



## A INTERSEÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O IDEÁRIO NEOCONSERVADOR E SEUS REFLEXOS NA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA

Alice Caires Silveira

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). E-mail: alicecairess@gmail.com.

### RESUMO

Este estudo pretende analisar os pontos de convergência entre os valores conservadores observados na sociedade atual e o Direito Penal do Inimigo, bem como, sob as lentes da sociologia e da criminologia crítica, compreender os seus reflexos na justiça criminal e legislação pátria. Para tanto, recorre à pesquisa bibliográfica qualitativa. No mesmo sentido, promove-se uma análise da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), a fim de verificar a presença de aspectos do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. À luz dessa análise, ficam evidentes as marcas da dicotomização penalista fundamentada na noção de inimigo, figura a qual é desenhada a partir de estigmas conservadores.

**Palavras-chaves:** Direito penal. Direito penal do inimigo. Criminologia crítica. Neoconservadorismo.

### 1 INTRODUÇÃO

Na conjuntura do Estado delineado pela Constituição Federal de 1988, o Direito Penal, para além da sua imediata função protetiva, ou seja, a seleção e a tutela dos bens jurídicos mais salutares ao indivíduo e à sociedade, deve estar a serviço da própria democracia. A realidade social encontra-se em constante mutação e o ordenamento jurídico – sem fazer exceção ao Direito Penal – deve acompanhar sua evolução, sem perder de vista, no entanto, a proteção de preceitos fundamentais e valores pétreos frente a retrocessos. O legislador penal, portanto, deve preservar a lógica política e jurídica sancionada pela Constituição e, em se tratando da esfera mais coercitiva e repressiva do Estado, manter-se alinhado aos pressupostos éticos, econômicos e políticos da sociedade.

Dentro da construção da ciência penal, como evidência do retrocesso da política pública e expressão de um sistema combativo e punitivista, é possível citar o Direito Penal do Inimigo. A teoria, proposta por Günter Jakobs em 1985, pragmaticamente nada mais é do que uma expressão do Direito Penal do autor que, ao menos formalmente, é rechaçada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Sob a perspectiva da retroalimentação entre direito e sociedade, o presente trabalho objetiva analisar os reflexos do conservadorismo – ideário em atual ascensão na sociedade brasileira – na justiça criminal e na legislação pátria, levando em conta os seus pontos de convergência com o Direito Penal do Inimigo. Para tanto, proceder-se-á uma pesquisa qualitativa bibliográfica orientada a: caracterizar analiticamente o Direito Penal do Inimigo, buscando traçar um perfil da figura inimiga; delinear os fomentadores sócio-políticos da deflagração de ideias conservadoras, bem como seus sustentáculos e repercussões na interlocução social; investigar como a lógica do Direito Penal do Inimigo e a narrativa conservadora dialogam entre si e influenciam o ordenamento jurídico brasileiro, apoiando-se em uma breve análise de caso concreto voltada à Lei Nº 11.343 (Lei de Drogas).

## 2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Hodiernamente, a doutrina majoritária entende que o Direito Penal tem por fundamento a proteção de bens jurídicos relevantes, quando os outros ramos do direito não são suficientes para protegê-los; é o princípio da *ultima ratio* (intervenção mínima). Tal proteção se dá, essencialmente, pela tipificação das condutas que atacam ou ameaçam esses bens jurídicos considerados essenciais, através da cominação, aplicação e execução da pena.

Nada obstante, outros estudiosos apresentam raciocínio em sentido diverso; é o caso de Günther Jakobs. Nesse diapasão, o autor entende que o fundamento precípua do Direito Penal não é a proteção dos bens jurídicos, mas a proteção e validação da norma. A adequação ao ordenamento social, torna-se, pois, a grande balizadora da tipificação penal. Conforme sinalizado por Contreras (2003), o conceito de dano social deixa de caracterizar o delito, passando essa função a ser assumida pelo conceito de obediência à norma. Desse modo, é no bojo do funcionalismo-sistêmico que surge o Direito Penal do Inimigo, orientado à reafirmação de uma conduta social homogênea e ditada por valores percebidos como aceitáveis.

