

**A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO INIMIGO NA REALIDADE PERIFÉRICA
BRASILEIRA: A UTILIZAÇÃO INSTITUCIONAL NÃO DECLARADA DA LÓGICA DO
PERFIL DE RISCO COMO ELEMENTO JUSTIFICADOR DA ATUAÇÃO
VIOLADORA DO ESTADO – UMA ANÁLISE A PARTIR DO USO DE MANDADOS
COLETIVOS NO MORRO JESUS DE NAZARETH**

GABRIELE DE MELO ANDRADE¹
RÔMULO CAETANO NUNES²
LUCAS KAISER COSTA³

RESUMO

A presente pesquisa tem o objetivo de tratar sobre o complexo sistema de seletividade penal implantado pela máquina estatal, que funciona de maneira oculta, sob a falsa ideia de boa política de organização social, e seu falacioso pretexto de combate à criminalidade. Pretende-se, pois, a partir da análise crítica das teorias criminológicas acerca da lógica do perfil de Risco (ou Política Criminal Atuarial) e a teoria do Direito Penal do Inimigo, examinar a ocorrência da famigerada operação policial deflagrada no Morro Jesus de Nazareh, no Município de Vitória, no Espírito Santo, notadamente no tocante a sua constitucionalidade e a sua legalidade, sobretudo no que atine à utilização do chamado “mandado judicial coletivo”, utilizado na ocasião.

Palavras-chaves: perfil de risco – criminalidade – direito penal do inimigo – mandado coletivo.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Perfil de risco e a sua aplicação prática na sociedade. 3. A construção social do inimigo na realidade periférica brasileira. 4. A análise da racionalidade por trás do uso dos “mandados coletivos”. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O objeto da presente pesquisa tem como ponto de partida a análise crítica do chamado “Direito Penal do Inimigo”, teoria desenvolvida na Alemanha pelo jurista alemão Günther Jakobs, com foco e centralidade ideológica voltada a um tipo específico de criminalidade que rondava à época – e ainda ronda – a Europa e os EUA. Trata-se, pois, do que se convencionou chamar de “*terrorismo*”.

Sobredita teoria se constrói a partir do seu contraponto, vale dizer, o que o jurista chamou de “Direito Penal do Cidadão”, aquele em que o Estado faz valer direitos e garantias, assegurando ao cidadão obediente as leis, proteção e zelo, garantindo-se, assim, o funcionalismo da justiça. Baseado nisso, a proposta de Jakobs é tornar o cidadão que infringe as normas e regras, quer dizer, aqueles que quebram o contrato social e a relação harmônica com o Estado de Direito, rompendo com o Direito Penal do Cidadão, um inimigo do Estado, aplicando-se a esse indivíduo (ou a grupos desses mesmos indivíduos) uma punição mais severa. Trata-se, pois, do famigerado “Direito

¹ Graduanda em Direito na Faculdade Multivix – Cariacica, membro-pesquisador do Grupo sobre estudos criminológicos, na mesma instituição. E-mail: gmandrade95@gmail.com.

² Graduando em Direito na Faculdade Multivix – Cariacica, membro-pesquisador do Grupo sobre estudos criminológicos, na mesma instituição. E-mail: romulocnunes55@gmail.com.

³ Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade em Direito de Vitória. Mestre em Direito. Professor-líder do Grupo sobre estudos criminológicos na Faculdade Multivix – Cariacica. Docente na mesma instituição. Advogado. E-mail: lucas-kaiser@hotmail.com.

Penal do Inimigo”.

O tema abordado por Jakobs suscitou no Brasil relevantes discussões jusfilosóficas, notadamente a respeito da possibilidade de aplicação da lógica do Direito Penal do Inimigo no direito penal brasileiro. E isso porque, a partir de uma análise fática, num primeiro momento, seria impossível falar de Direito Penal do Inimigo no Brasil, pois que aqui não existe um Direito Penal do Cidadão concreto. Ao contrário, o que temos impregnando no território brasileiro é uma desigualdade social desenfreada, uma série de violações aos direitos e garantias do cidadão, preconceito racial e social, dentre outros incontáveis problemas descaracterizadores desse “Direito Penal do Cidadão”.

Aliás, no que atine ao “Direito Penal do Cidadão” no Brasil, tem-se que, não obstante materializado no Código Penal e no Código de Processo Penal, além das leis penais esparsas vigentes em todo o ordenamento jurídico, bem como os Direitos Fundamentais Garantidos na Constituição Federal de 1988, não se verifica a aplicação efetiva dos seus postulados.

Vale dizer, existe, pois, na teoria, dentro de um Estado de Direito, fundado que é em princípios, em valores e em regras, caracterizado quando o Estado garante a seus integrantes, direitos e deveres, sufrágios, cargos públicos, acesso à justiça, entre outros, visando à efetiva materialização do valor “justiça”. Trata-se do que o jurista brasileiro Goffredo Telles Júnior classificou como as principais notas do Estado de Direito, quais sejam: “por ser obediente ao Direito; por ser guardião dos direitos; e por ser aberto às conquistas da cultura jurídica”.

