



**FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO**

---

**PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO SOB A ÓTICA DO DEVIDO  
PROCESSO PENAL**

***VINICIUS GONÇALVES RODRIGUES***

Orientador: Prof. Dr. VLADIMIR BREGA FILHO

---

JACAREZINHO (PR) – 2008



**FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO**

---

**PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO SOB A ÓTICA DO DEVIDO  
PROCESSO PENAL**

***VINICIUS GONÇALVES RODRIGUES***

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. VLADIMIR BREGA FILHO

---

JACAREZINHO (PR) – 2008

VINICIUS GONÇALVES RODRIGUES

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO SOB A ÓTICA DO DEVIDO PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. VLADIMIR BREGA FILHO  
Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro

---

Prof. Dr<sup>a</sup>. HILDEGARD TAGGESELL GIOSTRI  
Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro

---

Prof. Dr. ZULMAR ANTONIO FACHIN  
Universidade Estadual de Londrina

Jacarezinho, 31 de outubro de 2008.

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

## **DEDICATÓRIA**

Ao meu pai Edson, minha mãe Veridiana, meu irmão Fabrício, com muitas saudades, pois não estão mais conosco, mas que foram fundamentais na minha vida.

À minha mulher Débora, pela dedicação, companheirismo, compreensão e apoio ao longo das nossas vidas, nos bons e maus momentos.

À minha Beatriz, filha única e querida, alegria da minha vida, que com apenas 4 anos já me ensinou muita coisa.

## **AGRADECIMENTOS**

Ouso mencionar algumas pessoas que contribuíram na confecção deste trabalho, mas sabendo de antemão que essa tarefa é quase impossível, pois correrei o sério risco de não agradecer a todos que merecem.

Primeiro, agradeço a Deus, pelas oportunidades que me foram e estão sendo oferecidas ao longo de minha vida.

À minha família, aí incluindo avós, pais, irmãos, tios, primos e sobrinhos.

A todos os amigos do Fórum de Santa Cruz do Rio Pardo, em especial, aos amigos da 2ª Vara Judicial, que suportaram as minhas ausências e, mesmo assim, expressavam sentimentos de apoio, além de sugestões que por mim foram acatadas, minha gratidão.

Aos meus alunos das Faculdades Integradas de Ourinhos que, ansiosos em conhecer, me estimulam a cada dia, com as suas indagações.

Aos meus amigos de mestrado, os quais me proporcionaram momentos de enorme alegria, com os infindáveis debates acadêmicos que me engrandeceram como pessoa. Em especial, gostaria de deixar registrado, o meu agradecimento ao colega de mestrado e docência das Faculdades Integradas de Ourinhos, Professor Aimberê Francisco Torres, pelo incentivo nos momentos mais difíceis desta jornada.

Agradeço à aluna Gabriela, da Instituição Toledo de Ensino de Bauru, com quem compartilhei inúmeras informações sobre a pesquisa.

Agradeço a todos os funcionários e corpo docente do programa de mestrado desta Universidade, pela calorosa recepção, em especial, à Natalina, pessoa muito querida e aos Professores Doutores Reinéro Antônio Lérias e Gilberto Giacóia, pelo exemplo de dedicação e preciosidade dos ensinamentos, além de representarem referência como pessoa e profissional.

Por fim, agradeço especialmente o Professor Doutor Vladimir Brega Filho, meu orientador, pelo precioso auxílio gratuito, não só durante este trabalho,

mas durante todo o nosso tempo de convivência. Mais do que isso, agradeço ao amigo Vladimir, se posso assim chamá-lo, pelo incentivo e pelos ensinamentos diários e, principalmente por ter me apresentado a vida acadêmica, tarefa à qual dedico todas as minhas forças.

RODRIGUES, Vinicius Gonçalves. *O Direito Penal do Inimigo sob a ótica do Devido Processo Penal*. 2001. 107 f. Dissertação (Mestrado Em Ciência Jurídica) – Faculdade Estadual De Direito Do Norte Pioneiro, Jacarezinho.

## RESUMO:

Inicia-se o presente trabalho com o questionamento sobre a utilização do Direito como mecanismo de controle social. A abordagem inicial é feita dentro da própria gênese do Direito liberal, passando pela doutrina do monismo, até chegar aos dias atuais. Essa análise passa a percorrer a lógica do pensamento penal, representada pelas Escolas Penais, e constata que o itinerário do Direito Penal obedece a uma linha evolutiva, na direção de um sistema garantidor de perspectivas mais humanitárias, pautada pela mínima intervenção. O objetivo é questionar o sistema penal como parte integrante de um sistema social complexo, pois ele se estrutura como fundamento de um poder político e, por isso, representa a vontade e as necessidades dos ocupantes do Poder. Isto é, o Direito Penal não se manifesta de forma imparcial, pois é reflexo da totalidade da estrutura social e histórica e a sua aplicação atual é fruto desse desenvolvimento. Foi justamente o que se buscou questionar as razões de admissão, em matéria penal, da permissão para combater aquilo que se denomina como sendo “inimigo”, isto é, pessoa que oferece perigo para o Estado, em razão de seu comportamento e modo de vida, conforme teoriza Günther Jakobs. Demonstra-se que as políticas criminais expansionistas, utilizadas como remédio para sanar o mal causado pelo avanço da criminalidade, são legitimadas por uma parte sensacionalista da mídia, o que originou legislações de cunho pouco garantistas, as quais objetivam perseguir determinada categoria de pessoas, e que isso não ocorreu por acaso. A pesquisa selecionou por amostragem legislações de cunho altamente punitivista, em especial a que instituiu o regime disciplinar diferenciado no processo de execução penal e demonstrou que suas características são rotuladoras e estigmatizantes. Finaliza-se o trabalho com uma abordagem crítica dessa legislação penal expansionista, utilizada, não como *ultima ratio* e que o perigo eventualmente representado por categoria de pessoas que se afastam do direito, não pode ser motivo a ensejar a sua distinção. A adoção de tais medidas seria a destruição por completo do Estado Democrático de Direito, pois a aceitação da tese transgride inúmeros princípios constitucionais, tendo como corolário o princípio da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

Palavras chave: Direito Penal do Inimigo. Políticas criminais. Expansionismo.

RODRIGUES, Vinicius Gonçalves. *Enemy Criminal Law from the viewpoint of Due process of law*. 2001. 107 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho.

## Summary

This research starts questioning the uses of law as a mechanism of social control. The initial approach is made inside the own genesis of the Common Law, passing through the monism doctrine and reaching the present time. This analysis goes through the logic of the Criminal Law which stands for the Criminal schools and it verifies that the path of the Criminal Law obeys to an evolutionary line, towards a system guaranteeing some more humanitarian perspectives, which are ruled by the least possible interference. The goal is to question the criminal system as an integral part of the intricate social system, for it is framed as the basis of a political power and because of that it represents the will and the needs of those people in power. The Criminal Law is not shown as in an impartial form, for it is a reflex of the social and historical structure and its applications now-a-days is the cause of this development. It was this which induced us to question the reasons that were admitted in the Criminal Law, the permission to fight who is nominated as being an “enemy”, that is, someone who shows as being dangerous to the State because of one’s behaviour and way of life, according to Gunter Jakobs theory. It has been shown that the expansionist criminal policies, used as a relief to heal the harm used by the advance of criminality are legitimated by a sensationalist part of the media which has caused the surge of laws that have a objective a chase of certain types of people and this hasn’t happened by chance.

The research used free samples to choose laws with a high degree of punishment, specially the ones which enforced the disciplinary rule in the process of Criminal Law execution and showed that its characteristics were used for labeling and branding purpose.

The research ends with a criticism of this enlarging Criminal Law, used as the first but not the last ratio and shows the danger which may be represented by a type of group of people who deviate from the Law cannot be a reason to cause such distinction. If such rule is approved we would have the whole destruction of the Democratic State of Law for this thesis would infringe countless constitutional principles which have as corollary, the principle of man’s dignity and the due procedures of the law.

KEY WORDS: Enemy’s Criminal Law. Criminal Policies. Expansionism.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I.....	14
1 O DIREITO COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL.....	14
1.1 O Positivismo .....	16
2 O SISTEMA PENAL POSITIVO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL ..	20
2.1 A Evolução do Pensamento e as Escolas Penais .....	21
2.2 A Escola Clássica .....	22
2.3 Escola Positiva.....	24
2.4 Escola Correlacionista .....	26
2.5 Escola Técnico-Jurídica.....	27
2.6 A defesa social e a nova defesa social .....	29
2.7 Funcionalismo Penal .....	31
3 OS ATUAIS MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL NA MODERNIDADE TARDIA .....	33
3.1 O Direito Penal como instrumento de dominação.....	35
3.2 O Direito Penal como instrumento de transformação da sociedade.....	35
3.3 O Direito Penal como instrumento promocional de tutela de bens jurídicos específicos. .....	36
3.4 O Direito Penal como instrumento de estabilização da norma.....	36
3.5 O Direito Penal como instrumento de segurança contra os novos riscos oriundos da sociedade contemporânea (pós-industrial). .....	37
3.5.1 Fragmentariedade do Direito Penal.....	39
3.5.2 Subsidiariedade do Direito Penal .....	39
4 EXPANSIONISMO PENAL. DAS POLÍTICAS CRIMINAIS HUMANISTAS AO PARADOXAL DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	40
CAPÍTULO II.....	49
5 A CONCEITUAÇÃO DO INIMIGO EM GÜNTHER JAKOBS: ESSÊNCIA ..	49
5.1. Evolução histórica e fundamentação filosófica .....	56
6 TEORIAS DE SUSTENTAÇÃO DAS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS E A AFINIDADE COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	58
6.1 Movimento lei e ordem .....	60
6.2 Tolerância zero .....	61
6.3 Movimento das janelas quebradas .....	62
7 ANÁLISE CRÍTICA DAS PRINCIPAIS LEGISLAÇÕES INDICADORAS DO INIMIGO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.....	65
7.1 Lei dos crimes hediondos (Lei n.º 8.072/1990).....	66
7.2 Lei de combate ao crime organizado (Lei n.º 9.034/1995).....	70
7.3 Regime disciplinar diferenciado (Art. 52 e parágrafos da Lei 7.210/1984).....	72
7.4 Lei de Combate a drogas (lei 11.343/2006). .....	77
CAPÍTULO III .....	79
8 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO PENAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ....	79
8.1 O Devido processo legal e o inimigo .....	80
8.2 Dignidade da pessoa humana e o inimigo .....	81
9 O GARANTISMO E O INIMIGO .....	86

9.1 Direito Penal do fato e do autor.....	88
9.2 Direito Penal Mínimo e Máximo.....	92
9.3 Conseqüências da adoção da teoria do inimigo no sistema penal brasileiro.....	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	101
REFERÊNCIAS .....	104

## INTRODUÇÃO

A onda de violência que governa e se alastra por todos os cantos do mundo e do nosso país é algo extremamente preocupante. Não fosse isso, ainda existe uma cultura do medo que se espalha rapidamente através dos meios de comunicação, principalmente os sensacionalistas, procurando legitimar os movimentos de política criminal expansionista.

Em nome da segurança, o Congresso Nacional, sempre com o objetivo de tranqüilizar a sociedade, se apressa na aprovação de legislações penais cada vez mais duras que, simbolicamente, possam nos conduzir a um pseudo-estado de bem estar. Assim, legisla-se desenfreadamente, sempre de forma emergencial, com o objetivo de restabelecer a paz social.

Diante desse contexto, procura-se analisar no primeiro capítulo deste trabalho a utilização do Direito como um mecanismo de controle social. Objetiva-se, num primeiro momento, verificar como se deu a formação do Direito estatal para, em seguida, penetrar no campo específico das políticas criminais.

Assim, analisa-se o positivismo e os seus reflexos no Direito Penal através do Estudo das Escolas Penais, que representam a forma do pensamento penal em cada época de sua evolução, encerrando-se com a análise dos atuais movimentos punitivistas.

Dentro dessa perspectiva, adentra-se o segundo capítulo e, aí passa-se a discutir a essência do inimigo, fundamentada exclusivamente na teoria de Günter Jakobs. Assim, traz-se a possibilidade de discussão acerca dos movimentos de política criminal, assemelhados à tese de Jakobs, como o movimento lei e ordem, que demonstrou o seu fracasso em termos de política humanitária.

O encerramento do capítulo trouxe uma discussão, ainda que breve da legislação brasileira, a título exemplificativo, que possui cunho altamente punitivista e simbólico, onde se acham presentes o que se denomina de Direito Penal do Inimigo. Ponto relevante é o que tratou do regime disciplinar diferenciado, exemplo clássico de legislação de combate ao inimigo.

O terceiro e derradeiro capítulo ficou reservado aos problemas e contradições que a aplicação e a defesa desse tipo de legislação pode ensejar no ordenamento jurídico brasileiro, pois contraria o princípio do devido processo legal e o princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Sob o título de Considerações Finais, apresentam-se algumas de nossas idéias e a repulsa a essa forma de ofensa legalizada aos Direitos Humanos.

## CAPÍTULO I

### 1 O DIREITO COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL

A sociedade disciplinar desenvolveu-se na modernidade e teve o seu apogeu na primeira metade do século XX. O parâmetro utilizado pela disciplina consiste em manter uma máxima vigilância com um mínimo de esforço, isto é, a sociedade, como controladora, poderá vigiar e punir a própria sociedade.

Na segunda metade do século passado, a sociedade disciplinar entra em processo de declínio, o que se verifica até os dias atuais. Hodiernamente há uma combinação da disciplina, com novos mecanismos de controle, exercidos através de meios mais modernos, como o registro de dados, a fixação de câmeras de filmagem em locais públicos, grampos telefônicos, enfim, exerce-se o controle social através da monitoração eletrônica. Na sociedade de controle, é preciso que os vigiados vigiem os vigias. (VIANNA, 2007, p.209).

Foucault alerta que o objetivo da disciplina, originalmente empregada com o intuito apenas de neutralizar o perigo, passa a apresentar um perfil de aumentar a utilidade econômica que os indivíduos possam oferecer. (2004, p.173)

Em relação ao Direito Penal, invariavelmente sempre se conferiu um ativo valor à norma, pois é a partir dela que se verifica qual o comportamento considerado aceito ou não pela sociedade. Partindo-se dessa premissa é que se definirão quais os indivíduos serão considerados habilitados ou não para a convivência social.

Atualmente, a consequência dessa vigilância não é mais uma “sanção normalizadora”, como no poder disciplinador de outrora, e sim um registro cujo objetivo é justamente selecionar os comportamentos.

Nas sociedades de controle a norma é um filtro na qual a população é filtrada de sorte a selecionar aqueles indivíduos mais aptos da espécie. A economia já não necessita disciplinar as massas para o trabalho nas fábricas. Há excesso de mão-de-obra. O desafio da economia não é mais maximizar a produção, mas manter afastadas as massas de miseráveis que,

por não participarem da produção, não participam tampouco do consumo. (VIANNA, 2007, p.151)

Essa atitude de mercado encontra asilo no sistema jurídico e possui dimensão fortemente seletiva, tendo por objetivo não mais disciplinar a sociedade para a produção. Ao contrário, agora o controle é exercido com a pretensão de afastar aquele que não participa do plantio. A consequência a quem não participa do processo de produção é a exclusão das vantagens que ele oferece.

Atualmente não houve um abandono completo da sociedade disciplinar, mas ela coexiste com a sociedade de controle, consistente na capacidade exercida pelo Estado de modo a selecionar os indivíduos, assim como exercer o domínio por meio de estatísticas que possibilitem fundamentar as normas que regerão a vida social.

O que se pretende animar como discussão com essas linhas primitivas é demonstrar que o Direito, a despeito de sua cientificidade, sempre foi empregado ideologicamente, conforme se poderá inferir logo em seguida, na análise de sua formação. Não é possível compreender o sistema jurídico e, especificamente, o sistema penal, que nos interessa, divorciado da totalidade das estruturas em que se vê enredado. Wolkmer reflete:

parece claro, assim, que não se pode ter uma visão ampla de uma determinada forma positivada de Direito (o caso particular, aqui, do Direito Estatal ocidental) se não percebermos a que tipo de organização social está vinculado e que espécie de relações estruturais de poder, de valores e de interesses reproduz. (1997, p. 22)

O Direito e, especialmente, o Direito Penal, se manifesta de forma seletiva, discriminatória e excludente, porque retrata o pensamento dominante, derivado do modo de produção da riqueza, da ideologia e, principalmente, do modelo de organização político-institucional que permeia a realidade vigente ao tempo em que elaborada.

Se o Direito existe para regular a vida social, deve representar a solução das necessidades que a vida humana organizada enseja. O direito é a expressão das relações sociais provenientes das necessidades humanas. Ocorre, inexoravelmente, que ele representa a ideologia de uma classe dominante e o positivismo, apesar do significativo avanço que trouxe ao sistema jurídico, também legitimou a sua utilização como forma de controle de classes.

## 1.1 O Positivismo

Com essa inquietação, busca-se no distanciado sistema feudal, resultante da decadência da sociedade escravagista e da fragmentação das sociedades estamentais européias, fundadas, basicamente, na posse da terra e na produção econômica agrária, alguns esclarecimentos.

É dentro desse contexto que se constrói e se estabelece o Direito, que reconhece as desigualdades e os interesses de grupos, pois é produzido justamente para legitimar a vontade de classes, estabelecendo claras distinções entre clero, nobreza e campesinato.

Com o enfraquecimento do arquétipo feudal, por volta dos séculos XI e XV, motivado pelas sucessivas crises na esfera de constituição social e da organização político institucional, formata-se um novo sistema, denominado de capitalismo, no qual se desenvolve uma nova estrutura econômica e social, tendo agora o capital como o instrumento de produção.

Para receber as novas necessidades decorrentes dessa transição paradigmática, o padrão de direito a ser produzido e que atingirá a ápice, é o que possui como única fonte o Estado, consoante se observa na doutrina denominada de monismo jurídico, em desconformidade com o extinto modelo feudal.

Os resultados dessas transformações demonstram que o capitalismo não é tão somente um sistema de produção e circulação de mercadorias, mas reúne um sistema social abjeto. Ocorre que o capitalismo que desabrocha para ocupar o lugar do exaurido sistema feudal, não surgiu com o desígnio de sanar os problemas gerados pela luta de grupos, muito pelo contrário, o novo sistema impõe novas condições de opressão.

Com o advento do Liberalismo e do Capitalismo de monopólio que se expressa mediante dois grandes sistemas judiciais, representados pela *civil law*, consistente na produção de um direito escrito, e possui como fonte única o Estado, e

pela *common law*, consistente no direito representado pelo poder dos juízes no exercício da jurisdição, confunde-se a expressão máxima da vontade estatal.

A propósito, a ascensão da burguesia ao poder arranhou incondicional apoio popular, primeiro na luta contra o absolutismo monárquico reinante e, mais à frente, contra os regimes ditatoriais em curso, implementados pela própria burguesia, não obstante iludidos pelos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade.

O florescimento do Capitalismo, como ápice de toda a estrutura econômica da sociedade moderna – resultante, como já foi visto, da perda de autonomia por parte dos pequenos produtores e da separação de seus instrumentos de produção e subsistência, e da transformação da força de trabalho em mercadoria -, criará possibilidades para a concomitante formação de uma nova classe social proprietária que monopolizará os meios de produção. (WOLKMER, 1997, p. 41).

Na verdade, o Direito funda-se, desde o início, na proteção da propriedade privada, da herança, do comércio e dos contratos, valores representativos da forma de produção capitalista burguesa.

A proteção que deve garantir esses bens torna-se bem delineada nas leis burguesas, tanto que a primeira codificação desse período que se tem notícia é o Código Comercial, precedendo inclusive aos Códigos de Direito Público e Civil, já que haveria necessidade de uma legislação para a proteção dos interesses dessa nova categoria emergente. Coloca-se o direito a serviço dessa nova classe.

Assim, observa-se que o Estado moderno edificou-se na dinâmica da legalidade estatal e da centralização burocrática, atribuindo a seus órgãos a função legislativa e judiciária, mediante leis gerais e abstratas, sistematizadas formalmente num corpo denominado de Direito Positivo, cuja expressão máxima é a sistematização.

Através das características da generalização, da abstração e da impessoalidade, busca-se ocultar os reais interesses de proteção dos objetivos econômicos de uma burguesia enriquecida.

O centralismo jurídico ocidental compreendeu várias etapas ou fases de evolução daquilo que se convencionou denominar de doutrina do monismo jurídico.

Nesse caminhar, a expansão do intervencionismo estatal no âmbito da produção e do trabalho, a passagem do capitalismo industrial para o capitalismo de monopólio, as necessidades de se estabelecer políticas públicas distributivas, favorecem a construção de uma ciência do direito fundamentalmente técnica e formalista.

O resultado dessas afirmações é a crise de modelo, que teve seu início a partir dos idos de 1960 a 1970 do século XX, encontrando seus fundamentos na revolução da tecnologia e na globalização do modo de vida.

Esse novo paradigma neoliberal não quer mais um Estado intervencionista, ao menos no que tange a proteção dos direitos e garantias individuais. Chega-se ao colapso do paradigma da legalidade estatal moderna, que não consegue obtemperar de maneira eficaz e verdadeira às demandas e aos anseios das atuais sociedades de massas.

O Estado Liberal constrói um arcabouço jurídico, capaz de exprimir em normas as idéias, os objetivos, as necessidades e as relações sociais de segmentos dominantes da sociedade.

O processo desencadeado pela revolução industrial e as suas conseqüências na modernidade técnico-científica, bem como os vastos movimentos de codificação acabaram expressando a máxima do racionalismo formal moderno, ou seja, o positivismo.

Atualmente, o que se percebe é um direito que não está presente tão somente nos códigos, pois presente na infinita legislação esparsa a regular os diversos setores no âmbito do sistema social.

A propalada crise do direito não é uma crise setorial e isolada, mas está intimamente arrolada com a crise da própria sociedade e dos modelos existentes, conforme se verifica na historicidade do sistema jurídico implantado pela burguesia, atualmente em processo de bancarrota. O problema é que:

Seus idéias fracassaram, ademais, porque arriscaram tudo na idéia de que a ação social é motivada por interesse próprio, conceituando a 'razão social' (a normatividade) como algo estático, arrancado na marra, a contragosto de indivíduos fundamentalmente egoístas, e penosamente construído a partir de múltiplos interesses divergentes, encarado como instrumento quase exclusivo para engrandecer (e não restringir), a dominação e a vontade dos poderosos. (SCURO NETO, 2007, p. 163).

Em todo o caso, ao se acenar uma crise no Direito, tem-se presente que o que está em crise é o modelo da dogmática jurídica estatal, consolidada nos séculos XVIII e XIX. (WOLKMER, 1997, p. 64).

A realidade para a qual se preparam os atores jurídicos e para a qual teoricamente se produziu o jus positivismo parece não existir. A natureza dos conflitos se alterou, as características do sujeito de direito se modificaram, e, portanto, os conhecimentos do ator jurídico devem ser outros. (FREITAS FILHO, 2003, p. 45).

O positivismo jurídico dogmático passa a vivenciar uma profunda crise, o intérprete somente pode reproduzir aquilo que o Direito positivo estatal procura aclarar. Aliás, o intérprete só poderia agir sob esse viés, pois o contrário levaria à sua penalização por desobediência à vontade Estatal.

As questões pertinentes aos valores, segundo a ótica positivista, devem comportar estudo por outros ramos das ciências como, por exemplo, o campo da filosofia, da psicologia, antropologia, sociologia, já que não possuem influência na aplicação do direito positivo. As causas e conseqüências da aplicação da lei não fazem parte do jurídico, mas do filosófico, do social, do antropológico.

Com apoio na Teoria Pura do Direito de Kelsen, os aplicadores do Direito, infantil ou propositadamente, aceitaram a condição de simples aplicadores da lei positiva sem, contudo, arcarem com as responsabilidades pela justiça ou injustiça de suas posturas, já que as implicações éticas e valorativas não são partilhadas pelo universo do jurista, mas são frutos do poder legiferante.

A ciência do Direito, que instrumentaliza a aplicação do direito deve ter em conta, antes de tudo, que seu trabalho tem destinação social e se liga a determinado contexto histórico, cujos contornos fundamentais não lhe podem escapar. (AZEVEDO, 2000, p. 24).

Diante dessa cultura predisposta à discriminação em todos os aspectos da vida social, essa tendência há de se refletir no campo das ciências jurídicas e, especialmente, no campo do Direito Penal.