O modelo materializa a tendência alemã da época de criminalizar o “estado prévio à lesão de um bem jurídico” (APONTE, 2004, p.25). Assim sendo, o Direito Penal do Inimigo é imputado não ao cidadão, mas àquele que abandonou o Direito e é visto como uma ameaça ao ordenamento jurídico e à sociedade.

## **2.1 Breves apontamentos sobre o funcionalismo-sistêmico**

O funcionalismo penal emerge na Alemanha, no início dos anos 70, como uma série de teorias que, em apertada síntese, buscam sistematizar a função do Direito Penal dentro do sistema social, das quais são os dois expoentes: o funcionalismo teleológico de Roxin e o funcionalismo-sistêmico ou radical de Günter Jakobs. Nesse sentido, essas – e as demais – teorias divergem quanto à finalidade que deverá ser atribuída ao Direito Penal. Sem negar a vultosa importância da contribuição de Roxin para o tema, para os fins perseguidos no presente estudo, atender-se-á a uma análise do funcionalismo-sistêmico de Jakobs.

Para Günter Jakobs, o fim do Direito Penal funcional é a proteção e (re)validação das suas próprias normas. O autor alemão enuncia: “o funcionalismo jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade” (JAKOBS, 2003c, p. 1). Se a norma busca garantir a constituição da sociedade, a sua violação implica em desestabilização do sistema e, sob essa égide, para que o sistema seja restaurado, aplica-se a pena. Portanto, o jurista propõe uma reformulação da Teoria das Penas, já que a finalidade primária da sanção penal não é punir (caráter retributivo) ou prevenir novas infrações, mas reafirmar a vigência da norma (prevenção positiva) garantindo as expectativas sociais de conduta e reestabelecendo a plenitude social. (PORTUGAL, 2013; NIKITENKO, 2013).

Depreende-se, portanto, que no contexto do funcionalismo-sistêmico o elemento precípua é a defesa do imperativo da norma, já que o delito é reconhecido como anomalia social não pela ofensa ou ameaça que imputa ao bem jurídico e sim porque perturba a confiança da sociedade no sistema (GOMES, 2007). Admite-se, nesse sentido, o intervencionismo penal e a extrapolação à proteção jurídica, desenhando-se uma atuação moral validada pela garantia da estabilidade social a partir da norma.

## **2.2 Quem é o inimigo?**

Excepcionalmente a pena abandonará o seu viés de prevenção positiva (proteção da norma) para assumir o fim de prevenção especial negativa<sup>1</sup>, isto é, a eliminação de um perigo. Assim, emerge o Direito Penal do Inimigo, teoria descrita por Günter Jakobs em 1985. Para o jurista, cada indivíduo detém sua esfera privada, íntima, na qual haverá interferência do Direito Penal apenas quando o seu comportamento gerar uma perturbação exterior. O inimigo, portanto, seria aquele que por sua conduta, ocupação profissional ou vinculação a uma organização, enjeita o Direito de forma previsivelmente duradoura (SÁNCHEZ, 2001).

Posto que a caracterização do inimigo parte de elementos que lhe são intrínsecos, ele passa a ser percebido como uma ameaça contínua. Não são eventuais efeitos danosos de suas ações que afrontam o Direito, mas a sua constitutiva transgressão à norma. Assim sendo, o inimigo – infrator – é reduzido a uma fonte de perigo à norma jurídica, o que justifica a revogação de sua privacidade. A partir do temor que ele causa à sociedade, suas atitudes e até mesmo seus pensamentos passam a ser de interesse social (JAKOBS, 1985). É estabelecida, pois, uma renúncia à cidadania daquele que, por sua representação de ameaça ao estatuto legal, consagra-se enquanto inimigo e, junto a tal, um Direito Penal ambivalente.