Dessa forma, de acordo com Fabres, (2006) só existirá um Direito Penal do Inimigo quando houver de fato um Direito Penal do Cidadão. Com a ausência desse direito social, o Estado Soberano, apesar de não haver previsibilidade legal para isto, age de maneira a se tornar um Estado de Exceção, totalmente contrário ao Estado de Direito, ao qual foge de seus próprios princípios e de suas regras, se eximindo da responsabilidade de seguir as próprias Leis.

Pois bem, nesse sentido, como elemento motivador da presente pesquisa, indaga-se: Em que medida a utilização institucional não declarada da lógica do perfil de risco, como elemento justificador da atuação do Estado, promove a construção social do morador da periferia como inimigo do Estado?

Como objeto de análise, tem-se como pretensão examinar a utilização dos chamados “mandados coletivos”, recentemente autorizados judicialmente, no Município de Vitória, no Estado do Espírito Santo, possibilitando a atuação do braço armado do Estado no bairro Jesus de Nazareth, que, por sua vez, será o *locus* privilegiado de observação, para a aplicação das reflexões teóricas a seguir realizadas.

2 PERFIL DE RISCO E A SUA APLICAÇÃO PRÁTICA NA SOCIEDADE⁴

O combate incessante do Direito Penal é contra a “*criminalidade*”⁵, enquanto fenômeno eleito como motivador da ação ininterrupta do Estado, enquanto cruzada contra uma suposta maior das guerras existentes.

⁴ Reflexões realizadas a partir da obra do teórico Maurício S Dieter, ao final devidamente mencionada.

⁵ É bem verdade, porém, que não se trata de qualquer criminalidade que interessa a ser combatida, senão aquela criminalidade “selecionada”; daí a noção de “seletividade penal”, que ficará mais clara adiante, quando se tratar do tema da “Política Criminal Atuarial”.

Não há como dizer com precisão, onde, como, porque ou por quem a criminalidade foi criada⁶, uma vez que a delinquência delineadora do cenário criminalístico é subjetiva, intrínseca e ultrapassa as barreiras geográficas sendo de alcance global, abrangendo as áreas psicológicas, políticas, filosóficas, éticas, sociais, culturais, etc.

De outro lado, algumas teorias tentam auxiliar na compreensão acerca do fenômeno da “criminalidade”, bem como, buscam igualmente ajudar a entender o perfil do criminoso, quer dizer, quem é ou, ao menos, quem foi selecionado como potencial infrator da lei. E é exatamente nesse sentido que, nos limites da presente pesquisa, interessa abordar a ativa construção teórico-prática acerca do chamado “perfil de risco”, desenvolvida a partir do velado implemento da “Política Criminal Atuarial”.

Também chamada de Lógica Atuarial, em rápida síntese, teve sua origem nos Estados Unidos da América, adotando, para dentro do sistema penal – pelos estudiosos Adolphe Jacques Quetlet, Henry Buckle e Francis Galton –, a lógica atuarial que nasceu de avançados cálculos estatísticos baseados na “Teoria da Probabilidade”, desenvolvida a partir da metade do século XVII, tendo como precursores os franceses Blaise Pascal e Pierre de Fermat.

A adaptação da teoria advinda das ciências matemáticas às ciências criminais se deu através do sistema “*parole boards*”, desenvolvido entre o fim do século XIX e começo do século XX, nos EUA, implantado por reivindicação dos cientistas especialistas em criminologias, na época, que requereram a autonomia e a desjurisdicionalidade da legitimidade jurídico-científica, ou seja, a reclamação objetivava retirar dos Juízes o poder de libertar um condenado e transmitir esse poder aos cientistas criminológicos, que passariam a decidir sobre a libertação dos encarcerados.

Esse novo sistema, foi gradativamente ganhando força e sendo aplicado por todos os estados americanos. Em síntese, o sistema funcionava da seguinte maneira, ao Poder Judiciário e aos Juízes cabia aplicar penas com períodos extensos, e às vezes indeterminados, condenando os infratores da ordem social, e aos cientistas eram reservados o poder de soltar esse infrator após o “*paroles boards*”, (comissão administrativa) que era composta pelos próprios criminólogos e burocratas, que tinham por competência⁷ analisarem o comportamento interno do réu para dizer se este condenado estava apto ou não para ser incorporado ao seio social novamente.

