

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E A
AFRONTA CONSTITUCIONAL DA SUA APLICAÇÃO
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Thiago Campos Santini

Santa Maria, RS, Brasil

2014

**A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E A
AFRONTA CONSTITUCIONAL DA SUA APLICAÇÃO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Thiago Campos Santini

Monografia de Graduação apresentada ao Curso de Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Angela Araújo da Silveira Espindola

Santa Maria, RS, Brasil

2014

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A comissão examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação.

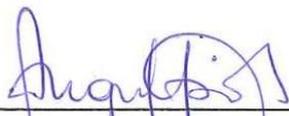
**A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E A AFRONTA
CONSTITUCIONAL DA SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

elaborada por

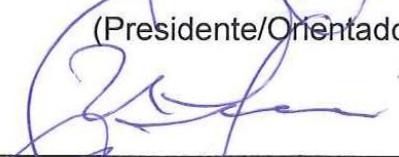
Thiago Campos Santini

Como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

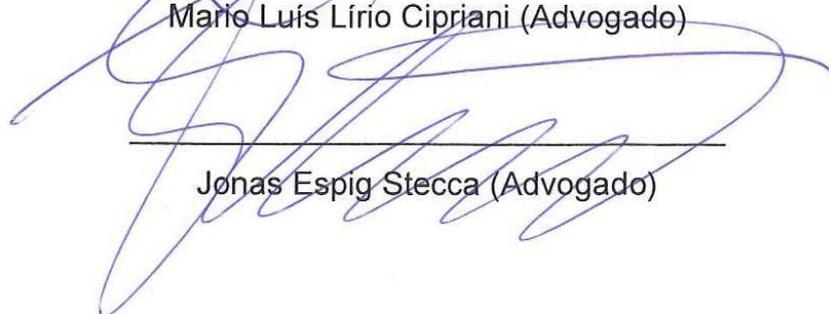
COMISSÃO EXAMINADORA



Prof.ª Dr.ª Angela Araújo da Silveira Espindola
(Presidente/Orientadora)



Mario Luís Lírio Cipriani (Advogado)



Jonas Espig Stecca (Advogado)

Santa Maria, 04 de Dezembro de 2014.

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E A AFRONTA CONSTITUCIONAL DA SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

AUTOR: THIAGO CAMPOS SANTINI
ORIENTADORA: ANGELA ARAÚJO DA SILVEIRA ESPINDOLA
Data e Local da Defesa: Santa Maria, 04 de dezembro de 2014.

O presente trabalho busca analisar as características do Direito Penal do Inimigo, teoria desenvolvida por Günther Jakobs, ao mesmo tempo em que se demonstrará a aplicação dos seus fundamentos no Brasil. Traz-se uma série de fatores sociais e jurídicos que corroboram a existência da referida teoria. Também será exposta a expansão de movimentos antigarantistas e de teorias punitivistas, as quais encontram respaldo no clamor popular, influência da mídia, decisões de magistrados e demais atores que movimentam e moldam o Direito. Além disso, será analisado o fenômeno da expansão do Direito Penal como forma de combate ao crime e a violência, onde se argumentará que o aumento de tais problemas (crime e violência) somente será revertido através de políticas sociais adequadas. Por fim, ao longo do trabalho perceber-se-á que o tom crítico a respeito da aplicação da Teoria de Jakobs é baseado na certeza de que um Estado Democrático de Direito deve se pautar no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e que a expansão de todo e qualquer movimento punitivista é ação típica que afronta a qualidade do ser humano como sujeito de direito.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Expansão. Estado Democrático de Direito. Políticas Sociais.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

THE EXPANSION OF THE ENEMY CRIMINAL LAW AND THE CONSTITUTIONAL AFFRONT OF ITS APPLICATION IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Author: Thiago Campos Santini
Adviser: Angela Araújo da Silveira Espindola
Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 03, 2014.

