



FELIPE AIRES LEAL RICARDO

DIREITO PENAL DO INIMIGO:

Uma questão de nomenclatura para a histórica seletividade penal

BRASÍLIA

2010

FELIPE AIRES LEAL RICARDO

DIREITO PENAL DO INIMIGO:

Uma questão de nomenclatura para a histórica seletividade penal

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Raul Livino Ventim de Azevedo

BRASÍLIA

2010

SUMÁRIO

RESUMO	4
INTRODUÇÃO.....	5
1 BREVES PALAVRAS SOBRE O DIREITO PENAL	7
1.1 O Direito e sua indivorciabilidade social	7
1.2 O Diálogo Interdisciplinar	11
1.3 As breves palavras sobre o Direito Penal	14
1.4 A seletividade como fato	20
2 O PERFIL POLÍTICO-CONSTITUCIONAL	26
2.1 O perfil político-constitucional.....	26
2.2 O garantismo como chave hermenêutica.....	29
2.3 Os dez axiomas de Ferrajoli	34
3 DIVISÃO EPIGRAFAL.....	41
3.1 O Direito Penal do inimigo enquanto tese.....	41
3.2 A histórica seletividade	47
3.3 À guisa de conclusão	54
CONCLUSÃO.....	60

RESUMO

A história do direito penal nos revela uma inclinação natural para funcionar somente para alguns “clientes” eleitos pelo Estado. Ciente dessa constatação e olhando para a sociedade contemporânea, encontramos mais uma face dessa histórica seletividade penal: O Direito Penal do Inimigo. A notícia trazida pelo professor alemão Gunter Jakobs, mais do que uma tese, é proposição político-criminal que faz com que, diante da complexidade das sociedades pós-modernas, se demonstre a necessidade de se separar o direito penal em dois: um para os cidadãos, baseado em um direito tradicional, outro para os chamados inimigos, de quem se retiraria direitos, garantias e a própria condição de pessoa. Essa bifurcação, não seria apenas mais uma questão de nomenclatura para a histórica seletividade penal?

Palavras-chave: Direito penal. Histórica seletividade. Direito penal do inimigo.

INTRODUÇÃO

Se, pela etimologia da palavra monografia, tem que se apresentar uma exposição a respeito de um tema único, passo a justificar a escolha do assunto.

Quando procurei algo que inquietasse meus sentidos ao longo da vida acadêmica e algo que, de certa forma, provocasse incansável reflexão, não apenas como estudante, mas e (principalmente) como ser humano, de forma rápida encontrei a resposta: seletividade penal.

Renato Janine, ao apresentar uma edição brasileira de “*Les Misérables*”, do escritor francês Victor Hugo, afirmou que a miséria, na época, se tratava um tema novo, não como realidade, haja vista bem antiga, mas novidade por ter se tornado tema. Hoje, apresentar a seletividade penal é reconhecer que, nem como realidade e nem como tema, se trata de novidade, para uma sociedade historicamente acostumada com a segregação.

Como necessitava ser menos genérico, precisei realizar o confronto do assunto com algo que fizesse reduzir o âmbito da pesquisa.

Consegui aquilo que desejava quando fui apresentado à tese do professor penalista alemão Günter Jakobs. Tese que possuía no seu próprio nome um viés de repulsa: Direito Penal do inimigo.

O cerne da proposta jakobiniana é dividir o direito penal em um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo. A bifurcação oferecida a exame trata alguns tipos de criminosos, que por ele é rotulado de inimigos, de forma diferenciada e desproporcional. Retira-se de tais delinquentes, de forma aberta, o status de pessoa, e diante disso, passa a justificar contra estes, um “direito” regido com a inobservância de regras e princípios básicos.

Observadas estas características, entendi ser, o Direito penal do inimigo, apenas uma questão de nomenclatura para a histórica seletividade penal.

É nesse contexto que se assenta o trabalho. Um recorte histórico que tem como pano de fundo a tese do direito penal do inimigo de Jakobs, mas que se extraindo a

essência nos é revelado um fragmento dos sistemas (penais) estruturalmente montados para exercer o poder de forma seletiva, pois sempre operam contra quem, na medida que, e da forma que querem.

O primeiro capítulo se apresenta com o nome de “breves palavras sobre o direito penal”. Como seu nome já revela, é um capítulo introdutório para a matéria penal. Destacam-se dois subtítulos nesse capítulo: o que mostra a íntima relação do direito com a sociedade (o direito penal e sua indivorciabilidade social), e o que se refere a necessidade do diálogo do direito penal com outras disciplinas (o diálogo interdisciplinar).

O posterior tem como título: O perfil político-constitucional. Com a apresentação do garantismo penal, sintetizado pela expressão “mínima intervenção estatal, com um máximo de garantias”, como a forma de modelo penal a ser usada, diante de qualquer fundamentação e legitimação na qual formos deparar ou nos propusermos a confrontar. É um capítulo de posicionamento metodológico.

No terceiro capítulo, há uma divisão proposital do título da monografia. “Direito penal do inimigo: uma questão de nomenclatura para a histórica seletividade penal”. Cada subtítulo representará um pedaço do título, o que denominei “divisão epigrafal”. Primeiro falarei do Direito Penal do inimigo enquanto tese. Depois, retratarei um breve vóo histórico pela seletividade penal, e por último, faço uma breve digressão sob a forma de mitigação desta seletividade.

Para desembocar em todo esse esboço apresentado, utiliza-se o método de pesquisa bibliográfico, socorrendo-se principalmente do mergulho doutrinário dos mais variados autores brasileiros e estrangeiros, contemporâneos e clássicos, e nas mais variadas ciências que entendi ter pertinência com o tema.

Se for verdade o que diz o provérbio grego, “o início é a metade do todo”, dada a notória dificuldade dos inícios, termino essa introdução, com o acalanto de já ter feito metade do meu trabalho.

1 BREVES PALAVRAS SOBRE O DIREITO PENAL

1.1 O Direito e sua indivorciabilidade social

Não precisaríamos voltar tanto ao passado para constatar que o ser humano será sempre encontrado em um estado de convivência com seus semelhantes.

A referida constatação demonstra a necessidade do ser humano de viver em sociedade. Acontece que essa vida em sociedade, ao expor necessariamente seus integrantes a conflitos, precisa do direito para estabelecer a disciplina mínima das relações e as regras indispensáveis para o convívio.

O direito se apresenta com a função de pacificar ou harmonizar os conflitos sociais, permitindo a manutenção da sociedade.

No imenso mecanismo humano, o direito figura também, por assim dizer, como uma das peças de torcer e ajeitar, em proveito da sociedade, o homem da natureza. Ele é, pois, antes de tudo, uma disciplina social, isto é uma disciplina que a sociedade se impõe a si mesma, na pessoa de seus membros, como meio de atingir o fim supremo (e o direito só tem este) da convivência harmônica de todos os associados²

Não podemos enxergar qualquer ajuntamento humano sem um mínimo de ordem. Essa ordem mínima de contenção de instintos e apetites humanos é feita pelos instrumentos de controle social, e nesse grupo, o direito é apenas mais um responsável.

Temos, inclusive fora do aparelho estatal, outros mecanismos que compartilham a responsabilidade de coordenação e comando, e que tornam o convívio mais ameno, como é o caso da religião, da moral, dos costumes e das regras de trato social.

Das formas citadas acima, o direito possui uma peculiaridade que o distingue dos demais, que é sua força impositiva. Essa imperatividade, de impor, de obrigar, só se concretiza por ser acompanhada de coerção sobre o não cumprimento.

² BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Lammert, 2ª edição, 1878, p. 355

Partindo das lições do filósofo Kant, podemos mostrar, como exemplo do que foi dito anteriormente a diferença entre o direito e a moral. A moral é autônoma, cada um tem a sua, então o que para uns, algo pode ser moral, pra outros, a mesma situação pode ser vista como imoral. É um juízo autônomo de uma valoração subjetiva, dizer o que é moral ou o que não é moral.

O direito, ao contrário, é algo heterônomo, é posto por um terceiro, um poder institucionalizado que foi estabelecido. Gostando ou não de suas prescrições, ainda assim, deve cumprimento, porque o direito tem por símbolo uma espada e a espada representa a força.

Portanto, uma vez elaboradas pelo Estado, e em regra, com a legitimidade de poder outorgado pelos próprios integrantes da sociedade, as normas de direito poderão coincidir, ou não, com as convicções que cada integrante tem sobre o assunto, mas há uma obrigação em respeitá-las e um dever de agir conforme seus mandamentos. O direito é indiferente a adesões interiores dos sujeitos ao conteúdo da norma, portanto, precisa ser cumprido sem ou contra a vontade.

Foi com base no contratualismo que hoje temos a noção da função do Estado. Há um contrato tácito firmado entre os cidadãos, pelo qual cada um transfere parcela de seu poder e liberdade ao Estado, para que este mesmo governe a todos, impondo à ordem e a segurança à vida social.

O pacto voluntário firmado entre os súditos traz uma nova forma de ver o Estado, e por consequência o direito, pois é baseado num consenso que as sociedades estabelecem suas origens e fins, se transformam e se legitimam, e não pela imposição do sagrado ou dos céus, como se acreditava, por exemplo, na época medieval.

É censurando a doutrina do direito natural dos antigos e o jusnaturalismo dos modernos, que o nosso maior penalista do Império, Tobias Barreto de Menezes, reforça a sua idéia de que o direito é resultado da cultura humana.

Uma época em que havia uma tendência aos ideais do jusnaturalismo, o direito como entidade metafísica, anterior e superior à formação das sociedades, ou na

afirmação do professor Pinto Ferreira, “o direito ainda tinha o sopro da sacristia”, vem Tobias Barreto e afirma:

É mister bater cem vezes e cem vezes repetir: o direito não é um filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade. *Serpes nisi serpentem comederit, non fit draco*, a serpente que não devora serpente, não se faz dragão; a força que não vence a força não se faz direito; o direito é a força que matou a própria força.³

Um produto cultural da humanidade que tem por ponto fulcral a capacidade de exigir a sua observância obrigatória. É o controle social formalizado, conforme as lições do professor Luiz Flávio Gomes:

Pode-se definir o direito penal como um dos instrumentos do controle social formal, por meio do qual o Estado, mediante um sistema normativo (leia-se mediante normas penais), castiga com sanções de particular gravidade (penas e outras conseqüências afins), as condutas desviadas (crimes e contravenções) mais nocivas para a convivência, visando assegurar, dessa maneira, a necessária disciplina social bem como a convivência harmônica dos membros do grupo. Esse controle social é dinâmico porque está vinculado a cada momento cultural da sociedade.⁴

Quando as outras formas de controle social fracassam, é o momento de atuação do Direito Penal (*ultima ratio*). Como modalidade do controle social somente entra (ou deveria entrar) em funcionamento quando fracassam os outros mecanismos primários do controle social informal. Portanto, entra em ação quando outros mecanismos não foram capazes de controlar as condutas e ameaças mais fortes aos bens jurídicos mais relevantes.

O Estado tem, por necessidade natural de conservação social, o poder e o dever supremo e imanente de proibir e punir as sanções danosas ou perigosas para as condições de existência individual e social, contra as quais se

³ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Lammert, 2ª edição, 1878, p. 355.

⁴ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio e BIANCHINI, Alice. **Direito penal. Introdução e princípios fundamentais e Parte geral**, volumes 1. São Paulo : RT, 2007. p. 24

mostram insuficientes as outras sanções jurídicas (disciplinar, civil, administrativa, política).⁵

O direito penal, ao contrário do que muitos acreditam, não serve para acabar com o crime. Visa controlar as condutas e ameaças mais graves aos bens jurídicos escolhidos como mais relevantes, além controlar (conter) o poder punitivo do Estado.

Por isso, os discursos de correção da sociedade, aquela espécie de ortopedia discursiva para se acabar com o crime, são na verdade discursos vazios e meramente simbólicos.

Algo inquestionável é o fato de não existir sociedade sem crime. Os desvios de conduta, a desobediência às regras impostas, se constitui em fenômeno normal de toda a estrutura social. A normalidade da qual se tratou na frase anterior, só é abalada quando se ultrapassa os limites do tolerável e passa a ameaçar a própria existência e manutenção do grupo social.