Constata-se assim que, nessa teoria, o Direito Penal é orientado por uma perspectiva antropológica. O funcionalismo jakobsiano se alicerça sobre a Teoria dos Sistemas Sociais, o que importa dizer que a pessoa existe em função da sua relação com os demais indivíduos. É considerado “pessoa”, portanto, aquele que é titular de direitos e deveres e atende à expectativa social, age de acordo com a norma. Por outro lado, “se se comporta permanentemente como um diabo, se converte em um inimigo, vale dizer, em uma não pessoa” (JAKOBS, 2003b, p. 54). Assim sendo, a pessoa que entra em conflito com a norma eventualmente e gera mera perturbação sem ameaçar a existência do sistema, responderá frente ao Direito Penal do cidadão. Já a não pessoa, que “abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta” (JAKOBS, 2003a, p. 57), encontra-se sujeita ao Direito Penal do Inimigo. Em outras palavras:

(...) de acordo com a tese de Jakobs, o Estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinqüem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. Dois, portanto, seriam os Direitos Penais: um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e

---

<sup>1</sup> Sob a pena do Direito Penal de Inimigo a pena como prevenção especial negativa se trata da “custódia de segurança”.

processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia (GOMES, 2010, p. 2).

As três principais implicações do Direito Penal do Inimigo se traduzem na antecipação da punibilidade, na desproporcionalidade das penas e na relativização ou supressão de garantias penais e processuais. Nesse esteio, cumpre salientar que a antecipação da punibilidade promove uma “mudança de perspectiva do fato típico praticado para o fato que será produzido” (JAKOBS, 2000, p. 55). Torna-se evidente, portanto, que não se pune um fato passado, mas sim o risco que o inimigo apresenta para prática de um ato futuro, a exemplo da criminalização de atos preparatórios.

Muito embora Jakobs aponte, conforme supramencionado, o Direito Penal como orientado à garantia da constituição social, é proeminente em sua teoria que a sociedade em questão não abarca todos os indivíduos que a compõe. Efetivamente, em um sentido de atribuição cidadã e de pessoalidade, bem como de salvaguarda de interesses e direitos, tutelam-se somente aqueles em quem não se identifica ameaça ao bem jurídico. Delineia-se, assim, uma incongruência entre a segregação normativa estabelecida pelo Direito Penal do Inimigo e o resguardo universal e isonômico a direitos fundamentais. Nesse sentido, conforme enunciado por Zaffaroni:

Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação dos hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito (ZAFFARONI, 2011, p. 18).

Dentro de sua lógica dicotômica, o funcionalismo proposto por Jakobs chancela o desencontro com a norma como justificativa à revogação de individualidade e cidadania, conflitando assim com princípios constitucionais.

### **3 O CONSERVADORISMO NO IDEÁRIO POPULAR, PÂNICO MORAL E A TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOCIAL**

Nos últimos anos, tem-se observado uma ascensão neoconservadora ao redor do globo. No Brasil, esta se manifesta através do discurso nacional-populista e, dessa forma, fomenta-se no país um “projeto de regulação moral e dos costumes”, uma vez que, segundo os seus defensores, essa crise de valores dá causa aos diversos problemas sociais enfrentados no país (CASTRO, 2018). Destarte, é imprescindível mencionar o fenômeno denominado pânico moral. O conceito relaciona-se com a construção e difusão do temor generalizado e forte pressão pela mudança. Na construção da justificativa de combate à degeneração social, associa-se e apropria-se de conceitos diversos, a exemplo da criminalidade, desvio, padrões comportamentais coletivos e movimentos sociais. Busca-se, assim, traçar e contornar os fenômenos sociais por fronteiras morais (MISKOLCI, 2007).

Nessa linha, Thompsom (1998) chama a atenção para o fato de que o pânico moral não se trata de uma presença extraordinária ou pouco habitual no ideário social. Por mais de um século identifica-se a presença do pânico no que tange à criminalidade. É um exemplo clássico a construção de estigmas ao redor da “juventude” (activities of “youth”), ou seja, comportamentos potencialmente imorais e ofensivos que ameaçam a ordem, a sociedade e os valores tradicionais, como por exemplo os gêneros musicais jazz e rock-and-roll e o pânico de lei e ordem ao redor do assaltante negro (black mugger), em 1970.