## 2 O SISTEMA PENAL POSITIVO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL

Cabe-nos afirmar, antecipadamente, que não compete à justiça criminal eliminar todas as desigualdades sociais, mas pode e certamente deve promover a igualdade e não a discriminação.

O novo paradigma criminológico da teoria do *Labeling Approach*, ou enfoque da reação social explica o problema da definição do delito com as implicações político-sociais, como centro dessa teoria da criminalidade e não mais como um dado acessório. Baratta receita:

Essa direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o status social de delinqüente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinqüência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como 'delinqüente'. (BARATTA, 2002, p. 86).

Significa dizer que o sistema penal não é reflexo somente da legislação, mas de um sistema de idéias afeto aos legisladores e aplicadores da justiça, o que realmente leva à incriminação de determinada categoria de pessoas, marginalizadas pelo Direito Penal. Assim, percebe-se, claramente, por exemplo, que embora haja previsão legal para os crimes denominados de "colarinho branco", esse tipo de marginalidade não é perseguido de fato pelas instâncias oficiais de controle.

Além das assertivas supra lançadas de que existe previsão legal para apanhar as classes hegemônicas, em determinadas situações a desigualdade decorre do próprio legalismo, que possui a intenção de beneficiar determinados segmentos sociais. A título de exemplo, no sistema penal brasileiro, menciona-se o foro por prerrogativa de função, utilizado como escudo protetor contra a ação do sistema penal em relação a grupo determinado de pessoas privilegiadas pela lei.

Existe, portanto, o que se denomina de sistema penal aparente e sistema penal subterrâneo e, a respeito, doutrina Castro:

O sistema penal subterrâneo opera nos diferentes níveis do sistema social. Isto é, tanto nos mecanismos de controle formal como nos de controle

informal. E aparece tanto nos conteúdos como nos não conteúdos do controle social, especialmente do formal. (2005, p. 128).

Denota-se, portanto, que a justiça criminal, por orientação política, é seletiva e atua nos seguimentos mais vulneráveis da sociedade, como negros, pobres e despossuídos. Prittwitz anota:

Isto não são boas notícias para todos que têm consciência de que não se pode, com o direito penal, resolver todos os problemas, talvez nem mesmo muitos, talvez apenas alguns problemas específicos, pelo contrário, pode se até intensificar os problemas que se pretende resolver por meio do direito penal, devido à aplicação muito freqüente, muito rígida ou incorreta do direito penal. (2004, p. 33).

Nota-se que frente aos aspectos históricos de sua evolução, o Direito sempre serviu como instrumento de controle social e de defesa dos interesses de uma classe possuidora dos meios econômicos e de produção.

Dentro dessa conjuntura, no âmbito específico da evolução do Direito Penal, sistematizaram-se correntes de pensamento, demonstrando um quadro evolutivo dentro do sistema penal, denominadas de Escolas Penais. Essa evolução se choca com a atual política expansionista de combate ao inimigo e, por essa razão, reputa-se necessária a sua chamada.

## 2.1 A Evolução do Pensamento e as Escolas Penais

As Escolas Penais nos dão uma noção exata de como se desenvolveu o sistema penal até desembocar no atual estágio, conforme ensina Bitencourt:

No século XX, surgiram inúmeras correntes de pensamentos estruturados de forma sistemática, segundo determinados princípios fundamentais. Essas correntes, que se convencionou denominar *Escolas Penais*, são formas definidas como o “corpo orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a natureza do delito e sobre o fim das sanções”. Com acerto, afirmava Aníbal Bruno, “os tempos modernos viram nascer do pensamento filosófico-jurídico em matéria penal as chamadas *Escolas Penais*”. Em suma, estas escolas têm por escopo diminuir o elevado nível de criminalidade presente nas sociedades. (2003, p. 46).

A finalidade das Escolas é justamente estruturar uma forma de pensamento no âmbito do sistema penal, com o objetivo de combater a

criminalidade. Cada escola possui a sua forma de operar e de confrontar a criminalidade.

## **2.2 A Escola Clássica**

Nos primórdios, o regime monárquico absolutista impunha graves e cruéis punições que a sociedade não mais admitia.

A desumanidade das penas provocava revolta no seio social. Desse modo, surge como grande representante dessa nova forma de pensar o Direito Penal o Marquês de Beccaria, com a sua obra clássica denominada “Dos Delitos e das Penas”.

A obra denuncia o perverso sistema de penas até então praticado e baseia-se no contratualismo de Rousseau, que compreendia o infrator como alguém que violara o pacto social. O indivíduo que rompeu o contrato social deve ser considerado como inimigo, levando-o a arcar com a implicação de uma penalidade retributiva de seu comportamento faltoso.

Apesar de principal representante, Beccaria não é o fundador da Escola Clássica, sendo os seus iniciadores: Anselmo von Feurbach, Gian Domenico Romagnosi e Jeremias Bentham, respectivamente, alemão, italiano e britânico. Socorre-se que a obra de Beccaria foi o marco dessa Escola que, de certa forma, antecipou as idéias proclamadas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do cidadão, de 1789.

Para a Escola Clássica não há que se estudar a pessoa do delinqüente, sendo a pena tão somente um meio de retribuição ao mal causado pelo crime. Dentro desse período havia três correntes a respeito da finalidade das penas. A primeira, chamada de teoria absoluta, compreendia como questão de justiça que ao mal do crime valerá o mal da pena, não se importando com a sua utilidade, ou seja, os fins para os quais era empregada.

Para a segunda corrente, denominada de relativa, a pena possuía uma finalidade prática, de prevenção geral e especial. A prevenção geral caracteriza-se por desencorajar os demais membros da sociedade à prática de

condutas consideradas delituosas. A prevenção especial está ligada ao desestímulo ao próprio infrator, para que não volte a delinquir.

Por fim, a corrente doutrinária denominada mista, entendia que a pena, na verdade, deveria cumprir ambas as finalidades, de prevenção e de justiça que o caso concreto requer. Beccaria aconselhava:

Se se estabelecer um mesmo castigo, a pena de morte por exemplo, para quem mata uma faisão e para quem mata um homem ou falsifica um escrito importante, em breve não se fará mais nenhuma diferença entre esses delitos; destruir-se-ão no coração do homem os sentimentos morais, obra de muitos séculos, cimentada por ondas de sangue, estabelecida com lentidão através mil obstáculos, edifício que só se pôde elevar com o socorro dos mais sublimes motivos e o aparato das mais solenes formalidades.(2003, p. 86).

Beccaria preocupava-se com a proporcionalidade da pena, revelando que nenhuma utilidade prática contém a pena desproporcional, isso já naquela época. Diga-se, ainda, que os partidários dessa corrente fundamentavam-se, na responsabilidade moral e no livre arbítrio.

Dentro desse modelo, destaca-se que as principais características dessa escola são:

O delito é um ente jurídico cujo conceito depende da lei. É violação da lei penal, com o que se consagrou o princípio da reserva legal;

A ciência do Direito Penal é uma ordem emanada da lei moral e jurídica;

A tutela jurídica é o fundamento legítimo da repressão e também seu fim;

A quantidade da pena deve ser proporcional ao dano que, com o delito, se causou ao direito, ou ao perigo que este correu;

A responsabilidade criminal se funda na imputabilidade moral, já que não há agressão ao direito se a ação não procede de uma vontade inteligente e livre;

O livre-arbítrio, aceito como dogma, porque sem ele o Direito Penal, ao ver dos clássicos, careceria de base. (JORGE, 2005, p. 83).

Masson apregoa:

O criminoso é um homem normal, e a diferença entre imputáveis e inimputáveis reside na existência de condições de desenvolvimento e sanidade mentais que permitam ou não o exercício do livre-arbítrio. Por sua vez, a pena é o meio de tutela jurídica do qual dispõe o Direito Penal para a manutenção da ordem social, gozando de nítida função retributiva. É a expiação da culpabilidade contida no fato punível, mal justo que se contrapõe à injustiça do mal praticado pelo agente. Deve ser proporcional à gravidade da infração penal, sem olvidar a maior ou menor responsabilidade moral. (2006, p. 117).

A Escola Clássica atingiu resultados benéficos na medida em que se defrontou com a barbárie das penas executadas no bojo de um regime monárquico, autoritário e excludente, demonstrando profundo desrespeito ao ser humano e à sua dignidade, embora longe de ser considerado um sistema justo.

### 2.3 Escola Positiva

Em meados do século XIX, predomina um pensamento positivista legalista e persiste a preocupação com a crescente criminalidade que perturba a ordem social. Aliás, apreensão esta que não causa nenhuma sorte de espanto nos dias recentes.

Surge, portanto, uma nova teoria, denominada de Escola Positiva, conhecida também como Positivismo Criminológico, tendo como seus principais anunciantes Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo, entre tantos outros, cuja preocupação residia no aumento da criminalidade e na necessidade de defesa da sociedade, frente a esses novos perigos.

Para a Escola Positiva, crime e criminoso deveriam ser estudados de forma individual, *de per se*, devendo, inclusive, socorrer-se de outras ciências, que não somente a penal, o que até então não era tolerado.

Essa corrente de pensamento, inspirada em Darwin, Spencer e Conte, provocou uma profunda revolução no sistema penal, ao afirmar que a atividade criminosa decorria de questões patológicas, e que, portanto, deveriam ser estudados tanto os crimes quanto os criminosos, ou seja, o indivíduo e também a sociedade.

Todas essas causas, como ocorre com qualquer fenômeno humano, devem ser consideradas, e não se atribuir causa única. Essa evolução no seu pensamento permitiu-lhe ampliar sua tipologia de delinqüentes: a) nato; b)

por paixão; c) louco; d) de ocasião; e) epilético. (BITENCOURT, 2003, p. 54).

Bitencourt (2003, p. 54) analisa a Escola Positiva e diz ser Lombroso, o seu principal representante. Procurava-se caracterizar o criminoso por seus estigmas biológico e psicológico, afirmando que a causa da criminalidade situa-se na herança genética de cada ser, ocultando, assim, os reais motivos da criminalidade, numa visão absolutamente injusta. Procurava-se, ainda, descrever o criminoso nato por sua estatura, suas características corporais, como tamanho do pé e da mão, formato da cabeça e da mandíbula, entre outras coisas.

Acrescenta que Ferri também considerava o criminoso um ser anormal, contribuindo com a Criminologia, na medida em que passa a classificar os delinqüentes em instintivos, loucos, habituais, passionais e ocasionais.

Contrariando a doutrina de Lombroso e Garofalo, Ferri entendia que a maioria dos delinqüentes era readaptável. Considerava incorrigíveis apenas os criminosos habituais, admitindo, assim mesmo, a eventual correção de uma pequena minoria dentro desse grupo. (BITENCOURT, 2003, p. 57).

Bitencourt apresenta Garofalo, outro representante da Escola Positiva, que formulou a teoria do delito natural, a qual estabelecia que a pena deveria ser imposta na medida da periculosidade do agente e não se baseava na culpabilidade.

Willian Jorge verifica que múltiplos são os princípios a caracterizar a Escola Positiva:

O delito agora é um fenômeno natural e social produzido por causas de ordem biológica, física e social;

O delinqüente é biológica e psiquicamente um anormal;

A crença no livre-arbítrio da criatura humana é uma ilusão. A vontade humana está determinada por influência de ordem física, psíquica e social;

Como consequência dessa concepção determinista, a responsabilidade penal deixa de fundamentar-se sobre a imputabilidade moral, construindo-se sobre a base da responsabilidade social;

A função penal tem por fim a defesa social. (JORGE, 2006, p. 86).

Nota-se que a punição passa agora a ter como preocupação a defesa da sociedade. Assume a função de retribuição sem, contudo, deixar de se preocupar com o desestímulo direcionado ao violador da norma penal, cujo objetivo final é a persecução da paz social.

Com a nova Escola, houve uma mudança de anotação no que diz respeito ao crime e ao criminoso, insustentável atualmente, uma vez que se trata de pensamento estigmatizante e rotulador. Não obstante, deixou um enorme legado, na medida em que viabilizou o aparecimento de uma nova ciência penal atrelada a ciências auxiliares.

Masson ensina:

Como principais legados, a Escola Positiva possibilitou o surgimento de novas ciências penais e de ciências auxiliares, bem como a efetiva preocupação com o criminoso e com a vítima. Desenvolve o conceito de periculosidade e possibilitou uma mais avançada individualização das penas, em suas três fases (legal, judicial e executiva). Em seu período nasceram diversos institutos hodiernamente muito utilizados, apontados por Ferri como “substitutos penais”, tais como a medida de segurança, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional e o tratamento tutelar ou assistencial do menor infrator. (2006, p. 119).

É bem verdade que a Escola Positiva legitimou e reproduziu as injustiças, porque apegadas a um extremo legalismo. Em contrapartida, nota-se que ela trouxe inúmeras contribuições positivas até hoje utilizadas, o que permitiu uma maior humanização das penas.

## **2.4 Escola Correlacionista**

O Correlacionismo Penal, também chamado de Escola Correlacionista, nasce na Alemanha, em 1839, fruto de dissertação elaborada e publicada por Karl David August Röeder. Segundo a teoria do Correlacionismo, a pena tem caráter de corrigir a vontade doentia manifestada através da conduta criminosa.

Na leitura de Bitencourt:

Em outros termos, o delinqüente, para os correlacionistas, é um ser anormal, incapaz de uma vida jurídica livre, constituindo-se, por isso, em um perigo para a convivência social, sendo indiferente a circunstância de tratar-

se ou não de imputável. Como se constata, não dá nenhuma relevância ao livre arbítrio. (2003, p. 63).

Masson afirma:

Com efeito, o fim da pena jamais seria a repressão ou a punição afastando, destarte, as teorias absolutistas. Também não seria a prevenção geral, mas apenas a prevenção especial. Destaca-se a célebre frase de Concépcion Arenal: “Não há criminosos incorrigíveis, e sim incorrigidos”. Busca-se, assim, a emenda de todos os delinqüentes. (2006, p. 120).

O Correlacionismo afasta-se do pensamento clássico, na medida em que deve buscar não mais a repressão ou a punição a todo custo. Não se trata, aqui, de prevenção geral, no sentido de intimidar os membros da sociedade à prática de crimes, mas tão somente de prevenção especial, na medida em que se procura “curar” o doente, que violou a norma penal do caso concreto. Em suma, em uma visão mais ampla da Escola Correlacionista, o delinqüente deve receber um tratamento, deve ser amparado, ou seja, não basta que lhe seja aplicada uma punição devido ao seu ato criminoso, mas deve-se ajudá-lo a combater esse instinto criminoso, levando-o à cura.

## **2.5 Escola Técnico-Jurídica**

O Tecnicismo jurídico surge na Itália em 1910. Arturo Rocco, então, delimitou o método de estudo do Direito Penal como sendo o positivo, que deveria restringir-se à legislação em vigor. Devem, portanto, ficar de fora do campo jurídico, quaisquer aspectos de cunho causal ou explicativo, reservando a sua competência para outras ciências, a saber: antropológicas, filosóficas e sociológicas.

Liderada por Arturo Rocco, Vincenzo Manzini, Massari e Delitala, dentre outros, sempre inspirados nos estudos de dogmática penal elaborados por Binding, nega-se a possibilidade do livre-arbítrio e a existência do Direito natural, defendidos pela Escola Clássica.

Objetivando se afastar da excessiva preocupação com a alocação do homem como centro da ciência penal, propunha uma mudança de método.

“Os tecnicistas repudiavam a parte filosófica que buscava os fundamentos supremos e que apregoava revelações divinas para ensinar que o Direito

Penal é uma ciência que deve se preocupar com a investigação sobre a lei, seu fundamento, sua crítica”. (JORGE, 2005, p. 89).

O método empregado deve ser o técnico-jurídico.

Segundo Bitencourt (2003, p. 62), as principais características da Escola Técnico-Jurídica são as seguintes:

O delito é pura relação jurídica, de conteúdo individual e social;

A pena constitui uma reação e uma consequência do crime (tutela jurídica), com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis;

A medida de segurança – preventiva – deve ser aplicável aos inimputáveis;

Responsabilidade moral (vontade livre);

Método técnico-jurídico;

Recusa o emprego da filosofia no campo penal.

Bitencourt (2003, p. 61) ainda expõe que: “Em outros termos, os positivistas, num primeiro momento, confundiam os campos do Direito Penal, da Política Criminal e da Criminologia”, pois o que havia, segundo os tecnicistas, era uma preocupação excessiva com os aspectos antropológicos e sociológicos do crime, o que traria prejuízo ao estudo do aspecto jurídico das questões.

Porém, em uma segunda etapa, um tanto quanto mais avançada, liderada por Maggiore, Bettioli, Petrocelli e Bataglini, o tecnicismo acolheu a existência de um Direito natural, admitindo o livre-arbítrio como fundamento da punição, levando a pena a um caráter retributivo.

O mérito do movimento, atualmente dominante na Itália e abraçado pela maioria das nações, foi excluir do Direito Penal toda carga de investigação filosófica, limitando-os aos ditames legais. Com efeito, o jurista deve valer-se da exegese para concentrar-se no estudo do direito positivo. As preocupações causais explicativas pertencem a outros campos, filosóficos, sociológicos e antropológicos, que se valem do método experimental. (2006, p. 121).

Para finalizar, podemos concluir que o tecnicismo mudou a maneira de se estudar e pensar o Direito Penal. Representou, portanto, não uma nova escola, mas uma tendência do Direito Penal, posto que não se preocupou com as

questões inerentes à etiologia do delito, à natureza do crime, nem aos fundamentos da responsabilidade, prestigiando apenas o jurídico, ou seja, a exegese.

## **2.6 A defesa social e a nova defesa social**

Durante a revolta dos positivistas, em meados do Século XX, nasce uma defesa social advinda dos pensamentos da Escola Positivista do Direito Penal.

De fato, os positivistas apresentam revoluções no Direito Penal, rejeitando o livre arbítrio como forma de defesa social, olvidando a figura do homem clássico para estudar diretamente a figura do delinqüente. O crime deixava de ser uma entidade jurídica e passava a ser um fato natural e social, examinado em consonância com a realidade objetiva do Direito e, também, em face de sua realidade subjetiva e da personalidade de seu autor, sob um prisma científico. (MASSON, 2006, p. 123).

O movimento de defesa social surgia com uma preocupação de proteger a sociedade contra o ataque dos criminosos. Não possuía mais a preocupação exclusiva com a punição. No entanto, assumia uma postura em defesa da sociedade, só que agora baseada numa política de absoluto respeito aos direitos humanos.

A defesa social muda de perspectiva o Direito Penal até então conhecido, pois até agora o combate à criminalidade tinha por escopo primordial a defesa da sociedade, tendo o infrator papel secundário. Buscava-se, principalmente, combater os perigos que a violação da norma pudesse provocar no seio social.

Para que a função de defesa fosse exercida de forma plena, tanto a justiça, quanto a legislação deveriam se espelhar nos estudos elaborados a partir dos ensinamentos da antropologia e da sociologia, buscando estabelecer as relações existentes entre os diversos ramos do conhecimento científico, resgatando, inclusive, o pensamento da criminologia positivista, que enfocava as causas e conseqüências da criminalidade. Como resultado, adotou-se a aplicação das medidas de segurança e de penas indeterminadas, para que a sociedade fosse protegida enquanto perdurasse o estado de perigo do infrator.

As medidas de segurança, difundidas dentro do sistema penal, em defesa da sociedade, poderiam ser utilizadas como um instrumento de punição mais severo que a própria aplicação das penas resultantes de condenação, pois a sua

aplicação persiste enquanto perdurar a periculosidade do agente e não fica de modo claro estabelecido o limite de seu cumprimento, como ocorre na aplicação das penas de um modo geral.

Como idéia principal, extrai-se a reclamação de segregação dos delinqüentes perigosos com vistas a submetê-los a um regime de rigor. Ao mesmo tempo, buscava-se uma medida de neutralização de tais pessoas, privando-as da eliminação radical com o emprego da pena capital, considerando que o ser anti-social, apesar de tudo, continua sendo um homem, merecendo tratamento coerente com uma política criminal humanista e racional. (MASSON, 2006, p. 125).

Na primeira fase da defesa social havia na legislação apenas aplicações isoladas e remotas do instituto em glosa. Em uma segunda etapa, a medida de segurança foi absorvida e difundida entre os diversos países do globo, incluindo o Brasil, introduzida no Código Penal de 1940.

Entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, o Direito Penal estava alicerçado na assistência educativa e na organização de um estudo completo da personalidade do delinqüente e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Ocorre que nesse mesmo período regimes autoritários emergem no continente europeu, imprimindo ao Direito Penal uma função de intimidação, propagando e fazendo cumprirem os seus ideais de máxima repressão.

No mais, foi um ensinamento penal mais consciente, inserido no sistema com o escopo de aperfeiçoá-lo, não olvidando o seu valor de Estado de Direito. Nesse momento, deu-se à luz uma Nova Defesa Social.

A Nova Defesa Social é, atualmente, um movimento dinâmico e propagador das idéias que surgem e se entrecruzam nos domínios da ciência penal. É inegável o seu papel como estímulo e emulação para os estudos, pesquisas e observações em torno dos problemas criminais, dentro de um amplo espectro, seja no direito e no processo penal, seja sobretudo na definição de uma política criminal garantidora do respeito aos direitos humanos. (LINS E SILVA, 1991, p. 33).

Observa-se, que a linha percorrida pelo Direito Penal segue coerente na medida em que busca a condução do indivíduo para o centro das discussões em matéria de direitos, com a humanização e não à demonização dos infratores, procurando com isso reconhecer um processo penal justo e proporcional.

## 2.7 Funcionalismo Penal

O funcionalismo penal não se relaciona diretamente com as escolas e movimentos penais, imediatamente responsáveis pelo respeito aos direitos individuais dos autores de infrações penais, mas com o conceito jurídico-penal de ação. (MASSON, 2006, p. 128) Registra-se que, em um primeiro momento, tal percepção possa parecer descabida. Contudo, sua lógica será oportunamente esclarecida, já que originou a tese relativa ao Direito Penal do Inimigo.

Coerente é a evolução dos pensamentos penais. É bem verdade, portanto, que o desenvolvimento do funcionalismo penal e, ainda, de sua vertente radical ou sistêmica, que não chega a ser uma escola penal, ocorreu, diga-se, uma probabilidade de pensamentos penais regressivos, posto que voltado a aforismo de natureza autoritária.

De conformidade com o pensamento de Masson (2006, p. 128), também nos parece acertado analisá-lo neste momento, já que a eventual adoção do funcionalismo penal, em vez dos já familiarizados conceitos causal/naturalista, finalista ou social da conduta, implica diretamente o retorno a pensamentos autoritários. O Direito Penal do Inimigo deriva justamente dessa radicalidade.

Verifica-se, portanto, a necessidade de um sistema regulamentador, no qual há uma maior liberdade para se legislar, para o que será entendido como fato incriminador, desde que atenda aos interesses da sociedade. Nesse sentido, parece evidente, no que se refere à realidade do Direito positivo, que a tendência atual do legislador é a de reagir com “firmeza” dentro de uma gama de setores a serem regulados, no marco da “luta” contra a criminalidade, isto é, com um incremento das penas previstas. (JAKOBS, 2007, p. 62).

Assim, querem os filiados da corrente funcionalista e radical, ou sistêmica, solucionar problemas que evidentemente possuem cunho social, com a aplicação máxima do Direito e do Processo Penal que, nada obstante, deveria ser utilizado como *ultima ratio*, conforme alcança a melhor doutrina.

Devem-se sopesar os movimentos dessa teoria, para não resultar em posições totalitaristas, que desrespeitam e violam os princípios protetivos da

dignidade da pessoa humana e ofendem diretamente o regime de liberdades públicas.

### 3 OS ATUAIS MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL NA MODERNIDADE TARDIA

É bem verdade que se vive um período conturbado da História, de modo que se atingem grandes transformações nos diversos campos da ciência, onde se noticia o fim da modernidade e, portanto, o fim de um modo de vida.

Vive-se, hodiernamente outra revolução de costumes, do modo de vida, que não se sabe ao certo a sua equivalência, fenômeno conhecido como pós-modernidade ou modernidade tardia.

Esse novo paradigma advém do nefasto sistema capitalista e instaura uma nova ordem mais excludente ainda, conhecida como neoliberalismo.

Para Cabral, essa nova etapa de vida, denominada de pós-modernidade, deve ser compreendida como um novo momento histórico, marcado pela expansão global de um capitalismo de ações voláteis, fim da guerra fria e a criação dos primeiros *personal computers*. (CABRAL, 2005, p. 85).

