

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CRIMINOLOGIA**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Penal, Processo Penal e Criminologia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cinthia Obladen de Almendra Freitas; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-569-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito Penal. 3. Criminologia. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA

Apresentação

Em uma agradável tarde de sol da primavera chilena, nas dependências da aconchegante e receptiva Universidade de Santiago, o grupo de trabalho Direito Penal, Processo Penal e Criminologia I reuniu-se com o propósito de discutir temas condizentes à dogmática moderna, seja do direito e do processo penal, seja no que diz respeito à política criminal e à criminologia. Os trabalhos ora apresentados revelam, como o leitor por certo verificará, o quão ecléticos, críticos e atuais são os temas e o quão comprometidos foram os autores na confecção dos textos. São eles, pela ordem do livro, identificados por título, autor (es) e breve resumo, os seguintes:

O primeiro, cujo título é “a criminalização do stalking no Brasil sob o olhar da criminologia crítica”, dos autores Ana Luísa Dessoy Weiler , Alexandre Juliani Riela e Joice Graciele Nielsson, busca avaliar a criminalização do stalking no Brasil com a Lei nº 14.132/2021 sob o olhar da criminologia crítica e do endurecimento da lei penal. O problema de pesquisa parte da seguinte indagação: em que medida a criação de nova lei incriminadora é eficaz para o combate efetivo do stalking? Parte-se da hipótese de que a lei penal tem um caráter simbólico e seletivo, e que a lei do stalking não combate o fenômeno de forma efetiva visto ser a lei insuficiente para uma mudança cultural. Os objetivos específicos da pesquisa estruturam o texto em três seções: a) discutir os processos de criminalização do sistema penal a partir da criminologia crítica de Alessandro Baratta; b) caracterizar o fenômeno do stalking a partir de sua conceitualização e da sua função fenomenológica; c) a criminalização do stalking no Brasil e seus efeitos. O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O segundo, cujo título é “a violência institucional e a saúde psicofisiológica dos agentes de segurança pública na contemporaneidade”, também dos autores Alexandre Juliani Riela e Ana Luísa Dessoy Weiler: tem por objetivo fazer uma análise sobre a violência institucional frente à saúde mental dos agentes de segurança pública do Brasil, tanto no aspecto interior quanto exterior aos ergástulos. O problema que orienta a pesquisa parte do seguinte questionamento: em que medida a violência institucional adoece mentalmente os agentes de segurança pública no Brasil, limitando ou impedindo a sua atuação? Parte-se da hipótese de que os agentes de segurança pública estão com sua saúde mental fragilizada, uma vez que, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020), no ano de 2019,

morreram mais policiais por suicídio do que em serviço. Os objetivos específicos da pesquisa se desdobram nos seguintes tópicos: a) perceber de que modo a violência institucional impacta o agente de segurança pública; b) discutir a saúde mental do agente de segurança; c) analisar quais as soluções viáveis para a preservação da saúde mental dos agentes de segurança pública no Brasil. O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O terceiro trabalho tem por título a “análise da evolução da finalidade das sanções de natureza criminal: das ordenações reais ao Código Criminal do Império”, dos autores Romulo Rhemo Palitot Braga, Mariana Soares de Moraes Silva e Ricardo Henrique Lombardi Magalhães. No texto, os autores enfocam que, ao longo dos séculos, houve substanciais mudanças no Direito brasileiro acerca das questões de natureza criminal, de modo que houve um afastamento das penalidades muito severas. O texto busca compreender tal processo evolutivo, visando aferir a finalidade das normas de natureza criminal em momentos anteriores da História pátria, bem como objetiva verificar se as sanções de natureza criminal se afastaram da ideia de atemorizar a população. Foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, em uma pesquisa descritiva e qualitativa. Concluiu-se que houve uma notória evolução das sanções cominadas para as práticas das condutas que foram tidas como criminosas, de maneira que se buscava a prevenção geral contra o cometimento de crimes através da atemorização da população diante da rigidez das normas “criminais” que já estiveram vigentes, ao passo que, atualmente, se busca, ao menos em tese, a ressocialização daqueles que cometeram delitos.

Em “breves considerações bioéticas e penais sobre o aborto após tentativa de suicídio”, os autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Camila Martins de Oliveira e Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire Ramos exploram, a partir de pesquisa qualitativa e com o emprego de raciocínio dialético, uma situação ocorrida em São Paulo, em que uma mulher foi denunciada por aborto em ocasião na qual, estando grávida e deprimida, ingeriu veneno para ceifar a própria vida. A situação, estudada com ingredientes de política criminal e da bioética, expõe a ingerência do direito penal nas situações de vida em geral, e reclama uma maior e melhor reflexão sobre a violação ao princípio da ultima ratio ante a casos de emprego simbólico. Sem a análise das provas e do processo em si, mas apenas do fato e da denúncia oferecida, não se tem por qualquer pretensão interferir no julgamento do caso, mas valer-se dele para uma discussão transdisciplinar do direito e, em especial, no caso que serve de lastro à pesquisa, questionar a existência de dolo, da imputabilidade penal da gestante, da conduta do médico que comunicou o fato às autoridades e, por fim, da obediência ou não à diretriz do direito penal mínimo.

O quinto trabalho, cujo título é “colonialismo tardio e crimes patrimoniais: a funcionalidade da seleção dos crimes de pequena monta para o marco de poder planetário contemporâneo”, da autora Dorcas Marques Almeida, externa que a estrutura do poder global alterou-se substancialmente desde a segunda metade do século passado e, conseqüentemente, o poder punitivo também passou a ser manejado com a finalidade de atender a fins distintos. Anteriormente, o sistema punitivo era utilizado sobretudo com a finalidade de preservar a integridade das sociedades de consumo, porém, atualmente, o sistema punitivo é utilizado com a finalidade de dilapidar a autonomia das democracias. Diante desse cenário, o presente artigo tem como objetivo investigar se os crimes patrimoniais ainda são selecionados pelo poder punitivo e, em caso positivo, qual é a funcionalidade da seleção desses crimes para a estrutura de poder que contemporaneamente rege o globo. Para responder aos referidos questionamentos, o presente artigo adotou a revisão da literatura como metodologia e elegeu os autores Eugenio Raúl Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos como marco teórico, sendo que a análise da obra dos referidos autores conduzirá à conclusão de que a seleção dos crimes patrimoniais é primordial para a estrutura de poder que contemporaneamente rege o globo e que, conseqüentemente, a seleção típica da estrutura de poder anterior foi aprofundada em níveis abissais.

O sexto texto tem por título o “controle judicial do acordo de não persecução penal”, e foi escrito por Jaroslana Bosse. O trabalho tem por escopo analisar a possibilidade de controle jurisdicional quando houver negativa injustificada de oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal pelo Ministério Público. A Lei Federal n. 13.964/2019, que introduziu essa espécie de acordo como um novo modelo de resolução consensual de conflitos criminais, não deixou muito claro se o benefício se trata de um direito subjetivo do investigado ou de uma discricionariedade do Ministério Público. Ainda mais, caso o réu preencha os requisitos objetivos e subjetivos para o acordo e exista negativa injustificada por parte do Ministério Público, outro questionamento pertinente é se o Magistrado pode ou não exercer algum tipo de interferência. No trabalho é analisado o caso em que o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou decisão do Juiz de primeiro grau que rejeitou denúncia, considerando a ausência de interesse de agir, diante da recusa infundada do Ministério Público em propor o acordo. Verifica-se, ainda, que o precedente é importante para a construção de uma via interpretativa na qual o Acordo de Não Persecução seja compreendido como um direito subjetivo do investigado.

Em “criminologia midiática: a agenda setting theory e o sensacionalismo como instrumentos fortalecedores do totalitarismo financeiro”, escrito por Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira. Nele, a autora propõe o estudo da relação existente entre o direito penal e a mídia com o conseqüente fortalecimento do totalitarismo financeiro através da utilização da agenda

setting theory e do sensacionalismo. Considerando-se a inexistência de uma assepsia política relativa ao direito penal, é possível afirmar que há um viés ideológico excludente e etiquetador em seu conteúdo. Tal escolha política favorece o totalitarismo financeiro e possui a mídia como um de seus instrumentos fomentadores, até porque esta está incluída naquele. A produção midiática veiculada conduz à transformação das vítimas do totalitarismo financeiro a adeptas de suas ideias. Nesse sentido, a mídia possui o condão de auxiliar na incidência do controle social punitivo em um público previamente etiquetado como “inimigo”, fortalecendo o totalitarismo financeiro a partir da manutenção de seu poder, tendo o sensacionalismo como uma ferramenta para ocultar os reais problemas e, por conseguinte, dificultar uma genuína transformação da sociedade.