The present monograph analyzes the characteristics of the Criminal Law of the Enemy, theory developed by Günther Jakobs, at the same time that demonstrate the application of its fundamentals in Brazil. A series of social and juridical factors were brought to corroborate the existence of that theory. It will also be exposed the expansion of the law and order movements, which are supported by the popular outcry, media influence, judges decisions and other actors that move and shape the law. In addition, it will be analyzed the phenomenon of expansion of criminal law as the way of combating crime and violence, where will be argued that the increase in such problems (crime and violence) will only be reversed by appropriate social policies. Finally, throughout this study will be noticed that the critical tone about the application of Jakobs theory is based on the certainty that a democratic state of law must be based on respect for the principle of human dignity and the expansion of any law and order movement is a typical action that affront the quality of the human being as a subject of law.

Key-Words: Criminal Law of The Enemy. Expansion. Democratic State of LAW. Social Policies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO	9
1.1 Considerações iniciais.....	9
1.2 A arquitetura teórica do direito penal do inimigo: características, fundamentos filosóficos e conceito	11
1.3 A expansão do Direito Penal, o avanço da teoria de Jakobs e a flexibilização das garantias processuais.....	16
2 A INCOMPATIBILIDADE ENTRE A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E O PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ESTAMOS EM GUERRA?	35
2.1 Considerações iniciais.....	35
2.2 A ineficácia do combate ao crime através do aumento da repressão penal	37
2.3 Da afronta constitucional da aplicação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro	43
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

A realização do presente trabalho se debruça sob alguns pontos dogmáticos, os quais refletem as ideias e os princípios que norteiam a forma de pensar e até mesmo agir de parte da sociedade, doutrinadores, magistrados e demais atores que movem e promovem a justiça criminal.

Note-se, porém, que será dado enfoque a aspectos referentes à expansão do Direito Penal do Inimigo, teoria desenvolvida por Günther Jakobs e que demonstra a propagação da defesa ao recrudescimento penal no Brasil.

Para o direito penal do inimigo, como afirma Jakobs, “aquele que se comporta como inimigo (e Jakobs realmente emprega, mal se pode crer, a expressão “não-pessoa) também merece ser tratado como inimigo – portanto não como pessoa”.¹

Nessa esteira e como uma verdadeira “inspiração” aos defensores da necessidade de uma maior rigidez penal é que se enquadra o Direito Penal do Inimigo, que nada mais é que o direito punitivista em seu grau máximo, pregando o cabimento da desconsideração (ou flexibilização) de garantias fundamentais àqueles considerados “inimigos”, apesar da existência de uma série de garantias e direitos protegidos constitucionalmente a todos, inclusive àqueles que cometeram delitos.

A referida teoria é exemplo da expansão do direito punitivista e de teses antigarantistas sob a alegação falaciosa de poderem combater a criminalidade, como se a repressão intensa fosse uma panaceia.

Na mesma linha, segue trecho de fala proferida por Marcio Thomaz Bastos a respeito desse clamor por políticas penais repressivas:

Não é de hoje que o direito de defesa vem sendo arrastado pela vaga repressiva que embala a sociedade brasileira. À sombra da legítima expectativa republicana de responsabilização, viceja um sentimento de desprezo pelos direitos e garantias fundamentais. (...) Quanto mais excepcionais os meios, menos legítimos os fins alcançados pela persecução inspirada pelo ideal jacobino da “salvação nacional”. Tempos modernos são esses em que nós vivemos. Em vez de apontar para o futuro, retrocedem nas conquistas civilizatórias do Estado Democrático de Direito. (...) A repressão pura e simples não é suficiente para dar conta do problema da criminalidade. Embora a efetiva aplicação da lei ajude a aplacar o

¹ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, fascículo 47, p. 42, mar/abr. 2004.

sentimento de insegurança, o Direito Penal não deve ser a principal política pública.²

Especificamente no ordenamento jurídico brasileiro existem institutos que vislumbram semelhanças com os princípios norteadores da aduzida teoria, tais como a Lei de Crimes Hediondos, Lei do Abate, o Regime Disciplinar Diferenciado, entre outros que serão citados e abordados neste trabalho.