Cohen (1972, apud Thompson 1998) descreve em etapas a estruturação do fenômeno, quais sejam: primeiramente, algo ou alguém é definido como ameaça para os valores ou bem comum. Então, a ameaça é evidenciada de forma clara e facilmente reconhecível pela população, de maneira a aparecer, vertiginosamente, o temor público. As autoridades e formadores de opinião, principalmente as autoridades públicas e grande mídia, manifestam respostas, geralmente associadas à regulação e controle social e direcionadas para a retomada de valores tradicionais. Por fim, ou o pânico retrocede ou provoca mudança social.

Em grande parte dos casos, a disseminação do pânico moral está conectada a valores e ideologias, materializada por uma disputa simbólica e instrumentalizada pelos “empreendedores morais” a fim de legitimar e atribuir notoriedade aos seus discursos e interesses, gerando assim um consenso moral e social. Pelo exposto, constata-se que um dos principais aspectos caracterizadores do pânico social é a ameaça à ordem e aos valores morais. Um exemplo dessa retórica, presente em diversos países da América Latina, inclusive o Brasil, é a cruzada moral contra a ideologia de gênero (MISKOLCI; CAMPANA, 2017; CÉSAR; DUARTE, 2017; BARAJAS, 2018). Outro temor, presente historicamente no ideário nacional,

reavivado na base das eleições presidenciais de 2018 e novamente nas eleições municipais de 2020, é a espreita comunista e “esquerdopata”, entre os quais são comumente incluídos aqueles que advogam pelos Direitos Humanos.

A partir do supramencionado consenso moral e social, é estabelecida uma identidade de grupo relacionada à defesa dos valores partilhados e, sobretudo, ao combate das ameaças morais. Essa identidade blinda e fortalece os sentimentos e valores que unem o grupo, de maneira a retroalimentá-los (MISKOLCI, 2007). Assim, a cruzada moral passa a ser parte constituinte do sujeito.

O clima de temor amplamente difundido e o sentimento de insegurança pública são solo fértil para a ascensão do autoritarismo. Geralmente, a resposta é oferecida por aqueles que fomentam o discurso de medo – foi o que se presenciou no Brasil nas votações de 2018 e na consecutiva eleição do então presidente Jair Bolsonaro. O saudosismo e a retomada dos valores “tradicionais”, representativos de uma postura conservadora, são o pilar da resposta redentora. Ademais, a constante alusão aos conceitos de “cidadão de bem”, “família tradicional”, o discurso ultra religioso e as reverências ao regime militar são marcas do “bolsonarismo” e a expressão máxima da polarização e ultraconservadorismo no país.

A discussão sobre o pânico moral encontra suas raízes no debate criminológico, mais especificamente na Teoria do Etiquetamento Social (*A Labelling Approach Theory*). A teoria suscita uma mudança de paradigma, uma vez que o crime, a partir de então, passa a ser visto como produto social. Outrossim, a teoria trata não das causas do delito, mas de suas condições. Sob essa nova perspectiva, investiga-se a intervenção e o controle exercido pelo Estado sobre o criminoso. Para essa teoria, a repressão estatal e a atuação da justiça é estigmatizante e, portanto, mais apta a fomentar práticas delituosas do que contê-las (ARAÚJO, 2010).

A noção de crime (e, por conseguinte, de criminoso) passa a submeter-se, em sua constituição, não somente à definição legal, mas também ao controle social. Assim, à luz dessa teoria, a criminalidade ou não do comportamento de um indivíduo está sujeita a como ele é percebido e às ações de instâncias oficiais perante ele (ORTEGA, 2016). Assim como observado no Direito Penal do Inimigo, o resguardo à norma social é elemento fulcral na construção do Etiquetamento Social.

O *Labelling Approach* se assenta essencialmente sob os conceitos de conduta desviada e de reação social. A conduta desviada, ou seja, que destoa das regras sociais vigentes impostas por determinado grupo, será considerada crime ou não após a reação social, pois o grupo que

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 9, n. 1, agosto de 2021

criou a norma irá ou não rotular de tal maneira. Em outras palavras, “o desvio não é algo que precede as definições e as reações sociais, mas uma realidade construída mediante as definições e as reações e que através delas adquire a qualidade desviante ou criminosa” (BARATTA, 2002, p. 118).