O oitavo trabalho, “da teoria hermenêutica constitucional em Häberle e do método penal: sobre a conformação do direito penal na jurisdição constitucional”, de autoria de Renato Almeida Feitosa, faz uma análise crítica da teoria hermenêutica constitucional de Peter Häberle à luz do método penal, considerando a necessidade de ponderar e limitar a extensão da chamada “sociedade aberta dos intérpretes” como expressão de uma teoria constitucional democrática que ganha cada vez mais adeptos como instrumento metodológico de controle e afirmação dos valores constitucionais. O cotejo entre essas duas linhas metodológicas visa demonstrar a inviabilidade da abertura axiológico-normativa que esta teoria hermenêutica pretende dar, quando afeta à concreção do direito penal, haja vista as premissas epistemológicas de validade e eficácia do direito penal como condição mesma de preservação dos moldes de um Estado Democrático de Direito, nomeadamente do princípio da legalidade e seus corolários. Desta feita, traz-se como caso paradigma da problemática o precedente do STF (ADO nº 26) que ampliou o espectro de incidência da norma penal, subsumindo a homofobia à proibição normativa prevista no tipo penal que teria por objeto o combate ao preconceito de raça e cor. Nesta pesquisa, são tratados os pressupostos de legitimidade da jurisdição constitucional e das estruturas da teoria do crime e da teoria hermenêutica constitucional, evidenciando o caráter inconciliável destas.

O nono trabalho, intitulado “o Direito penal do inimigo como expressão do biopoder”, dos autores Lauro Mens de Mello, Rodrigo Francisconi Costa Pardal e José Antônio de Faria Martos, tem como objetivo o estudo conceitual da ideia de biopoder a partir de Foucault com a vida como objeto de controle, regulação e domesticação, relacionada com o poder disciplinar. Objetiva ainda uma análise do discurso relativo ao direito penal do inimigo em que se adota um conceito não ontológico, mas funcional de cidadão, que permite afastar esse status em determinadas condições. Analisa-se ainda a questão dos arquétipos de Jung que, a partir das representações, concebem forma de atuação do biopoder e que este difunde e legitima o direito penal do inimigo. Como resultados pretende-se demonstrar a forma de

como opera o biopoder com a lógica de imunização voltada ao corpo social, com o discurso pseudo-legitimador de se manter a coesão social e como o biopoder é uma forma dissimulada de dominação sem o desgaste inerente ao confronto direto. Como conclusão constata-se o surgimento do direito penal do inimigo como forma de aniquilação do status de cidadão e transformação em homo sacer.

Em “dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas: a natureza da substância enquanto vetor ilegal de criminalização da pobreza”, os autores Romulo Luis Veloso de Carvalho e Renata Pereira Mayrink externam que, definida a responsabilidade criminal de determinado cidadão, ou seja, afirmado depois de um processo que tramite em contraditório judicial, que alguém foi o autor de um fato típico, ilícito e culpável, o juiz do caso tem o dever legal de individualizar a pena. O primeiro passo para dosimetria da pena é a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, mas, para os casos em que o autor incorrer em algum dos crimes previstos na Lei n.º 11.343/2006, ou seja, violar uma norma penal incriminadora da Lei de Drogas, o juiz deverá se ater a critérios particulares de individualização da pena, estabelecidos no artigo 42 da legislação especial. O objetivo da pesquisa é analisar a aplicação desses critérios mencionados da Lei de Drogas, especialmente o critério natureza da substância, como mecanismo de concretização de uma política penal seletiva. Para tanto, a metodologia utilizada para desenvolvimento da pesquisa foi a descritiva-bibliográfica, através do estudo de estatutos normativos, além de doutrinas sobre o tema.

O décimo primeiro trabalho que se apresenta é o seguinte: “emoções e moralidade no tribunal do júri: notas sobre o uso de cartas psicografadas no julgamento do caso boate Kiss”, das autoras Carolina de Menezes Cardoso Pellegrini, Marina Nogueira de Almeida e Ana Paula Motta Costa. O texto tem como objetivo apresentar considerações preliminares acerca do uso de cartas psicografadas no Tribunal do Júri. Como cenário base para a discussão, utiliza-se o caso da Boate Kiss, no qual a defesa utilizou-se de carta supostamente psicografada de uma das vítimas, como forma de tentativa a atenuar/isentar a culpa do réu. Nesse sentido, o ensaio norteia-se pela seguinte pergunta de pesquisa: “como cartas psicografadas afetam as emoções e moralidades no Tribunal do Júri?”. Compreendendo o panorama constitucional do tribunal do júri e seus princípios norteadores, além de que é possível refletir sobre uma reconfiguração do cenário que mescla política e sentimento, como forma de impactar e mobilizar – tal qual o fez Cláudia Fonseca (2018), embora com objeto de pesquisa diverso, parte-se da hipótese de que o uso de cartas psicografadas no Tribunal do Júri tem sua força pautada, antes de tudo, pelo caso específico em julgamento – no caso, um evento traumático.

Em “gênero, raça e classe como estruturadores históricos das prisões brasileiras”, a autora Magali Gláucia Fávoro de Oliveira examina as opressões cruzadas de gênero, raça e classe

como estruturadores históricos das prisões brasileiras. Para tanto, por meio do método dedutivo e com base em bibliografia regada por autores e autoras negras, inicialmente, analisou-se o problema de desigualdades e discriminação racial no Brasil, como esqueletos sociais reproduzido pelas instituições. Outrossim, por meio de uma linha histórica legislativa, do Brasil-colônia à contemporaneidade, traçou-se o viés incriminador nos quais nasceram e ainda permanecem as prisões brasileiras, vivificadas em uma era de abolição da escravatura de um lado, compensada de outro, pela criminalização da cultura e do modo de vida do povo preto, bem como pelos inúmeros incentivos de migração do povo europeu para o país. Diante das construções realizadas, ao fim, foi possível compreender que a mulher, preta e pobre, tem a cor, o sexo e a classe preferida do sistema de justiça criminal, compondo hoje uma proporção relativamente pequena entre as populações carcerárias ao redor do mundo, mas figurando o setor de mais rápido crescimento dentre as pessoas presas.

O décimo terceiro texto, que tem por título “ineficiência punitiva do art. 60 da Lei de Crimes Ambientais: sua comparação com as sanções cominadas às infrações administrativas”, dos autores João Victor Baptista Magnavita e José Claudio Junqueira Ribeiro, externa que “a Política Nacional do Meio Ambiente veio inaugurar um novo patamar de preocupação com o bem ambiental à medida em que se consubstancia em um dos mais importantes documentos legislativos sobre políticas públicas ambientais em solo pátrio. Dessa forma, pinçando um de seus instrumentos, o licenciamento ambiental, busca-se no presente estudo entender se os enunciados relativos a esse instrumento, elencados em forma de sanções administrativas e criminais, realmente servem como suporte que compele o agente infrator a cumprir a legislação ambiental. Cabe mencionar, ainda, que a pesquisa desenvolvida se utilizou da metodologia da pesquisa qualitativa, ao se apoiar na filosofia fenomenológica do que se propõe a estudar, do método de pesquisa explicativa uma vez que se preocupa em identificar os fatores e quesitos que determinam para a ocorrência de determinados fenômenos jurídicos estudados. Ademais, para fundamentar o presente trabalho, utilizou-se do método indutivo que foi conduzido pelas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, revelando, portanto, a base na qual se construiu o estudo em comento.

Em “mandados de criminalização, tratados internacionais e enfrentamento à corrupção”, os autores Antônio Carlos da Ponte e Cintia Marangoni tratam do combate às práticas de corrupção, verdadeira chaga que subtrai preciosos recursos públicos da sociedade, no contexto da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e do princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição da proteção deficiente. Para tanto, perpassou-se pelos instrumentos atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo os Tratados Internacionais firmados pelo Brasil no combate à corrupção, que também devem ser percebidos como mandados de penalização (diante do disposto no artigo 5º, §3º, da

Constituição Federal de 1988), a fim de compreender-se o quanto ainda se poderá avançar nesta seara. Assim, o presente estudo ressalta a compreensão do crime de corrupção como um claro atentado aos direitos humanos, na medida em que priva o Estado de investimentos que seriam destinados à população, motivo pelo qual questiona-se sua inclusão no rol dos crimes hediondos, além de sua tipificação no âmbito privado, em atendimento a mandado constitucional implícito de criminalização e respeito ao princípio da proibição da proteção deficiente.