A “liberdade condicionada”, fruto do sistema “*parole*”, concedida pelos membros da comissão, foi internacionalmente aceita e, em 1917 o Estado de *Illinois*, por meio de Lei, mais do que aceitar, tornou obrigatório aos juízes a sua aplicação, assim se aplicava penas com reclusões indeterminadas cumuladas com a “*parole*”, tanto para jovens quanto para adultos, sob a alegação de que esse era um passo fundamental para a ressocialização do infrator, consagrando naquela época o referido sistema.

Com o passar dos anos, estudos começaram a mostrar o outro lado da “*parole boards*”, que se mostrou não ser tão fundamental e benéfica aos réus, pois ao aplicar seus procedimentos através de suas comissões, retirava do réu e de sua família o acesso à jurisdição e com isso, por tabela, retira diversos dos seus direitos. Ademais, criticou-se, também, a sujeição do condenado a penas indeterminadas, pois feria o direito à ampla

⁶ Trata-se, pois, da noção de que embora o início seja histórico, o princípio é sempre mitológico. Atribui-se, portanto, exatamente ao mito a ideia do crime inaugural. Assim, numa análise retrospectiva – segundo a noção mimética *girardiana* de que há sempre crime antes de crime, de modo que o crime seguinte é sempre resposta a um crime anterior –, tem-se o “crime de Cronos” como sendo o crime primeiro dos crimes, dos quais todos os outros se originaram.

⁷ Ou falta dela, bom que se diga.

defesa.

Neste sistema, até mesmo os leigos podem perceber que o devido processo legal fora totalmente violado, pois retirou dos Juízes o poder de decidir a revogabilidade da pena e transmitiu essa competência a cientistas e burocratas. E a prova principal dessa violação do devido processo legal é exclusão total da imparcialidade, ponto nodal de regência de todo o significado do Direito e toda a sua ciência.

E a violação da imparcialidade se dá com a própria forma que a comissão da *Parole Boards* é criada, vale dizer, membros escolhidos pelo chefe do Poder Executivo Estadual, o Governador, cabendo a ele, em última análise, a decisão sobre o destino da população carcerária.

O *Parole Boards* – também conhecida como “racionalidade científica” –, foi se tornando ineficaz e inviável, diante de um crescimento imensurável da criminalidade e da população carcerária, cumulado com a falta de recursos para o recrutamento de novos funcionários para manter o sistema e a incapacidade técnica dos que já atuavam.

Após o sistema de *Parole Boards* comprovadamente não conseguir se manter eficaz, no final da década de 30 o sociólogo Ernest W. Burgess, propôs nova aplicação do Cálculo Atuarial no sistema de Justiça Criminal, batizando o sistema com o nome de *Prognasio* que passou a trabalhar conjuntamente com a *Parole*.

Segundo o autor, a aplicação do Cálculo Atuarial era possível através de comprovação científica de que o comportamento humano pode ser previsível, prognosticar através de uma avaliação detalhada sob a aplicação de específicos procedimentos impostos ao réu, suas chances cometer novos crimes ou os mesmos crimes, quando sair do cárcere, ou seja, com esse cálculo seria previsível saber se o condenado seria reincidente.

Assim, buscou-se comprovar cientificamente que o comportamento humano pode ser previsível, através de cálculos avançados. A matemática, então, foi peça fundamental, na medida em que, sem ela, seria impossível se falar em Lógica Atuarial, e conseqüentemente, seria impossível se falar em Perfil de Risco.

O Perfil de Risco então, é uma estratégia política-criminal, que, de acordo com o estudo elucidado pelo Peter Greenwood, utilizando a lógica atuarial, permitiu ao Estado fazer um afinilamento de competência punitiva em desfavor da população carcerária considerada de alto risco. Identificava-se os membros através de sete fatores binários relacionados à criminalidade. Nas palavras do próprio autor Greenwood, sendo identificadas como:

“(...) (a) reincidência específica, (b) permanência na prisão por mais de 50% (cinquenta por cento) do tempo nos últimos 2 (dois) anos, (c) existência de condenação antes dos 16 (dezesesseis) anos, (d) passagem por instituição destinada a menores infratores, (e) uso de recente de drogas ou (f) na adolescência e (g) desemprego por mais de 50% (cinquenta por cento) do tempo nos últimos 2 (dois) anos.

O pesquisador acreditava que os altos índices de crimes cometidos e registrados para fins de estáticas eram praticados diversas vezes por um transgressor, que reincidentemente e, até mesmo preso, cometia os crimes ou contribuía para a criminalidade. Com o implemento das políticas atuarias, e o perfil de risco, analisando os sete fatores binários aos encarcerados, seria possível analisar os níveis de risco do indivíduo, através de uma pontuação, qual seja: baixo risco de (zero a um ponto), médio (dois ou três pontos). O objetivo principal do trabalho era de neutralizar os criminosos

de alto risco com seu sistema de Perfil de Risco acreditando ser a única medida razoável no controle da criminalidade.