Nesse sentido, é a exposição de Alessandro Barata, fundida e baseada nos ensinamentos de Durkheim:

Precisamente na abertura de sua célebre exposição sobre a criminalidade, em *Les règles de La méthode sociologique* (1985), Durkheim critica a então incontroversa representação do crime como fenômeno patológico: “Se existe um fato cujo caráter patológico parece incontestável, é o crime. Todos os criminólogos estão de acordo sobre esse ponto.” Por outro lado, observa Durkheim, encontramos o fenômeno criminal em todo tipo de sociedade: “não existe nenhuma na qual não exista uma criminalidade”. Ainda que suas características qualitativas variem, o delito “aparece estreitamente ligado às condições de toda vida coletiva”. Por tal razão, considerar o crime como uma doença social “significaria admitir que a doença não é algo acidental, mas, ao contrário, deriva, em certos casos, da constituição fundamental de ser vivente. Mas isto reconduziria a confundir a fisiologia da vida social com sua patologia. O delito faz parte, enquanto elemento funcional, da fisiologia e não da patologia da vida social. Somente suas formas anormais, por

⁵ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. Tradução de Paolo Capitanio- 2 ed. – Campinas: Bookseller, 1998, p. 40.

exemplo, no caso do crescimento excessivo, podem ser consideradas como patológicas. Portanto o delito não é só “ um fenômeno inevitável, , embora repugnante, devido a irredutível maldade humana”, mas também “uma parte integrante de toda a sociedade sã.”⁵

Não podemos confundir aquilo que é parte do corpo com aquilo que é doença no corpo. Guardando a proporcionalidade daquilo que podemos chamar de natural, o crime é algo intrínseco, é elemento formador e não algo patológico.

Se a sociedade se esforça, em vão, para destruir o crime, podemos ver o interessante fenômeno inverso, pois “o crime também luta para viver. Resiste, modifica-se, transforma-se, adapta-se às novas condições, se adelgaça ou se contrahe, segundo as necessidades, porém persiste, ainda que combatido”⁶

Por mais do que seja dependente das realidades do meio social ao qual está inserido, o direito penal age como condicionante de comportamentos. Não possui apenas o efeito limitador e repressivo, mas também um efeito estimulante de comportamentos.

Percebendo o direito como fenômeno social, decorrente da criação do homem e fruto da própria sociedade em que está incluso, e sabendo que este sofre de todas as formas de ação desse meio, o estudioso do direito não pode nunca se desgarrar de ciências propedêuticas que sempre serão necessárias para a melhor compreensão da estrutura social e do próprio ser humano, como é o caso da sociologia e da antropologia.

1.2 O Diálogo Interdisciplinar

Na visão de Pontes de Miranda, a sociedade é o universo do jurista. O direito nada mais seria que a ciência que estuda o relacionamento entre os homens, apreende os princípios que o governam, para transformá-los em regras jurídicas.

Como visto, não poderíamos falar de uma ciência jurídica sem falarmos de seres humanos. Por isso, há uma necessidade de que as ciências ditas sociais, ou ciências do

⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3ª edição. Ed. Revan, Rio de Janeiro, 1999. p. 60

⁶ BEVILAQUA, Clóvis. **Criminologia e Direito**. Campinas: Red Livros, 2001. p. 58

espírito, se comuniquem para facilitar os diálogos e as reflexões. Em se tratando de pessoas, as disciplinas afetas precisam dialogar.

A compreensão plena de nossa ciência exige o conhecimento anterior do homem e da sociedade. Em nenhum momento do estudo se poderá fazer abstração desses dois agentes, pois as normas jurídicas são estabelecidas de acordo com a natureza humana, em função de seus interesses, e sofrem ainda influências das condições culturais, morais e econômicas do meio social.⁶

Teremos como exemplo algumas disciplinas que se relacionam, não só com o direito, que no caso é o personagem principal, mas também entre si, numa construção de conexões teóricas e empíricas entre elas. São as relações que o professor René Ariel Dotti fala entre o Direito Penal e outras ciências da conduta, além de estar atento a outras áreas do conhecimento.

A ciência penal, que é grande responsável por analisar o direito penal, não pode fazer-se cega aos fatos que emanam da sociedade.

Por isso, encontra-se na sociologia do direito a correspondência exata entre as normas jurídicas e a realidade. Vai observar, portanto, os fenômenos do direito do ponto de vista social, para então encontrar as regras de acordo com a vontade social e principalmente se há um efetivo cumprimento, sob pena de as regras serem totalmente ineficazes para os fins visados no momento de sua criação.

A sociologia desenvolve importante trabalho para a correção dos desajustamentos entre a sociedade e o direito, pois é ela quem oferece os dados referentes a realidade social, tornando-se elemento fundamental na interpretação das leis penais.

Um dado de fato indiscutível é atualmente o de que não pode o direito penal ser entendido e estudado sem um enquadramento filosófico.⁷

O conhecimento humano tem como pressuposto a experiência e a revelação filosófica. A filosofia do direito é uma reflexão sobre os princípios e instituições jurídicas no

⁶ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000. p. 9

⁷ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 2002. p. 33

plano abstrato e a correta interpretação/aplicação no caso concreto. Acima de tudo, a filosofia não se aproxima do direito para resolver seus problemas e sim para estimular e motivar os questionamentos dando maior legitimidade à ciência jurídica.

Partindo de afirmações pré-estabelecidas, se aproxima para indagações, sobretudo de cunho crítico, o que naturalmente levará a um conhecimento mais completo e há uma aplicabilidade bem mais racional voltadas para os valores da justiça. Uma valorização a busca da integração de perspectivas, pois com a natural aparição multifacetada dos objetos do conhecimento, não pode o jurista ficar cego a ponto de enxergar apenas o direito legislado.

O direito vive inserido nos fatos históricos. A melhor maneira de repetir os acertos ou não renovar os erros é o olhar consciente para a história que ficou para trás. A história, como disse o filósofo alemão Friedrich Von Schlegel, é um profeta que olha para trás.

A História do Direito é uma disciplina jurídica que tem por escopo a pesquisa e a análise dos institutos jurídicos do passado. O Direito e a História vivem em regime de mútua influência. A compreensão plena de nossa ciência exige o conhecimento anterior do homem e da sociedade. Em nenhum momento do estudo se poderá fazer abstração desses dois agentes, pois as normas jurídicas são estabelecidas de acordo com a natureza humana, em função de seus interesses, e sofrem ainda influências das condições culturais, morais e econômicas do meio social.⁸

O processo de interpretação das normas jurídicas reconhece na experiência histórica uma de suas referências para o reconhecimento e a reflexão. Ao lado dos elementos literal (ou lingüístico) e lógico-sistemático, o hermeneuta também deve se utilizar do elemento histórico para a compreensão da natureza e do sentido das normas.⁹

Temos também a antropologia criminal, hoje definida como a ciência que pesquisa os fatores individuais dos crimes, neles compreendendo os fatores endógenos, somáticos e psíquicos, inerentes a vida do homem.

⁸ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000. p. 9

⁹ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 115

Pode-se, portanto, conceituar a antropologia (ou biologia criminal) como a ciência que estuda a integral personalidade do delinquente, para a partir desta, mostrar as características do ser humano de uma forma científica. Nesse estudo, não só os fatores endógenos do delito, mas também os coeficientes sociais que condicionaram ou provocaram a ação criminosa, devem ser focalizados.

A psicologia jurídica é a psicologia que ajuda o direito na elaboração, interpretação e alcance de algumas normas penais.

A atividade humana é essencialmente motivada por fatores psicológicos. Portanto as noções de dolo, culpa consciente, erros sobre os elementos do tipo, personalidade do agente, imputabilidade, transtornos de conduta, grau de socialização, justiça restaurativa, estão estritamente ligadas ao Direito, e este, deve se socorrer dos conceitos e institutos da psicologia.

Assim, a compreensão plena do significado de uma norma jurídica exige o conhecimento de suas diferentes fases e mecanismos que de qualquer forma participem de sua elaboração.

Essa é a necessidade de um diálogo interdisciplinar.

1.3 As breves palavras sobre o Direito Penal

Partimos para algumas breves palavras sobre o Direito Penal, que como visto, se apresenta como a mais grave forma de controle social. Inicialmente deve-se salientar que Direito Penal é expressão equívoca e, por isso, será tratada por nós, ora com o significado de legislação penal, outras vezes denotará o poder punitivo do Estado.

As duas são instâncias diversas de conhecimento, entretanto possuem um mesmo sujeito gramatical.

Enquanto que o exercício do real poder punitivo é obra das agências executivas do Estado encarregadas da coerção e seu estudo é matéria de disciplinas preferencialmente descritivas, em especial a criminologia ou a

sociologia, a legislação penal é produzida pelos órgãos políticos competentes (legisladores).¹⁰

Um pequeno parêntese precisa ser inserido para explicar que a seletividade de que se tratará no presente trabalho não diz respeito àquela utilizada de forma corriqueira cujo significado é a simples ato ou efeito de escolher.

A seletividade (sentido amplo) no direito penal é algo extremamente necessário, como, por exemplo, no que tange a fazer valer o princípio da legalidade. Há que se fazer uma seleção de bens a serem protegidos, há de se fazer uma seleção de condutas a serem reprimidas, há de se fazer, inclusive, uma valoração no quantitativo das penas em abstrato.

Nota-se, que até a objetividade no direito penal, necessariamente é fruto de uma subjetividade, essa oriunda de uma escolha valorada.

Entretanto, nossa seletividade diz respeito basicamente à seleção de pessoas sem a justificção racional para o tratamento diferenciado. É isso que combateremos ao longo do trabalho, principalmente em razão dos critérios e dos resultados advindos desta escolha.

Voltando ao tema central do capítulo, e olhando para a história, vemos que o direito penal encontrou nas mais diferentes épocas, e nos mais diferentes lugares, grandes doutrinadores, que sempre com muita exegese buscaram explicar as razões, não só da punição do Estado, mas como dos próprios institutos do direito legislado.

Compreender os pontos de vista que hoje se defende e as mudanças que ocorreram na dogmática penal, exige uma breve análise das escolas penais e das teorias do delito.

A Escola Clássica de Carmignani, Rossi e Carrara seguida do positivismo de Lombroso, Garófalo e Ferri. Os primeiros fundados no Direito Natural, os segundos na realidade não-jurídica com as ciências causais explicativas (o delito como manifestação biológica ou sociológica).

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007. 2ª ed. p. 27

Nas lições do mestre Nelson Hungria, a escola clássica focalizava o crime e deixava na sombra o criminoso; a escola positiva invertia as posições: o criminoso era trazido para o palco, enquanto o crime ficava na retocena. Ambos afastados da norma contida na lei.

A reação ao positivismo jurídico se deu com o Neokantismo na retomada de valores ao Direito penal seguido do Finalismo legalista de Welzel que se levantou contra este subjetivismo. Nos dias de hoje, encontramos três importantes funcionalismos: Roxin, Jakobs e Zaffaroni.

Essa síntese histórica tem na atual estrutura dogmática político-criminal sua fase que mais interessa para o presente trabalho. O Funcionalismo nasce para colocar o Direito Penal em função de algo. Para cada autor, o direito penal existe em função de quê? E é com base nessa resposta que as teorias são feitas.

Roxin diz ser para a proteção de bens jurídicos. Jakobs defende que a função do direito penal é a reafirmação da vigência da norma, com a finalidade de protegê-la. Zaffaroni, com seu funcionalismo reducionista diz, ter a função de limitar o Estado, como uma forma contenção do poder de punir.

O entendimento desses pontos de vista é fundamental para a compreensão sistêmica do trabalho, principalmente na relação do funcionalismo de Jakobs e sua tese do Direito Penal do Inimigo, mas também na crítica desse último quando confrontado com os funcionalismos de Roxin e Zaffaroni.

Por isso, necessário se faz, neste momento, introduzir um parágrafo para cada autor.

Claus Roxin entende que a função do Direito Penal é a proteção de bens Jurídicos, e ele mesmo define o que seria esses bens jurídicos:

(...) em um Estado democrático de direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídicos-penais, não somente as condições individuais

necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.) mas também as instituições estatais para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor. Todos esses objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino bens jurídicos.¹¹

O alemão Gunter Jakobs adverte: “o Direito Penal garante a vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos”

O funcionalismo sistêmico de Jakobs, parte do pressuposto que o delito é uma violação da norma a que todos devem obediência, de forma a manter a convivência. O delito cometido frustra aquilo que se esperava do indivíduo (obediência), devendo a pena confirmar a vigência da norma infringida.

O funcionalismo reducionista de Zaffaroni está voltado para a necessidade de limitação do poder de punir do Estado. Luiz Flávio Gomes, explicando tal teoria descreve:

A função do Direito Penal, como instrumento do Estado de Direito, consiste em reduzir a violência do Estado de Polícia, assim como sua seletividade inerente (...) Sua função consiste em reduzir e conter o poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis.¹²

Em síntese, o funcionalismo reducionista, bem expressado nas palavras do professor Antonio Garcia Pablo-Molina, enxerga o Direito Penal não como um subsistema repressor das liberdades, senão a melhor de suas garantias porque racionaliza a intervenção punitiva, minimiza o uso da violência estatal e submete ao controle o *Jus puniendi* e os excessos do Estado.