O décimo quinto texto tem por título “mesclagem de dados eleitorais em proveito do banco multibiométrico: Lei de Identificação Penal e Proteção de Dados Pessoais”, e foi escrito por Raissa de Cavassin Milanezi e Cinthia Obladen de Almendra Freitas. Nele, revela-se que o Pacote Anticrime inseriu na Lei de Identificação Criminal, Lei n.º 12.037/2009, o Banco Multibiométrico, que tem como objetivo armazenar dados biométricos, de impressões digitais e, quando possível, íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais e identificar civilmente o indivíduo não identificado. Busca-se analisar juridicamente o referido Banco de Dados, sob a perspectiva da proteção de dados e de violação a direitos humanos e fundamentais, frente à sociedade de controle e vigilância. O problema de pesquisa tem por base a seguinte interrogação: Permite a legislação brasileira, em termos de garantias constitucionais penais e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a mesclagem de dados eleitorais e dos institutos de identificação em prol da persecução criminal? Para tanto, a pesquisa utilizou método dedutivo, em que foi realizado levantamento bibliográfico de livros, teses e dissertações com os descritores indicados abaixo. Ao final, a chegou-se à hipótese de que a mesclagem de dados na forma como está disposta na Lei de Identificação Criminal viola diversos preceitos penais e da LGPD.

Em “o ANPP – Acordo de não persecução penal e a revisibilidade jurisdicional do mérito do ato administrativo”, os autores Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro apresentam como tema o acordo de não persecução penal – ANPP e externa que os mecanismos negociais têm se mostrado como tendência no âmbito criminal, com a possibilidade de aplicação de consequências penais sem a necessidade do devido processo legal, abreviando o lapso temporal entre o suposto cometimento da infração e a execução penal. Dessa forma, a pesquisa questiona se a realização dessa justiça negocial criminal produziria uma espécie de administrativização da justiça e quais seriam os seus efeitos para o exercício do poder punitivo. Objetiva-se, de maneira geral, analisar o instituto do ANPP e a jurisprudência correlata no que tange à natureza jurídica e ao controle judicial sobre seu não oferecimento. O procedimento de pesquisa observou uma metodologia dedutiva, com auxílio da técnica de análise de jurisprudência. Complementarmente utilizou-se uma metodologia exploratória para pesquisar a jurisprudência correlata ao ANPP. Conclui-se que o acordo de não

persecução penal vem sendo interpretado como não constituindo direito subjetivo do acusado, bem como pela realização do fenômeno da administrativização do poder punitivo, tendo em vista a substituição de atores judiciais por atores administrativos na condução dos mecanismos negociais e que a posição em que os tribunais têm se colocado, de negar a revisão jurisdicional, parece conflitar com o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O décimo sétimo texto, “o contexto histórico de valorização dos direitos humanos e a violação da dignidade humana no sistema carcerário”, é de autoria de Renata Pereira Mayrink e Rômulo Luis Veloso de Carvalho. Nele se externa que a necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana é incontestável na atualidade, mas, apesar de supremo, é um valor continuamente afastado. A pesquisa visa estudar a atual crise do sistema carcerário nacional, sob o enfoque da dignidade humana, com o objetivo de criticar as sistemáticas violações a esse direito fundamental. Inicialmente analisou-se o contexto histórico de surgimento dos direitos humanos, em seguida a crise no sistema carcerário nacional e as constantes violações ao valor essencial da dignidade humana. Por fim, conclui-se pela necessidade de uma reforma em diversos setores que lidam com a execução penal, já que a atual situação de mazela dos cárceres nacionais não pode ser atribuída a apenas um fator, mas sim a diversos que se somam. Acima de tudo é preciso que haja a máxima efetivação dos direitos humanos, sobretudo da dignidade humana dos encarcerados. A metodologia utilizada para desenvolvimento da pesquisa foi a descritiva-bibliográfica, através do estudo de estatutos normativos e jurisprudência nacionais e internacionais, doutrinas sobre o tema e vídeos.

Em “o direito penal e os reflexos dos avanços neurocientíficos: uma análise acerca da culpabilidade”, Júlia Gabriela Warmling Pereira, autora do texto, destaca que a relevância sobre as descobertas neurocientíficas inaugura uma nova era. E na medida em que as suas investigações vêm avançando, através de novas tecnologias de mapeamento cerebral, têm revelado localizações específicas de eventos cerebrais, os quais permitem inferir a crescente aproximação entre a neurociência e o direito. As ambições neurocientíficas têm se expandido e se impregnado na sociedade, situação que acarreta um peso maior nas leis e, diante desse fato, as questões atinentes ao direito merecem atenção para que se tenha uma inserção adequada à realidade. O direito e a neurociência constituem um tema com diversas implicações de cunho social, ontológico e metodológico, necessitando ser analisado, essencialmente, sob o aspecto dogmático penal, particularmente no tocante à culpabilidade penal. No que concerne às discussões acerca do direito penal, nota-se que transcende deste âmbito as investigações a respeito do comportamento humano. Compreende, também, o interesse em analisar a conduta humana e a própria questão do livre-arbítrio, igualmente relevante às neurociências. Não há dúvida de que as possíveis repercussões para o direito

penal constituem um tema que tem levado diversos doutrinadores a se debruçar sobre as pesquisas, as quais devem ser analisadas com as cautelas devidas.

O décimo nono trabalho que compõe o livro tem por título “o exame criminológico sob a perspectiva crítica: apontamentos sobre a Súmula Vinculante nº 26 como política criminal”, e foi escrito por Jéssica Cristina de Moraes, Eduardo Bocalete Pontes Gestal e Sergio Nojiri. O texto objetiva analisar a construção dos pensamentos criminológicos e sua contribuição para uma lógica de controle social idealizada a partir de mecanismos de exclusão e institucionalização (encarceramento) em massa, tendo como base de investigação a súmula vinculante nº 26 que possibilitou o uso continuado do exame criminológico como ferramenta de avaliação de progressão de regime na contramão da nova redação do artigo 112, da Lei de Execução Penal, pela Lei n.º 10.792/03, a qual havia revogado esta perícia nesse contexto da execução da pena. Para tanto, faz-se uma breve passagem sobre os discursos presentes nas escolas criminológicas, traçando um caminho entre os pensamentos criminológicos da Escola Clássica à Positiva à Sociológica até a Criminologia Crítica, demonstrando como o “outro” (apenados, doentes mentais, pessoas sem ocupação e demais indivíduos que não contribuíssem com a sua força de trabalho) sempre esteve na posição política e social de membro não desejável na sociedade. Após, discorre-se acerca do exame criminológico e do seu uso durante a Execução Penal relacionado à apuração de mérito subjetivo à progressão de regime. Destaca-se, ainda, os pontos de embate entre referenciais apoiadores e contrários ao uso do exame, na medida em que vislumbramos que essa perícia otimiza o período de cumprimento de pena em regime mais gravoso e reverbera as problemáticas do sistema penal na prática. Finalmente, são tecidos comentários acerca da possível existência de fatores político-ideológicos na atuação Supremo Tribunal Federal com a edição Súmula vinculante nº 26.

No texto “o futuro da educação prisional: educação à distância sustentável” o autor Nelcyvan Jardim dos Santos expõe ser necessário conhecer as tendências futuras nos programas de educação e ensino. Neste artigo ele se concentrou em fornecer perspectivas sobre o futuro dos programas educacionais, necessidades de alunos e professores para uma educação inovadora e ao mesmo tempo suprir as necessidades de desenvolvimento educacional aos que estão privados de liberdade. Apresenta, ainda, vantagens em detrimento dos recursos humanos, segurança dos professores e acesso ao ensino a todos os detentos por meio dessa modalidade. Apesar do acesso à educação nos presídios se encontrar estampado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, Lei de Execução Penal, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, além de outras normativas, faz-se necessário mostrar que esses indivíduos, esquecidos pela sociedade, também têm direitos, capacidade e possibilidades reais de uma harmônica integração social. O desenho do artigo contempla a abordagem

bibliográfica e documental e tem como objeto de estudo compreender os cenários educacionais do futuro, na aplicação da Educação à Distância nas unidades prisionais, como fator de valorização dessa modalidade de ensino para concretizar os direitos dos reclusos e minimizar a ausência de oferta educacional nos centros penitenciários nacionais.