Esse novo período que estamos vivenciando transforma as formas de vida e as relações entre os indivíduos e, por essa razão, há de refletir no campo das ciências jurídicas. A esse respeito, Bittar ensina:

Em poucas palavras, na pós-modernidade, o sistema jurídico carece de sentido, até mesmo de rumo e sobretudo de eficácia (social e técnica), tendo em vista ter-se estruturado sobre paradigmas modernos inteiramente caducos para assumirem a responsabilidade pela litigiosidade contemporânea. Assim, a própria noção de justiça vê-se profundamente contaminada por esta falseada e equívoca percepção da realidade. (BITTAR, 2005, p. 87).

É bem verdade a afirmação do autor de que o sistema jurídico já não responde às aspirações da sociedade moderna, uma vez que a litigiosidade contemporânea não é a mesma enfrentada pelo homem do séc. XIX. Com a globalização e as modificações do mundo dito pós-moderno, o direito codificado passa a não mais dar cabo da conflitividade que, hodiernamente, não é meramente individual, e sim coletiva.

O sistema jurídico como um todo sofre diretamente os impactos e abalos da pós-modernidade em sua configuração. O direito que possui a finalidade

de regular as relações sociais não pode ignorar o contexto social, político, econômico em que essas relações se manifestam, sob pena de não produzir eficácia.

Com efeito, sabe-se que a nossa cultura tende à discriminação em todos os aspectos da vida social e, por essa razão, essa tendência há de se refletir diretamente no campo da ciência jurídica.

Para que se possa chegar à essência da questão, com a análise efetiva das conseqüências do Direito e do Processo Penal do Inimigo, faremos uma breve análise do que representam os atuais movimentos punitivistas, pois foram eles que derivaram no Direito Penal do Inimigo, além do funcionalismo. Em um primeiro momento, Gomes e Bianchini alertam: “todos os movimentos punitivistas visam a (sic) punir uma determinada clientela de criminosos, mas só se tornam Direito Penal do inimigo quando agregam à ânsia punitiva alguma flexibilização das garantias” (2006, p. 333).

Anota-se que os movimentos punitivistas, apesar de acreditarem que o problema da criminalidade deve buscar solução no estado policial, não propugnam necessariamente pela flexibilização das garantias constitucionais e processuais, traço esse que determina o Direito Penal do Inimigo como se argüirá mais adiante.

Gomes e Bianchini informam que, dentre todas as tendências atuais de políticas criminais, as principais são as seguintes: as correntes punitivistas e abolicionistas, que recebem a seguinte subdivisão: correntes punitivistas, abolicionistas e minimalistas.

As primeiras (punitivistas) *acreditam* no Direito Penal (a paz social só poderá ser alcançada por meio da intensificação do castigo, da distribuição de penas, ou seja, da difusão da dor e do sofrimento); as segundas não acreditam no Direito Penal (ele seria mais pernicioso que o próprio crime; ‘um mal maior’); as terceiras *desconfiam* dele (desconfiam da sua eficácia para resolver os conflitos penais, não admitem que ele possa resolver os problemas cruciais da sociedade, muito menos da sociedade pós-industrial etc.; procuram justificar a existência do Direito Penal, mas para ser aplicado como instrumento de *ultima ratio*, de modo fragmentário e subsidiário e, mesmo assim, respeitando-se todas as garantias penais e processuais estabelecidas pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito). (2006, p. 333).

Dentro, portanto do fluxo punitivista, mister se faz destacar cinco grupos, que podem ser subdivididos da maneira conforme se comentará adiante.

### 3.1 O Direito Penal como instrumento de dominação

Sob a ótica da dominação, prepondera o Direito Penal, como instrumento de controle para a manutenção da ordem, mesmo quando se tratar de delito de menor potencial de ofensividade. Desse modo, utiliza-se o Direito Penal não como *ultima ratio*, mas sim como um instrumento de organização da ordem pública. Vale dizer, a garantia da ordem pública deve preponderar sobre o interesse individual, mesmo que isso signifique excetuar garantias individuais.

### 3.2 O Direito Penal como instrumento de transformação da sociedade

Nesse caso, concebe-se a validade do Direito Penal para o exercício do *jus puniendi* pelos Poderes do Estado, em relação às classes poderosas. O Direito Penal deve atuar com o objetivo de transformar a realidade social e agir voltado contra a elite, que comete crimes normalmente e, na maioria das vezes, visando o dinheiro público, em função da posição que os agentes ocupam ou do modo pelo qual se relacionam com os agentes estatais.

A título de exemplo, recentemente assistimos ao espetáculo televisivo do modo de atuação da polícia federal, onde se buscava a utilização do direito penal contra a atuação dos poderosos, principalmente os ocupantes de cargos públicos, notícia amplamente divulgada pelos meios de comunicação.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Cerca de 250 pessoas, entre agentes da Polícia Federal, da Receita Federal e do Ministério Público Federal, participam de uma megaoperação desde o início da manhã desta quarta-feira, na nova loja da Daslu que fica na avenida Chedid Jafet, na Vila Olímpia (zona sul de São Paulo). As suspeitas seriam de sonegação fiscal, contrabando e subfaturamento na importação de mercadorias. Informações iniciais dão conta de que, além de mandados de busca e apreensão, há ainda um mandado de prisão contra a empresária Eliana Tranchesì, proprietária da marca. Todos os veículos que chegam ao setor de carga e descarga do estabelecimento estão sendo vistoriados. De segunda a sexta-feira, o horário de funcionamento da loja, inaugurada há pouco mais de um mês, é das 10h às 20h. Em seus quatro andares, que ocupam 17 mil metros quadrados, estão à venda desde cosméticos e coleções de grifes internacionais até lanchas. Reportagem veiculada no caderno do *jornal Folha on line*, Caderno Cotidiano, 13.07.2005.

### **3.3 O Direito Penal como instrumento promocional de tutela de bens jurídicos específicos**

Tem como objetivo principal transformar o meio social, por meio da utilização do Direito Penal. Assim, o Direito Penal passa a servir à defesa promocional de determinados bens jurídicos. Esse movimento é concebido normalmente pelos novos defensores da moral coletiva. E quem são os novos grupos que representam, na atualidade, a moral coletiva? Silva Sánchez destaca:

É nesse contexto que adquire todo seu sentido a referência à existência de “atypische Moralunternehmer”, expressão com a qual se designam alguns novos gestores da moral coletiva (e do recurso ao Direito Penal, naquilo que aqui especialmente interessa). Se os tais “gestores” vinham sendo tradicionalmente determinados estamentos burgueses-conservadores, hoje adquirem tanta ou mais relevância em tal papel as associações ecologistas, feministas, de consumidores, de vizinhos (contra os pequenos traficantes de drogas), pacifistas (contra propagação de ideologias violentas), antidiscriminatórias (contra ideologias racistas ou sexistas, por exemplo) ou, em geral, as organizações não governamentais (ONGs) que protestam contra a violação de direitos humanos em outras partes do mundo. (2002, p. 63).

Com isso, utilizam-se do discurso repressivo como uma forma de defesa de seus próprios interesses. Em outras palavras, defendem uma política expansionista, ou seja, uma maior intervenção do poder estatal, com o intuito de proteger determinados bens que lhes são próprios.

### **3.4 O Direito Penal como instrumento de estabilização da norma**

Jakobs entende que, utilizando o Direito Penal de modo preventivo, acabaria por inibir o agente à prática de atos contrários às normas do Estado.

Partindo dessa perspectiva, chega-se a uma concepção coerente do ordenamento jurídico: o direito não é um muro construído para proteger os bens, é sim, a estrutura que garante a relação entre as pessoas. Portanto, o direito penal como proteção dos bens jurídicos significa que uma pessoa, apegada a seus bens, é protegida das ameaças de outra pessoa. (2005, p. 33).

Deve-se reforçar e garantir o aspecto da funcionalidade da vigência das normas. Ou seja, utilizar o Direito Penal não diretamente na proteção de um bem jurídico lesionado, mas contra a simples possibilidade de ataque a esse bem. Antecipa-se a punibilidade para um momento anterior ao ataque, evitando-se a lesão

e protegendo a sociedade, mesmo que isso possa implicar em redução de garantias materiais e processuais.

### **3.5 O Direito Penal como instrumento de segurança contra os novos riscos oriundos da sociedade contemporânea (pós-industrial)**

Essa modalidade vem ao auxílio do controle de possíveis riscos que a sociedade possa sofrer com os avanços tecnológicos, pois o Estado não conseguiria cumprir essa tarefa de outra maneira.

O crescimento econômico, na atualidade, tem sido muito rápido, os avanços tecnológicos são incontestáveis, a evolução técnica (na indústria, na biologia, na genética, na informática, na área nuclear, nas comunicações, etc) é impressionante. Tudo isso traz riscos para a convivência humana. A decisão de uma pessoa pode colocar em risco toda uma comunidade ou uma região ou mesmo um país. O Estado não está em condições de controlar todos esses avanços nem de prevenir a criminalidade que lhe é inerente, logo deve se valer do Direito Penal, seja para evitar a criação de riscos, seja para conter a criminalidade organizada. Já não se trata de um Direito Penal preocupado em evitar lesões a bens jurídicos: agora o que importa é a antecipação da tutela penal, para não deixar que se criem riscos.(...). (GOMES e BIANCHINI, 2006, p. 338).

Gomes e Bianchini identificam com alto grau de clareza quem são os inimigos dos movimentos punitivistas e os classifica da seguinte forma:

Os inimigos do punitivismo: os que defendem o Direito Penal como instrumento de dominação visam a castigar os miseráveis, pobres, marginalizados, toxicômanos, favelados, excluídos, homossexuais, prostitutas, etc.; os que sustentam o Direito Penal como instrumento de contrapoder visam a controlar e punir 'os poderosos', os criminosos organizados, máfias, lavadores de capitais, empresários, quadrilheiros, políticos, funcionários corruptos, parlamentares fraudulentos, etc.; os que pregam o Direito Penal como instrumento promocional de específicos bens jurídicos visam a punir o criminoso ambiental, o autor de crimes sexuais, quem viola os direitos dos consumidores, etc. Os que defendem o Direito Penal como instrumento de estabilização da norma visam a sancionar os infiéis ao Direito Penal moderno, que ofereça segurança contra os riscos da sociedade pós-industrial, visam a castigar quem exerce profissões ou atividades técnicas arriscadas, empresários que ocupam posição de comando nas empresas, profissionais liberais que criam riscos proibidos em suas atividades, criminosos organizados etc.(2006, p. 339).

Em relação às principais tendências político-criminais em contraposição ao punitivismo, podemos enfatizar, assim como fez Gomes e Bianchini: as correntes abolicionistas, que possuem diferentes graus de compreensão dessa representação, mas que, grosso modo, tendem a negar o vigor

do sistema penal, como algo que traga resultados eficientes nas soluções dos conflitos existentes na sociedade.

Os principais reflexos institucionais em relação a essa tendência, segundo Castro (2000, p. 41), são os seguintes: reforma no Código Penal e Código de Processo Penal, com ênfase na primazia da vítima, nos moldes da justiça restaurativa, priorizando a necessidade de acordos em matéria penal. Defendem medidas alternativas à pena de prisão, pois comprovado está a sua ineficácia, bem assim, a adoção da tese da descriminalização de condutas, abraçando um Direito Penal mínimo, sem deixar de lado, na hipótese mais radical, a própria abolição do Direito Penal.

Tal modelo engloba inúmeras perspectivas, todas, no entanto, voltadas à defesa de um Direito Penal pautado por garantias humanitárias, enfim, que se contrapõe à possibilidade de se buscar a resposta ao mal causado pelo crime, por meio da intensificação do Direito Penal.

A partir das posturas abolicionistas, passou-se a teorizar a defesa menos radical que a abolição completa do Direito Penal, antes defendida, pois, nesse momento, pode-se considerar como sendo uma alucinação tal maneira de pensar, tendendo para a aplicação do Direito Penal de maneira menos intervencionista, de modo fragmentário e subsidiário.

Amaral (2007, p. 299) esclarece a função exercida pelo Estado perante a sociedade, em um sistema punitivo:

A escolha do ideal de liberdade como fundamento do poder do Estado estrutura um sistema punitivo no qual a justificação da intervenção penal do Estado na liberdade individual está submetida a critérios de racionalidade e civilidade. O objetivo do Estado reside na criação e efetivação de normas de proteção dos direitos fundamentais do ser humano frente a qualquer forma de exercício arbitrário do poder. Esse modelo de sistema punitivo tem em sua base um conjunto de princípios cujo objetivo é assegurar “o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”, princípios esses que, por sua vez, são resultado de dois elementos constitutivos: o convencionalismo penal e o cognitivismo processual.

No mesmo sentido de direção, os minimalistas, que possuem uma postura crítica baseada no princípio da intervenção mínima do Direito Penal, defendem que este deve ser fragmentário e subsidiário.

### **3.5.1 Fragmentariedade do Direito Penal**

Trata-se de princípio que está intimamente ligado à tutela dos bens jurídicos, sendo inconfundível com as tutelas morais. O Direito Penal deve se limitar a proteger os bens jurídicos considerados mais relevantes da sociedade, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, vez que deve se ocupar apenas dos bens de maior proeminência, sem sancionar todas as condutas lesivas, mas tão somente aquelas consideradas mais graves.

### **3.5.2 Subsidiariedade do Direito Penal**

A subsidiariedade do Direito Penal é considerada pressuposto de sua fragmentariedade. Ambas são, aliás, características do princípio da intervenção mínima. Seria um modo de o Estado resolver os conflitos existentes na sociedade, como uma segunda opção, pois, em primeiro lugar, é imperioso tentar a solução através de outros ramos do direito.

A doutrina brasileira, por intermédio dos representantes expansionistas, idealiza o sistema penal como único instrumento hábil de controle da criminalidade, esquecendo-se que o sistema penal é mero reproduzidor da realidade social e, portanto, onde não há justiça social, não pode haver justiça penal. Não se pode almejar a paz pública onde não há justiça social.

#### **4 EXPANSIONISMO PENAL. DAS POLÍTICAS CRIMINAIS HUMANISTAS AO PARADOXAL DIREITO PENAL DO INIMIGO.**

Se as Escolas Penais representaram continuamente um avanço rumo a uma perspectiva de respeito à dignidade do ser humano, sempre em busca de uma nova forma de pensar e agir por meio do Direito, atualmente essa afirmativa não pode ser vista como sendo verdadeira.

Houve um retrocesso, ainda que paradoxal, na medida em que se exige do Direito Penal uma postura muito mais intervencionista, como se fosse resultar na solução da conflitividade coletiva contemporânea. Dentro desse viés, busca-se a compreensão através das políticas criminais, por ter nos legado o que se denomina de Direito Penal do Inimigo.

Greco (2006, p. 725) se posiciona da seguinte maneira:

Com relação à atual política criminal, temos como características principais a expansão do Direito Penal. Temos então o surgimento de setores inteiros de regulação, acompanhado de uma atividade de reforma de tipos penais já existentes, realizada a um ritmo maior que épocas passadas.

Sabe-se que as causas da criminalidade possuem aspectos multidisciplinares, bem por isso a solução dos problemas correlatos não será eficaz, na medida em que se adotam políticas criminais, unicamente no campo da dogmática ou da segurança pública.

Para problemas cujas causas são complexas e multidisciplinares, não há solução simplista e, portanto, não serão decididos pela via única do Direito.

Especificamente no bojo do campo normativo, pode-se optar por uma solução voltada para o recrudescimento da legislação penal ou pode-se optar pela busca de um equilíbrio entre o que se denomina *jus puniendi* e *jus libertatis*.

A opção de tal e qual modelo, muitas vezes se deve a novos fatores de conflitividade coletiva hodierna caracterizada, por infrações resultantes de operações fraudulentas idealizadas por grandes conglomerados econômicos, que possuem por meta a busca incessante pelo lucro, sem a mínima preocupação com os abalos que provocam na estrutura social.

Os poderosos encontram no sistema penal uma defesa forte para a manutenção do *status quo*, com a proteção de seus interesses, escondendo-se por detrás de uma pessoa jurídica capaz de ludibriar a lei e as autoridades constituídas. Desse modo, na grande maioria das vezes, consegue escapar das malhas da justiça, fato gerador de impunidade, alimentando o que se denomina de cifra negra.

Em contraponto, do outro lado da balança reside a criminalização da pobreza, do encarceramento em massa, com a evidente exclusão dos despossuídos de bens ou serviços essenciais.

Diante da crescente criminalidade e do medo espalhado na sociedade pós-industrial ou modernidade tardia, impulsionados pela pressão midiática, os juristas passam a posicionar-se de duas maneiras, basicamente: os expansionistas e os minimalistas.

Os advogados da ordem expansionista do Direito Penal avistam a potencialidade de combater a criminalidade através de penas mais austeras, com maior incidência do Direito Penal, ou seja, com tolerância mínima em relação às infrações penais.

A realidade é resultante da complexidade da vida, que se sucede através de avanços e regressos, ante a difícil tarefa de eleger no campo normativo, um paradigma que seja ao mesmo tempo garantidor dos Direitos Fundamentais dos humanos, considerados individualmente e, ao mesmo tempo, influente na segurança desejada pela sociedade.

O fluxo de vanguarda peregrina e se firma no sentido da busca incessante de um Direito Penal mínimo, na medida ideal frente às necessidades prementes de respeito aos Direitos Humanos, mas efetivamente arranjando um contraponto com a obrigação de proporcionar segurança aos membros da coletividade.

Mesmo assim, parece evidente que o legislador tenha optado por um caminho menos garantista, com a defesa consistente na elaboração de leis cada vez mais severas.

Hassemer, por exemplo, defende a existência de um 'Direito Penal Eficiente', pois dele se espera ajuda efetiva em caso de necessidade e a garantia de segurança dos cidadãos. Para tanto, recomenda a adoção de uma política de repressão da violência, a ser aplicada mediante a aplicação

de penas patrimoniais contra traficantes de drogas com menores requisitos para sua imposição e quantificação, a criação de tipos penais contundentes contra a “lavagem de dinheiro”, observação policial sistemática de autores, em vez de esclarecimentos sobre fatos puníveis, utilização de agentes infiltrados, ampliação das hipóteses possíveis de imposição da prisão preventiva, dentre outras medidas para prevenção e repressão da criminalidade. (2006, p. 135).

Dessa forma, propugnam por uma aplicação expansiva do Direito Penal, que necessitaria controlar a vida social, de maneira mais intensa, sem a preocupação com o efeito de seu aproveitamento. O desígnio é de afastar os comportamentos indesejados. Mesmo porque, se não houver uma resposta à altura da criminalidade, a sociedade se desacreditaria de todas as instituições ligadas ao *persecutio crimininis*.

Dividindo o mesmo espectro, observa Silva Sánchez:

O paradigma do Direito Penal clássico é o homicídio de um autor individual. Não parece desarrazoado sustentar que a maior parte das garantias clássicas do Direito Penal adquire seu fundamento nessa constatação. O paradigma do Direito penal da globalização é o delito econômico organizado tanto em sua modalidade empresarial convencional como nas modalidades da chamada macrocriminalidade: terrorismo, narcotráfico ou criminalidade organizada (tráfico de armas, mulheres ou crianças). (2002, p. 93).

A heterogeneidade do movimento minimalista, que defende a aplicação do Direito Penal substancial ou adjetivo como *ultima ratio*, pautado pelo princípio da mínima intervenção, apregoa que o atuar do Direito material e processual só será eficaz, em última hipótese, de maneira fragmentária e subsidiária. Vale dizer, somente quando os outros ramos do direito não alcançarem os seus objetivos, através de suas normativas, deixando os conflitos sem a almejada solução.

A característica preponderante dessa corrente seria a de resguardar as garantias tidas por fundamentais dos seres humanos. Reconhece, no âmbito do Direito adjetivo, que o Processo Penal é um instrumento de garantias, antes mesmo de ser considerado como exercício do *jus puniendi*.

Propõem os defensores dessa ordem, que só mesmo através da adoção de modelos de sistema penal mínimo, ditos garantistas, imparciais, é que se chegará a um processo que seja essencialmente garantidor das liberdades públicas, com capacidade não de solucionar, mas, ao menos, mitigar a criminalidade, esta sim em processo de expansão.

Duarte (2006) esclarece que a política criminal, a dogmática jurídico-penal e a Criminologia, cientificamente são consideradas como ramos autônomos, independentes. Porém, diante do Direito Penal, devem ser consideradas como unidades dependentes, em razão de sua funcionalidade.

Bem por isso, seria impossível a compreensão da teoria do Direito Penal do inimigo, sem a ciência exata que, por detrás dessa definição esconde-se a ideologia, representada por uma realidade política e histórica.

Prittwitz ensina que o Direito Penal do Inimigo, também denominado de Direito Penal do risco é o resultado da combinação de alguns fatores, o que significa dizer que ele não nasce do acaso:

O direito penal do risco e direito penal do inimigo não são dois conceitos independentes um do outro; direito penal do inimigo não é uma expressão que está na moda, e que apenas substitui outra expressão que está na moda – o direito penal do risco. Este último descreve, a meu ver, uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta de resultado de uma época, estrutural e irreversível; uma mudança cujo ponto de partida já é fato dado e que tanto encerra oportunidades como riscos. Direito Penal do inimigo, em contrapartida, é a consequência fatal e que devemos repudiar com todas as forças de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada – independentemente de se descrever o direito do risco como um ‘direito que já passou a ser do inimigo’, como fez Günther Jakobs em 1985 - naquela época ainda em tom de advertência – ou de se defender veementemente o modelo de um direito penal parcial, o direito penal do inimigo, como fez Günther Jakobs mais recentemente. (2004, p. 32).

É bem verdade que o Direito Penal, assim como o Direito de um modo geral, situa-se no interior de um sistema muito amplo e complexo, que é a “realidade política”.

O processo, portanto, instrumentaliza a vontade daqueles que efetivamente detém o poder e nem poderia ser de outra forma. Não que seu sentido seja apenas este. Chauí, esclarece que:

No caso do Estado moderno, como vimos, as idéias de estado de natureza, direito natural, contrato social e direito civil fundam o poder político na vontade dos proprietários dos meios de produção, que se apresentam como indivíduos livres e iguais que transferem seus direitos naturais ao poder político, instituindo a autoridade do Estado e das leis. (2005, p. 386).

Esses ensinamentos demonstram a forma de atuação da ideologia do Direito, pois estão a demonstrar a existência de uma ordem Estatal legítima e que

todos os cidadãos a ela aderiram de forma livre e desobrigada, pois buscavam a segurança das leis. Ao que se sabe isso não representa a verdade dos fatos.

Atualmente, Prittwitz identifica:

O problema é intensificado por duas tendências: primeiramente pelas tendências de desnacionalização (europeização, internacionalização, globalização) do direito criminal, evoluções que não são prejudiciais em si, mas que aprofundam e intensificam a tendência assumida pelo direito penal em cada situação dada. E em segundo lugar, pela importância crescente da mídia, principalmente da mídia eletrônica de massas, que exerce sobre a política criminal do Estado uma pressão à qual é difícil resistir. (2004, p.32).

Verifica-se, pois, de que forma foi ganhando corpo o fenômeno da expansão do Direito Penal e a sua utilização como possibilidade de responder aos reclames sociais de mais segurança.

Silva Sánchez, em comentários a respeito das causas da expansão do Direito Penal, alude que:

No momento atual, em suma, o tema no debate social não é a criminalidade dos despossuídos, *leitmotiv* da doutrina penal durante todo o século XIX e boa parte do século XX, senão, preponderantemente, a criminalidade dos poderosos e das empresas (*crimes of the powerful – corporate and business crime*). Agora vejamos, isso supõe a introdução de um importante erro de perspectiva sobre o que convém alertar. Com efeito, aqui e agora, continua sendo possível afirmar que os 80% da criminalidade (ao menos, definida como tal e perseguida) permanecem manifestando-se como criminalidade dos marginalizados (*lower class crime*), de modo que se corre o risco de tomar a parte (menor, mas muito difundida pelos meios de comunicação) pelo todo. Daí que a aposta, que parece decidida, por uma expansão do Direito Penal, que congloba a relativização dos princípios de garantias e regras de imputação no âmbito da criminalidade dos poderosos, sendo criticável em si mesma, pode incorrer, ademais, no erro adicional de repercutir sobre a criminalidade em geral, incluída a dos *powerless*, algo que aparentemente se ignora na hora de propor as reformas antigarantistas. (2002, p. 54).

A sociedade, cada vez mais insegura e desamparada pelo poder público, em face da ação dos criminosos, especialmente a criminalidade organizada, exige maior segurança.