No Brasil, a lógica atuarial não é aplicada no sistema criminal enquanto política governamental, embora esteja de maneira enraizada nas práticas de segurança pública e, também, jurisdicionais. Houve, em verdade, a criação de um próprio “Perfil de Risco” que poda diversos direitos e garantias fundamentais. O “perfil de risco à brasileira” é facilmente identificado em nossas periferias e comunidades carentes, e não é possível precisar há quanto tempo está sendo aplicado, e nem por quem foi criado, mas com um pouco de atenção é possível percebê-lo quase que tangivelmente na sociedade.

A realidade fática (re)produzida pelos jornais e outros meios de comunicação é a de que a cada ano a violência cresce desordenadamente e acua os cidadãos que acabam se tornando prisioneiros sem penas ou condenados à crueldade da criminalidade, bem como uma impotência da atuação estatal. Vende-se insegurança, janta-se medo.

No que atine ao Espírito Santo, o Governo capixaba propriamente dito, não investe na área de segurança pública, prova disso foi a paralisação da Polícia Militar em fevereiro de 2017, ocasião na qual, a força ostensiva de combate à criminalidade ficou 21 (vinte e um) dias sem prestar o serviço de patrulhamento das ruas, lapso temporal em que o território do Espírito Santo foi assolado por uma violência sem precedentes. Violência estatal, violência urbana e violência midiática, simbioticamente interligadas.

Além da inegável incompetência estatal, no sentido de que as autoridades do Executivo Estatal sequer conseguiram negociar com seus próprios funcionários, que representados por suas famílias, buscavam melhorias no salário e condições de trabalho mais humanas. É a falência da credibilidade pública. Se o Estado não consegue organizar a própria casa, como vai conseguir organizar a sociedade?

E é nesse ponto que se chega ao “Perfil de Risco brasileiro” que ao contrário do perfil de risco americano que utiliza cálculos matemáticos avançados que permitem estabelecerem fatores específicos de análise científica impostos aos detentos e aos já encarcerados, calculando suas chances de serem reincidentes na marginalidade, o Brasil, conforme mencionado, criou seu próprio perfil de risco para criminalizar pessoas ou grupos de pessoas específicas e determinadas e isso tudo com a chancela do Poder Executivo.

De maneira velada o Estado enquadra como perfil de Risco a população pobre, negra, analfabeta, moradora de periferia, desempregada, moradora de rua, com escolaridade incompleta, e sujeitas a tantos outros descasos do fracasso estatal em garantir o mínimo de dignidade para seu povo e são altamente discriminadas pelo próprio Estado e pela alta sociedade⁸. Em contrapartida, fogem do perfil de risco brasileiro; brancos, ricos, os moradores de bairros nobres, os que estudam nas escolas particulares, os possuintes de plano de saúde particular, os proprietários; o “cidadão de bem⁹”.

Dessa maneira o perfil de Risco brasileiro tem por objetivo rotular o cidadão pobre e negro, que às vezes, por possuir tais características, já nasce sendo um perigo para o Estado e para a sociedade, sendo vítima de uma injusta condenação moral, ética e social.

⁸ É a materialização da seletividade penal, fruto do racismo enraizado na cultura e no “DNA” brasileiro. “Aos amigos, tudo, aos ‘inimigos’, à lei”. E os inimigos, obviamente, são sempre os outros.

⁹ Oportuno lembrar que a expressão “Cidadão de Bem”, era o nome do Jornal editado pela Ku Klux Klan.

3 A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO INIMIGO NA REALIDADE PERIFÉRICA BRASILEIRA

Em um primeiro momento, remeteremos a edificação do Estado àquela do Contrato Social. A sociedade onde o homem tem seu comportamento regido por regras e deveres com a finalidade de ordem social, obedecendo a um poder soberano. O Estado, portanto, desenha o indivíduo ideal para seguir suas normas e, assim, aderir ao seu contrato¹⁰.

No momento em que este indivíduo comete um delito, ele por consequência infringe o contrato social e assim deixa de ser visto como os demais dentro daquela esfera comum – daí a fuga do padrão de “normalidade¹¹”. Em seguida lhe são tirados todos os seus direitos de cidadão até que se depare em situação de verdadeira guerra contra o Estado (JAKOBS, p. 25).

Esse indivíduo, então, passa a ser visto como o “inimigo”, portanto restará ao bel-prazer do poder punitivo que prosseguirá com sua penalidade podendo esta acontecer sob as mesmas estratégias que o delinquente se valeu na configuração de seu delito, mas que se dará em forma de sanção para o fato criminoso. É a vingança *girardiana* enquanto política criminal.

A ideia que se cria de “inimigo da sociedade¹²”, diz que o ser humano perde a sua essência humana para passar a ser um ente sem autonomia ética, moral e ideológica, como expõe Raúl Zaffaroni. E nesse prisma, um Estado funcional é efetivamente um estado absoluto, soberano.