Ademais, Howard S. Becker, um dos principais pensadores da Teoria do Etiquetamento, lança luz sobre a construção de “padrões” como consequência do etiquetamento ou rotulação:

Em qualquer dos casos, ser apanhado e marcado como desviante tem importantes consequências para a participação social mais ampla e a autoimagem do indivíduo. A mais importante é uma mudança drástica em sua identidade pública. Cometer um ato impróprio e ser apanhado lhe confere um novo status. Ele revelou-se um tipo de pessoa diferente do que supostamente era. É rotulado de (...) “viciado”, “maluco” ou “doido” e tratado como tal. (BECKER, 2008, p.42)

Assim, percebe-se que a construção de imagens socialmente estigmatizadas por vezes se relaciona com o rótulo de “criminalidade” e com a instalação do pânico moral. O sentimento de insegurança e o temor generalizado deflagram e reforçam a adesão popular às instituições tradicionais, principalmente no tocante à austeridade política que, por sua vez, se relaciona comumente a regimes autoritários (CHAUI, 2006). Desse modo, com a chancela coletiva, os empreendedores morais declaram guerras simbólicas e incitam a não aceitação social dessas identidades e grupos marcados pelos estigmas.

Nesse sentido, o conservadorismo, o qual partilha da mesma supervalorização à norma e tendência ao maniqueísmo observados na construção teórica de Jakobs, propulsiona incorporações combativas – ainda que veladas – ao sistema penal, ao mesmo tempo em que é propulsionado por tais incorporações. Desta maneira, conservadorismo e combatividade penal se retroalimentam.

#### **4 LEI Nº 11.343 (LEI DE DROGAS): OS REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

A estigmatização de indivíduos, grupos e condutas e a associação direta destes a rótulos de “criminalidade”, bem como à fonte de perigo aos valores e ao bem comum, dissemina o pânico moral. A necessidade imperiosa de eliminar o grande mal que ameaça toda a sociedade

é fator que justifica e legitima o forte controle social e as medidas político-institucionais. As suas principais manifestações são a polarização e o recrudescimento da legislação penal e processual penal, principalmente contra os “inimigos”. Em um país como o Brasil, marcado pelas grandes taxas de violência e assombrado pelo fantasma da impunidade, os discursos de desdém e invalidação dos direitos humanos e a conseqüente mitigação de garantias desses indivíduos são facilmente lastreados. Nessa senda, apesar do ordenamento jurídico pátrio não adotar o Direito Penal do Inimigo, vislumbram-se, refletidos na legislação e na noção social de justiça criminal, os principais elementos da teoria proposta por Jakobs.

Nesse ínterim, a Lei de Drogas é uma expressão do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. A política criminal que declara guerra às drogas no país evidencia, ainda mais, a feição de combate (punitivista) da legislação. Como exemplo da manifestação do viés da teoria jakobiana, é possível citar o abismo que separa o tratamento penal depreendido àqueles considerados como usuários dos considerados como traficantes.

O artigo 28, caput, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, prescreve o conceito de “usuário”. Os incisos do mesmo dispositivo tratam das sanções a serem aplicadas, que variam entre advertência, medidas educativas e prestação de serviços à comunidade, sendo esta última a penalidade mais gravosa. O crime de tráfico, por sua vez, encontra previsão no artigo 33 e será punido com cinco a trinta anos de reclusão, além do pagamento de multa (BRASIL, 2006). A legislação não revela apenas a diferença entre as naturezas das sanções, já que a primeira se trata de medida educativa e a segunda de intensa medida repressiva, mas também a desproporcionalidade entre ambas. Nesse contexto, cumpre rememorar que a desproporcionalidade é uma das características do Direito Penal do Inimigo (NEUMANN, 2007).

Raquel Araújo, sob a perspectiva da criminologia crítica, leciona que a seletividade penal opera com diligência na distinção entre o cidadão e o inimigo, quando se trata de crimes relacionados ao uso e tráfico de entorpecentes. Para tanto, o sistema se vale do critério socioeconômico, ou seja, existe a tendência daquele que é pobre ser imputado como traficante (inimigo), enquanto o indivíduo de classe média ou alta é recepcionado como usuário (cidadão) (ARAÚJO, 2018).