Em “os estabelecimentos penais e os dados frente ao Covid-19”, a autora Ana Eduarda Bazzo Pupim realiza um estudo sistemático dos estabelecimentos penais frente a pandemia do Covid-19 e conclui, com dados do Infopen, que o sistema carcerário brasileiro é precário, desigual e violador de direitos básicos. Quinze vírgula três por cento (15,3%) das pessoas que se encontram em regime fechado deveriam estar em regime semiaberto ou até liberados, isto antes da pandemia; contudo, as regras de sanitização para o combate do Covid-19 não modificaram a realidade, porquanto difíceis de serem colocadas em prática. Na verdade, 81.214 de presos e servidores foram infectados com o Coronavírus, ou seja, 13,6% do sistema carcerário considerando a população de 2019, e 11,5% se considerada a população de presos de 2020, demonstrando a atual necessidade de reforma do sistema penitenciário brasileiro.

Em “progressão de regime em crimes hediondos no Supremo Tribunal Federal: uma análise empírica pela Súmula Vinculante 26”, dos autores Ana Clara Macedo Jaccoud, Pedro Burlini de Oliveira e Raphaël Tinarrage, discute-se que uma das principais discussões que circundam a execução penal dos crimes hediondos é a possibilidade de exigência de exame criminológico como requisito para progressão de regime. Isso porque, esse exame já foi obrigatório em Lei, a qual após revogada gerou uma lacuna que a Súmula Vinculante nº 26 (SV 26) do Supremo Tribunal Federal buscou colmatar. Frente a tal lacuna e as discussões emergentes, foi realizado um estudo empírico sobre o comportamento de casos no STF que pedem a progressão de regimes para condenados por crimes hediondos ou assim equiparados, verificando as nuances da aplicação dos requisitos para essa progressão. Para tanto, a pesquisa contou com uma produção empírica baseada em métodos de Machine Learning, a partir da criação de um modelo treinado para identificar decisões do STF relacionadas à SV 26. Além disso, o artigo apresenta uma exposição teórica sobre aspectos dogmáticos do exame criminológico e sua expressão jurisprudencial do STF. A partir dessa verificação, foram expostas descobertas sobre a persistência da exigência do exame e sobre a concentração de processos no STF tratando da progressão de regime nesses tipos de crimes.

No artigo “stalking e a tipificação do crime de perseguição da Lei 14132/21- um amparo à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade”, as autoras Evandra Mônica Coutinho Becker e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão discorrem que o stalking é um fenômeno cuja marca e as facetas são múltiplas. Tomados isoladamente, a miríade de

atos dos perpetradores, geralmente, não é ilegal em si. Esse aspecto explica, em parte, porque o stalking só é percebido tardiamente pela vítima, o que significa que a persecução penal só intervém muito tempo depois. Frequentemente, vários comportamentos de assédio não se enquadram na lei penal porque, tomados isoladamente, não parecem ameaçadores (como, enviar flores ou presentes). No entanto, a gama de atos de perseguição concebíveis é ampla e pode incluir crimes como: danos à propriedade ou transgressão, que podem ser, por si só, objeto de queixa. A presente pesquisa tem como objetivo geral apresentar a tipificação do stalking como crime mediante a legislação brasileira bem como a infração de direitos do cidadão. Assim, os objetivos específicos deste artigo buscam, conceituar o que é stalking e o que o abrange, explicar e descrever a tipificação do ato de stalking como crime na legislação brasileira, bem como a responsabilidade civil que o imputa, apresentar e descrever os direitos fundamentais do cidadão, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana e por fim, descrever como o crime de stalking fere os direitos da personalidade garantidos ao cidadão. Para desenvolvimento da pesquisa, as autoras se valeram do método de revisão bibliográfica. Por fim, concluiu-se que a lei 14.132/2021 foi essencial para especificar de forma clara e concreta o crime de stalking na atualidade, principalmente, mediante os avanços tecnológicos e a disponibilidade de diversas ferramentas para efetuar tal crime.

Observa-se, assim, que, como foi inicialmente dito, os autores incumbiram-se do compromisso de serem críticos e corajosos com vistas à maior e melhor adequação das práticas ao texto constitucional e das demandas da contemporaneidade em prol de um modelo integrado, proativo e transformador de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) uma ótima leitura! É o que desejam os organizadores.

Prof.a Dr.a Cinthia Obladen de Almendra Freitas- PUC-PR - cinthia.freitas@pucpr.br

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC - matheusfelipedecastro@gmail.com

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC – Dom Helder – Escola de Direito - lgribeirobh@gmail.com

DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO EXPRESSÃO DO BIPODER

CRIMINAL LAW OF THE ENEMY AS AN EXPRESSION OF BIOPWER

Lauro Mens de Mello ¹
Rodrigo Francisconi Costa Pardal ²
José Antonio de Faria Martos ³

Resumo

O presente artigo tem como objetivo o estudo conceitual da ideia de biopoder a partir de Foucault com a vida como objeto de controle, regulação e domesticação, relacionada com o poder disciplinar. Objetiva ainda uma análise do discurso relativo ao direito penal do inimigo em que se adota um conceito não ontológico, mas funcional de cidadão, que permite afastar esse status em determinadas condições. Analisar-se-á ainda a questão dos arquétipos de Jung que a partir das representações concebem forma de atuação do biopoder e que este, difunde e legitima o direito penal do inimigo. Como resultados pretende-se demonstrar a forma de como opera o biopoder com a lógica de imunização voltada ao corpo social, com o discurso pseudo-legitimador de se manter a coesão social e como o biopoder é uma forma dissimulada de dominação sem o desgaste inerente ao confronto direto. Como conclusão constata-se o surgimento do direito penal do inimigo como forma de aniquilação do status de cidadão e transformação em homo sacer.

Palavras-chave: Biopoder, Direito penal do inimigo, Arquétipos, Imunização, Cidadão

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims at the conceptual analysis of the idea of biopower from Foucault with life as an object of control, regulation, and domestication, related to disciplinary power. It also focuses on an analysis of the discourse related to the criminal law of the enemy in which a non-ontological, but functional concept of citizen is adopted, which allows this status to be removed under certain conditions. Jung's archetypes will also be analyzed from their representations to conceive a form of action of biopower legitimizing the criminal law of the enemy. As a result, we intend to demonstrate the way in which biopower operates with the logic of immunization focused on the social body, with the pseudo-legitimizing discourse of maintaining social cohesion, and how biopower is a disguised form of domination without the inherent wear and tear of the social body. direct confrontation. As conclusion, the

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Doutorando pela FADISP . Professor Titular da Faculdade de Direito de Franca . E-mail : lauromello@tjsp.jus.br

² Doutorando pela PUC/SP . Professor de direito penal.

³ Doutor em Direito pela FADISP – São Paulo. Doutor em Direito pela UMSA – Buenos Aires. Professor titular da Faculdade de Direito de Franca. Advogado. E-mail: joseantoniomartos@gmail.com

emergence of the enemy's criminal law as a form of annihilation of the status of citizen and transformation into homo sacer is verified.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Biopower, Criminal law of the enemy, Archetypes, Immunization, Citizen

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se com o presente artigo a análise do direito penal do inimigo sob a ótica do biopoder, não só verificando se o primeiro pode ser ferramenta do segundo, mas também analisar como, em pleno século XXI, tal postura que instrumentaliza o homem, retirando dele sua condição de ser humano, tratando-o como verdadeiro *homo sacer* pode, mais do que ser pensada, ser aceita na sociedade, ainda que em casos excepcionais. Esta é a problemática central do artigo.

Para tanto buscar-se-á auxílio do conceito de arquétipos de Jung, embora Freud trate do assunto de forma semelhante no seu conceito de resíduos históricos, visto entender-se que Jung permite uma melhor apreciação no ponto a ser tratado neste artigo.

Por fim discutir-se-á até que ponto elementos da nossa psiquê são utilizados, ou não, como formas de instrumentalizar aqueles que se entende não passíveis, de modo permanente, de serem docilizados, sendo impossíveis de integração como células saudáveis e produtivas dentro do corpo social.