Sob essa teoria, o alemão Günther Jakobs trabalhou a visão criminalizadora do indivíduo. Suas teses buscam formular um novo paradigma capaz de satisfazer as ideias de criminalização, uma forma própria de tratar o apenado como verdadeiro oponente do direito penal. Daí o reforço ao papel de “inimigo”.

Sua ideia central é atacar o espectro de inimigo, seu âmago, e, por isso, cria-se um grupo de sujeitos intitulados por suas ações mais severas para a identificação no meio da sociedade, assim este grupo será merecedor de punições diferenciadas e, por consequência, mais rigorosas.

Neste raciocínio, entende-se que, a priori, em uma sociedade todos são considerados “cidadãos”. A transição da condição de “cidadão” para “inimigo” se dará mediante a habitualidade delitiva, a reincidência. Neste sentido, esclarece Thiago Fabres de Carvalho (p. 212)

a consequência desta constatação é a tentativa de engendrar um “modelo ideal” de exceção que, contrastando com o tipo ideal de garantias, o que denomina de “Direito Penal do Cidadão”, estabeleça

¹⁰ Esse contrato materializa a criação de um dispositivo normalizante. Vale dizer, cria-se, assim, o “normal” e, em sentido contrário, também o “anormal”, como todo aquele que desvia o padrão hegemonicamente posto.

¹¹ Oportuno dizer, que, na prática, as razões que levaram à delinquência são ignoradas. Quer dizer, ignora-se a raiz do problema, atentando-se somente para seu resultado. Procura-se tratar o efeito como sendo a causa do problema.

¹² Uma vez que, a partir do contrato social, houve o confisco do conflito por parte do Estado, de modo que todo o crime então praticado, muito mais do que uma mera infração, representava um atentado contra a própria soberania do Estado. Ou seja, todo o crime passou a ser um crime *lesa-majestade*, daí todo criminoso ser um “inimigo da sociedade”.

uma nova pauta normativa para o tratamento punitivo do “indivíduo perigoso”, do “inimigo”.

Jakobs, por sua vez, estabelece que “denomina-se ‘direito’ o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com o inimigo não se determina pelo direito, mas pela coação.

A distinção que Jakobs faz entre os dois conceitos, isto é, entre o “direito penal do cidadão” e o “direito penal do inimigo”, deseja mostrar que os dois tipos ideais estão inseridos na sociedade, mas não se manifestam de modo puro. O que liga ambos os modelos é a forma em que a pena é aplicada, a visão de poder se aplicar a pena como contradição ou como asseguração.

Neste sentido, o asseguração se configura na tentativa de ordem social, de evidenciar que o cidadão possui bases a serem seguidas e respeitadas. Por outro lado, no momento em que este ente ataca a vigência da norma penal, a ele é aplicada a pena como contradição, para que não se afaste o prisma da ordem social e da confiança nas instituições, mas que também venha a ser devidamente punido. O ideal é que ambos os modelos funcionem efetivamente no determinado regime de direitos.

No cenário brasileiro a dispersão deste compilado de ideias se manifesta claramente conforme as classes sociais a que se pertence, conforme a existência de inimigos nomeados como traficantes, presentes, por exemplo, nas categorias de crime organizado.

Acontece, porém, que a separação defendida por Jakobs de um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo não se aplica ao sistema penal brasileiro, embora facilmente visível essa disseminação. O que se vê é aplicação tão-somente de um modelo autoritário e inequívoco de exceção deixando de lado toda uma construção gradativa de garantias.

A construção gradual de respeito à liberdade e às conquistas que surgiram ao longo do tempo, responsáveis por criar a possibilidade de uma vida digna após tantos traumas e lutas que caminharam anos a fio, são elementos fundamentais a um Estado de Direito. Entretanto o que se vê, na verdade, é o abandono da busca pelos direitos fundamentais que gera verdadeiro desrespeito e não elimina, tampouco diminui o combate aos espectros de crime.

É nesse sentido que Thiago Fabres de Carvalho afirma que, “a vida humana aparece nua, submetida aos desígnios do poder soberano, com seu proeminente poder de decidir em que momento a vida deixa de ser politicamente relevante” (p. 220).

Neste diapasão, imperioso mencionar a construção teórica proposta por Fabres, denominada de “O Direito Penal do inimigo e o Direito Penal do *homo sacer* da baixada: exclusão e vitimização no campo penal brasileiro”, que expõe a degradação dos direitos fundamentais e o espectro do homem sagrado¹³, uma relação que o autor faz com o homem contemporâneo.