Não bastasse isso, a discussão a respeito da dita teoria e a reflexão sobre o tema é deveras importante atualmente, principalmente pelo fato de que para o Brasil ser plenamente considerado um Estado Democrático de Direito há a necessidade de que sejam respeitados os direitos e garantias penais, processuais penais e constitucionais conquistados ao longo da história.

É inaceitável a flexibilização assim como a supressão dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio, pois a qualidade de “pessoa” é inerente à condição do ser humano, jamais podendo ser questionada sob qualquer justificativa.

Por outro lado, basta uma análise do que ocorreu nos últimos anos no país para verificar que a propagação e inclusive exercício das ideologias da referida teoria não influenciarão em nada no combate ao crime, visto que houve a introdução de leis penais mais severas e ao mesmo tempo ocorreu o aumento de crimes em geral, bem como se verificou o crescimento da população carcerária sem uma posterior reinserção social efetiva dos apenados, os quais ao saírem da prisão voltam a reincidir.

Igualmente, apesar das evidências da presença das ideologias do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro há que se questionar a sua adequação ao paradigma constitucional e ao paradigma do Estado democrático de direito, objeto da presente investigação.

Na trilha da presente investigação, assume-se que o Direito Penal não tem o condão, por si só, de combater eficazmente a criminalidade.

Ao contrário! A defesa por um maior punitivismo penal (especialmente a teoria do Direito Penal do Inimigo) no ordenamento jurídico pátrio, com incentivo e fomento à pena de prisão e também a supressão das garantias materiais e processuais

² BASTOS, Márcio Thomaz. “**Vigiar e punir**” ou “**participar e defender?**”, dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-24/retrospectiva-2012-direito-penal-brasileiro-encruzilhada>>. Acesso em: 20 nov. 2014

(penais e constitucionais), são formas e meios de pensamento que chegam a anular os próprios fundamentos constitutivos da sociedade expressamente protegidos na Constituição Federal de 1988.

Para construir o argumento destas conclusões, a pesquisa foi dividida em duas partes. No Capítulo 1 (O direito penal do inimigo) apresenta-se a arquitetura do direito penal do inimigo, apontando sua estrutura, seus conceitos basilares e seus defensores.

Ainda neste capítulo, apresenta-se, de modo reflexivo, a flexibilização das garantias processuais como consequências desta expansão do direito penal, bem como mira-se como os tribunais e o ordenamento nacionais vem recepcionando.

Fixadas estas premissas, o Capítulo 2 (A incompatibilidade entre a teoria do direito penal do inimigo e o paradigma do estado democrático de direito: estamos em guerra?) enfrenta-se o tema propriamente dito contrapondo-o aos compromissos assumidos pela Constituição e pelo Estado Democrático de Direito, questionando (e negando) a eficácia do combate a criminalidade através do aumento da repressão penal e evidenciando as fragilidades inerentes a construção deste expansionismo do direito penal.

1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

1.1 Considerações iniciais

A criminalidade no Brasil aumenta consideravelmente ano após ano, sendo demonstrativo disso o fato de que o país “registrou em 2012 o maior número absoluto de assassinatos e a taxa mais alta de homicídios desde 1980”³, dados retirados do “Mapa da Violência 2014”.

Conforme o mesmo estudo supramencionado:

Em 2012, último dado disponível, o País registrou 56.337 assassinatos, segundo a prévia da versão 2014 do Mapa da Violência, divulgada em maio. A fonte do documento são as certidões de óbito emitidas pelo Sistema Único de Saúde, a mais confiável estatística disponível em território nacional. Isso representa uma morte a cada dez minutos. É uma taxa de 29 homicídios para cada 100 mil habitantes, indicador mais utilizado por especialistas para medir o grau de violência letal em uma nação, pois leva em conta o tamanho da população. (...) Jamais, contudo, o País contabilizara cifra tão elevada quanto aquela de 2012. E o dado pode até estar subestimado. Um estudo recente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) estima que o volume de homicídios é maior e já teria ultrapassado a marca de 60 mil anuais. O aumento das mortes classificadas como “causa indeterminada”, desconfia-se, seria na verdade um subterfúgio de autoridades estaduais para maquiar a realidade.⁴