A mídia, no mesmo sentido, influencia de maneira decisiva a opinião pública através dos meios de comunicação de massa, na medida em que demoniza aqueles que são considerados criminosos, mostrando-os como irrecuperáveis e, a partir daí, o único remédio plausível seria a coação.

Partindo dessa premissa, os crimes mais aterrorizantes possíveis e inimagináveis são expostos de maneira a transpor o criminoso da figura de ser humano para a figura de um animal estúpido, uma “não pessoa”.

Fica a impressão de que as infrações são cometidas única e exclusivamente pela perversidade inata de alguns indivíduos e que tais condutas seriam fruto de desajustes psicológicos e não de problemas de cunho social, como a gritante desigualdade econômica, restando a impressão (simbolismo) de que só mesmo através de uma intensa atuação do Direito Penal, é que se solucionará um problema que, na verdade, possui múltiplos fatores causais.

Toda essa tendência punitiva tem um custo muito alto suportado pelas ciências criminais e, principalmente, pelos excluídos socialmente.

Prittwitz leciona:

Por fim, se paga ainda mais outro preço, com a já citada aplicação, muito freqüente, muito rígida ou incorreta do direito penal, preço este que às vezes é tratado pela política criminal do Estado (e, lamentavelmente, também pelas ciências criminais) como ‘a ser pago em moeda pequena’. Este preço é pago pelos cidadãos sujeitos ao direito penal; em alguns países (por exemplo, na Alemanha, segundo minha convicção), é pago por quase todos os cidadãos que entram no campo de visão dos expansionistas do direito penal; em outros países este preço é pago principalmente pelos pobres, com pouca formação – em outras palavras, por aqueles que já são excluídos. (2004, p. 33).

O dinamismo do Direito deve acompanhar as transformações sociais. Isso, de fato, vem acontecendo ao longo dos tempos. Passa-se por momentos de transição e de rompimento de paradigmas. Caminha-se, por vezes, em busca de um sistema que respeite os Direitos Fundamentais do ser humano, principalmente no terreno do Processo Penal, onde esse conflito se mostra mais evidente.

Em contraposição a esse modelo dito garantista, contribui a propagação do medo e a insegurança social, que reflete na sociedade e, conseqüentemente, no legislador e nos aplicadores do Direito, na medida em que devem perquirir a solução da questão da segurança pública, de outros modos que não unicamente no campo penal.

Prefere-se, no entanto, a resolução dos problemas com mais Direito Penal, o que significa dizer menos garantias processuais e materiais, pois se

acredita ser a única forma eficaz de combate à violência generalizada, na visão expansionista.

Conforme a leitura de Masson:

Entretanto, em períodos de enfrentamento da elevada criminalidade, mormente aquela revestida de intensa danosidade social, não são poucas as ondas de retorno ao passado, é dizer, de intenções de readaptar ao contexto atual idéias penais já ultrapassadas, afrontando até mesmo normas constitucionais, muitas vezes esquecidas para a criação de leis oportunistas, colocando em risco a segurança da própria sociedade. (2006, p. 115).

De fato, a evolução dos sistemas ocorre de forma gradual, não por saltos, mas, degrau a degrau. Necessária a intensa e complexa discussão em torno das questões que envolvem o objeto de investigação. Às vezes, com um passo para frente e outro para trás.

A criminalidade acentuada, em função da representação social construída num quadro de desigualdades sociais mundo afora, principalmente nos países de capitalismo periférico, traz uma falsa aparência acerca da validade do punitivismo.

Com efeito, o Direito Penal do Inimigo surge nesse contexto expansionista. Embora o conceito possa ser considerado avelhantado, ganha nova roupagem, agora corroborada pelos atentados terroristas vivenciados recentemente e, direcionados contra as potências economicamente mais fortes e controladoras da economia mundial.

Como exemplo de inimigos, menciona-se, portanto, o ataque às torres gêmeas de Nova York, em 11 de setembro de 2001, como conduta inequívoca de indivíduos de tal estirpe. Apontam-se, ainda, os integrantes de organizações criminosas, delinqüentes econômicos, autores de crimes contra a liberdade sexual, os próprios terroristas e, residualmente, os responsáveis pela prática de infrações penais graves.

Essa modalidade de Direito prioriza o autor do crime e não a conduta e viola, peremptoriamente, as garantias individuais, já que busca a repressão penal em face de determinada pessoa, pelo que ela é ou representa e não pelo que ela efetivamente praticou, legitimando uma seletividade histórica do

Direito Penal. Ninguém jamais se esquecerá do holocausto, onde os indivíduos eram privados de suas garantias básicas pela mera condição pessoal.

A máxima seletividade se deu justamente no período da nacional-socialista, na Alemanha, onde a política de etiquetamento das pessoas era clarividente, já que se buscava a perseguição de inúmeras pessoas, aquelas que não possuíam traços próprios típicos do povo alemão, por causa de múltiplos fatores.

Diante disso, percebe-se que o inimigo é, na verdade, transformado em inimigo da sociedade. Na verdade, é a sociedade de controle que os transforma, na medida em que lhes são negados direitos básicos e fundamentais, de forma individual ou coletiva. Desse modo, não vê o “inimigo”, possibilidades, nem vantagens em se adequar ao modelo social normativo.

É de fato claramente paradoxal que, ao invés de se manter fragmentário, o Direito Penal tenha se expandido.

O que é principal e verdadeiramente alarmante para mim é que justamente o direito penal que protege os direitos e bens do cidadão e que por isto tem a consciência comparativamente tranqüila, este direito penal em essência legítimo e útil, e talvez até necessário, foi desvirtuado para um direito penal do inimigo, processo este iniciado pela orientação do risco e pressionado pelos problemas, não esquecendo sua aparente multiplicação pela mídia, que traz consigo uma multiplicação real da insegurança. (PRITTWITZ, 2004, p. 44).

Esclarece também sobre a mudança de direção do Direito Penal:

Pior: os problemas urgentes da sociedade moderna e em muitos aspectos em rápida evolução – mencione-se aqui apenas os exemplos da ecologia e a economia – na verdade permanecem sem solução devido ao fato de terem sido transferidos de forma excessiva para a esfera do direito penal. Às vezes há até que se temer efeitos colaterais contraproducentes pela aplicação do direito penal. Ajustes posteriores distorcem continuamente o perfil do direito penal característico do Estado de Direito, devido ao fato de não se ver as causas estruturais dos problemas – ou talvez seja mais exato denominá-lo sistêmicas – que tendem a levar ao fracasso do solucionador de problemas que é o direito penal. (PRITTWITZ, 2004, p. 41).

A visão parcial e não totalitária dos problemas sociais faz com que a busca de solução, via Direito Penal revele-se contraproducente, pois se trabalha apenas com os efeitos e implicações e não com as causas multifatoriais existentes.

O Estado repressor utiliza leis rígidas e inflexíveis para limitar os direitos e as liberdades, violando as garantias fundamentais do ser humano, por considerá-lo como inimigo.

O Direito Penal do Inimigo, num sentido mais amplo, aí incluindo o Direito Processual, surge no ordenamento jurídico de uma forma desarmônica, imprecisa, propositadamente ou não, e se exterioriza apoiado, em parte, pelas decisões do Poder Judiciário.

A doutrina reconhece que o Direito Penal do Inimigo está presente em variadas legislações do mundo, tanto nos países do primeiro mundo, quanto nos países de capitalismo periférico. Nestes últimos, a consequência é muito mais ruínosa, pois, na maioria das vezes, encontra terreno fértil em regimes antidemocráticos ou em transição, com insuficiente tradição no que tange ao respeito aos Direitos Fundamentais do homem.

Muito se discutiu sobre um conceito do Direito Penal do Inimigo sem, contudo, se chegar a um conceito que fosse unívoco.

A discussão é salutar na medida em que nos remete ao reconhecimento de sua existência e de suas consequências na vida da sociedade. Para que a discussão possa progredir, pretende-se buscar agora a análise do Direito Penal do Inimigo em toda a sua expressão.

## CAPÍTULO II

### 5 A CONCEITUAÇÃO DO INIMIGO EM GÜNTHER JAKOBS: ESSÊNCIA

Em apertada síntese, baseado na concepção dos filósofos da Idade Moderna e, valendo-se do esboço de Jakobs, verifica-se que ele procura erguer os pilares de sustentação de sua teoria na análise destes postulados.

Foi Günther Jakobs quem inaugurou a discussão da temática “inimigo”, no campo das ciências criminais. Existe, portanto, uma impossibilidade material de se pesquisar o acontecimento no Direito contemporâneo sem, de modo óbvio, esquadrihar os seus pensamentos.

Nesse passo, fundamentou os seus estudos por meio de filósofos modernos, tais como Rosseau, Fichte, Hobbes e Kant. Tais pensadores reconhecem a possibilidade de oposição do Direito em relação às pessoas que não proporcionam um mínimo de credibilidade, ou seja, os que permanecem em reincidência criminosa, colocando em risco a sociedade e, indiretamente a existência do Estado.

Na ótica de Jakobs existem dois tipos de Direito Penal: o do cidadão, dirigido ao indivíduo que desobedece ao ordenamento penal, mas que não oferece nenhum risco para a ordem jurídica e para a segurança da sociedade e do Estado. E o Direito Penal do Inimigo, direcionado a determinada categoria de pessoas, que freqüentemente costumam violar o ordenamento jurídico e, portanto, oferecem riscos à ordem e à segurança jurídica e a segurança da sociedade.

Inimigo é o contumaz e potencial violador da norma jurídica, que de forma clara e objetiva menospreza a ordem estabelecida e se posta de maneira a afrontar as normas jurídicas, deixando claro que não se submeterá às regras estabelecidas pelo direito.

O Estado fica obrigado a adotar posição, por meio de uma legislação de Direito substantivo e adjetivo, muito mais rígida que a habitual, inclusive com flexibilização de garantias, já que se trata de uma afronta, uma verdadeira “guerra”

travada entre aqueles que não se submetem às imposições legais de um Estado Democrático de Direito, cujo objetivo derradeiro é a pacificação social.

Se parte dos membros do corpo social não aceitam e não acatam o Direito posto, possível é o desrespeito aos Direitos Humanos individuais, conquistados ao longo de séculos de luta, já que se trata de uma verdadeira guerra, conforme dito, onde o Estado é o protetor da sociedade. Logo, deverá combater o inimigo, indivíduo que vive à margem da sociedade, de modo que não se pauta por suas regras e por isso não teria o direito de invocá-las em sua defesa.

Visto desse modo, o direito penal já não garante a existência dos bens jurídicos em si, mas sim, que as pessoas não ataquem esses bens e, de maneira correspondente, unicamente dessa forma, tratar-se-á de bens *jurídicos* como meros bens que poderão perecer. Isso nos leva a uma concepção mais coerente: a morte por senilidade é a perda de um bem, mas a punhalada de um assassino é uma lesão de um bem jurídico; o automóvel corroído pela ferrugem é um bem que desaparece; sua destruição intencionada é uma lesão de um bem jurídico. Portanto, o direito penal não serve para a proteção genérica de bens que são considerados como jurídicos, serve sim, para a proteção de bens contra certos ataques, e só no que se refere a essa proteção de bens, aparecerão na ótica do direito, e, portanto, serão considerados bens jurídicos. (JAKOBS, 2005, p. 33).

Percebe-se que a pesquisa em comento é uma teoria em edificação e que teve como primeira linha de raciocínio um reduzido trabalho elaborado na década de 1980, por Günter Jakobs e divulgada, mais precisamente em 1985, na Revista de Ciência Penal alemã (ZStW97-1985), onde procura identificar o fenômeno. A partir de 1999, em um Congresso de Professores de Direito Penal na Alemanha, muda a sua postura que, de simples identificação passa à defesa da legitimação do Direito Penal do Inimigo.

No ano de 2003, lança-se a outro trabalho, também inextenso, mas de profunda densidade, onde assume postura categórica em direção à legitimidade da tese, obra em conjunto com o seu discípulo Manuel Cancio Meliá, denominada de *Derecho penal del enemigo*, cuja tradução para o Direito nacional foi elaborada por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, base do presente trabalho.

O enfoque de Günther Jakobs ostenta postura de legitimação da teoria do Direito Penal do Inimigo, antes utilizada como conceito meramente descritivo. Na segunda parte da mesma obra, sofre severas críticas formuladas por Manuel Cancio Meliá, que contra-ataca a questão da legitimação, defendida na primeira parte do trabalho por Jakobs.

Como decorrência dos atentados terroristas, praticados em relação aos Estados Unidos da América, em 11 de setembro de 2001, seguido dos atentados em Madrid, em 11 de março de 2004, e dos atentados em Londres, de 7 de julho de 2005, a teoria que vinha ganhando alento explode e recebe uma notoriedade ímpar, principalmente na academia. Ocorre, portanto, a identificação do inimigo, num sentido particular, como sendo o terrorista.

Jakobs faz referência expressa aos atentados suicidas que marcaram a história contemporânea:

Ao que tudo isto segue parecendo muito obscuro, pode-se oferecer um rápido esclarecimento, mediante uma referência aos fatos de 11 de setembro de 2001. O que ainda se subentende a respeito do delinqüente de caráter cotidiano, isto é, não tratá-lo como indivíduo perigoso, mas como pessoa que age erroneamente, já passa a ser difícil, como se acaba de mostrar, no caso do autor por tendência. Isto está imbricado numa organização – a necessidade da reação frente ao perigo que emana de sua conduta, reiteradamente contrária à norma, passa a um primeiro plano – e finaliza no terrorista, denominação dada a quem rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico (...). (JAKOBS, 2007, p. 36).

Jakobs trouxe para o Direito Penal a teoria do funcionalismo sistêmico ou radical a sustentar que ele não é outra coisa senão um subsistema do sistema social. A função primordial do Direito Penal é a proteção da norma e que só de maneira indireta protegeria os bens jurídicos considerados fundamentais, significando verdadeira inversão do consagrado sistema de apuração de conduta e resultado. (GOMES e BIANCHINI, 2006, p. 329).

Consagra-se com a idéia de que primordial é a defesa da ordem jurídica, que deve figurar em primeiro plano e fica para um segundo plano a defesa dos direitos e garantias fundamentais individuais.

Defende Jakobs que o Direito Penal só terá a confiança dos membros do corpo social, com a aplicação reiterada da norma e conseqüentemente da aplicação reiterada da pena. Jakobs acredita que os inimigos são: terroristas, delinqüentes organizados, autores de crimes sexuais, dentre muitos.

Como deve ser tratado o inimigo?: (a) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (b) o cidadão, mesmo depois de delinqüir, continua com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só é sua periculosidade); (c) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança (porém, não a destinada aos inimputáveis, que tem caráter curativo, sim medida de segurança detentiva para os imputáveis); (d) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (e) as medidas contra o inimigo não olham

prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (que ele representa de perigo futuro); (f) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade. (GOMES e BIANCHINI, 2006, p. 330).

Nessa baliza de raciocínio, Jakobs então desenvolve declaradamente uma distinção entre indivíduos que possuem as características de cidadão, de outros que possuem as características de inimigo. Aos primeiros, deve ser arrogado o título de pessoa; aos segundos, esse título deve ser negado.

O devido processo legal, constitucionalmente previsto nas legislações vigorantes em regimes populares, diante da teoria em comento, não deve ser ampliado a todos os membros do corpo social, pois em relação a quem representa ameaça para o Estado, devem esses princípios ser flexibilizados. Justifica-se, portanto, tornar menos rígidos os princípios, porque se trata de consagrar em um primeiro plano o Direito da sociedade que deve estar no núcleo do sistema e não o ser humano considerado em sua individualidade.

*A pena de prisão* tem duplo significado: um simbólico e outro físico: (a) o fato (criminoso) de uma pessoa racional significa uma desautorização da norma, um ataque, à sua vigência; a aplicação da pena, por seu turno, simbolicamente, retrata a idéia de que é irrelevante ter praticado essa conduta (para o efeito de se destruir o ordenamento jurídico); a norma segue vigente e válida para a configuração da sociedade, mesmo depois de violada; (b) a pena não se dirige ao criminoso, sim, ao cidadão que atua com fidelidade ao Direito; tem função preventiva integradora ou reafirmadora da norma; (...). (GOMES e BIANCHINI, 2006, p. 331).

Enquanto no Direito Penal do cidadão vigoram os princípios garantidores de defesa do acusado, no Direito Penal do Inimigo deve haver uma flexibilização dessas garantias, chegando ao ponto de uma eventual supressão.

É de suma importância saber, mesmo que superficialmente, as características diferenciadoras do Direito Penal do Inimigo:

Síntese das características que distinguem o 'Direito Penal' do inimigo: (a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); (b) inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; (c) aumento desproporcional de penas; (d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); (e) endurecimento sem causa da execução penal;

(f) exagerada antecipação da tutela penal; (g) corte de direitos e garantias processuais e fundamentais; (h) infiltração descontrolada de agentes policiais; (i) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); (j) medidas penais dirigidas contra quem exerce atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros, etc.). (GOMES e BIANCHINI, 2006, p. 332).

O Direito Penal do Inimigo não é um sistema penal ordenado e lógico. Ao contrário, é um conjunto de todas as normas espalhadas pelo sistema jurídico-penal, de forma complexa, mas que possuem as características de violar os direitos e garantias fundamentais da pessoa.

Não há muita lógica e não há nitidez entre o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do Inimigo. Frise-se, são conjuntos de normas espalhadas dentro do sistema jurídico que possuem como principal característica a violação dos Direitos Humanos, já que perseguem não o fato criminoso, mas o próprio criminoso. Pode-se concluir que, na verdade, Direito Penal do Inimigo é um não-direito, embora esteja presente na lei.

O Direito Penal do Inimigo decorre das políticas criminais expansionistas e representa uma nova forma de punir, inconstitucional e antidemocrática, conforme discutiremos bem mais adiante.

Chega-se, portanto, a uma conclusão da concepção de Jakobs:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. (JAKOBS, 2007, p. 42).

No Direito Penal do inimigo difunde-se a idéia das medidas de segurança, não nos moldes das conhecidas e até usuais no bojo do Direito Penal clássico, que determinam a sua aplicação, em se tratando de inimputáveis, mas sim, medidas de segurança disseminadas pelo sistema para evitar a periculosidade do agente. Em diferentes palavras, utilizam-se as medidas para combater o perigo em relação àquele que não possui capacidade de determinar a sua vida pela normalidade, sem representar perigo para a sociedade.

Evidencia-se, até aqui, a forma discriminatória de tratamento de determinadas categorias de pessoas, por não se pautarem de modo a oferecer garantias de que seu comportamento não prejudicará a sociedade.

O perigo dessa postura gera graves conseqüências, já que o meio jurídico, normalmente conservador, costuma prestigiar o legislador e a jurisprudência, possuidores de pouco senso crítico.

Na ciência jurídico-penal, é ainda por demais sensível a tendência de, ao fim, dar de qualquer modo razão ao legislador ou à jurisprudência. Poder-se-ia, por ex., levar adiante as poucas, mas cada vez mais freqüentes críticas que se formulam ao indefinível bem jurídico da saúde pública no direito penal de tóxicos, perguntando para que outras finalidades não declaradas a criminalização do consumo de tóxicos serve. (GRECO, 2005, p. 108).

A título exemplificativo comprova-se que as legislações de combate à criminalidade, no tocante às substâncias entorpecentes, parecem estabelecer uma verdadeira guerra contra os “traficantes”, e procura conceituar a inadmissibilidade dessa postura, frise-se inaceitável perante os membros da comunidade. A postura adotada pela lei suscita talvez uma falsa moral. Extrai-se do entendimento que o Direito Penal muitas vezes é utilizado com o objetivo de regradar a vida em sociedade, com o intuito de obter comportamentos que sejam desejados. Sobre o assunto, acrescenta-se:

É de suspeitar-se que aqui o que interessa primariamente é a tabuização de formas de vida que fogem dos padrões a que se apegam a maioria, noutras palavras, que se está instrumentalizando ilegitimamente o direito penal para finalidades moralistas – suspeita essa que é fortalecida pelo fato de que 2/3 dos cursos (sic) empregados pela persecução penal de tóxicos na Alemanha se dirigem contra pequenos consumidores ou traficantes. (GRECO, 2005, p. 108).

Tal consideração se verifica no Direito brasileiro em função da disposição dos órgãos de percução penal, em matéria de entorpecentes. Aliás, considera-se um caso cuja resolução compete aos órgãos de saúde e não ao aparelho de repressão estatal.

No que tange à conceituação do Direito Penal do Inimigo, deve-se levar em consideração seus institutos e suas respectivas críticas. “O exato teor da pergunta que temos diante de nós é, portanto, a seguinte: *necessitamos do conceito crítico de direito penal do inimigo para a necessária autocrítica do direito penal? Penso que não.*” (GRECO, 2005, p. 109) (sic)

Pela maneira retratada por Greco, parece-nos difícil a defesa de que a conceituação “Direito Penal do Inimigo” mereça tanta consideração por parte da doutrina desse conceito crítico. E o autor ainda argumenta:

De qualquer modo, pode-se responder que, em alguns casos, a única reação adequada é uma difamação apaixonada e decidida. Pense-se no enjaulamento de prisioneiros de guerra pelos EUA em Guantánamo; na guerra agressiva movida contra o Iraque, violadora de todos os pressupostos de direito internacional; na pena de morte, ainda existente em muitos países; nas prisões preventivas intermináveis e nos prolongamentos de prazos prescricionais a que são submetidos suspeitos de envolvimento com crimes da ditadura militar, na Argentina, e que foram recentemente legitimadas mesmo pela corte constitucional; na tortura de presos e de suspeitos pela polícia até mesmo em países de primeiro mundo, como na Alemanha, nos esquadrões de morte, ativos em muitas cidades latino-americanas. De fato: diante de tais fenômenos, não é possível exagerar nas críticas. Aqui, a única atitude correta é a de decidida e intransigente recusa. Mas para manifestar uma tal atitude, não se precisa do conceito de direito penal do inimigo. É necessário apenas explicitar que tais fenômenos desrespeitam os mais básicos e fundamentais limites a qualquer exercício legítimo do poder estatal. O conceito de direito penal do inimigo seria, na melhor das hipóteses, *um conceito intermediário dispensável*, uma etiqueta, que aponta para o desrespeito aos limites invioláveis acima mencionados, este, sim, decisivo. (2005, p. 110).

Muito mais importante que a discussão conceitual de inimigo, a questão deve ser enfrentada de maneira positiva, atacando-se os postulados de sua compreensão, refutando-se qualquer tentativa do legislador ordinário, que seja incompatível com a Constituição.

Para se entender a distinção entre os dois direitos, deve-se levar em consideração o tipo de condenação que o acusado sofrerá e a utilização diferenciada dos dispositivos legais, pois o Direito Penal do cidadão será negado, quando o pólo passivo da relação processual, for ocupado pelo inimigo.

Cidadão, então, para Jakobs é aquele que não viola as normas jurídicas de forma definitiva, ao contrário do inimigo, pois este não se curva às vontades do Estado-Juiz, desestabilizando, portanto, sua estrutura e desconsiderando o seu arcabouço jurídico.

A outra questão levantada por Greco, que deve ser levada em conta é de qual conceito de Direito Penal do inimigo referem-se os participantes da dessa discussão?

A falta de clareza no proponente provocou a falta de clareza dos oponentes, de modo que em muitos destes se vê o conceito de direito penal do inimigo sendo utilizado de modo não unívoco. É hora de voltarmos para a avaliação do “direito penal do inimigo” como conceito legitimador, crítico ou meramente descritivo. Pouco importa, assim, de que maneira o criador vê a sua criatura e tampouco como ela é vista pelos participantes da discussão. (GRECO, 2005, p. 97).

Embora não se possa dizer que seja imprescindível, não se pode também dizer que seja desnecessário conceituar o inimigo. Para Jakobs, definido o inimigo, a ele não se aplica o devido processo penal.

Assim, entende-se necessário contextualizar o tema, dentro das bases históricas em que ele se desenvolveu, para melhor compreendê-lo. O tema da exclusão e da perseguição de categorias não é novo. Almeja-se, pois, aqui, revelar a sua historicidade fenomênica, com um único desígnio: o de melhor compreender a teoria do Direito Penal do Inimigo.

### **5.1. Evolução histórica e fundamentação filosófica**

Jakobs baseia-se nos filósofos da modernidade, muito embora saiba que a visão de delinqüente como inimigo não é nova e remonta, inclusive, à teoria do pacto social da sofística grega do século V a C.