¹¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Claus Roxin; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado ED., 2006. p. 17.

¹² GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral: volume 2**. Luiz Flavio Gomes, Antonio Garcia-Pablo Molina; coordenação Luiz Flavio Gomes. 2. Tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 189.

Mas o que fazer quando indivíduo violenta as regras basilares da mútua convivência lesando ou colocando em perigo os outros indivíduos, os bens jurídicos e a própria sociedade?

A resposta para essa pergunta é o objeto da Política criminal. Ora, essa reação do Estado frente ao criminoso, por meio de um aparato repressivo, ditado pela política criminal, apresenta duas grandes posições, que na verdade se manifestam como dois grandes movimentos: intervencionista (punitivista) e não intervencionista (abolicionismo e minimalismo).

Trago, as lições de Luiz Flávio Gomes:

Se de um lado não podemos concordar com os exageros do punitivismo, até porque hoje não se discute que já vivemos uma estonteante “inflação legislativa” no âmbito criminal, o que permite, em tese que o Estado ingresse excessivamente no âmbito de liberdade do cidadão, e se de outro lado não reivindicamos a ruptura total e absoluta da desinstitucionalização das respostas possíveis contra a conduta desviada (o que é sustentado pelo absolutismo radical), só nos resta postular nossa adesão ao Direito Penal Mínimo Garantista¹³

Nas Palavras de Ferrajoli, esse Direito Penal Mínimo significa: “mínima intervenção estatal, com máximas garantias”.

Entretanto, as metas dos movimentos oscilam conforme o tempo e o espaço, pois a relatividade dos conceitos de crime e de reação penal, os quais, sendo fenômenos sociais sujeitam-se às mutações e evoluções da sociedade.

Atualmente esses movimentos supramencionados escolhem, dentre esses binômios, suas áreas de atuação: (1) criminalização-descriminalização, (2) penalização-

¹³ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal Mínimo: lineamento de suas metas**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, v. 1, n. 5, p. 71, jan./jun. 1995.

despenalização, (3) prisionização cautelar-desprisionização cautelar, (4) institucionalização-desinstitucionalização.¹⁴

A proposta de Jakobs, Direito Penal do Inimigo, como veremos em capítulo próprio transcende o mero campo de conceituação e se torna proposição político criminal, pois seus traços característicos se coadunam com o atual punitivismo intervencionista do Estado, demonstrado numa tendência de expansão do Direito Penal.

E quando nos referimos a expansão do direito penal, estamos falando basicamente de criminalização (criação de novos tipos penais), penalização (privilegia a pena de prisão como resposta ao delito), prisionização cautelar (utilização provisória da prisão pré trânsito em julgado), institucionalização (resolução de conflito pelas instituições do Estado), presentes de maneira clara nos Direitos Penal e Processual que giram em torno do discurso do penalista alemão.

O Direito Penal do Inimigo é uma das tendências do direito penal, processual penal e da política criminal da atualidade. Há uma enorme tendência de expansão do direito penal, observada principalmente na intensificação de sua aplicação.

Trata-se do advento de um Direito de “terceira velocidade” pautado por flexibilização de direitos e garantias penais e processuais, antecipação da tutela penal, adoção de tipos de perigo abstrato e normas penais em branco, concomitante com a adoção de regimes rigorosos de cumprimento de penas privativas de liberdade. Estamos assistindo ao despertar das primeiras acepções das políticas criminais voltadas ao combate aos inimigos.¹⁵

Terceira velocidade, nascida para enfrentar a complexidade da sociedade contemporânea, onde já não se combate o crime, quase sempre de natureza transnacional, com aquele direito penal iluminista das penas de prisões com amplas garantias penais e processuais, conhecido como primeira velocidade, nem com um modelo de segunda

¹⁴ As expressões mencionadas aqui constam em: GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal volume 1: introdução e princípios fundamentais**. Luiz Flavio Gomes, Antonio Garcia-Pablo Molina, Alice Bianchini.-São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 254.

¹⁵ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: A terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2009 pag. 71.

velocidade, em que se retira direitos e garantias, mas por outro lado, concede outras alternativas de pena, que não a privativa de liberdade.

O direito penal como a reunião das normas jurídicas que traz a previsão dos crimes e lhes prevêem as respectivas sanções, e que disciplina como se dará a incidência e a validade de tais normas, deve ser encarada como uma das faces da aplicação e execução, já que por de trás dessa norma, deve se olhar a política criminal que a sustenta.

Portanto, a dogmática penal não pode estar dissociada da política criminal na qual está inserida. A primeira é quem deve ditar os rumos e delinear os caminhos. Mas mesmo assim, quando não o faz, deve ser levada em consideração para a aplicação do direito legislado.

Termino o capítulo com a lição do grande penalista Nelson Hungria, para quem a Ciência Penal não pode ser vista apenas como a sistematização da lei, mas, antes de tudo, e acima de tudo, a revelação de seu espírito, a compreensão de seu escopo para ajustá-los a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida.

1.4 A seletividade como fato

O direito, diz o professor baiano Calmon de Passos, em sendo uma resposta, uma projeção do poder institucionalizado para a conveniência da sociedade, ele é algo socialmente construído e historicamente projetado.

E como todo produto manejado pelos grupamentos humanos, o direito acaba por se tornar reflexo das condições e da maneira que esse grupamento vai se estruturar e se reproduzir.

Socorrendo-nos da sociologia jurídica devemos observar que por trás do estudo do direito penal deve haver uma análise da ação direta, e por vezes oblíqua, dos grupos de interesses que fabricam e aplicam a reação do Estado frente ao criminoso.

Como afirmado anteriormente, a própria objetividade que protege os cidadãos contra a forte mão punitiva do Estado, advém da subjetividade, da escolha dos grupos que são capazes de manipular o poder.

Assim a seleção legal de bens e comportamentos lesivos instituiria desigualdades simétricas: de um lado, garante privilégios das classes superiores com a proteção de seus interesses e imunização de seus comportamentos lesivos, ligados à acumulação de capitalista; de outro, promove a criminalização das classes inferiores, selecionando o comportamento próprio desses segmentos sociais em tipos penais.¹⁶

Nota-se que a própria estrutura social, que em última instância introduzirá seus valores no direito, é quem estimula, de certa forma, a maioria dos comportamentos individuais.

A Teoria psicanalítica de Edward Naegeli nos revela uma face interessante da sociedade, que é a projeção de agressividades e sentimentos sobre a figura do delinquente:

O nosso negativo, a assim chamada sombra, produz, como conteúdo essencial inibido através das instâncias do superego, sentimentos de culpa inconsciente que procuram ser descarregadas. Em todo o homem existe a tendência a transferir esta sombra a terceira pessoa, objeto da projeção, ou seja, a transportá-la para o exterior, e com isso, a concebê-la como alguma coisa de externo, que pertence a um terceiro. Em lugar de voltar-se contra si próprio, insulta-se e pune-se o objeto dessa transferência, o bode expiatório, para o qual é sobretudo característico o fato de que se encontra em condição indefesa.¹⁷

Como dito a explicação acima é apenas uma das feições, mas já demonstra como se dão as escolhas e sobre quem recairá: aos que se encontram na situação de indefesos.

É a criminalização de pessoas e ações, cujos, critério se demonstra ser o da escolha segundo sua classe ou posição social, a quem após serem rotulados socialmente, passam a ser tratados como inimigos da sociedade.

¹⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. p. 15

¹⁷ Apud Ibidem. p. 56

Com isso, a separação ou até mesmo o aniquilamento desses indivíduos eleitos para serem a clientela específica do direito penal, se mostraram sobre as mais diversas faces ao longo da história.

A separação espacial que produz um confinamento forçado tem sido ao longo dos séculos uma forma quase visceral e instintiva de reagir a toda diferença e particularmente à diferença que não podia ser acomodada nem se desejava acomodar na rede habitual das relações sociais.¹⁸

Essa forma comum de isolamento foi utilizada em todas as épocas, umas com mais violência que outras, mas com o mesmo objetivo de lidar com a parte da população tida como problemática ou danosa.

Mas como esses grupos que estão ao lado do poder são capazes de legitimar tamanha arbitrariedade.

Em uma visão geral, o discurso da segurança é que veio escorando esse controle político e ideológico. A pretexto da pacificação social vende-se um produto de segurança à sociedade capaz de legitimar as mais variadas formas de violência.

E a violência é a característica central de todos os casos com quem lida o direito penal: tanto no que se refere a relação ofensor-vítima, como também na relação Estado-ofensor, materializada na forma em que esta segunda relação tenta solucionar aquela primeira.

Cabe esclarecer que, em alguns momentos, a seleção criminalizante altera-se por outras razões que podem determinar uma insistência na intervenção política (como acontece nos regimes autoritários), ou perseguindo minorias étnicas (indígenas ou imigrantes), minorias sexuais, grupos profissionais (às vezes políticos), etc., como acontece nas incontáveis emergências que inventa o poder punitivo. Com frequência é orientada pelos empresários

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt.. **Globalização: As conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 114

morais. Contudo, as regras não mudam muito, pois se trata somente de uma modificação do estereótipo criminal ou de um complemento do mesmo.¹⁹

Na sociedade pós-moderna em que vivemos, pautada pelos efeitos da globalização, que aumenta a sensação de insegurança pelo avanço tecnológico, que facilita a propagação da notícia do crime por meios de comunicação cada vez mais velozes, com a necessidade crescente de proteção de bens jurídicos difusos e coletivos, aumento das desigualdades sociais, com o descrédito nas instituições públicas

Se como diria o Professor Argentino Zaffaroni, o Juiz objetivo e imparcial é uma impossibilidade antropológica, o que se esperar de uma sociedade que recebe as mais variadas influências e a quem é depositada a esperança de ver a solução desses e de outros problemas da criminalidade no direito penal.

Diante dessa constatação temos que aceitar que a sociedade pretenda se alimentar desse discurso de que realmente estamos num estado de guerra, permitindo que ao direito penal seja dado o poder necessário para conter a expansão da criminalidade, independente das formas que se adote para tal mister.

Não há como esconder que os anseios individuais por segurança, aliado a um natural preconceito que é fruto das projeções de egoísmos e apetites humanos, faz com que essa realidade seja refletida no poder punitivo e no sistema penal.

O autor Carlos Roberto nos ensina que a manutenção social de estigmatizados propicia enorme poder de sustentação de classes privilegiadas ou de “normais” em detrimento dos primeiros (estigmatizados) que recebem tratamento desumano.²⁰

O próprio fundamento do abolicionismo, que como vimos, despe de qualquer legitimidade o sistema penal da forma em que é apresentado, defendendo aquela abolição radical, ou mesmo uma troca por mecanismos informais, se baseia fortemente na distribuição injusta que é feita pelo sistema penal.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Culpabilidade por Vulnerabilidade**. Tradução: Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. Revista Discursos Sediociosos n. 14. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 31 e ss.

²⁰ BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas um estudo sobre os preconceitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 29-30.

Zaffaroni em seu livro *Em busca das Penas Perdidas* cita a tradicional passagem do livro de Martín Fierro, que metafóricamente ilustrou bem esse entendimento:

A lei é feita para todos, mas só ao pobre obriga. A lei é teia de aranha, em minha ignorância tentarei explicar, não a temam os ricos, nem jamais os que mandam, pois o bicho grande a destrói e só aos pequeninos aprisiona. A lei é como a chuva, nunca pode ser igual para todos. Quem a suporta se queixa, mas a explicação é simples; a lei é como a faca que não fere quem a empunha.²¹

Essa constatação provoca uma fissura na legitimidade do Direito penal, pois demonstra claramente a forma preconceituosa da aplicação de uma ciência, que a princípio, deveria combater fatos, independente de seus autores.

Não pode nos impressionar os argumentos de que tudo é feito na medida necessária para limitação dos perigos que os criminosos representam. A realidade ao se apresentar carregada de subjetividade não conhecerá nem leis nem limites.

Tudo passa a depender da opinião subjetiva do indivíduo, ou seja, daqueles que exercem o poder. A medida necessária ficará ao bel-prazer de quem decide quem são os inimigos do Estado e quando deixarão de ser considerados como tal, de quem poderá dizer o nível de perigo que representa a profundidade em que se dará a contenção.

A quem atribuiríamos o “poder” de rotular inimigos. Quais critérios seriam utilizados? Já percebemos de pronto, que necessariamente cairemos nos segmentos dos sistemas penais com suas seculares estruturas discriminatórias, que elegerá sempre grupos marginalizados, pela distância que esses se encontram do poder.