Ainda, conforme outra análise, realizada pelo “Estudo Global sobre Homicídios” (Global Study on Homicide) e lançado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), o país respondeu por 11% dos homicídios do mundo.⁵

Consequentemente, as discussões sobre segurança pública, criminalidade e necessidade de recrudescimento das leis se tornam cada vez mais corriqueiras, gerando pontos de vistas com soluções ao problema um tanto quanto distintos.

De um lado há movimentos que pregam a necessidade de aplicação do fim do direito penal, chamados de abolicionistas penais.

³ WEBER, Demétrio; RIOS, Odilon. **Mapa da Violência 2014: taxa de homicídios é a maior desde 1980**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/mapa-da-violencia-2014-taxa-de-homicidios-a-maior-desde-1980-12613765>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

⁴ BARROCAL, André. A taça de assassinatos é nossa, jul. 2014. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/revista/805/a-taca-de-assassinatos-e-nossa-4381.html>>. Acesso em 12 nov. 2014.

⁵ Global Study on Homicide. Disponível em: <<http://www.unodc.org/gsh/en/index.html>>. Acesso em 14 nov. 2014.

Estes sustentam que a pena e o sistema penal possuem efeitos mais negativos que positivos e, portanto, defendem a eliminação de qualquer espécie de controle “formal” decorrente do delito, e propugnam por modelos informais de solução de conflitos.

O principal defensor do abolicionismo penal é Louk Hulsman, em seu “As penas perdidas”.

Porém, do lado oposto aos movimentos supracitados, há a crescente aceitação e até mesmo propagação de teorias antigarantistas, nas quais está exposta a defesa pela aplicação de leis penais e processuais penais mais rígidas, além do que sustentam a possibilidade e necessidade da exclusão de alguns direitos constitucionais fundamentais em determinados casos.

Nesta mesma linha, há o chamado Direito Penal do Risco, derivado do ressurgimento do punitivismo e do Direito Penal Simbólico, onde a macrocriminalidade e o crime organizado juntamente com os “novos riscos” (meio ambiente, terrorismo, consumo, etc.), dão origem a suposta necessidade de um direito penal preventivo, em que se busca antecipar a repressão para o momento da ação.

Este cenário é o terreno da consolidação daquilo que se designa hoje de Direito Penal do Inimigo⁶, conhecida como a terceira velocidade do direito do ordenamento jurídico-penal, pois aplica penas privativas de liberdade e flexibiliza as garantias processuais penais⁷.

O principal argumento desses modelos repressivos é de que através de uma supremacia estatal e legal em detrimento do indivíduo e de seus direitos fundamentais se estaria diante de uma repressão total ideal, a qual seria suficiente para sanar o problema da violência.

Nas palavras de Aury Lopes Jr., “sacrificam-se direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência”.⁸

Na mesma linha é a afirmação de Cláudio do Prado Amaral a respeito do tema:

⁶ JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÀ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo, Noções Críticas**. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁸ JR., Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72.

(...) usa-se indevidamente o Direito Penal no ledô engano de estar dando retorno adequado a toda criminalidade moderna, mas que em realidade não faz mais que dar revide a uma reação meramente simbólica, cujos instrumentos utilizados não são aptos para a luta efetiva e eficiente contra a criminalidade.⁹

Assim, é no atual e contemporâneo aspecto dos movimentos punitivistas e antigarantistas que se enquadra o Direito Penal do Inimigo, teoria idealizada por Günther Jakobs e que no presente trabalho será exposta sob um viés crítico, preconizado pela certeza de que o direito penal deve ser considerado legítimo desde que respeitadas e preservadas as garantias penais e constitucionais, materiais e formais.