Ele parte da fundamentação em Kant, de que direito é um liame entre aqueles que são titulares de direitos e deveres, em contraposição ao inimigo, cujas regras devem ser balizadas pela coação e não pelo Direito. Embora seja interessante trazer a idéia que todo o Direito é exercitado através da coação, reforça-se que o Direito Penal é a mais intensa de suas formas. Nesse sentido, Jakobs conclui que qualquer pena, ou inclusive, qualquer legítima defesa é planejada em oposição direta a um inimigo. (2007, p. 25).

Realmente basta olhar para a história e se verá que é uma constante um tratamento absolutamente diferenciado a determinados delinqüentes que praticavam certas infrações. Esses indivíduos recebiam punições bem mais severas, eram banidos da sociedade e o Estado os encarava como inimigos. (LIMA, 2006, p. 132).

Motivado em Kant (JAKOBS, 2007, p. 28) evidencia que qualquer 'malfeitor' que ataque o Direito social deixa de ser componente do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como se no estado de natureza estivesse. Possui, portanto, uma visão de batalhas e guerras, na qual o cidadão não é visto como uma pessoa comum, mas sim como um ser belicoso.

Em Fichte, destaca literalmente suas palavras:

quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em

sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos.(JAKOBS, 2007, p. 26).

Apesar de toda a sua base filosófica ter sido extraída dos filósofos mencionados, descreve não possuir o objetivo de se filiar a essa forma de reflexão. E ainda discrimina o pensamento do contratualista Rosseau, que prega a separação radical entre o cidadão e o inimigo. Desse modo, acredita que se deve manter o infrator dentro do Direito, possibilitando a sua reabilitação frente à coletividade.

Jakobs fundamenta-se, ainda em Hobbes, que compreende e procura manter o delinqüente na sua função de cidadão, articulando que o cidadão não possa *de per si* renegar o seu “status” de delinqüente.

Contradiz-se, no entanto, quando afirma a concepção de Hobbes, que ao se referir ao delinqüente “de alta traição”, preconiza a submissão a regras especiais, não devendo considerar o agente como súdito, mas como inimigo. Já os filósofos Rosseau e Fichte consideram que todo delinqüente deve ser considerado, por si só, como inimigo.

Hobbes despersionaliza o réu de alta traição: pois também este nega, por princípio, a constituição existente. Por conseguinte, Hobbes e Kant conhecem um Direito Penal do cidadão – contra pessoas que não delinqüem de modo persistente por princípio – e um Direito Penal do Inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o *status* de pessoa. Não se pode deixar de reconhecer que Jakobs, passou a identificar a teoria do inimigo, sob a ótica do Direito Penal, e isso sem dúvida, traz enorme contribuição ao sistema penal. (2007, p. 25)

Assim, Jakobs destaca: “Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”. (JAKOBS, 2007, p. 30)

A fundamentação de Jakobs encontra acolhida no pensamento filosófico moderno, sendo forçoso trazer à contenda os atuais movimentos de política criminal.

## **6 TEORIAS DE SUSTENTAÇÃO DAS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS E A AFINIDADE COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO**

A sensação de insegurança que assola o mundo globalizado, com os recentes atentados terroristas em vários países da Europa e do mundo, acarreta o desejo na população de respostas eficazes.

Os legisladores tentam responder os temores sociais com os perigosos artifícios do Direito Penal. Exige-se do sistema jurídico muito mais do que ele realmente pode proporcionar, pois vem sendo utilizado como panacéia para a solução das questões relacionadas aos novos conflitos sociais, como a questão do meio ambiente, as questões fiscais, econômicas, de engenharia genética e na persecução de fins políticos.

A arma do legislador é a confecção de novos tipos penais e novas técnicas instrumentais em prol de um Direito Penal eficiente, que combata o “inimigo” e solucione a emergência da situação em desordem. Esquece o legislador que o Direito Penal não deve ser instrumento de política de segurança pública unicamente, e que a intervenção do Estado deve circunscrever-se ao mínimo necessário.

A própria Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 8º, concebia que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”. Surge então o princípio da intervenção mínima, por força do qual só se legitima a criminalização de um fato se o mesmo constitui meio idôneo para a proteção de um determinado bem jurídico. Logo, se outras formas de sanção se revelam insuficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. (LUIZI, 1991, p. 25).

O objetivo do Direito Penal é agir em nome dos cidadãos, protegendo-os de ataques, de lesões ou ameaça a seus direitos, protegendo os bens jurídicos eleitos pelo legislador.

Se a missão do direito é a tutela de interesses humanos, a missão especial do direito penal é a reforçada proteção de interesses, que principalmente a merecem e dela precisam, por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido ao criminoso.(CANTERJI, 2008, p. 26).

Por isso, o Direito Penal age preventivamente a fim de evitar o desrespeito para com a sociedade e o Estado, e proporcionar a ordem social e jurídica, mesmo que não obtenha resultados significativos, mas se utilize de sua característica simbólica, a fim de tranquilizar a sociedade e demonstrar a sua pseudo eficiência.

Hassemer, sobre o caráter simbólico da política estatal, diz:

Quem relaciona o ordenamento penal com elementos “simbólicos” pode criar a suspeita de que não leva em conta a dureza real e nada simbólica das vivências de quem se vê submetido à persecução penal, detido, processado, acusado, condenado, preso. (apud JAKOBS, 2005, p. 93).

No espectro de Canterji, o Estado faz a sua autopropaganda:

A teoria da função de prevenção geral positiva argumenta que a existência da lei penal reforçaria, na condição de símbolo, a confiança da sociedade no sistema social e, também, no próprio sistema penal. Desse modo, ainda que a criminalização não configure solução pra o conflito, serve, na condição simbólica de credibilidade, para aplicar mal (pena) ao seu autor. Através da aplicação da pena, o estado estaria realizando a autopropaganda de sua efetividade, em contraposição ao crime que deteriora a sua imagem. (2008, p. 33).

De fato, uma das faces do Direito Penal cuida da pena, do modo de aplicação e de suas conseqüências. Nesse sentido, se a lei penal está sendo aplicada ela tem o efeito simbólico de pacificar a sociedade e resgatar a credibilidade dos órgãos de *persecutio crimininis*, ainda que não seja a solução dos problemas da criminalidade, nem tenha a conseqüência de ressocializar o infrator.

Canterji demonstra a preocupação com essa atitude e enfatiza:

Em um primeiro momento, a roupagem simbolista do Estado não é admitida, mas pode-se se perceber por meio do comportamento dos poderes da República e do modo de atuação de seus órgãos. Ocorre que está situação é reconhecidamente uma verdade incontestável.

Sobre a questão, percebe Hireche:

Além das concepções demonstradas da pena, que tendem a uma determinada finalidade, existe outra “função” – não declarada - em relação às penas: a de inculcar, nas pessoas, uma aparência de tranquilidade, de segurança. É mais um fenômeno relacionado com a consequencialidade da resposta pena. Pensa-se, erradamente, que com leis mais severas se resolve o problema da segurança pública, valendo-se o Estado das prevenções secundária e, de maneira quase que proverbial, da terciária.

Iludem-se os cidadãos com uma falsa imagem de austeridade, de força e de poder, enquanto a criminalidade continua a crescer. ( 2004, p. 47).

Contudo, Meliá chega à seguinte conclusão:

Neste sentido, a carga genética do punitivismo (a idéia de incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com a do Direito penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito penal do inimigo. (2005, p. 72).

Chega-se ao arremate de que o resultado das políticas criminais contemporâneas, essencialmente expansionistas, é a busca incessante de solução dos problemas sociais, via Direito Penal, em sua máxima expressão.

A pluralidade dos movimentos de política criminal vale-se do aspecto simbólico e possui forte afinidade com o Direito Penal do Inimigo, por estigmatizar o criminoso ou por tratar o indivíduo de maneira seletiva. A seguir, faremos a análise deles.

### **6.1 Movimento lei e ordem**

Trata-se de um movimento nascido nos Estados Unidos e que, paulatinamente, difundiu-se em outros países, tal como o Brasil, especialmente na década de 90.

Este modelo é assaz lesivo, pois tem como finalidade tipificar novas condutas e combater o aumento da criminalidade pela via da legislação material e instrumental, de evidente cunho simbólico, no que se aproxima do Direito Penal do inimigo.

Silva Sánchez, ao discorrer sobre o assunto, expõe:

É fundamental sublinhar que a representação social do Direito Penal se dimana da discussão sobre o movimento lei e ordem não era em absoluto unívoca, senão, pelo contrário, basicamente dividida. A representação social do Direito Penal que comporta a atual tendência expansiva mostra, pelo contrário, e como se verá, uma rara unanimidade. (2002, p. 25).

Contudo, o autor ainda enfatiza:

Em um último aspecto, o da criminalidade de rua ou de massas (segurança dos cidadãos em sentido estrito), converge com as preocupações clássicas de movimentos como o de "lei e ordem". Nesse sentido, o fenômeno não é novo. O novo é que as sociedades pós-industriais européias experimentem

problemas de vertebração até a pouco por elas desconhecidos (pela imigração, a multiculturalidade e os novos bolsões de marginalidade). (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 32).

Sem maiores preocupações, o conhecido modelo mostra-se ineficaz, pois utiliza a técnica de cultivar o terror na punição de crimes, o que gera efeitos contraproducentes, isto é, o aumento da criminalidade e o desrespeito dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Para quem se ilude com a pseudo-segurança derivada da legislação simbólica, normalmente, como no caso brasileiro, confeccionada de forma emergencial, vive em harmonia com a ideologia da lei e da ordem.

## 6.2 Tolerância zero

Movimento que muito se assemelha com o já abordado, pois adota a política de varrer e, assim, refrear toda e qualquer infração no cenário patente, do mesmo modo por intermédio da inflação legislativa.

Este movimento declarou guerra à criminalidade, em particular, a urbana e ao tráfico de entorpecentes.

Nesse tocante, Wacquant expõe:

Segundo a mitologia planetária difundida pelos institutos que advogam políticas neoliberais e seus aliados no campo político e jornalístico, a política nova-iorquina teria esmagado a hidra do crime mediante a implementação de uma política muito específica, chamada de “tolerância zero”, que trata de perseguir, sem esmorecimento ou falhas, as menores infrações cometidas no espaço público. (2003, p. 429).

Deste modo, qualquer indivíduo que fosse abordado pela prática de atos de vandalismo, desordem, dentre outros, era imediatamente detido, para que a ordem fosse restabelecida. Estamos decididos a consertar as “janelas quebradas” (isto é, punir as menores marcas exteriores de desordem) e impedir quem quer que seja de quebrá-las de novo. (WACQUANT, 2003, p. 429).

Porém, há críticas contundentes à referida política. Afinal, a tática do assédio policial permanente dos pobres nas ruas, empreendida em Nova Iorque nada mais é do que a aplicação sistemática e deliberada de “teorias” folclóricas baseadas no bom senso prático dos policiais. (WACQUANT, 2003, p. 441).

Em suma,

ao se falar em tolerância zero nos dias atuais, pode-se dizer que não se trata de política criminal nova. Pretende-se acabar com o mal (a criminalidade) pela raiz, como se fosse constituída por pequenos delitos e não pela falta de um Estado social, por exemplo. A utilização de uma legislação penal do terror, que aumenta as penas, criminaliza condutas e minimiza garantias, não é o suficiente na redução da criminalidade. (CANTERJI, 2008, p. 46).

A política da tolerância zero é comercializada como se fosse a solução ao “enigma” da criminalidade, quando se sabe que ele é mais um movimento excludente que objetiva dar a falsa aparência de combate rigoroso da criminalidade, quando na verdade, produz o efeito de estigmatizar os indivíduos mais vulneráveis à atuação do sistema penal como um todo.

A tolerância zero nada mais produz do que retirar das ruas os seres humanos que estão em condição degradante, como os mendigos, por exemplo, e dar a eles uma destinação mercadológica, a saber, colocá-los dentro dos presídios, sem obviamente se importarem com as conseqüências advindas dessa política.

### **6.3 Movimento das janelas quebradas**

Doutrina que nasceu em Nova York, na gestão de Rudolph Giuliani<sup>2</sup> e se difundiu para o mundo. A idéia foi formulada com base na teoria construída por James Q. Wilson e George Kelling e, segundo a sua compreensão, a ordem só prevaleceria se houvesse repressão às infrações ocorridas cotidiana e costumeiramente, resultando em minimização da criminalidade.

O movimento também é muito semelhante ao anteriormente estudado e possui caráter preventivo, a fim de evitar a anormalidade das condutas com a conseqüente desobediência às regras de Direito. Ademais, busca-se a punição de forma assumida em relação aos delitos de pequena monta, pois assim haveria a diminuição da criminalidade, que é representada justamente por esses pequenos crimes.

---

<sup>2</sup> “Foi na gestão de Rudolph Giuliani que a doutrina das Janelas Quebradas, implantada em Nova York, tornou-se vitrine para o mundo”. CANTERJI, Rafael Braude. *Política Criminal e Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 44.

Do ponto de vista social, há desacordo relativamente à eficácia do sistema, pois há grupos que compreendem que com a adoção do sistema, se instalaria o terror, a insegurança; para outros, referido sistema é perfeitamente eficaz, o que aumentou seu número de adeptos, conforme ensina Canterji:

Em relação à eficácia da citada política, as opiniões da população diferem-se, dependendo do nível socioeconômico. A maioria dos negros considera a política uma força hostil e violenta, representando um perigo para eles. Mesmo morando em bairros em que a criminalidade diminuiu, comprovação estatística, a sensação deles de insegurança é maior. Já entre os brancos foi o contrário, como quem detém o poder são os brancos, a doutrina permanece ganhando novos adeptos. (2008, p. 44).

Ponto interessante a refletir seria em relação à sua efetividade, tomando-se por mote inicial o grande número de processos instaurados. Será que esse grande aumento do volume de processos não é prejudicial, e estaria comandando os demais à lentidão? A resposta é positiva, pois haveria flagrante desrespeito ao princípio da celeridade processual, tendo em vista que não há estrutura jurídica e policial para tal desiderato. (Canterji, 2008, p. 45).

Cumprir mencionar a semelhança desta ideologia com os movimentos de Lei e Ordem, pois ambos visam à redução da criminalidade por intermédio da repressão; porém, o objeto a ser repreendido será o diferencial entre ambos, sendo que a distinção básica reside no fato de que o movimento Lei e Ordem persegue normalmente as infrações patrimoniais, enquanto que o movimento em questão pune a infração bagatelar.

Em suma, este modelo propicia a punição severa de infrações de menor potencial ofensivo para que haja inibição no cometimento de infrações de maior grau de ofensividade, ou seja, totalmente despropositado.

Não obstante, para que não se fique situado exclusivamente no entorno, como no reconhecimento de tais movimentos nas legislações européias e norte-americana, improvisamos uma abordagem por amostragem de leis que consagram o sistema jurídico brasileiro, como punitivista, simbólico e, principalmente, um sistema que reconhece o Direito Penal do Inimigo.

Objetiva-se, pois, uma abordagem das principais legislações, onde se depara com a existência do “inimigo” no interior do sistema penal brasileiro.

Percebe-se, portanto, que no Brasil, a existência de legislações que adotam o Direito e o Processo Penal do inimigo, não como uma unidade sistêmica própria, que, aliás, não aparece em lugar algum do mundo, mas de forma difusa, expressada em um artigo ou outro do ordenamento jurídico.

## **7 ANÁLISE CRÍTICA DAS PRINCIPAIS LEGISLAÇÕES INDICADORAS DO INIMIGO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

O objetivo deste tópico é analisar brevemente, no Direito brasileiro, as legislações de maior proeminência no que tange a configurar, ainda que de modo opalescente, o Direito Penal do Inimigo e, conseqüentemente, o Processo Penal do Inimigo.

Inúmeras são as legislações que, de maneira propositada ou não, consideram o sujeito como inimigo, ou seja, quem deve ser tratado como tal, não em razão de sua culpabilidade, mas do perigo que ele representa para a coletividade ou, ainda, que possua objetivos exclusivamente punitivistas e simbólicos. Exemplos disso podem ser encontrados na lei que dispõe sobre os crimes hediondos, na lei de prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, na lei que estabelece normas relativas à repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, entre outras disposições e na lei que instituiu o regime disciplinar diferenciado no âmbito da execução penal, somente para ficarmos no campo do devido processo.

O ponto que se coloca contemporaneamente é o que se pode fazer diante dessa questão, vez que a sua existência é indiscutível. Sem perplexidades, constatam-se em variados diplomas legais o reconhecimento desse tipo de Direito ou “não-direito”.

Assim como em outros países europeus (Espanha, Alemanha) ou latino americanos (Colômbia, Argentina), não se depara com o Direito Penal do Inimigo na legislação brasileira, de modo transparente, límpido, voltado abertamente ao combate de um inimigo.

Frise-se, encontram-se artigos ou leis esparsas, que efetivamente se direcionam a finalidade de combater o oponente, leia-se o inimigo.

A idéia de inimigo fica muito clara na lição de Gomes e Bianchini:

Quando um movimento punitivista, mais do que se orientar a um determinado agente, visa a todo custo a (sic) conferir a maior eficácia possível ao castigo, à sanção, sem se importar com os direitos e garantias individuais e processuais, aí, sim se transforma em Direito Penal do inimigo. É a ferrenha e enfezada incidência do Direito Penal (com toda sua carga de estigmatização, que é distribuída de modo seletivo e, muitas vezes,

discriminatório) contra determinadas pessoas com a flexibilização das garantias (penais ou processuais ou constitucionais) que gera a combinação necessária para a existência de uma manifestação do Direito Penal do inimigo. (2006, p. 347).

Assim, objetiva-se analisar a legislação processual que possui características punitivistas, além de forte carga de Direito Penal do Inimigo, principalmente no que se refere ao Processo Penal.

São variados os exemplos que podemos buscar no sentido de avaliar a presença do Direito Penal e Processual do Inimigo no Direito brasileiro. Por questão de delimitação e coerência na organização do trabalho, procura-se abordar aqui tão somente as questões atinentes ao ramo do Direito Processual, muito embora, por vezes, em razão da íntima conexão existente entre os ramos do Direito Penal e Processual, isso possa se tornar uma tarefa impossível.

### **7.1 Lei dos crimes hediondos (Lei n.º 8.072/1990)**

Conforme se constata, na época da edição da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), a sociedade civil brasileira bradava por punições mais severas para autores de determinados tipos de crimes que se encontravam e continuam em processo de expansão, tais como seqüestro, latrocínio, homicídio, estupro e atentado violento ao pudor. Assim:

O célebre caso deu-se com a edição da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, com posteriores modificações), a qual, dentre outras restrições, impôs aos acusados pela prática dos crimes nela previstos a impossibilidade de se obter liberdade provisória, com ou sem fiança, anistia, graça e indulto. Determinou ainda o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado, diminuindo a possibilidade de apelo em liberdade, e estabeleceu longo percentual de cumprimento da sanção penal para o gozo do livramento condicional, desde que o condenado não seja reincidente específico em crimes dessa natureza. Ainda, aumentou a pena de alguns delitos, o mesmo ocorrendo no tocante ao prazo de duração da prisão temporária nos crimes definidos como hediondos e nos constitucionalmente equiparados (tráfico de entorpecentes, terrorismo e tortura). (MASSON, 2006, p. 137).

Interessante consignar que ao longo do tempo verificou-se aquilo que já se sabia de antemão: estabelecer sanções com maior intensidade para coibir o aumento desenfreado da criminalidade não produz resultado ativo, como não produziu.

Ademais, à época de sua edição houve intensos e acalorados debates, motivados em torno da inconstitucionalidade de determinados dispositivos, como a impossibilidade de concessão de liberdade provisória, impossibilidade de progressão de regime e aumento de tempo de pena cumprida para concessão de livramento condicional.

E mesmo assim, apoiando o entendimento do legislador, o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre o assunto, de modo ideológico, a legitimar tais posturas:

A Lei Ordinária compete fixar os parâmetros dentro do qual o julgador poderia efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.<sup>3</sup>

Deflui diante disso que a intenção da Lei de Crimes Hediondos é obter um “desejado” controle social. A característica da lei é de apresentar uma carga muito forte de punitividade, de modo a combater categoria determinada de crimes, especialmente os crimes patrimoniais.

Essa característica, muito mais simbólica que real, se deve à forte pressão social e à tentativa imaculada ou ideológica de frear a criminalidade crescente, herança do liberalismo burguês que sempre se utilizou das instituições com a finalidade de obtenção de vantagens.

A Lei 8.072/90, em seu artigo 1º, enunciou os crimes considerados hediondos, de forma taxativa. O artigo 2º veda a possibilidade de concessão de anistia, graça e indulto e, ainda, equipara os crimes de tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo aos crimes hediondos.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIII, possui a seguinte previsão:

a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

---

<sup>3</sup> HC nº 69.603, Rel. Min. Paulo Brossard – SP, DJU, 23-4-93, RT 696/438. Este entendimento foi adotado em diversos outros julgamentos como : HC 69.657 -, DJU 18-6-93, p. 12.,111; HC nº 0.467 – MS, DJU 3-9-93, p. 17.744; HC nº 70.657 – MG, DJU 29-4-94, p. 9.716.

Diante do texto, Masson conclui:

Com esta análise, pode-se concluir que a Constituição Federal estabeleceu dois extremos: em uma ponta, muito próximas da descriminalização, inclusive mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, situam-se as infrações penais de menor potencial ofensivo, com o conceito definido por lei ordinária. No outro pólo, exigindo tratamento penal rigoroso e diferenciado, encontram-se os crimes hediondos, também definidos por lei ordinária de igual natureza jurídica e mesma hierarquia. (2006, p. 138).

Neste sentido, importa registrar, em homenagem à liberdade de conformação legislativa e até mesmo para tratar de modo distinto os crimes mais graves, que não haveria restrição em se estabelecer uma progressão diferenciada de regime prisional para os condenados por crimes assim chamados de hediondos. Mas jamais a ausência total de progressão, com a liberação do preso apenas por ocasião de um eventual livramento condicional.

Salta aos olhos que a vedação pura e simples da progressão (pela exigência de cumprimento da pena em regime fechado até o livramento que, de resto, pode ser negado) é manifestamente incompatível com o sentido mínimo da noção de razoabilidade.

Ocorre que a reação da doutrina e da jurisprudência nacional impôs mudanças significativas e bastante positivas, rumo ao garantismo pela via do processo. Isso recentemente pôde-se observar na aludida lei, que essas mudanças doutrinárias e jurisprudenciais abrandaram as características punitivistas e meramente simbólicas que a lei originalmente apresentava.

As últimas alterações inventadas na lei em comento possibilitaram uma maior compatibilidade com o texto constitucional, vez que na sua edição primitiva existia a obrigação dos condenados em cumprir suas sentenças em regime integralmente fechado, o que sem dúvida não se coaduna com o texto constitucional.

Alteração digna de nota, que mais uma vez atendeu aos clamores da jurisprudência, é a inclusão do parágrafo terceiro, no artigo 2º da Lei, que faculta ao juiz decidir a respeito da possibilidade do réu apelar em liberdade, o que era vedado antes, em verdadeiro confronto com princípios vigentes do sistema acusatório.

Mesmo com a nova redação decorrente da Lei 11.464/07, continuam aqueles que se submetem a não possuir o direito ao indulto individual ou coletivo, agora por força da própria Constituição.

Essa legislação, de cunho eminentemente simbólico, teve como resultado um encarceramento em massa e muito mais duradouro. No entanto, não trouxe conseqüência positiva para sociedade, que continua acuada e insegura. Tal afirmação comprova a falta de eficácia em termos de resultados efetivos na diminuição da criminalidade. A simples apenação por si só, evidentemente não traz reflexos positivos para a sociedade. Ao contrário, traz grandiosos reflexos negativos.

Não se pode olvidar que a hipótese de tratamento mais rigoroso a crimes mais graves é perfeitamente razoável e constitucional. Faz parte, inclusive, do princípio da individualização da pena. Para os crimes mais repugnantes, deve-se prescrever uma maior sanção. Para os crimes de menor potencial ofensivo, pena menor. O que não se aprova, repita-se é a falta de sensatez, a desproporcionalidade do tratamento rigoroso, consistente em penas desumanas e cruéis.

Consoante Alberto Silva Franco:

Em vez de fornecer uma noção, tanto quanto explícita, do que entendia ser a hediondez (...), o legislador preferiu adotar um sistema bem mais simples, ou seja, o de etiquetar, com a expressão “hediondo”, tipos já descritos no Código Penal ou em leis especiais penais”. Ou seja, o legislador não criou uma noção explícita de hediondez, simplesmente determinou alguns crimes como hediondos a partir de um critério meramente taxativo. (2002, p. 44).

