrer no mesmo erro de tratar o sintoma sem problematizar a causa.

O problema é estrutural e, por isso, a solução depende de mudanças estruturais. Se assim não for, todos devem ser condenados: o ladrão, os tutores negligentes, o Estado omissivo, a polícia, juízes, promotores e toda a sociedade, afinal, todos são igualmente responsáveis, portanto, igualmente criminosos. O que faz a diferenciação é a seletividade do Direito Penal, incabível no Estado Democrático brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Marcos César. *A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais*. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 4, p. 677-704, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582002000400005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 03 mai. 2017.

BARBATO, Thayane Grossklauss. **Direito Penal do Inimigo e o Sistema Prisional Brasileiro**. 2013. 44f. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campinas, 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj046029.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

BARROS, Victoria-Amália de; SULOCKI, Carvalho Gozdawa de. **Museu de Novidades: Discursos da Ideologia da Defesa Social nas Decisões Judiciais neste início de século XXI**. 2010. 160f. Tese de Doutorado (Doutor em Direito) Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/18810/18810_1.PDF>. Acesso em: 03 mai. 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 1764. Edição eletrônica. Versão para eBook. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

BRASIL. Código Penal (1940). **Vade Mecum Saraiva**. Disponível em: <<http://concuradodedicado.blogspot.com.br/2017/03/vade-mecum-saraiva-2017.html>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Vade Mecum Saraiva**. Disponível em: <<http://concuradodedicado.blogspot.com.br/2017/03/vade-mecum-saraiva-2017.html>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

BRUNONI, Nivaldo. *Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade*. **Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, v.21, n. 2, 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm>. Acesso em: 03 mai. 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; LOBERTO, Eduardo de Camargo. O direito penal do inimigo - Günther Jakobs. **Buscalegis**, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13568-13569-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

CARVALHO JUNIOR, Almério Vieira. *O Direito Penal do Inimigo*. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 15, n. 97, 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11101&revista_caderno=3#_ftn3>. Acesso em: 02 out. 2016.

CAVALCANTE, Eduardo Augusto Aires. **Relegitimando o Ilegitimável: Direito Penal, Simbolismo e o ressurgir do Punitivismo**. 2011. 77f. Monografia (Bacharel em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/18317/18317.PDF>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de Pesquisa: Reincidência criminal do Brasil**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffe4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

DANTAS, Kelly Marlyn Colaço. **O retorno do Punitivismo Geral**. 2016. Disponível em:
<http://www.cedipe.com.br/3cbpj/docs/artigos_pdf/05_retorno_punitivismo_penal.pdf>
. Acesso em: 05 mar. 2017.

DAVICO, Luana Vaz. *Os Princípios Constitucionais Penais: Análise descomplicada*. **Jusbrasil**, 2013. Disponível em
<<https://luanadavico.jusbrasil.com.br/artigos/111822119/os-principios-penais-constitucionais-analise-descomplicada>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

FERREIRA JUNIOR, Luis Geraldo. *Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs*. **ViaJUS**, Porto Alegre, 2011. Disponível em:
<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4658&idAreaSel=4&seeArt=yes>>. Acesso em: 02 out. 2016.

FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. *Princípios Constitucionais Penais*. **Jus Navegandi**, Teresina, v. 18, n. 3710, 2013. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/25158/principios-constitucionais-penais>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

FLORES-PEREIRA, Maria Tereza. *Corpo, pessoa e organizações*. **Organizações & Saúde**, Salvador, v. 17, n. 54, p. 417- 438, 2010. Disponível em:
<<http://www.scielo.br/pdf/osoc/v17n54/02.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

FRANÇA, Fátima. *Reflexões sobre psicologia Jurídica e seu panorama no Brasil*. **Psicologia: Teoria e Prática**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 73 – 80, 2004. Disponível em:
<<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/ptp/v6n1/v6n1a06.pdf>>. Acesso em 03 mai. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. *“Direito Penal” do inimigo e os inimigos do Direito Penal*. **E-gov**, Santa Catarina, 2011. Disponível em:
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

JAKOBS, Gunther; MELIA, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 2007. Disponível em:
<http://www.esmeg.org.br/pdfMural/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: 02 out. 2016.

LEITE, Gisele. *Breves considerações sobre Direito Penal do inimigo*. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 15, n. 100, 2012. Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11543&revista_caderno=3>. Acesso em: 03 mai. 2017.

LEMES, Flávia Maria. *Manifestações do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro*. **Jus Navegandi**, Teresina, v. 20, n. 4327, 2015. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/32886/manifestacoes-do-direito-penal-do-inimigo-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 02 out. 2016.

LOUREIRO, Vivian Maria Rodrigues. “**Música para os ouvidos, fé para a alma, transformação para a vida**”: música, fé e construção de novas identidades na prisão. 2009. 167f. Dissertação de Mestrado (Mestre) Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14619/14619_3.PDF>. Acesso em: 03 mai. 2017.

MAMELUQUE, Maria da Glória Caxito. *A Subjetividade do Encarcerado, um Desafio para a Psicologia*. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Montes Claros, v. 26, n. 4, p. 620 – 631, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v26n4/v26n4a09.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

MENDES, Deisiane de Jesus. *Classificação dos criminosos segundo: Lombroso, Ferri e Garofalo*. **Revistajuri**, Paracatu, 2007. Disponível em: <<http://www.atenas.edu.br/Faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI2006/7.pdf>>. Acesso em 03 mai. 2017.

MENDES, André Pacheco Teixeira. *Direito penal do inimigo: quando Jakobs se aproxima de Hobbes e Freud*. **Epos**, Rio de Janeiro, v.2, n.1, 2011. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2011000100004>. Acesso em: 02 out. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 2002. Disponível em: <[http://pt-br.pauloacbj.wikia.com/wiki/Direitos_humanos_fundamentais_\(autor:_Moraes,_Alexandre_de\)__\(fichamento\)](http://pt-br.pauloacbj.wikia.com/wiki/Direitos_humanos_fundamentais_(autor:_Moraes,_Alexandre_de)__(fichamento))>. Acesso em: 03 mai. 2017.

MOTTA, Alessandra Costa da Silva. *Uma análise sobre a aplicação do direito penal do autor nos dias atuais relacionada ao pensamento de Lombroso*. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v.16, n. 118, 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/appdata/roaming/qualcomm/eudora/attach/n.55?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13862&revista_caderno=3>. Acesso em: 03 mai. 2017.

ROCHA, Luiz Carlos da. **A prisão dos pobres**. 1994. Disponível em: <<http://pesquisa.bvs.br/brasil/resource/en/pte-23871>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

SALMEN, Amir Roberto. **O Direito Penal do Inimigo segundo Gunther Jakobs**. 2012. Disponível em: <<http://www.dpi.policiacivil.pr.gov.br/arquivos/File/odireitopenaldoinimigo.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2016.

SILVA, Marcos Vinícius Paim da. *Controle e normalização: Michel Foucault e a relação entre corpo e poder*. **Teoria Política, sociedade e cidadania**, Salvador, v.3, p.

87 – 98, 2008. Disponível em:

<<http://fbb.tecnologia.ws/media/Publica%C3%A7%C3%B5es/Domus/5%20Vinicius%20ok%20Foucault%20Domus%20corrig%20por%20ele.doc.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

SOUZA, Juciene. *Entendendo o tal “Direito Penal do Inimigo”*. **Jusbrasil**, 2015.

Disponível em: <<https://jucienesouza.jusbrasil.com.br/artigos/130414898/entendendo-o-tal-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 22 mai. 2017.