1.2 A arquitetura teórica do direito penal do inimigo: características, fundamentos filosóficos e conceito

Como já referido, a Teoria do Direito Penal do Inimigo foi apresentada pelo penalista alemão Günther Jakobs, em meados da década de 80.

Para ele, o Direito Penal deve ser exercido de forma diferente a lados opostos da sociedade, onde de um lado há o cidadão e de outro o inimigo, como mais adiante será demonstrado.

Para o cidadão, mantêm-se os fundamentos de proteção e garantias penais, processuais penais e constitucionais, já ao dito inimigo ocorre o contrário, onde para este é imposto todo o rigor penal com intuito de eliminar os riscos sociais que os “não-cidadãos” (inimigos) geram.

Segundo ele, “o Direito Penal deixara de ser uma reação da sociedade ao fato criminoso perpetrado por um de seus membros, para tornar-se uma reação contra um inimigo desta.”¹⁰.

A partir o trecho transcrito acima, percebe-se que para o autor da referida teoria o direito penal é uma reação a um inimigo da sociedade, reafirmando-se que há uma evidente separação do direito em dois: o direito do cidadão e o do inimigo.

Não bastasse isso, ainda dividiu os autores de crimes de acordo com os delitos cometidos sob o argumento de que a criação de sua teoria almeja combater

⁹ AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais** – Da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM, p. 155-156.

¹⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 28.

os indivíduos considerados “inimigos” em razão das características do crime cometido.

Estes “inimigos” sofrem como consequências a inobservância de princípios constitucionais básicos, o corte de garantias e direitos processuais fundamentais, aumento desproporcional das penas, etc.

Dentre as características do Direito Penal do Inimigo, Luiz Flávio Gomes cita:

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.¹¹

E Antônia Elúcia Alencar detalha que:

O Direito Penal do Inimigo é dividido, por Jakobs, em dois polos opostos de um mesmo contexto jurídico-penal, de um lado o indivíduo é tratado pelo Estado como pessoa, deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais, de outro é tido como não-pessoa, é uma fonte de perigo permanente, está em guerra com o Estado, portanto deve ser punido com medida de segurança.

Jakobs fundamenta sua teoria sob três argumentos: O Estado tem direito a procurar segurança em face de indivíduos que reincidam persistentemente por meio de aplicação de institutos juridicamente válidos; os cidadãos têm direito de exigir que o Estado tome medidas adequadas e eficazes para preservar sua segurança diante de tais criminosos; é melhor delimitar o campo do Direito Penal do Inimigo do que permitir que ele contamine indiscriminadamente todo o direito penal.

Esse direito penal a que se refere Jakobs é contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos (...).¹²

¹¹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. Disponível em http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798&mode=print Acesso em: 16 jun. 2014.

¹² ALENCAR, Antônia Elúcia. **A inaplicabilidade do Direito Penal do Inimigo diante da principiologia constitucional democrática**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 895, ano 99, maio de 2010.

Como se observa, Jakobs afirma que a intervenção penal se fundamenta nas características pessoais do agente e não no fato praticado, sendo uma clara manifestação das noções do Direito Penal do autor, já que o inimigo é punido pelo seu modo de ser e características pessoais.

Ainda no mesmo sentido, é claro que teoria do Direito Penal do Inimigo lida com suposições e hipóteses, evidenciando uma falta de critérios objetivos para penalizações, buscando não somente punir fatos já praticados pelo alegado inimigo, mas, sobretudo, visando puni-lo por delitos futuros.

Assim, quanto à existência dessa punição de fatos futuros, segue:

Portanto, o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.¹³

Reitera-se, novamente, que a teoria do Direito Penal do Inimigo vale-se de duas linhas, diferenciando o direito do cidadão e do inimigo, das pessoas “comuns” e daqueles que estão à margem da sociedade, em uma verdadeira delimitação de quem está protegido pelo ordenamento legal e quem está fora dele.