Atualmente, não se discute mais acerca da polêmica antes instaurada no que diz respeito ao cabimento da liberdade provisória e da progressão de regime, em se tratando de crimes etiquetados como hediondos. O advento da lei nº 11.464/2007, suplantou tal discussão, com a devida correção do respeito às garantias fundamentais pela norma infraconstitucional, uma vez que tais garantias estão constitucionalmente asseguradas. A lei infraconstitucional consagra agora o entendimento predominante no cenário doutrinário e até mesmo de corrente majoritária da jurisprudência, uma vez que seu texto ofendia flagrantemente os requisitos da razoabilidade.

Na primeira hipótese, a da prisão provisória, bastaria o argumento do sacrifício (pelo simples fato de pesar contra determinada pessoa uma acusação de ter praticado crime tido como hediondo) da presunção de

inocência e a impossibilidade de uma ponderação calcada no caso concreto.<sup>4</sup>

A rigidez e o simbolismo permitiam e ainda permitem injustiças no caso concreto pela simples acusação de que alguém teria cometido um crime hediondo. Tais medidas estão em desconformidade com os princípios fundamentais da dignidade humana, diante da ofensa de tantos outros princípios reconhecidamente constitucionais como, por exemplo, o princípio da individualização e humanização das penas e da proporcionalidade. Eis o exemplo clássico do simbolismo do sistema penal brasileiro.

## **7.2 Lei de combate ao crime organizado (Lei n.º 9.034/1995)**

A lei de combate ao crime organizado dispõe acerca da utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Traz em seu bojo uma carga seletiva, recheada de vários aspectos que nos permite tratá-la como um ordenamento que vai ao encontro daquilo que se denomina Direito Penal do Inimigo.

O exemplo da lei de combate ao crime organizado representa, em muitos aspectos, de maneira clara e ímpar, o Direito Penal do Inimigo, pois cria um subsistema no bojo do sistema penal, com flexibilização de garantias, tendo como discurso a segurança da sociedade, como se tudo pudesse ser solucionado por meio da “eficiência” do Direito Penal.

Para exemplificar, tem-se que o escopo de prevenir e repreender as ações praticadas por organizações criminosas autoriza inclusive ação controlada, para que a interdição policial se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e (art. 1º, II)<sup>5</sup>, que possui o nítido propósito de

---

<sup>4</sup> A respeito do tema da prisão provisória e da inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória nos casos dos assim chamados crimes hediondos, v. a pioneira contribuição de Odone Sanguiné, “Inconstitucionalidade da Proibição de Liberdade Provisória do Inciso II do Artigo 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990”, in: *Revista dos Tribunais*, nº 667, pp. 252-58, maio de 1991. Dentre a produção monográfica nacional, remetemos aqui ao excelente texto de Norberto Flach, *Prisão Processual Penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica*, Rio de Janeiro: Forense, 2000. Mais recentemente, embora enfoque mais específico, v. Daniel Gerber, *Prisão em Flagrante: uma abordagem garantista*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>5</sup> Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações

perseguir categoria de pessoas. Isso, sem mencionar, o barbarismo da previsão legal de poder investigatório ao magistrado, na fase policial, matéria declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, em total descompasso com a Constituição, aqueles que forem condenados como incurso nas sanções da lei não terão o benefício de apelar em liberdade, nem tampouco a possibilidade de obter a liberdade provisória, quando demonstrada sua intensa participação no delito.

O legislador procurou estabelecer uma situação processual mais gravosa em face da classe a que pertence o indivíduo. Ora, o aparelho repressor do Estado, pautado na legalidade, direciona-se de maneira seletiva e estigmatizante e, contempla uma hipótese de flagrante inconstitucionalidade.

Esse controle que a autoridade policial exerce no momento do flagrante, no Direito brasileiro só será possível quando se tratar de ilícito cometido por organizações criminosas ou aqueles cometidos com violação à lei de tóxicos, hipóteses em que a autoridade policial pode, retardar a prisão para fazer uma ampla investigação com o objetivo de angariar elementos e descobrir mais provas contra os denominados inimigos.

A lei em comento prevê uma série de práticas em seu artigo 1º, que poderão ser utilizadas, já na fase de persecução criminal, a fim de garantir a produção de provas em relação àquela categoria de pessoas que nela se enquadram, sendo que o maior problema reside na utilização abusiva de tais medidas.<sup>6</sup>

---

criminosas de qualquer tipo. (Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001); II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

<sup>6</sup> Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001); III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais; IV - a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; (Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001); V - infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. (Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001).

### 7.3 Regime disciplinar diferenciado (Art. 52 e parágrafos da Lei 7.210/1984)

Depois dos ataques do Primeiro Comando da Capital – PCC, organização que interage com criminosos, o legislador no afã em responder a esses movimentos, inseriu na lei de execução penal, o regime disciplinar diferenciado (RDD), consistente no isolamento celular e limitação de contato com o advogado, ao preso.

Mas se os seus vetores fossem apenas estes, nada de anormal haveria no direito penal do inimigo. De fato, cuida-se de mudanças destinadas a combater uma espécie moderna de criminalidade, sintonizando os meios de persecução penal com a necessidade cotidiana, além de possibilitar o integral cumprimento da pena privativa de liberdade a pessoas que, em regra, fugiam com facilidade do cárcere ou então, quando lá estavam, comandavam a atuação de seus comparsas do interior de um autêntico escritório público. (MASSON, 2006, P. 148)

O regime disciplinar diferenciado, conhecido como RDD<sup>7</sup>, foi introduzido na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984) pela Lei nº 10.792/2003, através da nova redação conferida ao art. 52.

Com essa alteração, de evidente cunho ideológico, busca-se não a solução do problema carcerário, mas evidentemente atuar de forma altamente repressiva em relação àqueles que efetivamente se encaixem dentro do seu perfil, ferindo preceitos constitucionais, em especial o princípio da igualdade. Trata-se de um instituto com características que nos remete ao denominado Direito Penal do Inimigo, aqui, no âmbito do processo de execução da pena.

Em relação ao *caput* do artigo 52, a primeira situação que permite tratamento diferenciado ao preso decorre da prática de crime doloso que ocasione a subversão da ordem ou disciplina interna que permite tratamento diferenciado aos presos. Nesta hipótese, admite-se a punição do agente não pelo perigo que ele

---

<sup>7</sup> "Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando." (NR)

possa representar, mas na exata medida da culpabilidade ou reprovabilidade da conduta exteriorizada. A lei pune o sujeito por aquilo que ele efetivamente fez. No entanto, pode-se discutir somente acerca da inconstitucionalidade em face do princípio da proporcionalidade do regime.

De outro lado, nos termos dos §§ 1º e 2º do mencionado dispositivo, cuida-se de tratamento diferenciado ao preso que apresente alto risco para a segurança ou quando revele fundada suspeita de envolvimento com o crime organizado e, nessa ocasião, não há como deixar de divisar exemplos de Direito Penal do Inimigo: pune-se o preso pelo que ele “é”, não pelo que ele fez.

As alterações ocorridas estabelecem profundas modificações na redação do artigo 52 da Lei de Execuções Penais, possibilitando ao recluso que praticou conduta dolosa ou falta grave, ficar em completo isolamento, com a possibilidade de ver repetido o castigo, até o limite de um sexto da pena aplicada.

O mencionado artigo 52 regula o isolamento em cela individual do preso definitivo ou provisório, com duração de até 360 (trezentos e sessenta) dias, com restrições ao direito de visitas, quando este cometer falta grave consistente na prática de crime doloso e quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina interna da instituição.

Desse modo, os já mencionados parágrafos 1º e 2º,<sup>8</sup> do artigo 52 da LEP, representam uma situação típica representativa do Direito Penal do Inimigo, pois sua aplicação no caso concreto revela a perversidade do tratamento penitenciário desigualitário.

Aparece aqui a possibilidade de receber o sujeito no sistema de execução penal, desde o princípio, submetido a um esquema de isolamento completo, em cela individual, sem mais razões do que as que derivam de um juízo de valor que pouco ou nada tem a ver com um Direito penal do fato e muito mais com um Direito penal do autor. (BUSATO, 2004, p. 139).

Especificamente, no segundo parágrafo existe a possibilidade, portanto, de sujeição do preso provisório ou condenado sobre o qual haja suspeita fundada de participação em organização criminosa, quadrilha ou bando, ao regime

---

<sup>8</sup> Artigo 52 - § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem altos riscos para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos.

disciplinar diferenciado. Embora não se tenha materialmente chegado até, o momento, à definição exata desses termos, de conceito tão aberto como o de organização criminosa.

Neste ponto reside uma crítica fundamental. A possibilidade de punição fundamentada em mera suspeita. Trata-se evidentemente de construção legal, que afronta o Estado Democrático de Direito.

Busato, explica:

A submissão ao regime diferenciado deriva da presença de um 'alto grau de risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade'. Porém, a respeito de que estamos falando? Não seria da realização de um delito ou de uma falta grave regulada pela administração da cadeia, porque esta já se encontra referida na redação principal do mesmo artigo, que trata exatamente dela. Que outra fonte de risco social ou penitenciário pode decorrer de comissões que não sejam faltas nem delitos? E mais: a mera suspeita de participação em bandos ou organizações criminosas justifica o tratamento diferenciado. Porém, se o juízo é de suspeita, não há certeza a respeito de tal participação e, não obstante, já aparece a imposição de uma pena diferenciada, ao menos no que se refere à sua forma de execução. (2004, p.139).

Com efeito, o regime disciplinar diferenciado viola muitos princípios constitucionais, dentre os quais se destaca o princípio da humanidade da execução da pena e o princípio da igualdade. Sabe-se que o pano de fundo é justamente provar para a sociedade que a punição será rigorosa para determinadas pessoas.

Hireche bem explica essa conjuntura, quando aborda as teorias preventivas, na busca da finalidade das penas.

É, notadamente, uma perspectiva utilitarista. Atribui-se a Sêneca uma das primeiras afirmações ligadas às teorias relativas: 'Nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar'. A finalidade a que se visa prevenir identifica a teoria. (2004, p. 22).

Masson, ainda destaca:

Parece extremamente importante recordar tal conexão, principalmente diante da constatação de que enquanto os penalistas brasileiros rechaçam praticamente de maneira uniforme as disposições da Lei de Regime Disciplinar Diferenciado, não ocorre o mesmo no que se refere à adoção de premissas do modelo político-criminal que lhe serve de origem. Refiro-me ao fato de que é raro ouvir vozes proclamando-se favoráveis às proposições do funcionalismo - sistêmico, tributário de um Direito Penal de inimigo, que parece adequar-se dogmaticamente à referida proposição legislativa. (2006,p. 138).

Existe uma ligação importante na medida em que se observa um evidente paradoxo entre a defesa pela tese da inconstitucionalidade do regime

disciplinar diferenciado e a afirmação das políticas públicas expansionistas. Discute-se a questão normativa e deixa-se de lado a questão de fundo, ou seja, as políticas que levaram à adoção dessa ou daquela teoria.

O objetivo hermético é a introdução de uma legislação pouco garantista e altamente punitivista, que não deixa também de ser uma procura desenfreada através da dogmática, de enfrentamento das novas formas de criminalidade. Lima enfatiza que:

O fenômeno da globalização, da sociedade pós-industrial com seu imenso desenvolvimento tecnológico agregado a riscos inimagináveis ao homem e ao meio-ambiente, os delitos transnacionais, os atentados terroristas em massa, atingindo as potências econômicas e industriais como os EUA em 2001 e a Espanha em 2004, a imigração em grande escala, os problemas decorrentes da escassez de recursos e o planejamento familiar, das guerras preventivas, do medo generalizado, dentre outras questões, são verdadeiros desafios ao moderno Direito penal que tem que dar respostas céleres a delitos praticados contra bens jurídicos que não são mais tão-somente individuais como outrora, mas também, difusos ou coletivos e cuja identificação de autoria é quase impossível, gerando-se uma sensação de impotência do Estado e imobilização do cidadão. (2006, p. 147).

De outro lado, diante da percepção do estado de insegurança, a sociedade pós-moderna não consegue lidar com essa nova realidade e procura alternativas para a redução do nível de ansiedade motivado pela mediatização do risco. Por essa razão é que se afirma que, enquanto na sociedade moderna a busca da igualdade foi o principal objetivo, na sociedade de risco a segurança passa a representar a constante busca.

A imposição de uma fórmula de execução da pena diferenciada segundo características do autor relacionadas com 'suspeitas' de sua participação na criminalidade de massa, é Direito Penal do Inimigo, pois desconsidera determinada classe de cidadãos como portadores de Direitos iguais.

A adoção do regime disciplinar diferenciado representa um tratamento desumano destinado a determinado tipo de infrator, distinguindo efetivamente cidadãos e inimigos.

Este processo de difusão da insegurança subjetiva é apontado, por Silva Sánchez, como vetor fundamental para a canalização de grande parte das expectativas e clamores sociais na direção do Direito Penal eficiente. A realidade proporciona, assim, uma intensiva expansão do Direito Penal, destinada a por fim,

ao menos simbolicamente, à insegurança sentida pelos indivíduos. O autor ainda conclui:

O modelo da pós-industrialização resulta, desse modo, diretamente contraposto ao da sociedade do desenvolvimento industrial do século XIX e provavelmente da primeira metade do século XX. Realmente, a industrialização, no âmbito da dogmática jurídico-penal, havia trazido consigo a construção do conceito de *risco permitido* como limite doutrinário (interpretativo) a incriminação de condutas, assim como a determinação de seu alcance básico. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 43).

Consigna-se mais uma vez, que a discussão atual deve girar, grosso modo, em torno dos excessos e não tão somente em função do tratamento diferenciado a situações idênticas. Vale lembrar que o descomedimento fica a cargo tanto do legislador, quanto do aplicador do Direito. Masson diz:

Infere-se, assim, que os crimes hediondos podem e devem existir, sendo obrigação do magistrado consciente de sua nobre missão constitucional, em um Estado Democrático de Direito, reconhecê-los. O que se pode discutir, portanto, não é a validade de um tratamento diferenciado a alguns crimes, por se tratar de assunto constitucional, mas eventuais exageros da legislação infraconstitucional. Nada mais. Ou seja, a discussão está em torno dos excessos, dos exageros, que provoca a quebra de inúmeros princípios constitucionais. Matéria que deve ser enfrentada nos bancos da faculdade, com objetivo de alimentar o pensamento crítico dos estudantes de direito. (2006, p. 138).

No tocante aos exageros que provocam a quebra de inúmeros princípios, parte da doutrina e da jurisprudência pressiona para que haja modificações na legislação e, os resultados já estão sendo observados, embora timidamente, mas não se pode negar que tenha havido uma evolução nesse sentimento por parte da jurisprudência.

Diante do amedrontamento da população e do crescimento do crime organizado, dentro e fora dos presídios, o Estado se obriga a agir com o escopo de restaurar a paz social e com o objetivo de abrandar os ânimos, mas sempre de forma emergencial.

Nota-se o caráter simbólico da postura Estatal que, independente dos resultados naturalísticos alcançados, perpetua-se na ilusão de que o rigorismo penal trará resultado positivo em tempo mínimo ou máximo, o que parece não interessar à sociedade.

Percebe-se aqui a mais clara forma existente na legislação que permite identificar o inimigo, tarefa que pode ser confirmada pela atuação

jurisdicional, que possui a plena capacidade de conduzir a uma situação de negação de direitos, através de um processo penal autoritário.

#### **7.4 Lei de combate a drogas (lei 11.343/2006)**

De igual modo, a lei de repressão às organizações criminosas, no artigo 53, inc. I e II prevê a possibilidade de infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação e de retardamento do flagrante, com o objetivo de descobrir o maior número de pessoas envolvidas na prática da ação delituosa.<sup>9</sup>

Não se está a discutir acerca da eficácia ou não de tal instituto, mas da possibilidade do abuso em por parte do Judiciário, o que, sem dúvida, poderia e pode levar à caça de determinada categoria de pessoas.

Dentro da ótica da máxima repressão, existe a previsão da delação premiada.

Tal instituto, de Direito premial, consiste na oportunidade dada a um acusado de amenizar a sua situação penal e, uma vez arrependido de sua ilícita condição de infrator, auxiliar o Estado a desmantelar uma quadrilha ou organização criminosa da qual fazia parte. Também só existe em relação a determinada categoria de crimes.

Tal disposição gera um risco enorme para aqueles que delatam seus comparsas e as suas conseqüências são absolutamente perigosas, pois o delator, na maioria das vezes, não terá devolvida a sua realidade anterior à delação, correndo mesmo risco de retaliações sérias por parte da quadrilha da qual fazia parte. Aprende-se, quando infante, que delatar o irmão ou o amigo não é algo moralmente aceito pela sociedade. Ademais, incumbe ao Estado-Juiz produzir prova

---

<sup>9</sup> Lei nº 11.343/2006 - Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I- a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes; II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível. Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

contra aqueles que supostamente cometeram o delito, dentro do respeito aos princípios do devido processo legal, com todas as suas garantias.

A delação premiada é uma espécie de “cagoetagem” oficial, que demonstra a ineficácia dos aparelhos do Estado na busca da repressão, e prefere transferir a responsabilidade da prova para a sociedade.

Na realidade, a pretensão de converter o Direito Penal em portador de ilusões de segurança social não pode mais romper a confiança dessa mesma instância de controle. Comenta García-Pablos de Molina:

Nada más erróneo que convertir al Derecho penal en un derecho de gestión ordinaria de problemas sociales. Por acusado que sea el descrédito que padecen as diversas instancias de controle social, formal e informal, el Derecho penal no debe perder su naturaleza subsidiaria, com ultima ratio, ni llegar a ser el instrumento eficaz, por excelencia, de pedagogía político-social, de socialización, de civilización. Ni le corresponde tal función, ni parece sensato someterlo a cargas que no pueren soportar. (apud BUSATO, 2004, p. 140). (Sic).

Entretanto, a exemplo de outras tantas iniciativas legislativas, que possuem o claro objetivo de flexibilizar garantias dos infratores, evidentemente que as leis em comento não podem alcançar a pretendida diminuição dos índices de delinqüência, vez que a raiz do fenômeno criminológico brasileiro está situada nas graves distorções sociais e econômicas.

### CAPÍTULO III

#### 8 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO PENAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

A tese que propicia a defesa da existência de um Direito e, conseqüentemente de um Processo que possa estar voltado a perseguir o inimigo é absolutamente inconstitucional.

Apenas com o objetivo de exemplificar, ela ofende inúmeros princípios, tais como, princípio da imparcialidade, impessoalidade, isonomia, ampla defesa, contraditório, humanidade das penas, presunção de inocência, dentre tantos outros, inclusive, o devido processo legal e o princípio da dignidade da pessoa, sendo que em relação a estes dois últimos trataremos de forma menos apressada.

O cidadão dotado de direitos e garantias tem o amparo da Constituição Federal e, via de conseqüência, deve ser afastada toda a sorte de legislação que com ela seja compatível.

Deve, portanto, ver respeitadas todas as garantias proporcionadas pela Constituição Federal, especialmente, *in casu*, às relativas ao Processo Penal, as quais podem privar o ser humano de sua liberdade, já que se vive no espaço de um Estado Democrático de Direito. Não se pode conceber a idéia de que o ser humano não mereça as garantias constitucionais, como a de um processo justo.

A existência do devido processo legal (penal), presente no Estado Democrático de Direito, é instituto originário do tópico 39 da Magna Carta de 1215, alicerce do *habeas corpus*, contendo a seguinte redação:

Nenhum homem livre será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras ou posto fora da lei ou banido de qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra.

Diante de suas peculiaridades, o devido processo legal é de importância ímpar, uma vez que dele decorrem tantos outros princípios materiais e processuais.

Quando se tratar de lides de natureza penal, o princípio do devido processo legal transmuda-se para o devido processo penal. Eis a máxima que consagra e preserva o Estado Democrático de Direito.

### **8.1 O Devido processo legal e o inimigo**

No Direito brasileiro, o devido processo legal possui assento no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, com a seguinte redação: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Este princípio, portanto, tem como particularidade assegurar as garantias necessárias e proporcionar a efetividade da ação, aí introduzido o direito a ampla defesa. Rangel ensina que:

A tramitação regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não previstas em lei. A liberdade é a regra; o cerceamento à liberdade de locomoção é a exceção. A Constituição, ao estatuir a liberdade, não especificou o tipo de liberdade. Assim, o intérprete não está autorizado a restringir o alcance do dispositivo legal constitucional. *Ubi Lex non distinguit Nec nos distinguere debemus* (onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir). (2007, p. 3).

O devido processo legal adquire substância, na medida em que se comporta como um princípio garantidor de realização da justiça concreta, tornando-se uma ferramenta admirável, com o intuito de resgatar a eficácia do Direito, à luz da filtragem Constitucional.

O objetivo específico é garantir ao corpo social a possibilidade de insurgir-se contra o Estado, na medida em que contra alguém possa sopesar uma acusação. A violação a esse princípio constitui-se num dos mais graves atentados ao Estado de Direito, pois reduz a condição do ser humano à de mero objeto e não à de um sujeito de direitos.

No combate ao inimigo, a legislação infraconstitucional acaba por autorizar a restrição e conseqüentemente fere Direitos e garantias individuais, sob pretexto de estar justamente na defesa dos interesses da maioria.

Com esse argumento, na esfera do Direito material, o Estado antecipa-se, com a criminalização de novas condutas, enquanto que, na esfera do Direito adjetivo, atua de maneira a consagrar e flexibilizar regras e princípios de

Direito Processual, já que o objetivo maior é combater e frear o perigo representado pelo inimigo.

Nessa esteira, seguindo a teoria de Jakobs, a contrapartida é a de que os inimigos não merecem ter resguardados os seus direitos e garantias penais e processuais que, em última análise, pertencem unicamente aos cidadãos.

Em relação aos inimigos é possível, a decretação de medidas extremas, como prisões processuais, escutas telefônicas, pulseiras eletrônicas, interrogatórios por vídeo-conferência. Enfim, deve haver controle por meio do aparato das leis e das instituições que compõem o sistema penal, pois o objetivo é excluir do meio social o perigo, para que não haja contaminação.

## **8.2 Dignidade da pessoa humana e o inimigo**

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República Federativa do Brasil, consubstanciado no art. 3º, inciso III, da Constituição em vigor. Entende-se que o significado do princípio é manter o ser humano no centro do sistema jurídico.

A Constituição vigente, em seu art. 1º, instituiu o Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus fundamentos, justamente a dignidade humana e, no respectivo art. 5º, salvaguardou um vasto rol de direitos que devem ser proporcionados aos cidadãos, limitando-se o poder punitivo do Estado.

O princípio da dignidade da pessoa é legado da própria modernidade, que, enfasiada ao presenciar o seu aviltamento, deixou aos cuidados da sociedade dita pós-moderna a sua execução. Assim, esclarece Bittar:

O discurso pós-moderno, dentro ou fora das ciências jurídicas, e mesmo dentro delas, desde o direito civil ao direito constitucional e à teoria do Estado, parece falar a língua da proteção irrestrita à dignidade da pessoa humana, à defesa das liberdades fundamentais e às expressões da personalidade humana, preocupações estas demonstradas com o crescimento da publicização do direito privado, bem como com o crescimento da discussão e do debate da importância dos movimentos teóricos em torno de direitos fundamentais individuais, sociais, coletivos e difusos. (2005, p. 298).

O Direito Penal do Inimigo defende a possibilidade de que determinadas pessoas possam ser consideradas indignas de direitos, pois não

oferecem garantias mínimas que se comportarão conforme seus preceitos. Em razão disso, não possuem dignidade.

Nessa linha de raciocínio, Martín relata uma breve trajetória das posições doutrinárias sobre a ligação do Direito do Inimigo com o princípio da dignidade humana:

Destarte, em Pufendorf não há base para excluir nenhum homem da sociedade. Isso é lógico, pois ele não estabelece distinções entre os homens em virtude de nenhuma atribuição de status, mas se situa no plano ontológico da dignidade do homem, que possui todos igualmente e que não pode ser negada a ninguém. Pois bem, como aprecia acertadamente Welzel, para Pufendorf a igualdade natural dos homens não é, como pensava Hobbes, uma igualdade nas forças, mas uma igualdade no Direito cujo fundamento se radica na sociabilidade verificada na própria natureza humana. Essa idéia de dignidade humana vinculante para o Direito constitui, a meu ver, o argumento decisivo contra o Direito Penal do Inimigo. Como um dado de máxima importância, deveria ser levada em consideração, já que, como lembra e expõe documentalmente Welzel, a idéia de dignidade do homem como ser eticamente livre, formulada por Pufendorf antes mesmo de Kant, constitui a base a partir da qual se desenvolve a noção dos direitos do homem e da liberdade. (2007, p. 174).