É o pretender eternizar o desnivelamento da balança que é sustentada pela mão da deusa “Themis”.

O que nos preocupa é saber que, por mais que não esperássemos que o Direito fosse a solução para os obstáculos e contrariedades interpessoais, deveríamos tomar

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 1^o ed, p. 42.

um cuidado especial com alguns vícios que vão sendo absorvidos pelo Direito no decorrer da história. Um destes vícios do Direito, com certeza, é a seletividade.

Portanto, diante desta constatação de que a seletividade, mas do que um dado de direito, é uma situação fática citada e datada ao longo de toda a história e nas mais diversas culturas, a reação contra esse preconceito, opressão, discriminação e humilhação, de grupos eleitos para se tornarem o objeto para o qual o sistema penal está voltado, precisa ser encarada com responsabilidade pelo Estado.

Essa responsabilidade deve começar com a efetivação dos direito e garantias, dadas por esse mesmo Estado, quando trouxe em seu perfil político-constitucional a opção de se fazer um Estado democrático de Direito e de honrar os compromissos assumidos ao se tornar signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e demais tratados internacionais.

2 O PERFIL POLÍTICO-CONSTITUCIONAL

2.1 O perfil político-constitucional

Na análise dos textos Constitucionais modernos, percebemos que expressamente que adotam como perfil político-constitucional o Estado Democrático de Direito.

Entretanto, para se chegar em um atual estágio de entendimento do que seria tal expressão, percorreremos um caminho histórico os modelos de Estado de Direito e falaremos da sua eterna dialética com o Estado de Polícia, que é simbolizado neste trabalho pelo Direito Penal do Inimigo.

O Estado é um ente que se organiza politicamente e que tem como elementos constitutivos básicos povo, território e governo.²² Um povo assentado em um território, sob a batuta de um governo soberano.

Em um olhar retrospectivo, chegamos ao Estado Absolutista, que tinha por característica a concentração do poder nas mãos de uma única pessoa, tida por ser o soberano, que se legitimava no poder, ou por ser enviado de um ente divino ou por ser a própria entidade divinizada.

Entretanto, essa concentração de poder do político e militar, com o tempo se tornou um problema, pois não havia ninguém capaz de submeter o soberano ao Direito, o que acabava por gerar toda a sorte de tirania e de abusos, principalmente no que se referia a punições e castigos penais.

²² LIMA, Euzébio de Queiroz. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: A casa do Livro, 1951. p. 5

Partindo dessa necessidade de redistribuir as funções do Estado e de preservar alguns direitos individuais, eclodiu na França uma Revolução, que se dissemina para outros países posteriormente, com a finalidade de restringir tamanho e ilimitado poder.

Com simplicidade, Montesquieu, em seu livro *O espírito das Leis*, expõe sobre a necessidade de limites ao poder:

(...) é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites, Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder.

A partir disso buscou-se uma forma de submissão do Estado aos ditames do Direito, o que na visão de muitos era uma forma de legitimar o exercício do Poder do Estado. O viés dessa legitimidade para o nosso ramo, qual seja o Direito Penal, é o de enxergar como legítima a violência do Estado.

À luz do pensamento de Max Weber, de resto compartilhado pela generalidade dos teóricos e dos cientista políticos, o conceito de violência é a pedra de toque para a compreensão do Estado de Direito como instrumento de racionalização/ institucionalização ou se preferirmos, de legitimação do exercício do poder.

Por isso é que a , desde os seus primórdios, a idéia de Estado de Direito está associada a de contenção do Estado pelo Direito (...)²³

Essa submissão ao direito, leia-se direito como expressão da vontade geral, impregnada já em todo o sistema jurídico, precisava mais do que a simples limitação e não ingerência estatal, pois carecia de um conteúdo social.

Isso porque, o legalismo inflexível de contenção do Estado por dispositivos da lei, conseguiu em um primeiro momento fazer a contenção necessária. Entretanto, a submissão de todos à lei, inclusive do próprio Estado, a divisão dos poderes, a igualdade de

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 2 ed. Rev. e atual. - São Paulo: Saraiva 2008. p. 41

todos perante a lei e a positivação de garantias, não foram suficientes pois a abstenção do Estado fez acentuar as desigualdades sociais.

É esta segunda geração de direitos fundamentais (coletivos e sociais) que exigiram do Estado uma grande ampliação em sua área de atuação, saindo de uma visão individualista para ações que atingisse a sociedade como um todo.

Quando coagido pela pressão das massas confere os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços etc., em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, o Estado pode ser chamado de social.²⁴

Se o Constitucionalismo fez da Constituição mais do que uma referência para as demais leis, mas um filtro obrigatório de respeito aos valores por ela emanados, uma nova situação se verifica pois a interpretação da lei precisa ter como pressuposto os ditames constitucionais.

O Estado agora chamado Constitucional de Direito permite o confronto direto entre as ações do Estado e a Constituição. É no respeito a Constituição que se assenta agora o fundamento e a legitimidade de tudo aquilo que o Estado pretende levar a cabo.

É na força e na posição de superioridade da Constituição dentro da pirâmide normativa, que podemos colocar a figura do Estado como um ente submetido as suas normas e cuja estrutura se limita e respeita os ditames emanados por seus dispositivos.

Todavia, a dialética Estado de Direito e Estado de Polícia, não se exauriu quando da vitória da Revolução Francesa sobre o Absolutismo, pois todos os modelos de Estado de direito, ao longo da história, lutaram no intuito de controlar o crescimento do Estado de Polícia em seu interior.

Não precisamos ir tão longe para percebermos isto, haja vista o exemplo se faz presente nesse próprio estudo, pois a proposta de um Direito penal do Inimigo, não se

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 186.

apresenta de outra forma senão a de uma fissura do Estado de Polícia no Estado Constitucional de Direito a que proclamamos estar submetidos.

Como é inconcebível reconhecer nossa política criminal e os institutos do direito penal fora das lentes do Estado Constitucional, a luta consiste em atentar para às tentativas de ressurgimento e manifestação desse Poder de Polícia.

2.2 O garantismo como chave hermenêutica

Inicialmente cabe lembrar que deve existir uma simetria entre os fins do Estado e os fins do Direito Penal. Diante dessa constatação, devemos olhar para a Constituição, dentro de um modelo de Estado Constitucional de Direito, como sendo o artefato jurídico-político direcionador dessa harmonia.

Se a Constituição é o alfa e ômega e, pois, começo e fim do ordenamento jurídico, segue-se que seus princípios e valores constitucionais fundamentais devem ser, em consequência, o ponto de partida e o ponto de chegada de toda e qualquer interpretação²⁵. Interpretação que no presente trabalho incide principalmente quando da análise dos textos normativos (legislação) e institutos, numa gestação das normas jurídicas de Direito Penal.

Tais premissas servem para requerer atenção ao modelo normativo que apresentaremos a partir de agora, qual seja o modelo Garantista proposto pelo filósofo italiano Luigi Ferrajoli. Um sistema que exprime as bases de um Estado de Direito, fundamentado e plasmado no intuito de proteção dos indivíduos contra o exercício arbitrário do poder, principalmente na esfera penal.

Principalmente, pois é o direito penal que, mesmo cercado por garantias e mesmo com as tentativas de imposição de limites ao Estado, conserva em si uma violência enraizada, que o deslegitima e o coloca no centro da reflexão jurídico-filosófica ao longo da história.

Desde logo, precisa estar pacificada a noção de que não existem sistemas garantistas e outros não garantistas. Há uma gradação dentro dos ordenamentos que permite

²⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral**. 6 ed., ver. e ampliada, de acordo com a Lei n 12.015, de 7 de agosto de 2009. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 85

dizer que uns são mais garantistas que outros. Quanto maior for a liberdade entregue a seus cidadãos através dos princípios, e maior for a busca pela racionalização da aplicação do direito, maior será o nível ou grau de garantismo.

A proposta de Ferrajoli voltada para um mínima intervenção do Estado, visando sobretudo a racionalização do uso do direito penal, combate dois extremos de políticas criminais já estudadas (abolicionistas e punitivistas), propondo um direito penal mínimo, situação que foi percebida e ilustrada pelo jusfilósofo Norberto Bobbio quando prefaciava o livro *Direito e Razão*, sede expressa do teoria do Garantismo Penal:

A sua vez, a tese do direito penal mínimo abre sua principal frente contra as teorias do direito penal máximo (que culminam na defesa da pena de morte), mas não pode se descuidar das doutrinas abolicionistas ou substantivistas, segundo as quais a pena, ao contrário estaria a desaparecer. Até agora, os extremos se tocam: a liberdade regulada deve constatar tanto com a opressão da liberdade, isto é, toda forma de abuso do direito de punir, quanto a falta de regulamentação, ou seja, a liberdade selvagem.²⁶

Apesar dessa oposição dúplice, não há dúvida que a mais preocupante deve ser com o direito penal máximo, de punitivismos exacerbados, que como visto anteriormente, se caracteriza pela presença de proibições penais supérfluas, tipos penais abertos, mitigação de garantias e aumentos desproporcionais de tipos penais e de penas.

Talvez a constatação mais importante para este trabalho e que facilmente percebemos nesses modelos de direito penal autoritário são as formas conhecidas por reprimir não ações (direito penal do fato), e sim determinadas pessoas (direito penal do autor). Nesses casos, o aparato estatal não está preocupado em regular comportamentos, mas sim, status subjetivos, determinados tipos de pessoas, se mostrando nitidamente como um técnica punitiva discriminatória e seletiva.

Pense-se, por exemplo, nos tipos penais integrados no todo, ou em parte por condições ou qualidades desviantes das pessoas, nos delitos de perigo abstrato ou presumido, nos delitos de associação, nos delitos de opinião e

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal: prefácio da 1.** ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. Rev. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. pag. 9

nos delitos de suspeita. Em ambos os casos, o esquema punitivo, ao não estar ancorado na comprovação empírica de ações criminosas e/ou de fatos lesivos taxativamente denotados pela lei, resulta substancialista e decisionista: a subjetivação das hipóteses normativas de delito, com efeito, não compromete apenas a legalidade estrita, mas comporta também a subjetivação do juízo, confiado a critérios discricionários de valoração da anormalidade ou periculosidade do réu, que inevitavelmente dissolve o conjunto de garantias processuais.²⁷

Ferrajoli faz uma observação que será abordada mais detalhadamente posteriormente, pois é o ponto fulcral do trabalho. Essa perseguição contra determinados tipos de pessoas, portanto, essa seletividade discriminatória e irracional e impossível de legitimação, chegou ao ápice com as legislações penais raciais, onde a condição da pessoa era suficiente para justificar a persecução penal.

Nesse sentido, explica o autor:

Mas o mesmo esquema vem reproduzido pela persecução penal dos hereges e das bruxas e, nos tempos modernos pelos nazistas do “tipo normativo de autor”, pelo stalinista do “inimigo do povo” e pelo positivista do “delinquente nato” ou “natural”. Em nosso ordenamento são reconduzidos a ele, por exemplo, as normas que dispõem acerca das medidas punitivas contra os “ociosos”, os “vagabundos”, os “propensos a delinquir” e similares.²⁸

E termina com uma constatação importantíssima: não obstante, o esquema pode ser cumprido não apenas por via legal, mas também por via judicial, já que a seletividade empregada pelo Estado vai desde a produção legislativa, passando pelos órgãos de repressão ao crime, por órgãos acusatórios, até chegar nas instâncias judiciais.

Tal preocupação com o direito penal máximo se apresenta e é facilmente observada por um processo empírico. Apesar de presente nas constituições mundiais modernas, haja vista o amplo rol de garantias e proteções espalhadas por estas cartas, esse

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal: prefácio da 1.** ed. Italiana, Noberto Bobbio. 2. ed. Rev. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 98

²⁸ Idem.

parâmetro, salienta o jurista italiano, de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva, é, na prática desatendida.

A proteção da violência e a maximização dos direitos e garantias, em seus diversos graus, apesar de amplamente declarados, é reduzida ao mínimo em questões de funcionamento efetivo.

Didaticamente, a definição do modelo garantista veio expresso por dez princípios que foram ordenados e conectados entre si.

O modelo penal garantista descrito apresenta as dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro penal. Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.²⁹

Os modelos de tendência punitivistas, em maior ou menor grau, de forma aberta ou de maneira sutil, se caracterizam pela fragilidade ou ausência de algum ou de alguns desses limites, gerando um Estado totalitário, ainda que parcial.