Analisar como o biopoder, por meio da imunização, acaba apresentando justificativa para aplicação do direito penal do inimigo.

Ademais, relevante verificar que em face da atual sociedade de risco, na qual ocorre a expansão do direito penal como forma de trazer um paliativo, uma falsa segurança, a população passa a encerrar o delinquente como um verdadeiro *homo sacer*, que não só pode, mas deve ser erradicado, sem qualquer direito.

Justifica-se a presente abordagem na medida em que se trata de questão atual que precisa ser compreendida de modo mais agudo, pois somente assim será possível dimensioná-la e construir caminhos dogmáticos e discursivos para responder a ela de modo adequado.

O método usado será o qualitativo a partir de pesquisa bibliográfica com autores que abordem o tema aqui desenvolvido.

Como referencial teórico, basear-se-á para o presente artigo no conceito de biopoder de Michel Foucault e sua relação com o poder disciplinar, temas esses tratados em diversas obras do autor. No mais, ao se analisar o direito penal do inimigo serão analisados os pensamentos de Jakobs e de Silva Sanchez em sua obra a expansão do Direito Penal., como sendo o responsável por identificar o tema com a terceira velocidade do direito penal.

Trabalhar-se-á ainda com a noção de arquétipos de Jung, estes enquanto representações. Por fim, a partir de Eduardo Espósito o qual por sua vez se baseia em Luhmman, se trabalhará com a ideia de imunização no âmbito do corpo social.

2 BIOPODER. APROXIMAÇÃO CONCEITUAL

Em 1978, em curso ministrado, Michel Foucault¹. estabeleceu como fio condutor de suas análises o estudo do biopoder, definindo-o *como o conjunto dos mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais, vai poder entrar numa política, numa estratégia política, numa estratégia geral do poder.* (FOUCAULT, 2008, p.3).

Não se trata de adestrar o corpo-máquina do indivíduo, mas o adestramento da sociedade como um todo.

Em outra obra, (FOUCAULT, 1999), ele retoma a temática do biopoder, investigando a configuração nas sociedades ocidentais em que a vida é o próprio objeto de regulação. Há a inclusão de processos biológicos a incidir sobre o ser humano. Produz-se a vida, havendo a possibilidade de se deixar morrer (FURTADO; CAMILO, 2016, p 34).

Não se confunde o biopoder com o poder disciplinar, ocorrendo na realidade o acréscimo deste por aquele, na medida em que o biopoder utiliza e se vale da primeira técnica. O poder disciplinar nada mais é do que a domesticação, tornar os indivíduos mais dóceis e mais produtivos para o que deles se espera.

Afirma Foucault que:

a disciplina fabrica indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício. Não é um poder triunfante que, a partir de seu próprio excesso, pode se fiar em seu superpoderio; é um poder modesto, desconfiado, que funciona a modo de uma economia calculada, mas permanentes. (FOUCAULT, 2010.p.164)

Distingue-se o biopoder do poder soberano na medida em que “o último faz morrer e deixa viver, o biopoder faz viver e deixa morrer”. (CARNIO, 2021, p. 99).

Porém, isso não significa que o biopoder não age como método de controle, tal qual a disciplina. Ele busca fazer viver o indivíduo para que possa explorar o seu corpo máquina por meio de um controle mais sutil do que a disciplina, sem dela abrir mão, como já exposto.

Porém, ao buscar aperfeiçoar o corpo social, não deixa de extirpar partes que entende não acrescentar vantagens para o todo.

¹ O curso foi ministrado por Michel FOUCAULT, no *Collège de France* nos anos de 1977 e 1978, com o título de Segurança, território, população.

Massacres e extermínios são complementares a um poder que busca aperfeiçoar processos vitais. Se antes guerras eram iniciadas a fim de proteger o soberano, na era do biopoder a morte de uns assegura a existência de todos. Essa forma de equivaler vida e morte, encontrada na base do biopoder, explica a emergência de fenômenos como o racismo de Estado (FURTADO; CAMILO, 2016, p 36).

Afirma Foucault: “como é possível que um poder político mate, reivindique a morte, exija a morte, faça matar, dê a ordem para matar, exponha à morte não apenas seus inimigos, mas também seus cidadãos?” (FOUCAULT, 2008, p.3).

Neste ponto a pergunta irresignada feita por Foucault já dialoga diretamente com o direito penal do inimigo, na medida em que, como veremos, o poder sobre a morte se legitima na medida em que o sujeito é destituído justam ente do *status* da cidadania.

Interessante observar que o biopoder, por um lado, se exerce segundo uma crescente e renovável divisão da população em grupos e subgrupos, em raças e sub-raças, numa escalada sem fim, de modo que seja sempre possível, no interior de uma sociedade ou coletividade, apontar para grupos inferiores, patológicos, doentes, anormais, em oposição a grupos saudáveis e superiores. (BRANCO, 2009, p. 32.)

Embora não se busque sempre o extermínio de tais grupos, retira-se deles a condição de cidadão, passando a ser um *homo sacer*, a perder toda a proteção. Ou seja, passava a ser um abandonado, ou o mesmo que retirado do bando, da sociedade.

Tanto assim que

O significado da palavra remete a bandido, mas também a banido – excluído – do mesmo modo que, em alemão, os termos *Bande* e *Bann* designam tanto a expulsão da comunidade quanto a insígnia de governo do soberano. Tal como se encontra explicitamente mencionada na obra de von Jhering, *O Espírito do Direito Romano*, o termo *Bann* guarda relação com a *sacratio romana* arcaica, designando o fora da lei, proscrito e banido da proteção do ordenamento primitivo, que, enquanto tal, poderia ser morto independentemente de um juízo e fora do direito (CARNIO, 2021, p. 79).

Como visto, o biopoder também age, ainda que de forma mais dissimulada, visto que utiliza aspectos da humanidade ínsita do indivíduo, com violência contra aqueles que não deveriam fazer parte do corpo social sadio, segundo interesses daqueles que exercem o domínio – não necessariamente o soberano.

Traçando-se uma metáfora com a modernidade, possível afirmar que o biopoder age tal qual *Matrix*, filme no qual máquinas transformam o corpo dos indivíduos em pilhas. Logo, para tanto, lhes é interessante fazer viver o indivíduo, exceto quando ele se opõe às finalidades que lhe são designadas.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO. ANÁLISE DO DISCURSO.

O direito penal do inimigo é um modelo de política criminal em que há separação das pessoas em cidadãos e inimigos, sendo estes inimigos do corpo social como um todo.

Para Jakobs, pessoas que apresentam um perigo para o Estado, visto que não conseguem aprender com os erros e sanções, tornam a norma uma promessa vazia, visto que não será vivida por estes indivíduos, que os afastaria do direito penal do cidadão, ou seja, aqueles que apesar de terem delinquido, a pena e as garantias processuais são devidas, visto a possibilidade de assimilação da norma penal, tornando-se indivíduos produtivos para o corpo social e atendendo às determinações legais (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 33).

Tais pessoas são entendidas por Jakobs como não alinhadas ao comportamento esperado em sociedade, não apenas de maneira incidental, quer em seu comportamento criminoso grave, quer em sua ocupação como criminoso profissional, geralmente por vinculação a uma organização criminosas, indicando que abandonou o direito e assim irá permanecer (JAKOBS, 2003, p. 57).

Parte-se da ideia de que todo aquele que pratica crime quebra o contrato social, porém para aquele que possui possibilidade de recuperação e volta ao corpo social, deve permanecer dentro do Direito, mantendo sua condição de cidadão, devendo reparar o erro e não apenas sendo excluído, como ocorre com os não alinhados (JAKOBS, 2003, p. 26).

Sustenta-se que o direito penal do inimigo traz um adiantamento da punibilidade, penas altas e desproporcionais e relativização ou ausência de certas garantias processuais. (JAKOBS, 2003, p. 67)

Assim, ao contrário do cidadão, declara que

quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído. (JAKOBS; ELIÁ, 2005, p. 49)

Afirma Greco, ao explicar o direito penal do inimigo que segundo este “um indivíduo que não se deixa coagir a viver num estado de civilidade, não pode receber as benções do conceito de pessoa”. Esclarece que neste sentido os inimigos são entendidos como não pessoas,

que devem ser neutralizados como fontes de perigo, tal qual um animal selvagem. (GRECO, 2005, p. 86)

O que se mostra relevante é o fato de o direito penal do inimigo, em que pese ser energicamente combatido pela doutrina e jurisprudência em sentido geral, é admitido como algo presente e uma realidade, ainda que indesejável.