Ele ainda afirma que determinadas pessoas escolheram se afastar do Direito, pertencendo a organizações criminosas e grupos terroristas, por exemplo.

O Estado, ele afirma, “não tem porque colocar em jogo, de forma negligente, a sua configuração.”¹⁴, ou seja, o Estado não pode correr riscos com seus “inimigos” e deve agir de forma eficaz para combatê-los.

Tal afirmação é comprovada através do discurso de Jakobs:

Portanto, o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação. Como se tem mostrado, a personalidade, como construção exclusivamente normativa, é irreal. Só será real quando as expectativas que se dirigem a uma pessoa também se realizem no essencial.

¹³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 36.

¹⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 63.

Certamente, uma pessoa também pode ser construída contrafaticamente como pessoa; porém, precisamente, não de modo permanente ou sequer preponderante.

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.¹⁵

Por outro lado, através de um viés político-filosófico, o Direito Penal do inimigo caracteriza e define como contratualista a relação existente entre o Estado e os indivíduos.

Assim, há uma espécie de contrato social entre Estado e sociedade, sendo que quando alguém comete algum crime há rompimento do dito contrato, de modo que em resultado disso o criminoso não pode mais ser considerado inserido na relação social de que até então fazia parte.

E não suficiente essa exclusão, quem comete algum delito também é tido como não detentor dos mesmos direitos que aqueles inseridos na sociedade, os ditos cidadãos.

De outra banda, é importante mencionar que a visão de que alguns indivíduos são inimigos e que estão à margem da sociedade são argumentos e ideias já citados por filósofos como Rousseau, Kant e Hobbes.

Salienta-se que nenhum dos filósofos acima nunca mencionou o termo “direito penal do inimigo”, porém argumentavam que as relações entre o Estado e os cidadãos se fundamentavam em um contrato e quem não o cumprisse estaria cometendo um crime, conseqüentemente não poderiam receber qualquer benefício ou mesmo protegidos do pelo Estado.

Qualquer pessoa que não estivesse de acordo com o Estado, estaria atacando o direito e estaria em guerra com a sociedade e o Estado, deixando de ser um membro da organização social.

Rousseau, em sua obra “O Contrato Social”, afirma que “o indivíduo ao declarar guerra ao Estado torna-se traidor da pátria, portanto, deixa de ser membro do Estado, vez que rompeu o tratado social”.¹⁶

Kant afirmava ser permitido que determinados indivíduos sofressem reações agressivas, desde que reiteradamente ameaçassem outras pessoas. Assim, não

¹⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 40.

¹⁶ ALENCAR, Antônia Elúcia. **A inaplicabilidade do direito penal do inimigo diante da principiologia constitucional democrática**. Revista dos Tribunais, ano 99, vol. 895, p. 52.

poderia ser considerada pessoa quem agredisse ou ameaçasse continuamente outras pessoas.

Já para Hobbes, o criminoso deveria permanecer considerado como pessoa, a não ser que cometesse crimes de “alta traição”, o que seria demonstrativo de uma negação absoluta à submissão ao Estado e a partir deste instante o indivíduo era tratado como inimigo.

Para ele, o inimigo é o indivíduo que rompe com a sociedade e volta a viver em estado de natureza. Esse estado de natureza, para Hobbes, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida.

E é justamente com Hobbes que Jakobs se identifica com mais afinco, ainda mais quando analisadas as características já mencionadas da Teoria do Direito Penal do Inimigo, principalmente a de que determinados crimes são característicos dos “inimigos”.