Os dez axiomas, representativos dos princípios penais, são expressos por Ferrajoli, da seguinte maneira: 1) o princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito (*nulla poena sine crimine*), 2) o princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito (*nullum crimen sine lege*), 3) o princípio da necessidade ou da economia do direito penal (*nulla lex (poenalis) sine necessitate*), 4) o princípio da lesividade ou da ofensividade do evento (*nulla necessitas sine injuria*), 5) o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação (*nulla injuria sine actione*), 6) o princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal (*nulla actio sine culpa*), 7) o princípio da

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal: prefácio da 1.** ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. Rev. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 101

jurisdicionalidade (*nulla culpa sine iudicio*), 8) o princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação (*nullum iudicium sine accusatione*), 9) o princípio do ônus da prova ou de verificação (*nulla accusatio sine probatione*), 10) o princípio do contraditório ou da defesa (*nulla probatio sine defensione*).³⁰

Não se pode interpretar o ordenamento jurídico de um país, sem se atentar para o perfil exposto e assumido nas cartas constitucionais. O modelo garantista, é, portanto, a chave hermenêutica para que a visão do direito penal esteja sempre limpa e completa.

O acontecimento, no mundo dos fatos, capaz de se adequar a uma parcela do ordenamento jurídico (subsunção) é condição necessária, porém não suficiente para se chegar a uma persecução penal que terá como fim a aplicação de uma pena.

Não basta, por exemplo, a decisão judicial se justificar com meros silogismos fático-jurídicos, se suas premissas não possuem a força da decisão racional.

O olhar deve estar composto da integração das perspectivas da legislação penal e da política criminal, que estão vinculados e condicionados pelo perfil político-constitucional, que reconhecem e concedem o máximo de garantias. Este é produto do modelo Garantista aqui apresentado, mas que necessita cada vez mais, dada a estrutura da sociedade moderna, da luta para ser implementado e resguardado, conforme veremos em capítulos posteriores.

Interpretar e aplicar o direito penal, reduzindo a generalidade e abstração da norma, para a concretude e singularidade do fato, é ter no espírito o horizonte do garantismo, como um filtro de passagem obrigatório, que também de forma obrigatória deverá reter o que se apresente como arbitrário, seletivo e irracional.

Passemos ao próximo capítulo para explicitar, de forma bem simples, cada um dos dez axiomas supracitados.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal: prefácio da 1. ed.** Italiana, Noberto Bobbio. 2. ed. Rev. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 91

2.3 Os dez axiomas de Ferrajoli

Estabelecidos os fundamentos conceituais do garantismo penal, que como visto é o ponto de equilíbrio entre o punitivismo e o abolicionismo penal, há de se observar quais armas serão utilizadas para se chegar a essa liberdade regrada que visa máximas garantias e mínimas intervenções, legitimando a atuação de todos que operam o sistema de justiça criminal.

A milenar antítese entre liberdade do homem e o poder do estado, que se apresenta como grandezas inversamente proporcionais, já que o aumento de um dos pólos fatalmente gera o declínio do outro, encontram no Garantismo o modelo normativo de direito que visa ampliar ao máximo a liberdade e contrair ao máximo o poder e intervenção do Estado.

É preciso estar claro que este modelo normativo não é aplicável apenas para a parcela do ordenamento jurídico de matéria penal, mas, sobretudo é um tipo ideal que visa fortalecer o Estado de direito como um todo.

Acontece que, especificamente aplicado no âmbito do Direito Penal, o modelo deve ser entendido, segundo Ferrajoli, segundo três planos, ou seja, em três perspectivas diferentes: no plano epistemológico, no plano político e no plano jurídico.

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos a função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.³¹

Precisamos perceber que a conjugação das finalidades buscadas pelas três acepções citadas acima, tem como instrumento realizador as garantias constitucionais.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal: prefácio da 1. ed.** Italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. Rev. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 786

Já que o direito penal, como vimos no item anterior, é constitucionalmente orientado, as garantias, que foram reconhecidas na origem do constitucionalismo formal como a própria essência das cartas constitucionais ao lado da organização do Estado, se apresentam para assegurar a efetividade de direitos dados aos cidadãos, não só pelas cartas constitucionais (visão interna), mas pela convite a incorporação nesse ordenamento interno de direitos oriundos de tratados internacionais (Estado transconstitucional de direito).

Do ponto de vista jurídico, as garantias são o conjunto de faculdades jurídicas e de poderes atribuídas aos cidadãos para a proteção e defesa dos próprios direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Os dez axiomas, que nada mais são que princípios fundamentais, são apresentados nas seguintes expressões latinas: 1) *Nulla poena sine crimine*; 2) *Nullum crimen sine lege*; 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; 4) *Nulla necessitas sine iniura*; 5) *Nulla iniura sine actione*; 6) *Nulla actio sine culpa*; 7) *Nulla culpa sine iudicio*; 8) *Nullum iudicio sine accusatione*; 9) *Nulla accusatio sine probatione*; 10) *Nulla probatio sine defensione*.

As expressões latinas são sintetizações do conteúdo dos princípios penais e processuais plasmados nos mais diversos textos constitucionais mundiais: 1) princípio da retributividade; 2) princípio da legalidade; 3) princípio da necessidade ; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do ato; 5) princípio da materialidade da ação; 6) princípio de culpabilidade; 7) princípio da jurisdicionalidade; 8) princípio acusatório; 9) princípio do ônus da prova; 10) princípio do contraditório e ampla defesa.

Dividimos em três partes, essa forma de minimização do poder estatal obtida através dos dez axiomas: a primeira com garantias relativas à pena, a segunda com garantias relativas ao delito e a última com garantias relativas ao processo.

Quanto às garantias relativas à pena, temos os princípios da retributividade, legalidade e necessidade.

O pressuposto tácito para a aplicação da pena tem que ser o cometimento de uma infração penal (*Nulla poena sine crimine*). A retributividade, exige o cometimento de um crime como condição *sine qua non* para a imposição da pena. Retribui-se com sanção quando

há a prática de um delito, delito esse que deverá estar previsto em lei, pois não pode haver crime sem lei anterior que o tenha definido como tal.

O juiz não pode qualificar como delitos todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais ou, em todo caso, merecedores de sanção, mas apenas (e todos) os que, independente de sua valoração venham formalmente designados pela lei como pressuposto de uma pena.

Este é o chamado princípio da legalidade em sentido lato, já que a norma que se extrai do termo *Nullum crimen sine lege*, se identifica com o conceito de lei em sentido formal, exigindo do juiz o respeito aos textos normativos vigentes.

Mas não é suficiente apenas ter a lei, já que essa previsão abstrata do que é punível pode conter o mais diversos conteúdos, fato que demonstra a incapacidade de se frear o arbítrio e a violência do Estado.

Por isso exige-se também que essa lei seja prévia aos fatos que busca incriminar (anterioridade), deve ser escrita, pois não pode ser suprida por costumes e analogias e deve ter clareza nos seus termos, para que as ambiguidades não abram fissuras em seu termos a serem preenchidas pelo aplicador com arbitrariedade. Visa-se nessa visão de legalidade em sentido estrito, definir e balizar ao máximo o alcance da figura jurídica a ser tipificada, ou seja, requer uma lei prévia, escrita, estrita e certa.

A pena, por se mostrar bastante gravosa em qualquer de suas modalidades, deve ser usada somente em último caso, pois devem ter uma absoluta necessidade de aplicação (*Nulla lex (poenalis) sine necessitate*), pois é próprio do direito penal intervir apenas quando necessário. É a feliz expressão de Paulo José da Costa Junior, pra quem o direito penal é a derradeira trincheira no combate aos comportamentos indesejados.

O controle social não pode encontrar no direito penal sua primeira válvula de escape, haja vista ser este, historicamente, responsável pela forma mais violenta de intervenção na vida do cidadão. Por isso, só resta ao direito penal esperar que, após um processo de decantação, ter como objeto aquilo que permanecer no fundo, ou seja, aquelas

condutas mais graves aos bens mais relevantes que não foram capazes de ser dissolvidas pelas outras instâncias do controle social.

Em conseqüência, a intervenção penal, como ultima ratio da política social, deve ter caráter fragmentário e subsidiário, conforme o princípio da mínima intervenção, devendo ser utilizada apenas quando fracassarem outras instâncias de prevenção e controle social, menos onerosas e mais eficazes³²

Esse princípio da intervenção mínima, que se mistura com o da necessidade, representa um dos pilares do próprio Direito Penal Mínimo defendido pelo jurista italiano. Carrega dentro de si dois aspectos relevantes do direito penal, quais sejam, a subsidiariedade, que é esta utilização como última *ratio*, como pressuposto de fracasso da contenção das outras instâncias e a fragmentaridade, que por sua vez se divide em duas faces: a de tutela de bens jurídicos mais relevantes contra os ataques mais graves.

Nota-se com isso, que o direito penal ao selecionar as condutas para serem desvaloradas abstratamente através do texto normativo o faz para proteger somente os bens jurídicos que entende ser mais relevante. Assim também quanto as condutas, já que não são todas elas capazes de mover a máquina penal, apenas as lesões (ou ameaças de lesões) mais graves e intoleráveis.

Nas garantias relativas ao delito encontram-se os princípios da lesividade, da exteriorização da ação e da culpabilidade.

Partindo das características subsidiária e fragmentária do direito penal, podemos afirmar que só deve haver crime quando há uma concreta lesão ou perigo de lesão ao um bem jurídico relevante.

Para fundamentar o axioma *Nulla necessitas sine iniura*, devemos partir da premissa de que o direito só pode intervir em condutas que tenham potencialidade lesiva.

Naturalmente que o princípio se dirige tanto ao legislador quanto aos juízes, aos quais compete verificar a existência e a intensidade da lesão, seja para

³² QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral**. 6 ed., ver. e ampliada, de acordo com a Lei n 12.015, de 7 de agosto de 2009. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 56

considerar os comportamentos atípicos, se não existir ou for ínfima a lesão, seja para considerá-los típicos, se existente e relevante o dano, seja para proceder a individualização da pena.³³

Essa nítida correlação com a legalidade, dada a vinculação ao legislador, faz com que a produção legislativa respeite a ofensividade ao bem jurídico protegido. Portanto, bem e ofensa são requisitos que se encontram na essência do delito desvalorado.

Como princípio garantia, com claro sentido limitador, reúne força suficiente inclusive para constituir uma ruptura no círculo *virtiosus* da hermenêutica jurídico-penal, até porque nenhum sistema penal está legitimado a “sacrificar” a liberdade individual senão quando incriminar fatos significativamente ofensivos a bens jurídicos de relevância indiscutível.³⁴

Portanto, a tipicidade passa a ter um novo viés a ser analisado. A tipicidade que era meramente formal, caracterizada pelo princípio da legalidade, passa a conviver em harmonia com um novo requisito material, que é o desvalor da conduta.

É o princípio da ofensividade requerendo um desvalor do resultado de forma real ou concreta, transcendental, ou seja, que atinja bens de terceiros, grave e intolerável, pois

Já não é concebível que o juízo da tipicidade se resume a uma constatação puramente formal ou literal (adequação gramatical da conduta à letra da lei). Para além desse nível meramente subsuntivo, o fato é típico quando o bem jurídico revelado pela norma (de valoração), vem a ser concretamente afetado (ou por uma lesão ou por um perigo concreto). Do mero legalismo passa-se a concepção constitucionalista.³⁵

Daí se conclui que o fato típico exige, sempre um desvalor da ação (a realização de uma conduta valorada negativamente), aliado a um desvalor do resultado (capacidade de afetar concretamente um bem jurídico). Sem ambos os desvalores não há tipicidade penal.

³³ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral**. 6 ed., ver. e ampliada, de acordo com a Lei n 12.015, de 7 de agosto de 2009. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 69

³⁴ GOMES, Luís Flávio, MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de, BIANCHINI, Alice. **Direito Penal: Introdução e Princípios fundamentais**. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 466

³⁵ Ibidem. p. 468

Essa afetação grave ao bem jurídico necessita de uma ação exteriorizada por parte de seu autor (*Nulla iniura sine actione*). Com o direito penal é voltado a desvalorização de conduta, não de autores, há de se estar presente a configuração de um fato, já que esse é a premissa básica para se ter uma intervenção penal.

Só pode responder penalmente quem materializa em uma ação (ou omissão) voluntariamente e chega a um resultado criminoso. As consequências dessa necessidade de concretude é a impossibilidade de se punir pensamentos e meras cogitações e a impossibilidade de se prever normas que se dirija a pessoas específicas, baseadas em estilo de vida, convicções pessoais e ideologias.

O direito penal do fato, que respeita o princípio da exteriorização da ação, é a antítese do Direito penal do autor, que se baseia na idéia de que o homem pode ser julgado pelo que ele é, não havendo necessidade de se olhar o que ele fez.