Partindo para análise legítima da construção social do inimigo na realidade periférica brasileira, é importante destacar ainda o conflito existente entre a teoria usada por Günther Jakobs para explicar o Direito Penal do inimigo e o Estado Democrático de Direito. Conforme já exposto, incumbe ao Estado a função de aplicar a lei e assim

¹³ A sacralidade do sujeito está na exata medida em que ele é posto ao sacrifício. É, portanto, o homem matável.

regular o convívio da sociedade. Compete também ao Estado a função aplicadora da pena e o direito de punir. Entretanto, não se pode olvidar que este direito sofre limitações no âmbito das garantias e dos direitos fundamentais da pessoa humana e a partir do momento em que o indivíduo começa a ser tratado como objeto de direito e não como possuidor de direito, o Estado perde a sua essência democrática.

Thiago Fabres de Carvalho (2006), acerca do cenário de exclusão e vitimização do direito brasileiro, disserta que

os processos de exclusão e vitimização dos segmentos sociais subalternos representam a missão não declarada do sistema penal brasileiro, mediante a punição implacável ou a escancarada e desinibida eliminação da população negra e/ou pobre dos grandes centros urbanos, escandalosamente assumidas como forma e estratégia de manutenção da “ordem social”.

O sistema penal brasileiro é marcado desde o início pela produção dos fenômenos políticos da invisibilidade pública e da humilhação social, o que reflete na construção sistemática de inimigos públicos e terror coletivo (FABRES, 2006, p. 236) Pode-se afirmar que essa visão criminalizadora da pobreza é uma herança deixada pelos povos antigos, das práticas penais onde pessoas eram punidas em razão de suas crenças, práticas religiosas, origens, raças e cores e perseguiam-se indivíduos, grupos e classes sociais.

Lembremos dos mecanismos usados para o domínio dos povos, como a população negra que era submetida à escravidão, aos apenados que sofriam com os suplícios e tantas outras práticas desumanas. O Direito vem então para deslocar a ação repressiva das mãos dos domínios das classes poderosas, para as mãos de um ente abstrato, neutro que estaria encarregado de julgar os novos delitos (FABRES, 2006, p. 224).

O que acontece no cenário brasileiro é uma espantosa exclusão de classes socioeconômicas, visto que a criação cultural e capitalista do mercado de trabalho, bem como a difícil inclusão das classes pormenorizadas na educação, na cultura, no esporte gera uma condenação e uma marginalização dos mesmos. Neste sentido, esses indivíduos, vivendo numa espécie de luta perpétua, ficam à mercê da violência física e moral e perdem a oportunidade de gozar uma vida digna.

4 ANÁLISE DA RACIONALIDADE POR TRÁS DO USO DOS “MANDADOS COLETIVOS”

No mês de agosto do corrente ano (2017), uma megaoperação aconteceu na cidade de Vitória, mais precisamente no Morro de Jesus de Nazareh, realizada pelas polícias Militar, Civil, Federal e Rodoviária Federal. A operação teve início às 5h da manhã interditando parte de uma das principais avenidas da capital, a “Avenida Beira-Mar”.

Na ocasião, as aulas das escolas foram suspensas, os moradores restaram impedidos de sair ou entrar no Morro. Não apenas a área “terrestre” do morro foi interditada, mas, inclusive, havia patrulhamento de uma lancha da Polícia Militar no mar ao redor da comunidade, bem como helicópteros sobrevoavam a baía de Vitória para evitar qualquer tentativa de fuga. A operação que visou combater o tráfico de drogas e prender organizações criminosas dividiu opiniões entre os estudiosos do Direito e a sociedade. Uns acreditaram ter sido válida e eficiente, outros, a partir de um olhar mais crítico – do qual se compartilha – defenderam a ideia de se tratar, acima de tudo – e para dizer o mínimo – de abuso de poder.

Cumprir destacar que, de acordo com a Polícia Militar, os policiais se valeram de um “mandado judicial coletivo” para adentrar casas e buscar provas e evidências de práticas delituosas. Sobre isso, o art. 5º da CR/88 dispõe, em suma que, a residência deve ser intimamente respeitada, sendo vedada sua violação, salvo em caso de flagrante delito, ou em casos de prestação de socorro, ou por meio de ordem judicial. Ora, daí, portanto, a enorme discussão que circunda a temática, ante a incompatibilidade entre a norma constitucional e a atuação do ente estatal.

Nesse sentido, explicitando o conceito de busca, segundo Nucci (2015, p. 459), trata-se do movimento desencadeado pelos agentes de Estado para a investigação, para a descoberta e para a pesquisa de algo interessante para o processo penal, realizando-se em pessoas ou lugares.

Não se pode olvidar a natureza da busca, que visa a obtenção de provas seja para formação do corpo de delito ou para apreender coisas. Tanto a busca quanto a apreensão podem ser vistos como meios assecuratórios ou como meios de prova.

O fundamento e proteção da busca em domicílio é matéria de dispositivo constitucional, preceituada no art. 5º, XI, da Constituição Federal que diz “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial”.