Por fim, após elencadas as características da teoria analisada, é trazido o conceito do que é o Direito Penal do Inimigo, nas palavras de Luis Gracia Martín:

Do ponto de vista geral, é possível dizer que esse Direito Penal do inimigo seria uma clara manifestação dos traços característicos do chamado Direito Penal moderno, isto é, da atual tendência expansiva do Direito Penal, que com frequência origina formalmente uma ampliação dos âmbitos de intervenção daquele, e, materialmente, de acordo com a opinião majoritária, um desconhecimento, ou, pelo menos, uma clara flexibilização ou relaxamento, e, com isso, um menoscabo dos princípios e das garantias jurídico-penais liberais do Estado de Direito.¹⁷

Deste modo, após as características, fundamentos filosóficos e o conceito do que é o Direito Penal do Inimigo, já é possível perceber a afronta constitucional da sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

É perceptível e inquestionável que a teoria apontada por Jakobs é extremista, pois classifica indivíduos entre cidadãos de um lado, os quais possuem direitos e garantias respeitados, e de outro lado os inimigos, que sofrem com a alegada necessidade de relativização (até mesmo supressão) de direitos, resultando em uma verdadeira segregação entre indivíduos.

¹⁷ GRACIA MARTIN, Luis. **O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea.** Traduzido por Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 75/76.

A negação de direitos e garantias, sejam materiais ou processuais, mesmo para aqueles considerados “inimigos”, é nítida violação a uma séries de proteções constitucionais conquistadas ao longo da história, como será visto no decorrer do trabalho.

1.3 A expansão do Direito Penal, o avanço da teoria de Jakobs e a flexibilização das garantias processuais

Realizada de forma breve e sucinta, porém clara o suficiente para entender as características do Direito Penal do Inimigo, agora se passa a um esboço da atual situação da política criminal da atualidade.

Para isso, inicialmente se expõe a relevância em fazer referência às chamadas “velocidades do direito penal” para a compreensão da expansão do Direito Penal do Inimigo.

Jesús-María Silva Sánchez realizou estudo referente às mudanças ocorridas no direito penal. Tendo como base a criminalidade moderna e o atual estágio da sociedade, concluiu que o Direito Penal do Inimigo está na terceira velocidade, sendo que de acordo com o processo de expansão do Direito Penal existem três velocidades distintas.

A primeira velocidade possui como características o respeito e o pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais.

Por outro lado, segunda velocidade está relacionada com a substituição das penas privativas de liberdade por punições alternativas, caracterizando uma flexibilização das medidas penais e processuais penais quando do cometimento de algum crime.

A terceira velocidade, como já mencionado, relaciona-se ao Direito Penal do Inimigo e se baseia nas já mencionadas características da teoria ora analisada.

Assim, tem-se que:

Silvia Sánchez tem incorporado o fenômeno do Direito Penal do Inimigo a sua própria concepção político criminal. De acordo com sua posição, no momento atual, estão se diferenciado duas <<velocidades>> no marco do ordenamento jurídico-penal: a primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõem penas privativas de liberdade, e no qual, segundo Silvia Sánchez, devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos.

A segunda velocidade seria constituída por aquelas infrações em que, ao impor-se só penas pecuniárias ou restritivas de direitos –tratando-se de figuras delitivas de cunho novo -, caberia flexibilizar de modo proporcional esses princípios e regras <<clássicos>> a menor gravidade das sanções. Independentemente de qual proposta possa aparecer acertada ou não – uma questão que excede destas breves considerações -, a imagem das <<duas velocidades>> induz imediatamente a pensar – como fez o próprio Silva Sánchez – no Direito Penal do Inimigo como <<terceira velocidade>>, no qual coexistiriam a imposição de penas privativas de liberdade e, apesar de sua presença, a flexibilização dos princípios político-criminais e as regras de imputação.¹⁸

E ainda Cláudio do Prado Amaral esclarece:

Direito penal “do inimigo” é um conceito que Prittwitz reconhece como conexo e dependente de sua proposta de um direito penal “do risco”; o próprio Jakobs afirma que com o direito penal “do inimigo” há “uma leve defesa frente a riscos futuros”; Silva Sánchez, da mesma forma, relaciona o direito penal “do inimigo” à sua proposta de um direito penal que denomina de terceira velocidade.¹⁹

Por outro lado, além da análise da expansão do Direito Penal do Inimigo sob o aspecto das “velocidades”, conforme exposto anteriormente, é feita outra apreciação sob ângulo diverso: apesar da inflexibilidade punitivista da dita teoria e da sua indiscutível incompatibilidade no ordenamento jurídico nacional, ela vem se expandindo no ordenamento pátrio, por meio da legislação brasileira, do impulso da mídia e inclusive nas decisões de alguns magistrados.