Mais um limite ao jus puniendi se apresenta na forma do axioma *nulla actio sine culpa*. É o retrato do princípio da culpabilidade, onde só quem exteriorizou a conduta é que pode ser responsabilizado, não podendo alcançar terceiros alheios a esta.

Por este princípio, busca-se atrelar a punição estatal a quem exteriorizou a conduta, o próprio indivíduo que se envolveu causal (autor) ou juridicamente (co-autoria e participação) na prática do fato delituoso.

Por fim, apresentaremos as garantias relativas ao processo configurado nos princípios da jurisdiccionarietà, acusatório, ônus da prova e contraditório.

Não se pode atribuir culpa a qualquer indivíduo sem que haja uma decisão judicial. Há um monopólio jurisdicional, com uma engrenagem própria (regras processuais), cuja finalidade é a definitude sentencial, ou seja, a atribuição definitiva da culpa.

Acontece que o órgão capaz de julgar não pode acumular a função de acusador, por isso, só poderá reconhecer culpa quando houver provocação. A acusação formulada por outra esfera da parcela estatal, deverá necessariamente ser escorada em um conjunto probatório (*Nulla accusatio sine probatione*), possibilitando de forma ampla o

indivíduo, não só ter a chance de se defender das acusações formuladas, mas principalmente de que seu contraditório será levado a efeito de forma racional e imparcial.

3 DIVISÃO EPIGRAFAL

3.1 O Direito Penal do inimigo enquanto tese

Passaremos, a partir deste momento, a estudar sobre as primeiras linhas introdutórias de justificação do título do presente trabalho. Nesse primeiro ponto, analisaremos de maneira isolada a tese intitulada, pelo professor alemão Gunter Jakobs, de Direito Penal do Inimigo.

A advertência é feita pelo próprio professor: de acordo com um velho costume, mata-se o mensageiro que traz a má notícia. O diagnóstico que será apresentado e a respectiva formulação da tese é algo trazido apenas como mensagem.

Podemos olhar a proposta de Jakobs, enxergando uma transcendência ao mero campo da dogmática e a vendo como uma proposição político criminal, pelos traços característicos de uma atual tendência expansionista do Direito Penal.

Um dos focos mais nítidos deste movimento expansionista do direito penal é o chamado Direito Penal do inimigo, ilustrado pela convergência de traços característicos, principalmente pelos fins desejados, que alguns dos dispositivos penais modernos apresentam.

Surge com a teoria do Direito Penal do Inimigo, o conceito de terceira velocidade do direito penal. O modelo clássico (pena de prisão e garantias penais e processuais clássicas) já dera espaço ao Direito de segunda velocidade (mitigação da pena privativa de liberdade e alternativa à pena de prisão ainda que a custo do devido processo legal) e agora assiste ao surgimento teórico do que antes já impregnava as legislações, ou seja, a flexibilização de garantias penais e processuais e a pena privativa de liberdade.³⁶

A forma como Jakobs encara os fins do direito penal e a função da própria pena (funcionalismo sistêmico), como visto em capítulo anterior, servem para reafirmar a vigência da norma, demonstra o ponto de partida de sua tese.

³⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 33

O direito penal promove, de uma forma geral, uma função de garantidor da norma. A expectativa de que todos respeitarão a vigência da norma estabiliza de certa forma a sociedade. Por outro lado, a negação da norma por um ato delitivo, precisa também ser negado pelo Estado, com a imposição da pena, fazendo, com isso, que a norma seja reafirmada.

Analisando essa função da pena, fica mais fácil compreender quais são os pressupostos lógicos para a teorização do Direito penal do Inimigo. Vimos que é nesse terreno fértil do discurso expansionista que nasce o Direito Penal do Inimigo. Mas o que seria esse Direito Penal, proposto por Jakobs?

O direito penal do inimigo nasceria de uma bifurcação de tratamento dado aos sujeitos que cometem crimes. Para Jakobs, há indivíduos que deveriam ser tachados como inimigos. Essa diferenciação seria estabelecida com respeito aos chamados cidadãos. Por essa razão, Jakobs individualiza e distingue um Direito Penal do Inimigo, que ele contrapõe ao Direito penal do Cidadão.³⁷

O autor recentemente tem relativizado uma divisão rígida entre estes dois direitos, permitindo a convivência de um dentro do outro. Passou a afirmar que dificilmente aparecerão como um modelo puro, ensinando, portanto, que não se trata de contrapor duas esferas isoladas do direito penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal.³⁸

Aqueles indivíduos que cometem delito de forma pontual, apenas desgastando a norma proibitiva, não merecem perder os status de pessoa, nem as garantias que advém deste e nem os benefícios do convívio social. Sujeitar-se-iam, portanto a um direito penal do cidadão.

Por outro lado, os criminosos que agredem a vigência da norma e que não dariam garantias de fidelidade à esta, deveriam ser tratados como inimigos da sociedade, ter retirado o seu status de pessoa e sofrer a aplicação de um direito penal diferenciado.

³⁷ GRACIA, Martin Luis. **O horizonte do finalismo e o direito Penal do inimigo: tradução.** Luis Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 81.

³⁸ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas.** FGunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá. 4 ed. Atual. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 21

O inimigo ao contrariar a norma e não garantir um comportamento pessoal futuro de submissão a ela, precisa ser tratado como um indivíduo perigoso, ou até mesmo como uma não-pessoa.

Os inimigos são indivíduos cuja atitude, na vida econômica, mediante sua incorporação a uma organização, reflete seu distanciamento presumivelmente duradouro e não apenas incidental em relação ao direito (...)

As atividades e a ocupação profissional de tais indivíduos não ocorrem no âmbito das relações sociais reconhecidas como legítimas, mas naquelas que são na verdade a expressão e o expoente da vinculação desses indivíduos a uma organização estruturada para operar a margem do direito, e se dedica a atividades inequivocadamente “delituosas”.³⁹

Portanto, para esse grupo de delinquentes, a custódia de segurança não deve se fundamentar apenas pelo passado, ou seja, pelo fato cometido, mas se dirige principalmente de forma prospectiva para ceifar a possibilidade de cometimento de novos delitos (daí a utilização de medidas de segurança, não de penas).

Como afirma Jakobs, a punibilidade deve avançar um grande trecho para o âmbito da preparação, para que a pena se dirija à segurança frente a fatos futuros, não a sanção de fatos cometidos.

O inimigo deve ser tratado como objeto de coação, pois está afastado da sociedade e contra ele se pretende eliminar um perigo, já que este não se preocupa em manter a vigência da norma.

Pela quebra permanente das expectativas que todos os cidadãos tem em relação ao respeito das normas, há uma justificativa em se retirar seu status de pessoa, pois não querer se submeter ao contrato social, é abrir mão dos direitos e garantias dados por este próprio contrato.

³⁹ GRACIA, Martin Luis. **O horizonte do finalismo e o direito Penal do inimigo: tradução.** Luis Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 83

Passa a se observar a sua periculosidade, atentando-se muito mais por quem ele é, do que por seus fatos cometidos.

Por essa periculosidade, não se submete a uma pena, e sim uma medida de segurança capaz de conter sua inclinação para o delito. Essa inclinação justifica uma visão prospectiva, voltada para a prevenção. Olha-se o futuro para proteger antecipadamente, combatendo assim os atos preparatórios, utilizando penas desproporcionais e intensas, tudo justificado pelo discurso da periculosidade do delinqüente.

Portanto, a tríade que sustenta a tese do direito penal do inimigo é a relativização de garantias, antecipação da punibilidade visando à prevenção, e a desproporcionalidade das penas.

A legitimação jusfilosófica proposta pelo autor alemão e por quem defende esse tipo de bifurcação de tratamento, a ponto de tirar de alguns a condição de pessoa encontra fundamentação em grandes nomes da filosofia como Rousseau, Hobbes, Kant e Fichte.

São especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, entendem o delito no sentido que o delinqüente infringe o contrato, de maneira que já não mais participa dos benefícios deste: a partir deste momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica.⁴⁰

Advindas de idéias contratualistas, a justificativa está baseada na decorrência lógica de que sendo o Estado fruto de uma ficção contratual entre todos os indivíduos, aquele indivíduo que infringe o contrato através de um delito, quebra o pactuado, e por isso, deve ser eliminado ou segregado, posto que não pode mais ser visto como cidadão do grupo.

Durante seu livro, Jakobs cita vários trechos de escritos desses filósofos que afirmam, em síntese que quem quebra o contrato deveria ser tratado como inimigo. Ressalta que não poderia ser atribuído a todos os delinqüentes, até porque alguns têm a possibilidade

⁴⁰ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. FGunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá. 4 ed. Atual. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 24

de se ajustar novamente com a sociedade, e por isso, deveriam permanecer com o status de pessoa.

Nesse ponto o autor alemão se afasta de Rousseau e Fichte, que radicalizam ao generalizar que todo delinqüente é inimigo, seguindo a linha mais moderada de Hobbes, que admite medidas extremas de despersonalização e mitigação de direitos apenas a certos tipos de delitos.

Admite, que por mais que o crime leve a uma danificação de vigência da norma e que de modo coativo mereça uma resposta do Estado, alguns autores de condutas delitivas ainda devem ser tratados como cidadãos, até porque seus atos não tiveram a dimensão de sucumbir o Estado. Enquanto para Rousseau e Fichte, todo delinqüente é de per si um inimigo; para Hobbes, ao menos o réu de alta traição assim o é.⁴¹

Se a sociedade espera condutas conforme as normas pré-estabelecidas, e certos indivíduos que se afastam de forma aparentemente duradoura de praticar essas condutas esperadas, na mesma proporção, vão restar diminuídas as chances de ser tratadas como pessoa, pois isto é uma forma de eliminar um perigo.

Delinquentes como terroristas, narcotraficantes, e outros delitos graves, colocam em risco não só a norma como a própria existência do Estado. Não há como se falar em dar garantias a esses delinquentes, se seus atos são capazes de por em risco o próprio garantidor (Estado).

Luiz Flávio Gomes resume bem qual deve ser o tratamento dado ao inimigo segundo a tese jakobiniana:

- (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 sua condição ; (c) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (d) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão com sua periculosidade; (e) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado, sim, o futuro (o que ele

⁴¹ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. FGunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá. 4 ed. Atual. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 26

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 atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa, ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal.⁴²

De fato o que há no Direito Penal do Inimigo é uma retirada das garantias materiais e processuais do Direito Penal clássico, justificado pelo tipo de criminalidade que pretende combater.

Esse corpo de normas próprias do Direito Penal do Inimigo se apresentam como a posição do Estado frente aos inimigos da sociedade, e sua configuração se mostra como o artefato adequado ao fim de prevenir do perigo representado por eles, que só pode ser combatido através de sua derrota ou eliminação na guerra desencadeada entre ele e o Estado, e mediante sua inocuidade.⁴³

Há de se esclarecer que, mesmo o Direito Penal do inimigo tendo encontrado as mais diversas críticas enquanto discurso teórico, ou mesmo enquanto orientação político criminal por diversos autores, parece que há uma unanimidade reconhecida de que enquanto fato, já tem se mostrado a algum tempo presente em todas as legislações penais e processuais da atualidade.

Por fim, e após a exposição desta breve síntese sobre o direito penal do inimigo, há de se deixar um questionamento no que tange a difíceis questões que serão expostas posteriormente: se existe realmente um inimigo, quem poderia receber tal rótulo, e quem seria capaz de realizar tal determinação?

⁴² GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais.**/ Luiz Flávio Gomes, Antonio Garcia-Pablos de Molina, Alice Bianchini. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 295

⁴³ GRACIA Martin, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo.** Luis Gracia Martin; tradução Luiz Régis Prado e Érika Mendes Carvalho; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Série ciência do direito penal contemporâneo; vol. 10. p. 87.

3.2 A histórica seletividade

Em todos os momentos da história mundial o fenômeno da seletividade do poder de punir do Estado pode ser observado com clareza. A eterna procura por inimigos que são eleitos por aqueles que detém ou de que alguma maneira se encontram mais próximos ao poder, se apresentou ora de forma camuflada, ora de forma declarada.

O certo é que, desde o momento da confiscação da vítima, o poder público adquiriu uma enorme capacidade de decisão (não de solução) nos conflitos, e também, conseqüentemente, de arbitrariedade, uma vez que não apenas seleciona livremente as poucas pessoas sobre as quais, em casos contados, quer exercer o poder, bem como a medida e a forma em que decide fazê-lo.⁴⁴

Portanto, esse tipo de punição diferenciada, se desenvolveu ao longo do tempo exibindo as mais diversas máscaras e acabou sendo enraizado naturalmente na população, a ponto de tentar receber as mais diversas formas de apoio.