Silva Sanches afirma que não se deve aplicar a dicotomia direito penal do cidadão e direito penal do inimigo, existindo, isto sim, delinquente, que não perde sua condição de membro da sociedade. Destaca que a ele deve ser dirigida a reprovação moral da pena, em face do delito praticado. Referido autor entende que *“entre Estado e inimigos não há bem comum pelo qual lutar. Entre Estado e delinquente, sim. Por isso, para o Estado nenhum delinquente pode ser considerado inimigo”* (SILVA SÁNCHEZ, 2011a, p. 80).

Ele, porém, reconhece que em face da sociedade de risco e dos perigos que esta traz, ocorre uma clara reaparição do defensivismo, como resultado dos fenômenos de risco e da insegurança, acarretando uma expansão do direito penal nas sociedades contemporâneas. (SILVA SÁNCHEZ, 2011a, p. 73.)

O jurista entende existir, em face da expansão do direito penal na sociedade de risco, três velocidades do direito penal. A primeira, representada pelo direito penal clássico, da prisão, na qual são mantidos os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais. Uma segunda velocidade para os casos em que, por não serem aplicadas penas privativas de liberdade, apenas penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios poderiam experimentar certa flexibilização, proporcional à menor intensidade. E, finalmente, uma terceira velocidade onde o *“Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”*. (SILVA SÁNCHEZ, 2011b, p. 193).

Esclarece que a terceira velocidade deve ser reconduzida ou a primeira ou segunda velocidade. Porém:

(...) significa isso que não deve sobrar espaço algum para um Direito Penal de Terceira velocidade? Isso já é mais discutível, se levamos em conta a existência, para não dizer mais, de fenômenos como a delinquência patrimonial profissional, a delinquência sexual violenta e reiterada, ou fenômenos como a criminalidade organizada e o terrorismo, que ameaçam solapar os fundamentos últimos da sociedade constituída na forma de Estado. Sem negar que a ‘terceira velocidade’ do Direito Penal descreve um âmbito que se deveria aspirar a reduzir a mínima expressão, aqui se acolherá com reservas a opinião de que a existência de um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos estritas que as do Direito Penal da primeira velocidade, com certeza, é, em alguns âmbitos excepcionais, e por tempo limitado, inevitável (SILVA SÁNCHEZ, 2011b, p. 193).

Traçando um paralelo com a posição de Jakobs, o autor entende que a questão da terceira velocidade consiste no direito penal do inimigo de Jakobs, que se contrapõe ao dos cidadãos (que estariam inseridos na primeira e segunda velocidades). Destaca que para Jakobs o inimigo que por seu comportamento, ocupação profissional ou com ligação a organização criminosa, abandonou o Direito de maneira duradoura e não incidental. Tal pessoa não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal. Portanto, para ela, sempre segundo Jakobs destaca, o direito penal teria como características a ampla antecipação da proteção penal, alterando a perspectiva de um fato passado a um fato futuro; ausência de redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate e o solapamento das garantias processuais. (SILVA SÁNCHEZ, 2011b, p. 194).

Desta forma, apesar de restrições, observa-se que aceita em certa medida a aplicação das regras do direito penal do inimigo nos casos de terceira velocidade.

Na atual sociedade, com o surgimento de maior insegurança social, busca-se ampliar a atuação do direito penal em razão do seu maior poder dissuasivo, com a intenção de, por meio de uma falsa segurança, trazer maior tranquilidade a todo o tecido social, que se sente atemorizado pelo aumento dos riscos inerentes ao nosso tempo.

Possível, portanto, que um dos efeitos é afirmar-se que “o direito penal como um todo está infectado pelo direito penal do inimigo” (PRITTWITZ, 2004, p.47) em nome de uma tranquilização formal da sociedade.

Christie, analisando a situação atual, destaca que após o término da guerra fria, aliada a uma profunda recessão econômica, as nações importantes, não possuindo inimigos externos, voltaram-se aos inimigos internos, criando verdadeiros *Gulags* de tipo ocidental. Nestes não ocorrerá o extermínio físico, mas o afastamento da vida social, pela maior parte de suas vidas, daqueles que pertencem a segmentos de causadores de problemas, com o potencial de transformar a vida numa existência que não vale a pena ser vivida, facilitando, a pretexto de lutar contra tal violência, a instalação de governos totalitários. (CHRISTIE, 1998, p. 4).

Assim, em razão da difusão deste posicionamento, mostra-se necessário a averiguação da relação de poder que o sustenta, bem como os efeitos de tal postura em relação aos direitos humanos, valor que tomou proporção de direito fundante de todos os demais, a partir do término da segunda guerra.

4 ARQUÉTIPOS DE JUNG COMO FORMA DE ATUAR DO BIOPODER

Para alinhar-se a forma de atuar do biopoder por meio do direito penal do inimigo, não se pode esquecer que “direito e política podem ser pensados como dimensões que correspondem, em sua imbricação, aos elementos originários de nossa sociabilidade e a eles deve-se somar um terceiro elemento também dimensional, integrante e fundamental: a nossa psiquê”. (CARNIO, 2021, p. 20).

Tal estudo permitirá verificação acerca de elementos da psiquê que, no mínimo, facilite a aceitação de certas posturas, como o direito penal do inimigo.

Esclarece Jung que:

(...) assim como nosso corpo é um verdadeiro museu de órgãos, cada um com sua longa evolução história, devemos esperar encontrar também na mente uma organização análoga. Nossa mente não poderia jamais ser um produto sem história, em situação oposta ao corpo em que existe. Por “história” não estou querendo me referir àquela que a mente constrói através de referências conscientes ao passado, por meio da linguagem e de outras tradições culturais; refiro-me ao desenvolvimento biológico, pré-histórico e inconsciente da mente no homem primitivo, cuja psique estava muito próxima à dos animais. (JUNG, 1996, p. 67)

Em razão disto, existem elementos presentes na psiquê, frutos do desenvolvimento humano, presentes em todos os indivíduos. Destaca-se que

(..) a ideia de uma planta ou de um animal se inventarem a si próprios nos faz rir; no entanto, muita gente acredita que a psique, ou a mente, inventaram-se a elas mesmas e foram, portanto, seu próprio criador. Na verdade, a nossa mente desenvolveu-se até o seu atual estado de consciência da mesma forma que a glândula se torna um carvalho ou os sáurios mamíferos (JUNG, 1996, p. 81).

Neste sentido, “estas forças interiores procedem de uma fonte profunda que não é alimentada pela consciência nem está sob seu controle. Na mitologia antiga chamavam-se a essas forças mana, ou espíritos, demônios e deuses. Estão tão ativos hoje em dia como no passado” (JUNG, 1996, p. 82).

Tais forças foram denominadas por Jung como arquétipos. Eles são manifestações emocionais, a que pertencem estes esquemas de pensamento, são reconhecidas as mesmas em toda parte, sendo que “enquanto os complexos individuais não produzem mais do que singularidades pessoais, os arquétipos criam mitos, religiões e filosofias que influenciam e caracterizam nações e épocas inteiras. (JUNG, 1996, p. 79).

Isso leva à criação de figuras presentes em todo o tecido social humano.

Para JUNG :

O termo ‘arquétipo’ é muitas vezes mal compreendido, julgando-se que expressa certas imagens ou motivos mitológicos definidos. Mas estes nada mais são que representações conscientes: seria absurdo supor que representações tão variadas pudessem ser transmitidas hereditariamente. O arquétipo é uma tendência para formar estas mesmas representações de um motivo – representações que podem ter inúmeras variações de detalhes – sem perder a sua configuração original. Existem, por exemplo, muitas representações do motivo irmãos inimigos, mas o motivo em si conserva-se o mesmo. (JUNG, 1996, p. 67).

Assim, como a figura dos irmãos inimigos, presentes em várias culturas, inclusive na Bíblia, a ideia geral de um Cristo Redentor pertence ao tema universal e pré-cristão do herói e salvador que, apesar de ter sido devorado por um monstro, reaparece de modo milagroso, vencendo qual for o animal que o engoliu. A figura do herói é um arquétipo, que existe há tempos imemoriais. (JUNG, 1996, p.73)

Também se mostra presente, ao lado do arquétipo do herói, seu contraponto, ou seja, o vilão. Logo, todo herói precisa de um inimigo para que assim possa agir de forma distinta, de modo que sua conduta se contraponha ao do vilão, reforçando e enaltecendo a figura do herói.