O mandado judicial coletivo, também chamado de busca genérica, ocorrerá quando a mesma deixar de atender aos requisitos formais do art. 243 do Código de Processo Penal, sendo estes, a indicação, mais precisa possível, da casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; deverá também mencionar os motivos e os fins da diligência, e ser ainda subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o expedir. Cumprindo os requisitos, tem-se o mandado de busca individual onde sua finalidade é proceder com a prisão de indivíduos cuja esta já fora decretada anteriormente.

Nucci (2015, p. 467) prossegue, apontando claramente que

não é possível admitir-se ordem judicial genérica, conferindo ao agente da autoridade liberdade de escolha e de opções a respeito dos locais a serem invadidos e vasculhados. Trata-se de abuso de autoridade de quem assim concede a ordem e de quem executa, indiscriminadamente. Note-se que a lei exige fundadas razões, não se podendo acolher o mandado genérico, franqueando amplo acesso a qualquer lugar.

Em sentido semelhante, Aury Lopes Jr. (2016, p. 536), como sua categoria habitual, esclarece que

situação absolutamente ilegal a nosso sentir são os mandados de busca e apreensão genéricos, muitas vezes autorizando a diligência em quarteirões inteiros (obviamente na periferia...), conjuntos residenciais ou mesmo nas “favelas” de tal ou qual vila.

Importante lembrar que a inobservância das regras para a utilização de mandado judicial conduz à ilicitude do ato, podendo ser punido com base no art. 150 do Código Penal - que versa sobre violação de domicílio - ou com fundamento na Lei 4.898/60, art. 3º, b, que preconiza sobre abuso de autoridade.

4.1 CRÍTICA DA UTILIZAÇÃO DO MANDADO GENÉRICO

De plano, ao analisar a operação Jesus de Nazareh, sob a vertente constitucional dos mandados judiciais, resta claro que se trata de mandado coletivo ao qual se efetivou de maneira inquisitorial pelo poder de polícia, pois não se delimitou o objeto ao qual se buscava, dando margem à crítica do direito penal do inimigo.

Sendo a lei penal clara em determinar a importância de se expedir mandado judicial para a entrada em casa alheia, valendo das fundadas razões, não poderá, portanto, se escusar dos motivos concretos e dos fortes indícios de existência dos elementos constitutivos de uma certeza. Ignorar estas bases é fazer valer um Estado Policial, um Direito Penal de exceção, rejeitando as garantias constitucionais, como o próprio sistema inquisitório faz.

Destarte, resta evidente que o Direito Penal do Inimigo é praticado de maneira velada, conduzindo os meios autoritários a deliberarem de forma desigual na política social. Quer dizer, a “Emergência Penal” serve de justificativa para o Estado fazer prevalecer as suas próprias razões em face da razão jurídica como critério basilar da formação do direito e do processo penal.

A representação criminalizadora das condutas previstas na Lei nº 11.343/06, a Lei de Drogas, viabilizou a aplicação do poder punitivo com as ideias de “combate” e “guerra” para controlar o sistema penal. Os alvos nessa luta são efetivamente os menos favorecidos, moradores de periferia e negros, na qual o Estado justifica sua ação na chamada “emergência penal”. Decorre disso a aplicação do direito penal do inimigo ao invés do direito penal do cidadão. De forma inquisitória, o Estado elimina direitos inerentes ao indivíduo enquanto humano, por meio de suas instituições, colidindo com a estrutura da Constituição Federal, que busca salvaguardar a dignidade humana.

Veja-se, não se questiona a necessidade da existência dos mecanismos de segurança pública, senão a sua indistintiva seletividade. O braço estatal que alcança – e bate – na periferia não é mesmo que cumprimenta de maneira minimamente respeitosa o morador do bairro nobre.

Se a pretensão, portanto, é o combate às práticas de produção, comercialização e consumo das substâncias tidas como ilícitas¹⁴, o que colide com as operações policiais frequentes no Brasil, isto é, esse combate tão “bem visto” pelos olhos da mídia – que insiste em disseminar muita das vezes a mentira ultrapassando igualmente os limites da intimidade individual e da vida privada – não chega às áreas nobres das cidades onde o crime igualmente acontece e é camuflado pela manifestação de poder da classe hegemônica. A generalização da favela como lugar de bandidos, pessoas sem direito e resultado da criminalidade, não é nada mais do que criminalizar a pobreza.

4.2 MAS, AFINAL, EM QUE MEDIDA A UTILIZAÇÃO INSTITUCIONAL NÃO DECLARADA DA LÓGICA DO PERFIL DE RISCO, COMO ELEMENTO JUSTIFICADOR DA ATUAÇÃO DO ESTADO PROMOVE A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO MORADOR DA PERIFERIA COMO INIMIGO DO ESTADO?