Os mais diferentes rótulos foram dados aqueles que, mesmo participando de uma organização social, foram segregados da convivência natural, muitas das vezes por subjetivações arbitrárias dos que podiam atribuir a condição de inimigos aos indivíduos mais fracos do sistema.

Estado é acima de tudo uma associação social, as forças que agem no Estado são forças sociais; tudo o que emana do Estado, como a ação dos órgãos governamentais e sobretudo a legislação estatal, são obras da sociedade, executada através da associação por ela criada para este fim, isto é, o Estado. Dentro do Estado são determinantes as mesmas classes, estamentos e grupo de interesses que lideram a sociedade e, quando o Estado se insurge contra um deles, isso significa apenas que ele se encontra nas mãos de outro grupo.⁴⁵

Passamos a uma rápida viagem sobre os inimigos eleitos ao longo do tempo que demonstram como essa seletividade é histórica.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, 1927. **O inimigo no direito penal**. Trad. de Sergio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2º ed. p. 31

⁴⁵ EHRILCH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Trad. De René Ernani Gertz. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986. p. 39

O conceito de inimigo começa a ser visto em previsões na cultura penal grega de figura de crimes que atentam contra o Estado. Na verdade essas previsões protegiam os atos atentatório contra os Monarcas, a quem se atribuíam o poder divino de representar o Estado.

Já em Roma, nasce uma primeira divisão de tratamento explícito entre os indivíduos, criando a figura dos inimigos.

Este conceito bem preciso de inimigo remonta a distinção romana entre os inimicus e hostis, mediante o qual o inimicus era o inimigo pessoal, ao passo que o verdadeiro inimigo político seria o hostis, em relação é sempre colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser ou realização extrema da hostilidade. O estrangeiro, o estranho, o inimigo, o hostis, era quem carecia de direitos em termos absolutos, quem estava fora da comunidade.⁴⁶

A Roma da época do império romano, mesmo se apresentando ainda com poucas leis de direito público servia de base, em conjunto com toda a prática de órgãos governamentais, para um exercício penal diferenciado, que era aplicado principalmente aos hostis estrangeiros e aos que eram declarados traidores, cujas penas eram a expulsão, o exílio e a morte.

Nasce a concepção dos crimes de Lesa-majestade, que por não existir leis que regessem a matéria, facilitou o abuso do poder por parte dos responsáveis pela perseguição penal.

Surge o fenômeno de escravização como forma de sanção. Os escravos se tornaram a mais importante mão-de-obra existente na Roma Antiga e mais do que isso, se tornaram um status social.

O poder punitivo tinha desaparecido em grande parte com a queda de Roma e da propagação do feudalismo, ressurgiu no período Inquisitorial. Ao se atribuírem poderes divinos para dizer a justiça, punia-se as formas de conhecimentos humanos em que a via de

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, 1927. **O inimigo no direito penal**. Trad. de Sergio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2º ed. p.

obtenção da verdade, não fosse vinculada a “igreja” (astrologia, alquimia, medicina dedutivo). O tribunal cristão punia principalmente a heresia, a feitiçaria, a bigamia e a sodomia e toda e qualquer pessoa que entendiam discordar do catolicismo.

Muitas fogueiras foram acesas pela Inquisição para acabar com supostas bruxas e com quem de alguma forma contrariasse a doutrina Cristã. Várias cruzadas também foram feitas e muita gente morreu em nome de Deus.

A teocracia apresentou o primeiro traço genocida colonialista nos dissidentes, rebeldes e nas mulheres colonizadas. “O braço forte da metrópole não hesitou em levar pelas ruas públicas, às escâncaras, os inimigos que lutavam contra a exploração, fome e escravidão, cujos destinos eram a forca e o esquartejamento, como forma exemplar de intimidação.”⁴⁷

Maior necessidade do poder punitivo com o aumento da organização social. As mudanças estruturais na sociedade advindas da revolução industrial, gerou um grande fluxo da população em direção às cidades, criando assim grandes bolsões de pobreza.

As dificuldades manifestaram-se em relação aos indesejáveis, cujo número aumentou com a concentração urbana. Era necessário domesticá-los para a produção industrial e neutralizar os resistentes. Como não era tolerável continuar matando-os em praças públicas, foi preciso encontrar outras formas de eliminação. A solução encontrada foi o encarceramento nas prisões com altas taxas de mortalidade, a submissão a julgamentos intermináveis com as mencionadas medidas de neutralização sob a forma de prisão preventiva ou provisional ou então a deportação.⁴⁸

Como afirma Zaffaroni, um dos fatores mais importantes para a transformação do poder punitivo foi essa concentração urbana, que além de aumentar o número de indesejáveis, dificultava o controle social.

⁴⁷ SANTOS, Admalto Cesário dos. **Direito penal do inimigo e culpa jurídico-penal: o problema da responsabilidade pelo livre-arbítrio**. Porto Alegre : Núria Fabris Ed., 2009. p. 51

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, 1927. **O inimigo no direito penal**. Trad. de Sergio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2º ed. p. 44

Mesmo após o fim do período inquisitorial, o seu modelo permaneceu nas mãos do poder político, onde se punia os dissidentes como hereges.

Fora da Europa os poderes coloniais ecoavam a voz desse discurso. Promove-se um acultramento do continente Americano, ceifando os tipos de organização social existente e reduzindo sobreviventes a condições de escravo.

A necessidade de mão-de-obra fez germinar o grande comércio escravocrata Africano realizado por comerciantes Europeus. Nessas colônias, onde o Brasil está inserido, houve uma elevada seletividade, punindo como espetáculo público, os estranhos, inimigos e dissidentes, nas figuras dos negros, mestiços e índios.

Pouca coisa haveria de mudar com a Independência desses países. Só houve o aumento da classe limitada de brancos descendentes dos colonizadores

O século XX põe em evidência a questão da raça, como o nascimento de vários movimentos autoritários como nazismo (Alemanha) e fascismo (Itália) e o desencorajamento a miscigenação, todas sujeitas a um sistema penal paralelo composto por tribunais especiais nos modelos dos inquisitoriais.

O regime totalitário alemão necessitava justificar sua superioridade ante a fragorosa humilhação sofrida por sua derrota na primeira guerra. Como forma de reverter a humilhação sofrida, a política do Estado Alemão precisava seguir um viés que consubstanciasse numa mudança histórica de superioridade frente ao mundo.

Consoante tal ideologia, um povo que deseja sobreviver, deve conservar e melhorar seu acervo hereditário, procriando seres fortes e capazes por meio de uma correta seleção de seus cônjuges, eliminando os débeis e os incapazes, por meio da esterilização. Dentro de tal contexto , aos incapazes, depravados e as vidas não valiosas se lhes nega a sociabilidade do ser humano. Esta, por seu turno, não se reduziu apenas aos judeus, mas,

também, aos outros inimigos: enfermos mentais, ciganos, comissários políticos soviéticos e membros da inteligência polonesa.⁴⁹

O poder punitivo foi transformado com o velho estilo de ditaduras e dos novos processos políticos. Aqueles que resistiam ao modelo, eram perseguidos. Vários grupos de minorias viraram o alvo dos Estados nos países latinos.

O Estados Unidos estimulou vários golpes de Estado e ajudou a instalar fortes ditaduras e regimes militares que praticaram em toda a América Latina uma forma de perseguição cruel e arbitrária sobre todos aqueles em que se entendia caber o rótulo de subversivos.

Foram implementadas duas formas de exercício de poder punitivo traduzido para uma duplicação do sistema de justiça criminal: paralelamente um sistema de justiça penal que eliminou através de detenções administrativas ilimitada (invocando estado de sítio, de emergência ou de guerra que durou anos), e um sistema penal subterrâneo, que entrou diretamente para a eliminação, desaparecimento e morte.

A despeito de terem exercido um poder punitivo ilimitado, pervertido as medidas de constituições, imposto a milhares de penas sem processo e submetido civis a tribunais e comissões militares, o caráter diferencial desses regimes foi a montagem do mencionado sistema penal subterrâneo sem precedentes quanto à crueldade, complexidade, calculadíssima planificação e execução, cuja analogia com q solução final é inegável. Mediante este aparato, foram cometidos milhares de homicídios, desaparecimentos forçados, torturas, suplícios, sequestros, crimes sexuais, violações de domicílio, danos e incêndios, intimidações, roubos, extorsões, alterações do estado civil etc.⁵⁰

Como não podia deixar de ser, a sucessão dos golpes se deu com o aparato organizado, onde os militares agiam como mercenários dos grupos que estavam no poder. Toda sorte de violência numa pretensa luta contra o comunismo.

⁴⁹ SANTOS, Admalto Cesário dos. **Direito penal do inimigo e culpa jurídico-penal: o problema da responsabilidade pelo livre-arbítrio**. Porto Alegre : Núria Fabris Ed., 2009. p. 54

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, 1927. **O inimigo no direito penal**. Trad. de Sergio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2º ed. p. 53

Com a queda do mundo de Berlim, que representou simbolicamente a vitória do modelo capitalista implantado pelos Estados Unidos, na então divisão do mundo em dois grandes blocos (aliados dos Estados Unidos de um lado e aliados da União Soviética), fez surgir a necessidade de aparecimento de um novo inimigo para a conhecida justificativa de manutenção da repressão, foi aí que surgiu a chamada guerra contra as drogas, onde foi sancionadas leis anti-drogas por toda a América Latina.

Porém, o certo é que a droga não teve força de ocupar o lugar deixado pela queda do muro de Berlim e o autoritarismo penal – como era de se esperar – tampouco teve algum efeito preventivo, a produção, a importação e o consumo de tóxicos nas sociedades latino-americanas difundiram-se e ampliaram-se, com o efeito perverso de reservar o de melhor qualidade para a exportação e fomentar o consumo interno dos mais prejudiciais e destrutivos, seguindo a tradição de que se exporta o melhor e se consome internamente o pior, neste caso com o necrosamento dos neurônios.⁵¹

No século XXI, o personagem principal é o chamado terrorista, expressão genérica cujo termo pode abarcar os mais diversos tipos de pessoas, com as mais diferentes formas de ação.

O início deste século XXI ficou marcado pela consolidação de um novo e imponente inimigo da segurança do Estado no imaginário da sociedade globalizada. A figura do “terrorista internacional”, delineada sobretudo pelo governo norte-americano na última década, assumiu tal papel, obtendo sua consolidação após o atentado de 11 de setembro de 2001.

Vários atentados e ataques, perpetrados principalmente por grupos fundamentalista islâmicos contra alvos civis e militares americanos, em todo o mundo e no território da grande potência, marcaram o início de tal construção simbólica.

Inicialmente – devido às características étnicas, culturais e religiosas em comum entre os protagonistas dos atentados – a figura do terrorista internacional, na qual era identificado o novo inimigo, era preferencialmente

⁵¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl, 1927. **O inimigo no direito penal**. Trad. de Sergio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª ed. p. 52

associada a adeptos da religião muçumana e cidadãos de determinados países islâmicos.⁵²

Um dos traços mais marcantes dessa deformidade sistêmica é a prisão americana de Guantanamo, que abriga centenas de suspeitos de terrorismo presos sem julgamento ou sequer acusação formal. Relatos de violações de direitos humanos das mais diversas, fazem da prisão o retrato da guerra contra os inimigos.

Fora da América, a Europa tem enfrentado, além do combate ao terrorismo, uma outra situação. Os países europeus, com elevado nível de vida, tem recebido em grande quantidade a população de países vizinhos, como é o caso de países africanos.

A própria população tem eleito os novos candidatos a inimigos, pois os imigrantes estão competindo com os nacionais nas áreas de habitação, saneamento básico, transporte, assistência social e serviços de educação, e serviços de saúde.

Além disso, a população desses países, que em boa parte constitui de muçulmanos, fortalecem o estereótipo do terrorista, o que por si só gera também um fortalecimento do racismo e do preconceito.

Discriminação no exercício do poder é uma constante danos punitivos decorrentes de sua seletividade estrutural.

Enfim, o vôle sobre a história do exercício do poder estatal em âmbito penal, mostra os graus de seletividade punitiva, bem com as diferenças de tratamento aplicada aos inimigos.

Além disso, a história mostra que os rótulos arbitrariamente escolhidos recaíram sobre diferentes tipos de pessoas, algumas hoje até difíceis de se imaginar os fundamentos da discriminação, mas que em função das necessidades invocadas e do pânico criado em torno destes, a qualidade de inimigos, com a natural arbitrariedade, foi distribuído por aqueles que exercem o poder.

⁵² DAL Ri Júnior, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 299-300.