Além disso, Jock Young aponta o pânico moral no debate sobre o controle do uso de drogas. O autor demonstra como o grande temor foi dinamizado pela mídia, pela expressão popular e pelo Poder Público, que relacionavam o uso dos entorpecentes à crise e à degradação

de valores. Nesse sentido, Young pontua que o pânico não era sobre as drogas em si, mas direcionado contra as pessoas que as usavam e suas motivações. O estudo tratava da cultura hippie na década de 60, descrita como hedonista e antagônica à disciplina e ao trabalho. A indignação moral frente a esses valores evolui, portanto, para disseminação do pânico através de uma narrativa de combate às drogas.

Destarte, Vera de Andrade discorre que:

O processo de criminalização seletiva acionado pelo sistema penal se integra na mecânica do controle social global da conduta desviada de tal modo que para compreender seus efeitos é necessário apreendê-lo como um subsistema encravado dentro de um sistema de controle e de seleção de maior amplitude. Pois o sistema penal não realiza o processo de criminalização e estigmatização à margem ou inclusive contra os processos gerais de etiquetamento que tem lugar no seio do controle informal. (ANDRADE, 1996, p.281)

Portanto, os processos de estigmatização e etiquetamento penal não emanam apenas dos controles oficiais de criminalidade, ou seja, do Estado que edita normas e detém o monopólio punitivo, mas, em primeiro plano, do bojo da própria sociedade. O pânico moral está, em muitas situações, relacionado aos estigmas sociais, já que aqueles sobre os quais recaem esses estigmas são insuscetíveis de aceitação. Assim, essas identidades “desviantes” representam um perigo para o status quo e devem ser controladas e reprimidas. Nesse contexto, os entraves morais tornam-se demagógicos e abrem espaço para o surgimento do direito penal do inimigo, conforme se verifica na legislação de drogas.

Finalmente, é oportuno mencionar e traçar um breve paralelo com a “Síndrome da Rainha Vermelha”, expressão cunhada pelo jornalista e sociólogo Marcos Rolim. O autor explica que:

Uma passagem bastante conhecida de *Através do espelho*, de Lewis Carroll, relata o episódio do encontro de Alice com a Rainha Vermelha em um cenário bucólico que evoca a imagem de um imenso tabuleiro de xadrez a céu aberto. Essa passagem deu origem, segundo Richard Dawkins (em *O relojoeiro cego*), à expressão “efeito Rainha Vermelha”, cunhada pelo biólogo americano Leigh van Valen para designar o princípio de “mudança zero” na taxa de êxito alcançado independentemente do progresso evolutivo, por exemplo, quando predador e presa evoluem na mesma proporção e ritmo de tal forma que os melhoramentos alcançados por um e por outro se “anulam”. Aproveitei essa sugestão para cunhar a expressão “síndrome da Rainha Vermelha” e empregá-la em outro contexto (ROLIM, 2006, p. 36-37).

Através da analogia, o autor traz a lume a ineficiência da atuação policial, levando em consideração os recursos empregados pelo Estado para repressão dos ilícitos penais e os resultados efetivamente alcançados, que são quantificados pela não redução dos índices de

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 9, n. 1, agosto de 2021

violência e criminalidade. O Brasil enfrenta uma grave crise econômica e social e, conforme pontuado em outro momento, é um país assombrado pelo fantasma da impunidade. Nesse contexto, a ideia de justiça que permeia a sociedade está intimamente relacionada ao punitivismo: se um delito penal ocorre, o autor deve ser identificado e penalizado por “medidas de dor”. Portanto, a pena e a ideia de justiça estão socialmente marcadas por uma espécie de simbolismo, ou seja, são validadas pelo retorno imputado ao autor do delito e não pela sua eficiência para redução dos índices de criminalidade (ROLIM, 2006).