Na ótica do Direito Penal do Inimigo, o Estado não deve reconhecer direitos em relação a quem não possua capacidade de comportar-se de acordo com esse entendimento. Ao contrário, deve restringi-los, pois o risco seria, por força da etimologia, dos amigos, ou seja, a parte puritana da sociedade é quem corre perigo.

Portanto, aquele que é considerado inimigo, deve ser excluído da seara dos Direitos Humanos, é como se não existisse. Afinal, não possui serventia econômica para o Estado.

Por mais que se relativize a idéia, quando se pretende distinguir cidadãos e inimigos, as referências serão feitas a seres humanos privados de certos direitos fundamentais em razão de não serem mais considerados pessoas. “Esta distinção não é uma invenção gratuita de Jakobs nem de nenhum outro doutrinador moderno, mas sim uma consequência necessária da admissão das medidas de segurança.” (ZAFFARONI, 2007, p. 162).

Argumenta-se, a título de justificativa, que se vive em um estado de guerra e, nesse caso, deve vigorar um regime de exceção, devendo ser colocada toda a consideração que se deveria ter em relação a um período de normalidade. A excepcionalidade da situação permite a excepcionalidade das regras.

O ser humano, segundo essa concepção, deve ser excluído do Direito quando representar fonte de perigo.

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc.) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de alguém é privado, que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso. (ZAFFARONI, 2007, p. 162).

As garantias pessoais que emanam do Direito são destinadas a indivíduos que cumprem com as expectativas necessárias à manutenção e ao equilíbrio do Estado de Direito. Deste modo, se o indivíduo se revela incapaz de oferecer essa contraprestação à sociedade, não pode gozar do “status” de cidadão, devendo ser considerado inimigo, seguindo a ótica da exclusão.

Preservar os Direitos Humanos significa não lhe subtrair sua essência humana. O valor da pessoa humana deverá prevalecer sobre qualquer argumento que se possa invocar. A compreensão da dimensão dos Direitos Humanos consiste no enfrentamento do Direito Penal do Inimigo.

Inúmeros pactos e tratados dão conta dessa forma de raciocínio. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Carta Africana de Direitos Humanos, foram desenvolvidos com o objetivo de conferir proteção ao ser humano, em sua individualidade. Somem-se a isso as inúmeras declarações de garantias vinculadas ao reconhecimento da condição humana. Portanto, a concepção contemporânea de Direitos Humanos proclama pela imutabilidade da dignidade da pessoa humana, o que vai de encontro ao Direito Penal do Inimigo.

Para que haja respeito à dignidade da pessoa humana é vital que haja a proporcionalidade nas sanções, de modo a não produzir efeitos particularmente desastrosos. O princípio da dignidade da pessoa humana é direcionado principalmente ao legislador. No entanto, merece tratamento astuto dos órgãos julgadores.

Leis discriminatórias que perseguem indivíduos descobrem campo fértil, na legislação infraconstitucional de países autoritários, apresentando conseqüências altamente negativas e precisam ser repensadas.

A Constituição Federal elenca em vários artigos garantias e direitos inerentes à pessoa humana. Em um deles, especificamente no art. 5º, “caput”, apregoa que todos são iguais perante a lei. O ordenamento constitucional determina que todos sejam tratados de modo igual. Ocorre que a adoção da tese do inimigo não respeita a Constituição, porque não coloca em posição isonômica, cidadão e inimigo.

Masson conclui:

Conclui-se, portanto, que a supressão ou mitigação de direitos e garantias individuais é incompatível com a ordem constitucional pátria, repudiando-se as linhas mestras do direito penal do inimigo. Não se olvide que em nosso sistema constitucional os direitos e garantias individuais constituem cláusulas pétreas, não sendo passíveis de abolição sequer por emenda constitucional (Constituição Federal, artigo 60, § 4º, inciso IV). (VIANNA, 2007, p. 156).

Outro fator que impulsiona o desrespeito às garantias constitucionais é sem dúvida a influência do poder midiático, em sua parcela mais sensacionalista, que contribui de modo decisivo na legitimidade da atuação do Estado repressor. O mal é que a aplicação dessa espécie de não-direito tem trazido conseqüências negativas, bastando olhar para a criminalidade, que progride de forma assustadora.

Prova disso são os resultados obtidos pelas tropas federais que foram combater a criminalidade organizada no Estado do Rio de Janeiro. Comercializada pelo governo como a panacéia contra a violência, foi um verdadeiro desastre. A invasão dos morros pelas tropas federais é o símbolo máximo na atualidade da ineficácia da repressão desproporcional, em matéria de Direito.

No Brasil, a política do combate ao “inimigo” chega ao extremo de convocar o Exército para combater os traficantes de drogas, invadindo os aglomerados onde o biopoder os deixava morrer até que eles passassem a fazer morrer os “amigos” da sociedade. Os meios de comunicação de massa noticiam friamente, para a catarse da população: “Mais um traficante é morto pela polícia”. A morte do inimigo é motivo de júbilo para a ‘sociedade’. (VIANNA, 2007, p. 156).

Crespo, preocupado com a realidade, leciona:

Devido justamente à visão do direito penal atual como um direito de garantias, cuja aplicação surge calcada em uma série de princípios

irrenunciáveis, tais como o da legalidade (reserva legal, irretroatividade, taxatividade, *ne bis in idem*), o de proporcionalidade (idoneidade, necessidade, exclusiva proteção de bens jurídicos, intervenção mínima – subsidiariedade, fragmentalidade – proporcionalidade em sentido estrito), e culpabilidade (personalidade das penas, responsabilidade subjetiva, responsabilidade pelo fato, imputação pessoal), à luz do marco constitucional característico do modo de Estado social, democrático e de direito se sugere a busca de alternativas válidas para a pena privativa de liberdade, enquanto continue sendo necessário o sistema penal. Como critério geral, a substituição ou não das penas curtas deve ser objeto de reflexão judicial, e não de um mero automatismo legislativo, com a valoração e todo o contexto do autor. (CRESPO, 2004, p. 21).

Para que se consagre um Estado Democrático de Direito de modo concreto, e não apenas como instrumento formal, é de vital importância o respeito à dignidade humana, de modo a controlar os poderes advindos de um Estado punitivo. O Estado Democrático exige um processo penal de garantias.

## 9 O GARANTISMO E O INIMIGO

O garantismo é uma teoria que possui o escopo de assegurar a efetividade dos Direitos fundamentais, inerentes a todos os indivíduos e ao mesmo tempo, delimitar a atuação do Estado, detentor do Direito de punir.

Com as conseqüentes reformatações do mundo, decorrentes da Revolução Francesa, consagrou-se a máxima de que todo poder emana do povo, afastando-se, dessa forma, o poder monárquico, cuja característica é a autoritariedade.

Ferrajoli, representante do garantismo, demonstra fundada preocupação com a ânsia punitiva do Estado, que se utiliza de leis de exceção e propõe uma nova leitura do Direito, defendendo a tese de recodificação, com o objetivo de efetivar as garantias necessárias a um devido processo penal. Ferrajoli entende que o sistema penal deve se pautar pelo Direito Penal mínimo, temática explorada na obra *Direito e Razão*. Eis o seu comentário:

A oposição até agora exposta entre garantismo e autoritarismo no direito penal corresponde, pois, a uma alternativa entre duas epistemologias judiciais distintas: entre cognitismo e decisionismo, entre comprovação e valoração, entre prova e inquisição, entre razão e vontade, entre verdade e potestade. Se uma justiça penal integralmente “com verdade” constitui uma utopia, uma justiça penal completamente “sem verdade” equivale a um sistema de arbitrariedade. (2002, p. 38).

Destarte, não há possibilidade de incriminar alguém sem lei anterior que defina tal conduta como criminosa ou, mesmo com violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, dentre outros.

Vejamos:

Na concepção do Sistema Garantista estão presentes ao menos dez condições, limites ou proibições como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro punitivo: ‘Segundo esse modelo, não se admite a imposição de nenhuma pena sem que se verifique a prática de um delito, que ao mesmo tempo esteja previsto em uma lei como delito, que haja a necessidade de sua proibição ou castigo, que ocorram efeitos lesivos para terceiros, que a ação criminosa se exteriorize ou materialize, que se dêem a imputabilidade e a culpabilidade de seu autor e que, ademais, a prova empírica seja realizada pela acusação ante um juiz imparcial em um processo público e contraditório com a defesa e mediante um processo legalmente preestabelecido.’ (CRESPO, 2004, p. 28).

Surge, nesse contexto, um Direito Penal dotado de garantias, que protege os indivíduos contra a prepotência do Estado e a arbitrariedade de seus condutores. Inaugura-se, desse modo, um Direito Penal de garantias, visando expurgar toda e qualquer forma arbitrária de repressão.

A título de comparação entre o garantismo e o reducionismo, Crespo então expõe:

O garantismo representa possivelmente o paradigma de referência para todas as “propostas reducionistas”, porque não aborda a questão da legitimação do direito penal a partir de uma perspectiva parcial, mas a partir de uma visão global sobre os fundamentos de tal legitimação. Pois bem, parece-me convincente separar nessa análise as propostas do neoproporcionalismo das do garantismo, por entender que aquelas se referem de modo especialmente intenso a um momento da legitimação interna do direito penal (a questão de como punir), enquanto estas últimas incidem tanto na legitimação externa como na interna (a questão de *se e do por que punir*), bem como na relação que cabe estabelecer entre ambas. (2004, p. 27).

Enquanto o garantismo diz respeito aos Direitos inerentes a todos os indivíduos, sendo vedado ao Estado deles se afastar, o Direito Penal do Inimigo caracteriza-se por ser excepcional e possuir caráter predominantemente punitivista.

Feitas estas considerações, resta claro que com a aplicação do Direito Penal do Inimigo estaríamos ceifando Direitos primordiais e gerando, dessa forma, a destruição do Estado Democrático de Direito.

Assim, para a efetivação dos princípios garantistas é necessário, antes de tudo, limitar o poder punitivo e garantir a tutela da pessoa contra eventual arbitrariedade.

Com a proteção das garantias individuais, o que se está preservando, na verdade, são justamente as garantias de toda a coletividade. Não cabe ao Estado perseguir indivíduos rotulados como potencialmente perigosos, mas resguardar a dignidade individual de cada acusado, pois só assim estar-se-ia, de fato, resguardando o interesse coletivo.

O garantismo penal é uma teoria de junção entre norma e realidade, operando sob a égide da legitimação, exigindo dos operadores do Direito, postura crítica sobre as leis vigentes, sugerindo a eles a tarefa de denunciar as incoerências existentes, numa atitude que privilegie a aproximação da norma e da realidade.

Entretanto, fundamental é a crítica, pois o modelo garantista está fadado à mistificação, uma vez que, não tem se efetivado nos níveis inferiores. Assim descreve Ferrajoli:

Esta divergência entre normatividade do modelo em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores corre o risco de torná-la uma simples referência, com mera função de mistificação ideológica no seu conjunto. A orientação que, há poucos anos, vem sob o nome de “garantismo”, nasceu no campo penal como uma resposta ao desenvolvimento crescente de tal diversidade e também às culturas jurídicas e políticas que o têm jogado numa mesma vala, ocultando e alimentando, quase sempre em nome da defesa do Estado de direito e do ordenamento democrático. (2002, p. 683).

Em suma, os Direitos fundamentais do acusado devem ser preservados, pois é dever do Estado criar mecanismos hábeis para sua plena efetivação, mandamento este, que propaga de nossa Carta Suprema. E mais, não é possível pensar o Estado intervencionista e autoritário, pois não opera nenhum resultado naturalístico positivo no seio social.

O Estado intervencionista reconhece um Direito Penal, baseado nas características físicas, psicológicas e sociais do autor do delito e não analisa de forma igualitária a conduta por ele praticada.

### **9.1 Direito Penal do fato e do autor**

Por vezes, necessário reportar-se a conceitos envelhecidos e compará-los aos novos conceitos, com o objetivo de verificar a eficácia dos novos institutos.

O Direito Penal do Inimigo, entendido sob a ótica da prevenção de perigos, vai ao encontro da punição de determinadas “categorias” de pessoas, normatizando condutas que possibilitam a sua aplicação ao caso concreto, através da atuação jurisdicional do Poder Estatal.

Não se deve colocar o autor do fato à frente do fato em si, porque o que se deve punir é a pessoa, em razão do ato/fato praticado e não o indivíduo, pelo perigo que eventualmente ele possa representar.

O Direito Penal do Inimigo aproxima-se do Direito Penal do autor e fica equidistante do fato<sup>10</sup>, isto é, por punir o indivíduo antes que este realize qualquer conduta, simplesmente por não oferecer uma segurança cognitiva, fere claramente os princípios da proporcionalidade, da ofensividade e da presunção de inocência.

Não há como não imputar a Jakobs, a defesa do Direito Penal do autor e não do fato, na medida em que, para que haja o reconhecimento do inimigo, é imprescindível adotar critérios étnicos ou físicos para o seu reconhecimento, antecipando-se à realização de condutas consideradas como perigosas o que corrobora a sua teoria.

Não há falar na possibilidade de conformidade da tese com os direitos e garantias individuais, pois a existência do Direito Penal do autor deteriora o Direito Penal estruturalmente, na medida em que não respeita a pessoa como ser humano, mas incute a idéia de objeto sujeito à punição estatal.

#### Segundo Meliá:

Não é que haja um cumprimento melhor ou pior do princípio do direito penal do fato – o que ocorre em muitos outros âmbitos de ‘antecipação’ das barreiras de punição – mas que a regulação tem, desde o início, uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos – os ‘inimigos’ – mais que na definição de um ‘fato’. (2007, p. 25).

Conforme já havíamos tratado no segundo capítulo, veja-se o exemplo claro da troca do Direito Penal de fato pelo Direito Penal do autor, na Lei de Execuções Penais, na medida em que instituiu o regime disciplinar diferenciado. Eis a crítica:

Assim, o fato de que apareça uma alteração da Lei de Execuções Penais com características pouco garantistas tem raízes que vão muito além da intenção de controlar a disciplina dentro do cárcere e representam, isto sim, a obediência a um modelo político-criminal violador não só dos direitos

---

<sup>10</sup> “Fala-se, aqui, da importante diferenciação existente entre um Direito Penal do Ato - procurando a atuação do Estado a partir da realização de uma ação – e do Direito Penal do Autor, cuja atuação do Estado seria provocada pelas características pessoais dos envolvidos no conflito. A aplicação do poder punitivo na segunda concepção caminha no mesmo sentido da atuação dessa forma de poder como uma verdadeira fábrica de seres humanos, excluídos da sociedade. Pode-se afirmar que o Direito Penal do Ato apresenta forte ligação com o Direito Penal Garantidor, e o Direito Penal do Autor converge para o Direito Penal Autoritário. Embora existam diferenças entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito do Autor, a presente relação tem por objetivo demonstrar que, em ambas as situações, parte-se de premissa inadequada, violando-se a indispensabilidade da lesão ao bem jurídico para a atuação penal”. CANTERJI, Rafael Braude. *Política Criminal e Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 26.

fundamentais do homem (em especial do homem que cumpre pena), mas também capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive capaz de substituir um modelo de Direito penal de fato por um modelo de direito penal de autor. (BUSATO, 2004, p. 138).

Ocorre que, com a evolução das sociedades, surge um novo tipo de criminalidade, diferente daquele conhecido nos exemplos acadêmicos, dos quais Caio e Tício foram grandes protagonistas, representantes de um tempo passado em que as condutas criminais eram especialmente individuais. Hodiernamente, o Direito Penal deve buscar a satisfação de suas funções de segurança contra uma criminalidade que não é mais individual, mas coletiva, diga-se organizada.

Ocorre que, embora se deseje a segurança social, não se permite que uma pessoa seja punida por mera cogitação. Para tanto, é necessário que haja a exteriorização de uma conduta, ou seja, só se deve punir evidentemente diante do caso concreto e não no campo da factibilidade. Quando se pune em razão da factibilidade está-se diante do Direito Penal do autor e próximo do Direito Penal do Inimigo

Nesse sentido, Meliá explica:

Na doutrina tradicional, o princípio do direito penal do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito penal orientado na 'atitude interna' do autor. (2007, p. 80 ).

Portanto, não há que se falar em punição quando se tratar de atos de mera preparação, quanto mais punir em função das características físicas, psicológicas e sociais do agente. Deve-se claramente afastar a idéia de se punir pela representação do possível.

Diante dessa assertiva, é impossível a criminalização da pessoa por relação, ou por suas tendências criminógenas, pois não se pode retroceder a um Direito Penal voltado contra os estereotipados sociais.

A maioria dos tipos penais comprova as assertivas acima lançadas. Deveras, a quase totalidade de preceitos primários contidos na parte Especial do Código Penal e na legislação extravagante descreve um modelo de conduta proibida e não um tipo criminológico de autor. Há, por evidente, exceções, como ocorre no crime de rufianismo e nas contravenções penais de vadiagem, mendicância e embriaguez, as quais, por serem diminutas, confirmam a regra geral. (MASSON, 2006, p. 131).

O fato de não encontrarmos legislações inteiras que contemplem modelos de exceção é o que torna a tarefa de identificação da legislação do inimigo, no bojo do sistema, muito mais complexa.

Nesse sentido, mister se faz inserir a seguinte nota explicativa, extraída do texto de Masson, onde se pretende aquilatar a ligação entre o Direito Penal do inimigo e o Direito Penal do autor.

Não está claro qual a relação entre o novo conceito de direito penal do inimigo e a conhecida idéia de direito penal do autor, nem tampouco se ainda há espaço para o primeiro depois do reconhecimento desta na discussão jurídico-penal. E quando a tarefa é analisar com cuidado setores problemáticos como, por ex., as medidas de segurança, o conceito de direito penal do inimigo pouco nos avança além do que já se obtinha com conceitos como 'incapacitação', 'periculosidade', 'criminoso habitual' etc. O critério metodológico conhecido como a 'navalha de Ockham' desaconselharia a que se introduzissem despreocupadamente novos conceitos, sem que ao menos houvesse uma possibilidade de que eles se mostrassem úteis de alguma forma. De qualquer forma, o ônus argumentativo cabe a quem introduz o novo conceito, de modo que temos o direito de permanecer céticos a seu respeito. (GRECO, 2005, P. 105).

Nessa esteira, continuam Gomes e Bianchini:

O denominado "Direito Penal" do inimigo, como se vê, não é propriamente um sistema penal ordenado e lógico. É o conjunto de todas as normas espalhas pelo ordenamento jurídico-penal que se caracterizam por violar os direitos e garantias fundamentais da pessoa. Não tem como eixo um 'fato' criminoso, senão um determinado tipo de autor. Não pode, ademais, ser identificado como mais um movimento punitivista ou retribucionista ou prevencionista autônomo. É, na verdade, uma forma de tratar determinados criminosos que, por não apresentarem 'garantias cognitivas' de que vão permanecer fiéis ao Direito, não são considerados pessoas. São não-pessoas. (Feinde sind aktuell Unpersonen). (2006, P. 332).

Pela análise da legislação de combate ao inimigo, pode-se verificar que a norma não dirige a atuação do órgão judiciário no sentido de regular o fato, mas sim conter o autor do fato, onde conseqüentemente haverá segregação de direitos e garantias em detrimento da qualidade de cidadão. Em suma, o Direito Penal do autor pune pelo o que o criminoso "é", e não pelo que de fato "fez".

Partindo do pressuposto de que a Constituição é democrática no que concerne à proteção dos direitos e garantias individuais, ela é capaz de orientar o legislador e o órgão jurisdicional, afastando através dela toda a sorte de leis antidemocráticas que possam estar positivadas na codificação penal e na legislação extravagante, com um único objetivo, respeitar e consagrar o ser humano em toda a sua plenitude.

Sobre o princípio em questão, José Eduardo Faria, ensina que:

No exercício de suas funções judicantes, a magistratura forjou a partir do Estado liberal uma cultura técnica própria que, hoje, revela-se em descompasso com a realidade. Resultante da dogmatização de princípios como os da imparcialidade política e da neutralidade axiológica, essa cultura propiciou ao Judiciário uma forma particular de auto-conhecimento, baseada num intrincado conjunto de categorias e conceitos que o definem como um poder basicamente declarativo e reativo; ou seja, como um poder com funções precisas no âmbito de uma ordem jurídica concebida como um estrito “sistema de garantias”, dos quais os mais importantes são constituídos pelos direitos e liberdades dos cidadãos. Repetido por sucessivas gerações de juízes e aperfeiçoado pelos intelectuais orgânicos do Estado Liberal, que tradicionalmente encaram as normas abstratas, gerais e impessoais do direito positivo como “emanação da vontade racional de homens livres”, esse conjunto de categorias e conceitos também valoriza o Judiciário como um poder autônomo, independente e soberano. (1998,p. 53).

Para nós, a condição estigmatizante do Direito e o seu potencial rotulador é que devem ser combatidos a todo custo.

Em síntese, a diferença entre o que se denomina Direito Penal do autor e Direito Penal do Inimigo é mínima, na medida em que a teoria antes desenvolvida firmava o entendimento de que não haveria possibilidade de punição por mera fundamentação na atitude interna do autor do fato, o que a diferencia da tese em estudo, vez que a punição advém da classe à qual pertence o criminoso, com um componente a mais, ou seja, a autorização para a flexibilização de direitos e garantias.

## **9.2 Direito Penal Mínimo e Máximo**

O Estado, através do poder punitivo, tenta a todo custo combater a criminalidade existente em nosso país, aplicando as suas leis de modo preventivo e repressivo. Talvez aí esteja a raiz do problema da segurança pública, que objetiva a diminuição da criminalidade por meio de “decretos”.

Não se discute a necessidade de intervenção estatal na solução dos conflitos sociais, pois ela é de suma importância. A intervenção Estatal dentro do Direito Penal pode exteriorizar-se, contudo, de duas formas: mínima e máxima, ou seja, através do Direito Penal mínimo e do Direito Penal máximo.

Dessa maneira, o modelo de Direito Penal mínimo assume um caráter eminentemente garantista dos direitos fundamentais dos acusados em geral, ao passo que o modelo de Direito Penal máximo, é exatamente o oposto, primeiro pensa no coletivo, em detrimento do individual. Será que isso é possível?

A intervenção máxima do Direito Penal em face do indivíduo frente ao Estado<sup>11</sup>, não consiste na possibilidade real de sua efetivação, pois reina a imprevisibilidade e a incerteza, deixando para o Estado a conveniência e oportunidade na prática de atos que possam minimizar os direitos e garantias dos cidadãos.

A intervenção mínima prestigia, até por força da etimologia, uma atuação do Estado frente aos delitos de maneira mais racionalizada, mais serena, que tem por objetivo primordial buscar um equilíbrio na esfera de atuação de órgãos e agentes estatais com o fim de transformação social com respeito aos princípios constitucionalmente eleitos como sendo fundamentais.

Entende-se, portanto, que o grau de intervenção do Direito Penal interfere inquestionavelmente nos passos que o Estado venha a trilhar. É como se as suas atuações fossem refreadas ou limitadas. Nesta esteira, Ferrajoli argumenta:

Para o autor, o Direito Penal Mínimo representa: 'Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do 'favor rei', que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsiste incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da

---

<sup>11</sup> “Sánchez opina que a evolução social está refutando radicalmente a opinião de alguns autores que haviam caracterizado a progressiva cristalização do Estado Democrático de Direito (perante o Estado liberal ou o Estado social) como um marco de “máximos benefícios, máxima proteção e máximas garantias” (isto é, Estado do bem-estar com o Direito Penal mínimo). Ou melhor, ressalta-se que a pretensão de harmonizar um Estado máximo e um Direito Penal mínimo constitui uma “*contradictio in terminis*”. Ainda que fosse apenas por um motivo: A insegurança em relação à percepção dos benefícios (em sentido amplo: compreendendo os afetos à organização territorial, o meio ambiente, consumo, ordem econômica; e não somente as relativas à questão dos benefícios sociais propriamente ditos – educação, sanidade, desemprego, pensões) provenientes direta ou indiretamente do Estado conduz a que se promova a instrumentalização do Direito Penal para (intencionalmente) garanti-las. O antipático Estado-Polícia se converte no simpático Estado-Providência, e a proteção radical dos interesses das Administrações Públicas se explica não em termos de autoritarismo – como se fazia relativamente aos Códigos Penais de origem decimonônica [NT: o termo, pouco usual na linguagem jurídica brasileira, serve para designar o que é pertencente ao século XIX] – senão em termos de democracia e igualdade. Por isso, em realidade, parece razoável pensar que um Direito Penal mínimo somente possa ser gerado no marco de um Estado mínimo...”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Mariá. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Revisão de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002 (Série as ciências criminais no século 21; v.11), p.145-146.

pena. A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio do 'in dubio pro reo', a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia 'in bonam partem', a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica'. Sobre o Direito Penal Máximo: 'Ao contrário, o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não-controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. Devido estes reflexos, o substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a máxima expansão e a incontrolabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade'. (2002, p. 84).