5 BIOPODER COMO FATOR DE DIFUSÃO E LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Como visto, o biopoder, como forma elegante de dominação, que partindo da domesticação do corpo máquina, usa de elementos da realidade para por meio dela convencer todo o tecido social a agir conforme interesses da classe dominante – que não se confunde, necessariamente, com o poder soberano, visto que o poder está em todas as relações.

Embora o biopoder busque fazer viver e deixar morrer, assim o faz que a intenção da instrumentalização do corpo máquina em prol do coletivo, também transformado em corpo, onde cada indivíduo transforma-se em uma célula, devendo agregar para aos demais em prol do todo.

Nessa perspectiva ele não tem pudor de eliminar as chamadas células defeituosas que possam impedir ou dificultar o funcionamento do corpo social para atender os interesses a ele projetados.

Porém, de um modo mais sutil que a simples imposição do poder pela força, entende GIACOLA JÚNIOR, que:

É necessário, no entanto, proceder com todo o cuidado para não confundir relações de poder com estados de dominação. Para Foucault essas duas noções são substancialmente distintas, pois relações de poder pressupõem liberdade, opção de ação, espaço de manobra, enquanto que estados de dominação são cristalizações

enrijecidas no interior das quais desaparecem as estratégias de liberdade (GIACOLA JUNIOR, 2021, p. 30).

Desta forma o biopoder recolhendo características da realidade as utiliza para atender seus interesses econômicos. Aliás, desde o início das relações humanas por meio de atos de troca, de escambo, é a economia que dá os contornos da forma mais antiga das relações humanas, desde o início da civilização. (CARNIO, 2021, p. 21)

Assim o biopoder busca meio de exclusão do meio social de pessoas que não podem ser adestradas para o corpo social, por meios dissimulados, visto que o uso da dominação acarreta grande desgaste.

Neste sentido apropria-se de mitos, como o mito do inimigo, para excluir a condição de cidadãos de parte da população, sem com isso indicar o uso de dominação, mas dando a entender que apenas se atende um anseio popular.

Na atual sociedade de risco, onde a segurança é um mito, aliado à violência social decorrente da economia, que gera grande desigualdade social, possível por meio apelos aos sentimentos da população, o biopoder pode acarretar a aceitação de conceitos que individualmente seriam mais difíceis de serem aceitos, tais como” bandido bom é bandido morto”², onde se retira do autor de crime sua condição de ser humano.

Segundo consta, a expressão acima destacada:

é uma adaptação da sentença proferida por Philip Sheridan, general estadunidense do século XIX, na ocasião da rendição de uma tribo comanche, em 1869. Narra-se que o líder indígena se apresentou dizendo seu nome e acrescentando duas palavras "Tosawi, índio bom", ao que Sheridan respondeu: "Os únicos índios bons que vi estavam mortos". O Tenente Charles Nordstrom, presente no encontro, posteriormente transmitiu adiante a sentença, que o tempo transformou no aforismo "O único índio bom é um índio morto". Não se sabe em que momento o dito migrou para o Brasil, por quem foi traduzido, por que foi adaptado, por onde anda esse elo perdido de sua etimologia, sequer se o elo existe, porque não se pode negar a hipótese de sua geração espontânea, parecido em termos e violência, mas quiçá um chavão genuinamente nosso. (FRANÇA; QUEVEDO; ABREU, 2021).

Esclarecem os autores que “a expressão ganhou notoriedade quando José Guilherme Godinho Sivuca Ferreira, policial ex-integrante da *Scuderie Le Cocq*, a utilizou em campanha eleitoral para o cargo de deputado estadual do Rio de Janeiro, tendo sido eleito em 1990 e

² FRANÇA, Leandro Ayres (coord.); QUEVEDO, Jéssica Veleda; ABREU, Carlos A F de (orgs.). Dicionário Criminológico. 2.ed. Porto Alegre: Editora Canal de Ciências Criminais, 2021. Disponível em: <https://www.crimlab.com/dicionario-criminologico/bandido-bom-e-bandido-morto/67>. ISBN 978-65-87298-10-8. Acesso em 03/09/2021.

reeleito em 1994. E, desde então, disseminou-se no discurso cotidiano”. (FRANÇA; QUEVEDO; ABREU, 2021).

Este mito, do inimigo, encontra-se presente desde o início da civilização humana, que na fase de formação dos primeiros agrupamentos humanos, os bandos, a partir da responsabilidade decorrente das trocas entre os indivíduos que o compunham, tinha como decorrência do descumprimento da matriz obrigacional de débito e crédito a expulsão da comunidade, passando tal pessoa a ser considerada e odiada como um inimigo, pessoa externa ao bando, transformando-se em *homo sacer*. (CARNIO, 2021, p. 95).

Tal fato foi utilizado pelos nazistas, que a partir da energia dos arquétipos, reconhecíveis por meio de mitos, conseguiam levar as massas a ações coletivas desejadas. (JUNG, 1996, p. 79)

Uma vez que o sistema do direito e o campo judiciário são veículo permanente de relações de dominação de técnicas de sujeição polimorfos o direito penal do inimigo funciona como meio perfeito para o biopoder afastar os indesejáveis, porém sem indicar dominação, visto que tal erradicação ocorre dentro do âmbito do direito, por meio de processo judicial, onde, embora afastados certos direitos e garantias do delinquente, tem sua condenação legitimada pelo processo. (FOULCAUT, 1999, p. 32).

6 A IMUNIZAÇÃO COMO FORMA DE AGIR DO BIOPODER

Ao analisar a biopolítica e a ação do biopoder Roberto Esposito usa o conceito de imunização do corpo social, esclarecendo que a existência de posições contrárias aos interesses do corpo social deve existir para que se crie uma memória, para que o corpo social possa proteger o sistema ainda que sem uso de estímulos externos. Para tanto, o autor vale-se de Luhmann para fundamentar sua posição.

Niklas Luhmann, foi professor de sociologia da Universidade de Bielefeld da Alemanha. E sua teoria vislumbrava a pretensão de universalidade e entendia ser aplicável todo fenômeno social. Para o teórico, a teoria oferece uma variedade conceitual que permite dar conta dos fenômenos sociais de uma maneira nova, a qual permite o diálogo interdisciplinar incluindo outras áreas do saber, como a cibernética, a biologia, a matemática, além de outras. (ÁLVAREZ, 2003).

Roberto Esposito, assim se refere a Luhmann :

Luhmann se vuelve el de producir una cantidad de contradicciones suficiente para crear un aparato inmunitario eficaz: “las contradicciones son señales de alarma que

circulan dentro del sistema, susceptibles de ser activadas dondequiera en condiciones muy precisas”. Esto significa que integran el sistema que las produce con vistas a su autorreproducción. Aquí la teoría de la autorreflexividad del sistema – según la cual este es conformado por los mismos elementos que conforma – arriba a um ponto de llamativa coincidência com la nueva inmunología celular – o de los conflictos sustentables – es crear una memoria selectiva capaz de proteger el sistema aun sin el acicate de estímulos externos. (ESPOSITO, 2005, p. 73).

Desta forma, embora os conflitos façam parte do sistema, possível analisar-se que apenas aqueles conflitos sustentáveis, ou seja, que possam ser “tratados” pelo sistema.

Esclarece que a política passa a fazer parte do direito e do paradigma imunizante quando considera a vida como conteúdo direto de sua atividade, sendo que apenas no corpo a vida pode ser conservada pela imunização política.

Apenas no corpo a vida pode seguir sendo o que é, desenvolvendo-se e reproduzindo-se. Assim, sendo o corpo onde se desenvolve a vida, também é nele que ocorre a ameaça da morte. Enquanto o corpo existe, não existirá a morte. Quando ocorre a morte o corpo desaparece, visto que ele após a morte não dura. (ESPOSITO, 2005, p. 73).

Realiza-se uma metáfora entre o corpo natural e o corpo político, visando uma busca de imunização. A morte do corpo social não decorre de causas naturais, mas de erros humanos, que podem ser afastados por um ordenamento que antecipe os riscos implicados. (ESPOSITO, 2005, p. 162).

Para tanto, como já exposto, os conflitos criam anticorpos que permanecem no corpo social – por meio do ordenamento – preparados para novos conflitos antes que estes ocorram.