Outrossim, a estigmatização e a criminalização de condutas desviantes, alinhadas à disseminação do pânico moral e ao punitivismo excessivo, presentes no ideário popular, dão vazão ao Direito Penal do Inimigo. Ainda que a teoria seja formalmente rechaçada no Brasil, que adota a teoria do fato, identificam-se traços do modelo na legislação penal brasileira, conforme foi demonstrado na análise acerca da Lei de Drogas. Ademais, autores apontam traços da teoria ainda na Lei de Crimes Hediondos, na Lei de Organização Criminosa, na Lei de Execução Penal (principalmente quanto ao regime disciplinar diferenciado) e no próprio Código Penal que, no artigo 59, prevê a personalidade do agente como critério para fixação da pena-base (PRATES, 2019; GOMES e BIANCHINI).

Na mesma linha, pautas como o endurecimento da legislação que se refere ao aborto e a redução da maioria penal são defendidas pelo atual presidente da República, Jair Bolsonaro. No mesmo sentido, o presidente sancionou a Lei 13.964/2019, proposta pelo ex-ministro da Justiça, Sérgio Moro. Também conhecida como Pacote Anticrime, a referida legislação propõe o recrudescimento punitivo para os reincidentes e aqueles que incorrem em habitualidade criminosa, aproximando a legislação penal do Direito Penal do Inimigo (MACRUZ E HAUG, 2020; FILIPPO, 2020).

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Da mesma forma que na Teoria do Etiquetamento Social, segundo a qual a noção de criminoso é conferida ao que desvia da conduta social preponderante, no funcionalismo penal sistêmico os rótulos de não-cidadão e não-pessoa são conferidos àquele que desvia da norma jurídica de maneira tal a representar-lhe uma ameaça.

No bojo da sociedade, rótulos estigmatizantes são atribuídos aos indivíduos que subvertem um padrão comportamental social ou normativo. Além de rejeitada, a identidade pública desses grupos “desviantes” é sistematicamente marginalizada e associada a práticas criminosas – é o que acontece, por exemplo, com os crimes relacionados ao tráfico de drogas, ao uso de entorpecentes, as músicas de funk carioca, dentre outras manifestações.

Confere-se a esses indivíduos, então, o protagonismo nas narrativas de pânico moral, isto é, de ameaça à ordem e aos valores estruturantes da sociedade. A propagação dessas narrativas é comumente fomentada e instrumentalizada por movimentos neoconservadores, dentre eles, o atualmente encabeçado no Brasil. Essa prática ocorre principalmente para justificar o apoio a um maior controle social, bem como aos movimentos de lei e ordem. Em resposta, a sociedade ameaçada reclama à repressão e ao punitivismo estatal.

Sob essa perspectiva, embora o Direito Penal do Inimigo seja formalmente rechaçado no ordenamento jurídico brasileiro, é possível neste último observar marcas de dicotomização penal intrinsecamente relacionadas a estigmas sociais, como notoriamente exemplificado na Lei de Drogas. Considerando a retroalimentação entre o pânico moral conservador e o punitivismo penal em defesa da norma e dos valores sociais, torna-se evidente a interseção entre o ideário conservador e o Direito Penal do Inimigo, bem como sua influência na justiça criminal brasileira.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 14, p. 276-287, abr.- jun. 1996.

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 51, p. 9-43, 2004.

ARAÚJO, Fernanda Carolina de. **A Teoria Criminológica do Labeling Approach e as Medidas Socioeducativas**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

BARAJAS, Karina Bárcenas. Pánico moral y de género en México y Brasil: rituales jurídicos y sociales de la política evangélica para deshabilitar los principios de un estado laico. **Religião e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 38, n. 2, p. 85-118, ago. 2018.

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 9, n. 1, agosto de 2021

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Jurarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**: institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD; Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm). Acesso: 26 fev. 2021.

CESAR, Maria Rita de Assis; DUARTE, André de Macedo. Governamento e pânico moral: corpo, gênero e diversidade sexual em tempos sombrios. **Educar em revista**. Curitiba, n. 66, p. 141-155, dez. 2017.

CHAUI, Marilena. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. São Paulo: Cortez, 2006.

COHEN, **Folk Devils and Moral Panics**, 1972 apud THOMPSON, K. Moral panics. 1s. ed. London: Routledge, 1998.