O Direito Penal Máximo se caracteriza, portanto pela incerteza e imprevisão e, principalmente, por pretender regular a vida social, por meio da legalidade de atos e de seu perfil altamente punitivista.

O Estado, que deve exercer o Direito de punir, deve também assegurar o Direito de liberdade. Eis o paradoxo.

Ferrajoli enfatiza que o Estado deve se posicionar de modo racional, na medida em que não pode se considerar onipotente, que encontrará sempre os verdadeiros culpados. Isso é um grande equívoco. Nesse compasso, ele se utiliza dos ensinamentos de Maria Francesco Pagano para bem explicar sua posição:

Ali onde uma lei escrita com caracteres de sangue determina que o mais insignificante evento não fique impune; que todo o delito das trevas, nas quais a fatalidade às vezes o envolve, seja necessariamente conduzido ao claro de juízos; que a pena não se afaste do delito em nenhum momento, ali se faz necessário que nas mãos do juiz se configure um poder arbitrário e imoderado. A presteza da execução exclui as formalidades e substitui o processo pela vontade absoluta do executor. A rigorosa investigação do delito oculto não se realiza mais senão por meio de um poder ilimitado e de violência necessária e atentados sobre a liberdade de um inocente. Semelhante poder ilimitado de um terrível inquisidor não pode estar sujeito aos laços de um processo regular. Em tal estado, a liberdade civil de modo algum pode subsistir. (apud FERRAJOLI, 2002, p. 85).

Silva Sánchez levanta uma polêmica no que diz respeito à aceitação dessa divisão do Direito Penal pela sociedade.

O conflito entre um Direito Penal amplo e flexível (convertido em um indesejável *soft law*) e um Direito Penal mínimo e rígido – certamente impossível – deve achar assim uma solução no “ponto médio” da configuração dualista. Com efeito, não parece que a sociedade atual esteja disposta a admitir um Direito Penal orientado no paradigma do “Direito Penal mínimo”. Mas isso não significa que a situação nos conduza a um modelo de Direito Penal máximo. A função racionalizadora do Estado sobre a demanda social de punição pode dar lugar a um produto que seja, por um

lado, funcional e, por outro lado, suficientemente garantista. Assim, trata-se de salvaguardar o modelo clássico de imputação e de princípios para o núcleo intangível dos delitos, aos quais se assinala uma pena de prisão. (2002, P. 145).

Assim sendo, em nosso país, a Lei Suprema, na tentativa de proporcionar o máximo de garantias aos cidadãos legitima uma mínima intervenção estatal, conforme arrolados em vários artigos<sup>12</sup>. Portanto, a punição deve ser imposta na medida da culpabilidade do agente, no exercício de ato determinado, não sendo possível aplicá-la de forma demasiada seja para maior ou para menor do que a lei permite.

Não há controvérsia no que tange à possibilidade de aplicação desigualitária da pena, pois o caso concreto permite a análise individualizada das circunstâncias que ensejaram o delito, aliás, instituto plenamente constitucional, porque obedece ao princípio da individualização da pena. O Código Penal autoriza o tratamento diferenciado na aplicação da pena, nos termos de seu art. 59.

A complexidade dos delitos deste novo século, que conta inclusive com o auxílio da informática, dificulta o processo apuratório, às vezes não se conseguindo chegar à verdade do fato, o que aconselha aos operadores do Direito todo o cuidado e respeito na sua apuração.

Em contrapartida, a criminalidade avança a cada dia, de uma forma assustadora, devendo o Estado ter pulso firme para combatê-la de forma eficaz, não permitindo o seu progresso. A repressão pura e simples levará a uma situação de insustentabilidade. É necessário muito mais do que o sistema penal tem possibilidade de ensinar.

Como o nosso estudo privilegia o âmbito normativo, especificamente o papel da lei processual, socorre-se de Ferrajoli, que explica:

Efetivamente, somente a lei penal, na medida em que incide na liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma não somente as formas, senão também, por meio da verdade jurídica exigida às motivações judiciais, a substância ou os conteúdos dos atos que a elas se aplicam. Esta

---

<sup>12</sup> A Constituição Federal traçou como objetivos fundamentais à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II), além da erradicação da pobreza e da marginalidade (art. 3º, III). Além disso, conferiu grande destaque à prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e explicitou perseguir a meta de assegurar segurança a todos (art. 5º, “Caput”).

é a garantia estrutural que diferencia o direito penal no Estado 'de direito' do direito penal dos Estados simplesmente 'legais', nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei. E é essa diferença que hoje marca o critério de distinção entre garantismo e autoritarismo penal, entre formalismo e substancialismo jurídico, entre o direito penal mínimo e o direito penal máximo. (2002, p. 306).

Nunca é demais lembrar que vivemos, depois da Constituição de mil novecentos e oitenta e oito, um novo modelo jurídico e, bem por isso, necessário que o judiciário, obedeça aos princípios da estrita legalidade, agindo de forma imparcial, igualitária, decidindo de acordo com os fatos e não em razão do autor. Deve absolver e condenar, sempre motivadamente, sem se preocupar com a repercussão que determinado caso em sua individualidade tenha produzido na mídia sensacionalista. Para finalizar, conclui Canterji:

Tendo por base a intervenção penal como técnica de controle do exercício do poder punitivo que mais viola direitos sagrados como a liberdade e a dignidade da pessoa humana, a sua utilização deve ocorrer em casos extremos. A lei penal possui o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais, ao minimizar a violência e proteger os mais fracos dos ataques arbitrários dos mais fortes – somente isso pode justificar o custo das penas e das proibições. Dessa forma são inadmissíveis as punições por atos que não lesionem (ou, ao menos, demonstrem efetivamente perigo de lesão) o bem jurídico, sendo ilógica a privação da liberdade (bem constitucionalmente assegurado), se aquilo que for lesionado não for igualmente relevante, com proteção constitucional. (2008, p. 109)

Conclui-se que a intervenção no poder punitivo do Estado deve ser mínima, com respeito, antes de tudo à dignidade da pessoa humana. Mas esse punir deve agir positivamente, de modo a transformar a realidade, e não produzir mais violência.

### **9.3 Conseqüências da adoção da teoria do inimigo no sistema penal brasileiro**

Entende-se que a discussão em torno das questões relativas ao Direito Penal do Inimigo é salutar, na medida em que o debate na academia deve refletir e alertar as decisões judiciais. Embora se possam encontrar opiniões de que o debate estaria superado, isso não é verdade. Para tanto, basta invocar o argumento de que o avanço da legislação, que apresenta um cunho altamente punitivista e estigmatizante, está cada vez mais presente, em diversos países do mundo.

Identificar o inimigo no âmbito do sistema penal não é tarefa das mais fáceis, é verdadeiramente um tema muito mais complexo do que possa parecer.

Sabe-se que o poder político sempre elegeu um inimigo, isto é, um indivíduo, que por suas particularidades merecesse um tratamento mais rigoroso, vez que ostenta a condição de inimigo do poder. De alguma forma a “não pessoa” atrapalharia os planos e as finalidades políticas do exercício de determinado poder, em determinada época.

O Direito Penal do Inimigo seria a transposição da condição de inimigo do poder político, para o campo do Direito Penal, com o objetivo de se exercer controle de grupo determinado de pessoas, ante a presença de periculosidade.

Vimos que o Direito Penal é um subsistema do poder social e que, por essa razão, não deve causar perplexidade, que sua utilização se revele muitas vezes de maneira ideológica, com o objetivo de assegurar o controle social. O controle é exercido por meio do aparato de repressão, seja policial ou judicial, contrariando assim os princípios constitucionais que informam o Estado Democrático de Direito.

Wolkmer questiona:

Até que ponto é possível estabelecer uma investigação científica rigidamente isenta dos interesses, das necessidades fundamentais e das condições reais de um dado momento político-social? É possível, precisar, em meio à complexa diversidade de concepções jurídicas do mundo e suas contradições históricas, a construção objetiva e absoluta de uma ciência ‘pura’ do Direito não resiste mais à sua ideologização. A ciência do Direito não consegue superar sua própria contradição, pois enquanto ‘ciência’ dogmática torna-se também ideologia da ocultação. Esse caráter ideológico da ciência Jurídica se prende à asserção de que está comprometida com uma concepção ilusória do mundo que emerge das relações concretas e antagônicas do social. O direito é a projeção normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos (certeza, segurança, completude) e as formas de controle do poder de um determinado grupo social. (2003, p. 154).

Assim sendo, entende-se que por primeiro, o Direito objetiva o exercício do poder pelo viés do controle social, de caráter ideológico. E mais, que as ciências em geral, e o Direito de modo particular, não podem existir sem esse elemento ideológico. O Direito não compreende, portanto, um atuar isento e

imparcial, como se fosse uma técnica absolutamente despida de preconceitos e, via de conseqüência, caracterizado como uma ciência dogmática absolutamente pura.

A teoria do Direito Penal do Inimigo, desconhecida aos olhos da maioria, inclusive no meio jurídico, provoca intenso debate na academia. A população de uma maneira em geral, não tem possibilidades de compreender essa fenomenologia. Com certeza, tem potencial para senti-la, na medida em que enfrentam o aparelho repressor do Estado, seja a Polícia, o Ministério Público, ou o Poder Judiciário.

A discussão trazida com o assunto, acerca das conseqüências da adoção dessa teoria, é de suma importância, na medida em que sugere oferecer tratamento igualitário aos membros da coletividade.

Para Luís Greco (2005, p. 92) ocorre uma “falta de clareza conceitual” do termo Direito Penal do Inimigo e essa obscuridade pode impedir que as discussões em torno do Direito Penal do Inimigo possam avançar.

A recusa a tal conceito surge como conseqüência de que é incompreensível a defesa de sua legitimação, a custo do sacrifício das liberdades públicas e da demonstração clara de se tratar de uma teoria que desrespeita os direitos fundamentais, tão arduamente conquistados através das lutas históricas pela positivação e afirmação dos direitos.

Rememorando os trágicos acontecimentos vivenciados pela experiência humana no período da Segunda Guerra Mundial e mesmo nos anos de ditadura vividos no Brasil e em muitos outros países, percebe-se os malefícios da concentração exagerada nas mãos do Poder Público de poderes ilimitados. E para limitar esse poder recomenda-se a estrita observância ao princípio da dignidade humana que é base, freio e dever a ser seguido por todos, sem exceção.

A sociedade procura a solução dos problemas de segurança pública, com a defesa intransigente de legislações de cunho punitivista. Seria, de fato, algo muito mais simplista, se elas trouxessem os resultados que se deseja. Não obstante, sabe-se que o problema é muito mais complexo. Se o Estado, não fornecer condições primárias para que as pessoas possam usufruir dos serviços de saúde, saneamento, educação, acabará por fornecer unicamente serviços penitenciários, o que é extremamente lesivo para a sociedade.

A bem da verdade disseminou-se a idéia de punitivismo, de simbolismo e de caça às bruxas, e isso se pode notar quer nos países mais abastados financeiramente, como os EUA, quer no continente europeu e também na América Latina, já acostumada com a onda de terror dos regimes autoritários.

As sociedades, de um modo geral, pouco ou nada se interessam pelos resultados da aplicação desse Direito, pois o que se vê são os pouquíssimos resultados por eles alcançados. Vale dizer, os defensores das expressões punitivistas parecem não se preocupar se tal defesa provoca um resultado naturalístico positivo para a sociedade. Ou se tal justificação é fruto de mero sentimento de repulsa, ódio ou vingança contra aqueles que violaram normas jurídicas protetivas de bem jurídico relevante. Talvez, o único resultado da aplicação do Direito Penal do Inimigo consiste no afastamento temporário dos infratores do convívio social, aliás, tese de defesa superada, na medida em que os sujeitos se viram compelidos a se organizarem para sobreviver no caótico sistema penitenciário.

Evidencia-se pela discussão que a necessidade de um novo paradigma se impõe, mesmo porque as codificações brasileiras foram produzidas em bases ditatoriais, em total descompasso com as normas constitucionais.

Em todas as oportunidades pode-se aferir que o Estado busca a solução dos problemas de criminalidade através do Direito penal, que avança sobre a esfera de liberdade do cidadão. O resultado é mais Direito Penal e menos liberdades públicas.

Notadamente, o legislador não se preocupa com as causas do crime, dado que a legislação do campo penal sempre tende a cultuar o punitivismo e o simbolismo. Legisla-se só de forma emergencial, e o resultado é mais exclusão e mais violência.

Boff (2007) sintetiza bem o paradoxo do Direito Penal:

Em nome da segurança inverte-se o sentido básico do direito: todos são supostamente terroristas até prova em contrário. Em consequência disso, surgem, inexoravelmente, serviços de controle e repressão, espionagens, grampos, prisões para interrogatórios, violências por parte dos corpos de segurança e torturas. Cria-se o império da suspeita e do medo e a quebra da confiança societária, base de qualquer pacto social. Há o risco do terror de Estado.

Existe uma necessidade invariável de se produzirem debates acerca dos rumos que o Direito Penal deve abraçar. As políticas emergenciais de combate à criminalidade se revelaram absolutamente impróprias para combatê-la. O Direito Penal do Inimigo é mais uma tese que percorre uma direção errada. O medo não deve ser da criminalidade, mas sim do perigo que a adoção da teoria do inimigo, representaria para a sociedade de forma geral. Quem define o que é inimigo? Quem são os inimigos? Tudo isso, conforme dito fica fora do plano jurídico, concentrando-se nas mãos dos que detém o poder.

Muito poderia ser feito pelas instâncias oficiais, a começar por derrubar a cultura de estereótipos e de etiquetamento dos “delinqüentes” e mesmo em relação à impunidade que impera no sistema quando se tratam de crimes praticados pelas elites, denominados crimes de colarinho branco.

A sociedade deve se lembrar que a justiça criminal é uma instituição social e certamente essas instituições devem cumprir seu papel na promoção dos objetivos propostos pela carta constitucional.

Os códigos, alterados ao sabor da pressão de grupos corporativos, defendem uma maior severidade em relação a determinada categoria de crimes praticados, principalmente, por grupos pré-determinados. Não se vê tal movimento para a garantia da igualdade das pessoas frente ao sistema penal.

Andrade ensina:

Não se está a lutar contra a existência de um sistema de normas escritas no Brasil, e não se defende a ausência de limites aos julgadores. Labuta-se contra o conteúdo de algumas leis, contra a falta de aplicação de outras e contra a interpretação reacionária efetuada pela grande maioria dos juristas brasileiros, em especial pelos juízes de Direito, desembargadores e ministros, aos textos legais. Isto porque esta realidade leva o arcabouço jurídico do Estado a servir pequenas classes sociais, em detrimento de todo o povo, com as suas raras exceções. (2001, p. 17).

O Poder Judiciário não tem, por si só, a obrigação de transformar a realidade social, pobre, excluída, alienada e desigual. Mas, sem dúvida, possui o dever institucional de colaborar com a transformação dessa realidade, a fim de cumprir os mandamentos constitucionais, cuja guarda lhe compete.

A conseqüência é, portanto, a violação dos Direitos e garantias individuais, com a conseqüente destruição do Estado Democrático de Direito.

## Considerações finais

O Direito Penal representou, ao longo de seu desenvolvimento, as expectativas de grupos de poder, conforme constatado dentro do processo histórico. Utilizando-se do positivismo, que sem dúvida qualquer, possibilitou um avanço enorme na direção da segurança jurídica, também vem sendo empregado como instrumento de controle e opressão.

Sabe-se que não é razoável exercer o controle social através da estipulação de regras de conduta, que se espera e que se deseja das pessoas. Aliás, na verdade, deve ocorrer justamente o oposto. O legislador, atento às modificações da vida em sociedade, normatiza, em regra, as condutas não aceitas, de baixo para cima, gradativamente e não de cima para baixo, de maneira impositiva, na tentativa de criar comportamentos desejados exclusivamente por força dos ocupantes do poder, em dado período.

Assim, o sistema penal positivo representa os interesses econômicos das classes dominantes e, desse modo, é reprodutor das desigualdades que permeiam a vida social.

Nessa análise a evolução do pensamento, representada pelas escolas penais, demonstra que o Direito trilhou na direção da mínima intervenção, na medida em que pontuada por uma política de respeito aos Direitos Humanos, sendo exercido não somente como meio de controle, mas com a preocupação de satisfazer os interesses individuais.

Não obstante o avanço propalado do Direito Penal, a vida em sociedade vem suportando profundas transformações e desse modo, parte dos movimentos de política criminal passam a encarar o punitivismo como possibilidade única em matéria de segurança pública.

Na atualidade, desenvolvem-se políticas criminais opostas, cindidas fundamentalmente entre minimalistas e expansionistas. Para os expansionistas, a busca da segurança deve ser reativada por uma política de repressão máxima, sem, no entanto, examinar as conseqüências produzidas no meio social.

É nesse passo que surge o Direito Penal do Inimigo, diga-se, fruto do expansionismo e da influência do poder midiático por mais segurança social, com a

difusão máxima de uma legislação penal, que não reconhece o agente passivo da demanda penal, como sujeito de direitos, dotado de garantias fundamentais.

Inegável, portanto a existência de uma legislação atual, caracterizada por doses cada vez mais elevadas de punitivismo, utilizada como panacéia para a cura da criminalidade, através do ataque e combate aos inimigos. Nesse sentido, a doutrina de Günther Jakobs é incompatível com a ordem jurídica instituída pela Constituição de 1988. Primeiro, por considerar que o indivíduo possa perder seu *status* de pessoa, negando, assim, o caráter irrenunciável de sua dignidade. Segundo, pelo perigo que esse Direito Penal do Inimigo pode causar, qual seja servir para legitimar qualquer espécie de Estado (autoritário, ditatorial, nazi-fascista).

O que Jakobs propõe é justamente a defesa de duas ordens jurídicas, a primeira que seria oferecida ao cidadão comum, representado pelo criminoso ocasional, e a segunda, representada por uma legislação altamente punitivista e que, por vezes, possa ferir princípios constitucionais expressos ou iminentes.

A legislação mundial consagra essa espécie de Direito, se é que se pode assim chamá-lo. No Brasil, em determinados casos, estigmatiza-se e retira-se o caráter de humano daquele que ocupa a posição de litigante em demanda penal, especialmente quando se referir a crimes considerados hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e aqueles relativos às organizações criminosas.

O regime disciplinar diferenciado instituído na lei 7.210/1984 concebe exemplo clássico de legislação antigarantista, que vislumbra a existência do inimigo, em face do perigo representado pela sua forma de vida.

Chega-se ao arremate de que a questão trazida à baila é que o Direito Penal do Inimigo marcha no sentido contrário ao da evolução, por ferir princípios e garantias individuais e coletivas do corpo social.

Conclui-se ainda, que a política criminal expansionista, legitima a idéia de inimigos e possui como resultado prático, nada mais que, provocar aprisionamento em massa, principalmente nos regimes autoritários de capitalismo periférico.

É indefensável a tese que legitima a existência de duas modalidades de Direito Penal, um que seria aplicado ao cidadão e outro que seria aplicado ao inimigo. Porque com o tempo, a exceção tende a virar regra e todos aqueles que

ocuparem eventualmente o pólo passivo de um processo criminal, possam também ser considerado inimigo da sociedade civil.

Outro aspecto relevante reside no critério de escolha dos inimigos. Quem é o inimigo? Quem escolhe os inimigos? A escolha, sem sombra de dúvida, é ideológica, e a conseqüência é a ineficácia do sistema de controle social, pelo viés do Direito Penal, conforme dito alhures.

Hodiernamente, a temática mais admirável do Direito Penal é justamente o paradoxo entre o poder punitivo e o direito de liberdade. Deve-se, necessariamente, buscar o ponto de equilíbrio entre eles.

Conclui-se, ademais, que o princípio a ser perseguido é o de que o Direito Penal deve trilhar minimamente em direção a um Direito eficiente, paripasso deve caminhar rumo às garantias individuais, pois é somente através delas que se consagra um Processo Penal democrático.

O Direito Penal é instrumento de punição, mas essa punição deve ser realizada de modo proporcional e na medida da culpabilidade, mas com respeito à dignidade do ser humano, pois grande parte das causas da criminalidade não reside na dogmática e sim nas desigualdades sociais. A punição, portanto, deve advir da culpabilidade e não do perigo que a pessoa possa representar.

No estado contemporâneo, responder com Direito Penal demandas originadas por ausência de direitos primários, representados pela falta de acesso a Direitos como saúde, educação, saneamento básico, é contraproducente.

Elevar o sistema penal positivo e codificado, como sendo aquilo que decorre da interpretação pura e simples da letra fria da lei, sem a compreensão de sistema, elaborado de modo a obter resultados simbólicos e imediatistas, em contrariedade à ordem constitucional hierárquica é no mínimo ingenuidade.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Thiago Bottino. A segurança como princípio fundamental e seus reflexos no sistema punitivo. *Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 15/16, ano 11, 2007.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é direito alternativo?* 2. ed. Florianópolis: Habitus, 2001.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Tecnoprint S.A., 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 1.
- BITTAR, Eduardo C.B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOFF, Leonardo. *Novo risco para a humanidade: a globalização do inimigo*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/ataques/shownews.htm>>. Acesso em: 04 fev. 2007.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na constituição de 1988*. Conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. *Revista de Estudos Criminais*. Rio Grande do Sul, n. 14, ano 4, 2004.
- CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de Muros*. Crime, segregação e cidadania em São Paulo. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed.34/Edusp, 2008.

CANTERJI, Rafael Braude. *Política Criminal e Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CASTRO, Lola Anyar. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

\_\_\_\_\_. *Pensamento Criminológico: Resumo Gráfico e seu Reflexo Institucional. Da Criminologia Clássica À Criminologia dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Malheiros, 2004.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 13. ed. São Paulo: Editora Ática, 2005.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Do direito penal liberal ao direito penal do inimigo. *Ciências Penais*, São Paulo, ano 1, jul./dez. 2004.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida. Política criminal, criminologia e vitimologia: caminhos para um direito penal humanista. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9150>>. Acesso em: 27 jan.2008.

FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAUT, Michel. *Vigiar e punir*. Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. e BIANCHINI, Alice. "Direito Penal" do inimigo e os inimigos do direito penal. *Revista ultima ratio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Direito Penal do Inimigo e Criminalidade Econômica. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

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

HIRECHE, Gamil Foppel el. *A Função da Pena na Visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HOLANDA FERREIRA. Aurélio Buarque de. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira S/A, 1995.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: \_\_\_\_\_ e MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Coleção Estudos de Direito Penal. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri-SP: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, Luís André; GIACOMOLLI, Nereu José (coord.). *Direito Penal e Funcionalismo*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e versão para o português por Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JORGE, Willian Wanderley. *Curso de Direito Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIMA, Flávio Augusto de. Direito Penal do Inimigo. Direito Penal do Século XXI? *Revista da Esmape, Recife*, v. 11, n. 24, 2006.

LINS E SILVA, Evandro. De Beccaria a Filippo Gramática. In: JÚNIOR, João Marcello de Araújo (Org). *Sistema penal para o terceiro milênio*. Atos do Colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.59, mar./abr. 2006.

MARTÍN, Luis Gracia. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. V.10.

MASSON. Cléber Rogério. O Direito penal do inimigo. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. (Org.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

MELIÁ, Manuel Cancio e CALLEGARI, André Luís. Aproximação à teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal. In: CALLEGARI, Luís André; GIACOMOLLI, Nereu José (coord.). *Direito Penal e Funcionalismo*. Tradução de Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do Medo*. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Editora Método, 2003.

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: Revista dos Tribunais, n. 47, mar./abr. 2004.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SCURO NETO, Pedro. *Sociologia geral e jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Mariá. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Revisão de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VIANNA, Túlio. *Transparência Pública, Opacidade Privada: O Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WACQUANT, Loic. *Punir os Pobres. A Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos. A Onda Punitiva*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.