3.3 À guisa de conclusão

Diante do que foi exposto no decorrer do trabalho, percebe-se que o Direito penal do inimigo se mostra como mais um nome dado aos personagens que se apresentaram como o inimigos daqueles que detiveram o poder ao longo da história.

É preciso alertar que mais do que uma tese, o Direito Penal do Inimigo hoje é um fato. Evidentemente, não como um tipo de direito, mas esparramado nas legislações penais de vários países que são feitas exclusivamente para inimigos.

E o que impressiona é perceber que as violações aos direitos e garantias de cidadãos tratados como inimigos não é produzida pelos lendários tiranos e ditadores, mas sim, as grandes democracias mundiais e seus modernos legislativos inseridos dentro de constituições garantistas e tratados internacionais sobre direitos humanos, que sustentam, amparam e legitimam essas legislações.

Por isso temos que partir da premissa de que, em se tratando de um fato concreto e constatável, deveremos adotar uma solução e não discutir se existe ou não um direito penal do inimigo.

Para essa solução, podemos nos posicionar de duas formas: Uma é rebatê-lo com todo o arcabouço teórico de um discurso garantista dentro de um Estado Democrático de Direito, o outro é adequá-lo ao modelo confrontando com a realidade em que se apresenta o mundo globalizado.

De início, há de se observar que nos termos em que foi proposto o discurso é franco, realista. Raramente um discurso segregador é fundamentado abertamente.

Podemos através do discurso teórico, simplesmente tecer uma superficial crítica ao próprio Jakobs e a sua proposta referente, como muitos doutrinadores já o fizeram, apenas mostrando ser a proposta diametralmente oposta ao Estado de Direito e a um direito garantista que defendemos.

Através do acolhimento do Direito Penal Mínimo, rebater ponto a ponto as perspectivas que foram trazidas, mas seria só a antítese de uma tese, sem maiores resultados positivos.

Vestido com o manto do minimalismo penal atacaríamos as investidas prospectivas que não olham o fato cometido e sim o autor dele (direito penal do autor), as punições com medidas de segurança que passam a não observar a culpabilidade do réu e sim a periculosidade, as inúmeras e abusivas antecipações de tutela com utilização exagerada de prisões preventivas, a inclinação para o corte e mitigação de direitos e garantias, a inobservância de princípios processuais básicos, o alcance de atos meramente preparatórios, o endurecimento da execução penal, entre tantos outros.

E assim seria também se a confrontasse dentro de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, que preza pela submissão de todos à lei, inclusive o próprio Estado, e principalmente submissão aos ditames constitucionais. O direito penal do Inimigo é justamente o oposto dele, pois não respeita vários dispositivos e princípios consolidados como os da presunção de inocência, isonomia, proporcionalidade, individualização da pena, devido processo legal, entre outros.

Por outro lado, observando a realidade do atual direito penal, de feições claramente punitivistas de inflações legislativas, de discursos midiáticos sedentos de vingança, de instituições públicas propagando a seleção de inimigos, o simples confronto teórico garantista se fragiliza.

Ao mesmo tempo que o direito penal do inimigo é decorrência da insegurança mundial em relação ao tipo de criminalidade que pretende combater, também é base para a propagação desse discurso. A situação atual do mundo e o direito penal do inimigo se retroalimentam como causa e consequência.

A segurança pretendida nada mais é do que um pretexto para legitimar o controle social punitivo.

Não pode nos impressionar os argumentos de que tudo é feito na medida necessária para neutralização dos perigos. A realidade não conhece leis, nem limites. A

medida necessária sempre ficará ao bel-prazer de quem decide quem é o inimigo e quando deixará de ser considerada como tal, de quem eleva o nível de perigo e da necessidade de contenção.

Tudo passa a depender da opinião subjetiva do indivíduo, ou seja, daqueles que exercem o poder.

A Seletividade deve ser posta como a mais importante e necessária preocupação a esse Direito Penal do Inimigo, por se tratar de algo metajurídico, que transcende a discussão meramente teórica e filosófica. Algo tão falado nos meios acadêmicos, mas que quando levada para a prática, vemos seus debates se reduzirem a tímidas exteriorizações e materializações práticas importantes.

A seletividade exercida pelo Direito proposto por Jakobs é a que de forma idêntica é realizada por todo o sistema penal.

A quem atribuiríamos o “poder” de rotular inimigos. Quais critérios seriam utilizados? Já percebemos de pronto, que necessariamente cairemos nos segmentos dos sistemas penais com suas seculares estruturas discriminatórias, que elegerá sempre grupos marginalizados, pela distância que esses se encontram do poder.

Por mais coerência que a tese Jakobiana guarde, olhando a força de sua fundamentação e aliando a esta, a realidade atual de expansão e internacionalização de institutos do Direito Penal, presente nas sociedades de risco, comete-se o pecado de fomentar a discriminação.

Jamais poderá ser feito é privá-lo do status de pessoa e portador de todos os direitos inerentes ao ser humano, pelo simples fato de sê-lo.

Não se pode admitir nunca uma ampliação ao âmbito da segregação, um estímulo a posicionamentos que ocultem ou deturpem o real e justo exercício do poder punitivo, que não pode buscar outra coisa, senão a proteção dos bens jurídicos da sociedade.

Por outro lado, adequar o discurso garantista a realidade é poder traduzir em ação social o que defendemos. A tese de Jakobs sobre o inimigo é baseada em cima da realidade atual, e por isso pregamos a necessidade de uma urgente mudança estrutural e profunda das ideologias que imperam e que buscam um inimigo o tempo todo e a todo custo.

Mas infelizmente essas mudanças só podem ser obtidas através do ataque indireto nas forças políticas e econômicas. A mudança é muito profunda e exige acima de tudo uma mudança na consciência universal que se forja no espírito de todos que legitimam essa histórica violação de direitos.

Os operadores do direito precisam ter a consciência de que é impossível modificar as estruturas sociais, o grau de desigualdade, o aumento da violência, a distribuição de renda, e tudo o mais que corrói um país, através do discurso jurídico.

Quando um discurso desses é jogado perante o judiciário tem um papel inoperante e quando é apresentado à sociedade, é facilmente diluído por outras forças que operam nela.

Mas a ciência do direito, uma das únicas preocupadas com o compromisso social, deve introduzir na veia dos seus operadores a justiça e a mudança social, para que por via reflexa, passem a minar as estruturas que se encontram com o poder.

Não podemos nos descomprometer nunca com o ser humano. Quando nos depararmos com o criminoso e não conseguirmos enxergar por de trás desse rótulo um compromisso humano, estaremos liquidados. Não há como teorizar o direito perdendo de vista o fato social.

Não podemos cair na falácia e engrossar os discursos de que o crime e os problemas sociais serão resolvidos pelo direito penal (panpenalismo). Os conflitos não serão solucionados com penas e punições, ainda mais quando estas são usadas somente contra os inimigos eleitos por quem possui o poder.

Eleger inimigos já é algo seletivo. Acontece que há algo muito mais profundo do que a aceitação de um nítido direito penal do autor.

Um tratamento diferenciado que se reduzisse a um número de pessoa claramente identificáveis já traria em si, o risco de sua legitimação arbitrária. Acontece que a eleição dos inimigos atinge em sua grande maioria das vezes em grupos camuflados dentro da sociedade que não são vistos a olho nú.

Por isso, a identificação policial e jurisdicional destes grupos, necessariamente teria que vir acompanhado de uma restrição de direitos e garantias, em contrapartida a um número muito maior de pessoas.

Tanto é que, ao se pretender introduzir mitigação de garantias processuais, restrições a contraditório e ampla defesa, prisões preventivas prolongadas, presunções, admissão de provas extraordinárias, testemunhas sem rosto, magistrados e acusadores anônimos, denúncias anônimas, imputações de arrependidos e de espiões, fatalmente entraríamos no círculo vicioso da seletividade, pois somente recairiam tais restrições, a parte mais fraca do sistema.

Portanto, o dever do jurista, comprometido com a justiça e com os direitos humanos, deve se pautar na contenção de toda e qualquer ação do poder punitivo do Estado através do filtro natural da constitucionalidade e, acima de tudo, pautado pela racionalidade das ações do poder público.

O poder punitivo não pode se ver livre da incansável luta contra a discriminação e contra a irracionalidade estruturalmente organizada que exerce o poder contra e como quiser.

As palavras do professor Zaffaroni, nos dá a dimensão e nos alerta sobre como os discursos penais são produzidos para não funcionar.

O discurso jurídico-penal é elaborado sobre um texto legal explicitado, mediante os enunciados da “dogmática”, a justificativa e o alcance de uma planificação na forma do “dever ser”, ou seja, como um “ser” que “não é” mas que “deve ser”, ou , o que é o mesmo, como, um ser “que ainda não é”. Para que este discurso seja socialmente verdadeiro, são requeridos dois níveis de “verdade social”.

O discurso jurídico-penal não pode desentender-se do “ser” e refugiar-se ou isolar-se no “dever ser” porque para que esse “dever ser” seja um “ser que ainda não é” deve considerar o vir-a-ser possível do ser, pois, do contrário, converte-a em um ser que jamais será, isto é, num embuste. Portanto o discurso jurídico-penal socialmente falso também é perverso: torce-se e retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta ou perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder.⁵³

Devemos produzir algo que possibilite efeitos práticos e imediatos, ou que pelo menos de a possibilidade de vir a ser feito. É perfumaria jurídica, é enganação, todo o “dever ser” doutrinário, que na prática jamais ocorrerá, elevando a dogmática penal ao mero patamar simbólico.

⁵³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. - Rio de Janeiro: Revan. 1991. p. 19

CONCLUSÃO

Diante disso podemos concluir que a tese proposta pelo alemão Günter Jakobs, se apresenta como mais um capítulo de uma história que teve sempre alguns personagens eleitos para serem os inimigos da sociedade.

Sempre se tentou justificar e legitimar a prática discriminatória dentro de um direito penal que conservou no seu cerne as sementes de um Estado absoluto, e que confere a certas pessoas um tratamento diferenciado, que não só retira a condição de pessoa, mas como consequência disto, retira também os direitos e as garantias dadas pelo próprio ordenamento jurídico.

O que mais impressiona é que os dados verificados quanto a esta seletividade são obtidos não só por questões empíricas e historicamente comprovadas, mas sobretudo, pela dogmatização jurídica no plano legal e doutrinário.

O Direito Penal do inimigo de Jakobs é tese que traz para o debate aberto a questão da seletividade e do tratamento diferenciador de certos seres humanos, tratando-se apenas de mais um nome para esta desumana realidade.

Entretanto, não podemos nos iludir e acreditarmos que o grande inimigo do Direito Penal garantista e humanista, hoje, seja Günter Jakobs, ele mesmo reconheceu que era só um mensageiro da má notícia.

Acredito que o maior inimigo do Direito Penal tem sido fomentado e estimulado historicamente, não só por integrantes do poder, mas na maioria das vezes, inconscientemente, pelo silêncio ao se aceitar pacificamente que se segreguem humanos seja por qual motivo for, desumanizando-os, tornando-os coisa.

A seletividade é, e será sempre, um verdadeiro inimigo do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 8ª Ed. - Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. 2002.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Lammert, 2ª edição, 1878.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

DAL Ri Júnior, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

Dotti, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. René Ariel Dotti. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

EHRILCH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Trad. De René Ernani Gertz. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**: prefácio da 1. ed. Italiana, Noberto Bobbio. 2. ed. Rev. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. Tradução de Paolo Capitanio- 2 ed. – Campinas: Bookseller, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral**. volume 2. Luiz Flavio Gomes, Antonio Garcia-Pablo Molina; coordenação Luiz Flavio Gomes. 2. Tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal Mínimo: lineamento de suas metas**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ministério da Justiça, v. 1, n. 5, p. 71, jan./jun. 1995.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal volume 1: introdução e princípios fundamentais**. Luiz Flavio Gomes, Antonio Garcia-Pablo Molina, Alice Bianchini.-São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRACIA, Martin Luis. **O horizonte do finalismo e o direito Penal do inimigo**: tradução. Luis Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. FGunther Jakobs, Manuel Cancio Meliá. 4 ed. Atual. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LIMA, Euzébio de Queiroz. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: A casa do Livro, 1951.

Marques, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Rev. e atual. - São Paulo: Saraiva 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: A terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral**. 6 ed., ver. e ampliada, de acordo com a Lei n 12.015, de 7 de agosto de 2009. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Claus Roxin; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – Porto Alegre: Livraria do Advogado ED., 2006.

SANTOS, Admalto Cesário dos. **Direito penal do inimigo e culpa jurídico-penal: o problema da responsabilidade pelo livre-arbítrio**. Porto Alegre : Núria Fabris Ed., 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.