CONTRERAS, Guillermo. **La influencia de las ciencias sociales en el derecho penal**: La defensa del modelo ideológico neoliberal em las teorías funcionalistas y em el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales (Crítica y justificación del derecho penal em el cambio de siglo – El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt). Cuenca: Ediciones de la Universidade de Castilla, La Mancha, 2003.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. 1. ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado Editora, 2000.

FILIPPO, Thiago de. Lei anticrime e reincidência: um flerte com o direito penal do autor. **Boletim Especial 330 Lei Anticrime**. IBCCRIM, p. 20-22, mai. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. 1. ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 9, n. 1, agosto de 2021

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. “Direito Penal” do inimigo e os inimigos do direito penal. 2. ed. **Revista eletrônica Del Centro de Investigaciones Criminológicas de La USMP - PERÚ**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/74638321/DIREITO-PENAL-DO-INIMIGO-segunda-edicion>. Acesso em 25 fev. 2021.

JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. Trad. de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003a.

JAKOBS, Günther **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feiió Sánchez. Madrid: Civitas, 2003b.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad. de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003c.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. In: OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; MOREIRA, Luiz (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. **Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, n 97(4), 1985. doi:10.1515/zstw.1985.97.4.751

MISKOLCI, R. **Estética da existência e pânico moral**. In: RAGO, M; VEIGA NETO, A. Figuras de Foucault. Autêntica: Belo Horizonte, 2007.

MISKOLCI, Richard; CAMPANA, Maximiliano. “Ideologia de gênero”: notas para a genealogia de um pânico moral contemporâneo. **Sociedade e estado**, Brasília, v. 32, n. 3, p. 725-748, dez. 2017.

NEUMANN, Ulfried. Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 69, p. 156-177, 2007.

NIKITENKO, Viviani. Funcionalismo-sistêmico penal de Günther Jakobs: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista. **Revista Direito e debate**, v. 15, n. 25. p. 123-135, mar. 2013.

ORTEGA, Flávia Teixeira. Teoria do etiquetamento social. **JusBrasil**. 2016. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/322548543/teoria-do-etiquetamento-social>. Acesso em: 25 fev. 2021.

PRATES, André. A teoria do direito penal do inimigo e sua influência na legislação brasileira. **Jus**. Abr. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73320/a-teoria-do-direito-penal-do-inimigo-e-sua-influencia-na-legislacao-brasileira>. Acesso em: 25 fev. 2021.

PORTUGAL, Daniela. **A Autopoiese no Direito e o Funcionalismo Sistêmico de Günther Jakobs na Aplicação da Lei Penal**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS. Porto Alegre, v. 8, n. 2, dez. 2013.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

| Revista Transgressões: ciências criminais em debate, v. 9, n. 1, agosto de 2021

THOMPSON, K. **Moral panics**. 1s. ed. London: Routledge, 1998.

SÁ, Antônio de; HAUG, Marianna. O “pacote anticrime” e o recrudescimento punitivo para os já penalizados: uma análise sobre a reincidência e a habitualidade criminosa. **Boletim Especial 331 Lei Anticrime**. IBCCRIM. p. 12-14. jun. 2020.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión de Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001.

YOUNG, J. Moral Panic: Its Origins in Resistance, Ressentiment and the Translation of Fantasy into Reality. **British Journal of Criminology**, 49(1), p. 4–16. 2009. doi:10.1093/bjc/azn074.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2011.

## **INTERSECTION BETWEEN THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY AND THE NEOCONSERVATORY IDEAL AND ITS REFLECTIONS IN BRAZILIAN CRIMINAL JUSTICE**

### **ABSTRACT**

This study intends to analyze the points of convergence between the conservative values observed in today's society and the Enemy Criminal Law, as well as, under the lenses of sociology and critical criminology, understand its reflections on criminal justice and legislation. To do so, it resorts to qualitative bibliographical research. In the same sense, an analysis of Law 11.343/06 (Drug Law) is promoted in order to verify the presence of aspects of the Penal Right of the Enemy Criminal Law in the Brazilian legal system. In light of this analysis, become evident the marks of penal dichotomization based on the notion of the enemy, a figure that is drawn from conservative stigmas.

**Keywords:** Criminal law. Enemy criminal law. Critical criminology. Neoconservatism.