A realidade, portanto, é que se percebe com clareza que no Brasil o Estado de Direito é conveniente e oportuno para algumas classes da sociedade, alternando sua atuação

¹⁴ E, aqui, nem se pretende realizar juízo de valor acerca da chamada “guerra as drogas”, eis que exorbitaria a proposta de presente pesquisa, necessitando, pois, de um novo fôlego teórico, o que se deixa para momento oportuno. Adianta-se, porém, apenas opinativamente – sem a pretensão de esgotar o tema –, a total imbecilidade da sobredita “cruzada estatal proibicionista”.

conforme sua livre e autônoma vontade, agindo com total discricionariedade em benefícios de poucos para prejuízos de muitos.

Com a certeza de sua impunidade o Estado dissemina de maneira oculta a lógica do perfil de risco, conseguindo inclusive terceirizar a mão de obra para esse trabalho, inculcando na sociedade – de maneira geral – a ideia de que os moradores das periferias e das favelas, os negros e os pobres são perigosos, e que a sociedade tem que temê-los, odiá-los e, por isso, combatê-los. São, pois, a encarnação do mal. A vítima expiatória. A manifestação viva do *homo sacer*.

Com isso, a própria sociedade executa a lógica do perfil de risco, conjuntamente, é claro, como o Estado – com aval e bênçãos –, através de sua força policial que, a partir da própria (re)produção social desse imaginário conflitivo de “nós” e “eles”, materializa a seletividade, forjada agora em sua subjetividade institucional, aplicando toda sua rigidez repressiva ao “criminoso em potencial”, o pobre-preto-favelado.

Não foi outra, senão, a perfeita execução da lógica do perfil risco, o que ocorreu na operação de invasão ao Morro Jesus de Nazareth. Ocasão em que o Estado vestiu sua farda preta, e, ignorando os princípios e garantias legais, simplesmente em um ato jurídico, inconstitucional, ilegal, inválido, imoral – e tudo quanto mais possa ser que denota o absurdo –, selecionar uma comunidade inteira e julgá-la publicamente como perigosa e criminosa. Coletivização dos matáveis. Os outros.

Quer dizer, depois de classificar como perigosa essa comunidade, o Estado, ato contínuo, a transforma em inimiga – “comunidade lesa majestade. E é aqui que se configura o Direito Penal do Inimigo à brasileira, que colocou um alvo nas costas dos moradores, que, independentemente de sua condição pessoal, já nasceram condenados e excluídos do Estado de Direito. Não foram convidados para o banquete do contrato social, onde, supostamente, direitos foram distribuídos. Fora, então, desse banquete civilizacional, resta para eles o Estado de Exceção.

Desmistifica-se, assim, as teorias da lógica do perfil de risco e o Direito Penal do Inimigo, emergidas da paralisia e da incompetência do Estado em administrar com justiça e igualdade a sociedade, governando com corrupção, e assim funcionando como uma fábrica industrial, produzindo incessantemente “inimigos do Estado”, nas periferias, nas comunidades e nas favelas, que não tem direito ao direito.

6 CONCLUSÃO

Na esfera do Direito Penal Brasileiro e na sua realidade vislumbramos claramente um Direito Penal de exceção. Diz-se isso, visto a enorme desigualdade social e os resultados estatísticos de homicídios desfavorecendo os negros e os pobres nas diversas periferias do país. Assim, trazendo a análise do fato ocorrido no Morro Jesus de Nazareth para a teoria de Jakobs, podemos verificar que o inimigo a quem o jurista se refere em sua teoria com toda certeza é o ESTADO SOBERANO. Para Jakobs o cidadão se torna inimigo quando viola o contrato social com o Estado, transgredindo e se opondo as leis penais. No caso fático apresentado, quem violou e transgrediu direitos e garantias constitucionais foi o Estado, escondido sob a justificativa do combate ao tráfico de drogas, humilhando socialmente a classe baixa sem escrúpulos e sem limites.

Sob a ótica da teoria do Homo Sacer, trazemos nesta condição toda a população pobre do Brasil que é encurralada pelo Estado Policial como se não fossem amparadas pelo direito existente, simplesmente como se não existissem. São rotuladas pela lógica do perfil de risco, pela própria sociedade, mas que inconscientemente é influenciada diretamente pela disseminação estatal do perfil criminoso, que nada tem a ver com a

lógica atuarial original, que utilizava probabilidades estáticas para tratar e reabilitar um reincidente, e não para julgar inocentes que são detentos fora do cárcere. Infelizmente é real e retrata a situação da nossa sociedade: Trata-se da vida nua, inútil, matável; na qual a morte do outro não é crime, é imperativo do “bem”.

7 REFERÊNCIAS

CARVALHO, Thiago Fabres. O “direito Penal do inimigo” e o “direito penal do homo sacer da baixada”: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. Vitória: **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo**, 2006.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial**. A Criminologia do fim da história. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2012.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo** – Noções e críticas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.