Destaca-se que para a existência do corpo social é necessário garantir-se a vida natural de cada indivíduo. Embora para o indivíduo a morte sempre esteja presente, deve-se buscar adiar o máximo sua chegada, garantindo-se a manutenção da paz entre os homens. (ESPOSITO, 2005, p. 164).

Parte-se de uma dupla incorporação cruzada, entre o corpo natural de cada pessoa e o corpo social, que nasce da incorporação de cada corpo individual no corpo comum. Para que tal fato seja possível surge o conceito de vontade geral, que desconstrói a lógica individualista do contrato social de Hobbes, visto que o mecanismo de imunização afasta a antiga hierarquia entre as partes do corpo, tirando do poder soberano o controle enquanto a cabeça, que passa a ser mais uma parte entre outras, reintegrando-se as demais partes do corpo, afastando antigos privilégios. (ESPOSITO, 2005, p. 166).

Para a imunização não se deve verificar se existe órgão privilegiado para combater a doença. A doença deve ser erradicada, não importando onde se encontra, de forma que não reapareça em outras partes do corpo. Quanto mais forte for a enfermidade, maior será a

erradicação para a cura, regenerando-se o corpo em sentido político, após afastar-se a degeneração, que constitui seu antônimo negativo. (ESPOSITO, 2005, p. 166).

Com esta posição, não importando onde encontra-se a doença, a degeneração – por parte do corpo individual como parte do corpo social – esta deve ser drasticamente erradicada, para que não volte a crescer em outra parte do corpo social e com isso garantindo a vida da sociedade, função do biopoder.

CONCLUSÃO

O biopoder é a forma elegante de condução do corpo social para que, juntamente com a disciplina, conduza o corpo social para que ele produza e que cada um colabore com o resultado total, que é a manutenção do controle de troca exercida pela classe dominante, de forma dissimulada e descentralizada, sem o desgaste da dominação exercida pelo poder soberano.

Neste particular, podemos traçar um paralelo entre a sociedade moderna e a obra cinematográfica *Matrix*, onde cada homem funciona como uma pilha, fornecendo energia elétrica para aqueles que o dominam

. Porém, para que não ocorra revoltas, com necessidade do exercício direto da força, que traz prejuízos – mesmo aos vencedores – e principalmente na sociedade moderna, onde se explora a potência de cada indivíduo, necessário não a dominação, mas o exercício de um poder, lastreado na realidade, onde aqueles escravos, por terem certa margem de discricionariedade, não se apercebem que na verdade são conduzidos para um fim desejado por aqueles que exercem o poder.

Utiliza-se para tanto, na sociedade atual, arquétipos como forma de moldar a conduta de cada indivíduo, não só para exploração máxima de suas capacidades, mas para justificar a exclusão daqueles que não se adequam ao contrato social, não mais feito de forma individual, mas a partir do conceito de vontade geral, que é manipulado a favor do interesse da classe dominante.

No paralelo cinematográfico, a realidade de uma sociedade virtual funciona, em certa medida, como arquétipos, ou seja, condutas ínsitas ao ser humano e que não necessitam ser impostas, mas que podem ser exploradas para que o indivíduo aja como dele se espera para o fim que se almeja.

Neste cenário, necessário excluírem-se aqueles que se rebelam, que não tem condições de serem educados e docilizados para atender o papel que deles se espera.

O direito penal do inimigo surge como solução para este problema, onde a maioria é levada a aceitar a instrumentalização do homem, que perde sua condição de cidadão, tornando-se verdadeiro *homo sacer*.

Parte-se do conceito de imunização para erradicar qualquer degeneração, não importando onde esteja no corpo social. Ou seja, aqueles que não sejam passíveis de regeneração –que só ocorreria com o corpo social após sua erradicação – devem ser descartados e, portanto, tratados de forma diversa, por óbvio, daqueles passíveis de não contaminarem todo o corpo social.

Aliás, embora seja possível adotar-se que os conflitos são partes inerentes do sistema, devem ser entendidos como conflitos sustentáveis. Tratando-se de câncer não tratável, não sustentável, deve ser erradicado. Neste sentido é o direito penal do inimigo para quem, aqueles que sendo refratários, devem ser erradicados sem maiores discussões.

Ou seja, a violência e riscos dos dias atuais, faz surgir um medo atávico que clama por segurança, que não pode ser alcançada apenas pelo direito penal, exigindo mudanças estruturais, que muitas vezes não são desejadas pela classe dominante em face de seus custos, e que vai buscar respostas no direito penal.

Neste ponto, para justificar certas condutas e dar uma resposta paliativa aos medos, o biopoder utiliza-se dos arquétipos para dar justificação. Utiliza-se o arquétipo do inimigo e do herói, onde o inimigo, como uma verdadeira doença, deve ser erradicado. Portanto, legitima-se a instrumentalização do delinquente.

Voltando-se à metáfora com o filme *Matrix*, onde o grupo que sai do corpo social e busca que outros indivíduos também o façam, pondo em risco a sobrevivência das máquinas, deve ser erradicado. Porém, também no mesmo filme, considera-se que os conflitos fazem parte do sistema, desde que por ele sustentáveis.

A partir do momento em que tais conflitos afetam o corpo social como um todo, passando a não mais serem sustentáveis por ele, voltam a ser erradicados, permitindo novos conflitos, sempre possibilitando a criação de novos anticorpos de modo que o sistema esteja cada vez mais preparado.

Possível, portanto, o uso de uma obra cinematográfica como explicação para a atuação do biopoder, bem como o uso do direito penal do inimigo e a imunização de parte de indivíduos degenerados, como exposto no presente.

Não há concordância neste artigo com a instrumentalização do homem e com a banalização da violência. Obviamente àqueles que erram devem ser punidos, porém na medida de suas infrações, com as garantias devidas a todos.

Porém não se pode afastar a grande aceitação que o direito penal do inimigo vem obtendo da população, que desta forma tem satisfeitas a vontade de justiça e segurança, não se apercebendo que tal conduta na verdade não ataca o cerne da questão, que reside nos problemas sociais e culturais, cuja solução seria muito mais custosa para os que exercem a dominação social.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Emilio Gerardo Arriaga . **La Teoría de Niklas Luhmann**. Convergencia. Revista de Ciencias Sociales, vol. 10, núm. 32, mayo-agosto, 2003.Universidad Autónoma del Estado de México. Toluca, México. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/105/10503211.pdf>. Acesso em 02/08/2022.

BRANCO, Guilherme Castelo. **Racismo, individualismo, poder**. Revista de Filosofia Aurora. v. 21. nº 28. 2009.

CARNIO, Henrique Garbellini. **Fronteiras do direito: analítica da existência e crítica das formas jurídicas**. Belo Horizonte: Casa do direito, 2021.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: o caminho dos Gulags em estilo ocidental**. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

ESPOSITO, Roberto. **Immunitas: protección y negación de la vida**. 1ª ed. Buenos Aires: Amorrortu. 2005.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008..

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 38ª ed. Petrópolis: Vozes. 2010.

FRANÇA, Leandro Ayres (coord.); QUEVEDO, Jéssica Veleza; ABREU, Carlos A F de (orgs.). **Dicionário Criminológico**. 2.ed. Porto Alegre: Editora Canal de Ciências Criminais, 2021. Disponível em: <https://www.crimlab.com/dicionario-criminologico/bandido-bom-e-bandido-morto/67>. ISBN 978-65-87298-10-8. Acesso em 03/09/2021.

FURTADO, Rafael Nogueira e CAMILO, Juliana Aparecida de Oliveira. **O conceito de biopoder o pensamento de Michel Foucault**. Revista Subjetividades. 2016, vol 16, n.3 pp 34-44.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Genealogia, poder e direito em Foucault e Nietzsche**. Revista Ideação. v.1. n. 44. jul/dez. 2021. Disponível em: <URC> Periodicos.uefs.br/index.php/revistaideacao/article/view/7626/6345. Acessado em 20.06.2022

GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo. v. 13. n. 56. set./out. 2005.

JAKOBS, Günter. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. São Paulo: Manole. Coleção Estudos de Direito Penal – 2003 – v. I.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas** – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

JUNG, Carl Gustav. **O Homem e Seus Símbolos**. 14. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996

PRITTWITZ, Cornelius. ***O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal***. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo. v. 12. n. 47. mar./abr. 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011a.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011b.

La Teoría de Niklas Luhmann Emilio Gerardo Arriaga Álvarez