Como referido logo no início deste trabalho, o país registrou em 2012 o maior número absoluto de assassinatos e a taxa mais alta de homicídios desde 1980.

Não apenas esses dados, mas também outros demonstram que a violência no país aumentou e vem aumentando, conforme já exposto.

Conseqüentemente, o crescente aumento da criminalidade no Brasil está estampado em números e dados, entretanto, afirma-se que há um sentimento acentuado de insegurança que permeia a sociedade como um todo, “potencializado por uma ênfase provocada pelos meios de comunicação”²⁰.

¹⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 91 e 92.

¹⁹ AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007. P125-126.

²⁰ GARCIA, Rogério Maia. **A Sociedade do Risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da Globalização**. Revista de estudos criminais. Porto Alegre, a. V, n. 17, jan./mar. 2005, p. 88.

Bauman, inclusive, disserta sobre a chamada “síndrome do Titanic”²¹, em que as pessoas se encontram tomadas pela sensação de que, a qualquer momento, serão atingidas por uma catástrofe ameaçadora da ordem social e criadora de um pânico difuso.

Esse medo provoca “um generalizado desejo de punição, uma intensa busca de repressão e uma obsessão por segurança. A lei passa a ser a “tábua de salvação” da sociedade e, quanto maior for a sua dureza, mais satisfeita ela estará.”²²

É perceptível que o sentimento de insegurança se propaga facilmente, e conseqüentemente verifica-se uma vontade cada vez maior de que o Estado exerça um papel punitivo mais intenso.

Débora Regina Pastana refere que:

Paradoxalmente, o medo e a insegurança neste período democrático permitem ao Estado medidas simbólicas cada vez mais autoritárias, leis cada vez mais punitivas, legitimadas por demandas sociais de proteções reais e imaginárias, principalmente da elite. Além disso, justificam a criação de empresas de segurança e apoio à privatização da polícia. Criam, ainda, uma indústria de segurança – grades, seguros, alarmes – que, na maior parte das vezes, fornece mais proteção simbólica do que real. Por fim, legitima discursos oficiais de políticos, da imprensa, de chefes religiosos, de “personalidades” diversas, sobre o aumento da violência e da criminalidade como resultado de uma sociedade em decadência.²³

A respeito das “medidas simbólicas cada vez mais autoritárias” acima mencionadas, tem-se o Direito Penal simbólico quando “(...) determinados agentes políticos tão só perseguem o objetivo de dar a ‘impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido (...)”²⁴.

O Direito Penal passa a ter a imagem de solução fácil aos problemas sociais, porém trata-se apenas de mera ilusão de que o problema da violência e criminalidade sejam dessa forma combatidos. É essa a expansão do Direito Penal.

Citando novamente Zygmunt Bauman:

²¹ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 21.

²² PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo. Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: IBCCRIM, 2003. P. 98.

²³ PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo. Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: IBCCRIM, 2003. P. 97.

²⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 79.

Os perigos que mais tememos são imediatos: compreensivelmente, também desejamos que os remédios o sejam – ‘doses rápidas’, oferecendo alívio imediato, como analgésicos prontos para o consumo.²⁵

Assim, nota-se que a sociedade exige respostas e atitudes enérgicas do Estado como solução para um problema que definitivamente não pode ser resolvido através exclusivamente do Direito Penal e muito menos das teorias derivadas do Direito Penal do Inimigo.

É nesta esteira do simbólico e do da expansão do Direito Penal que se enquadra o Direito Penal do Inimigo, cujas características já foram analisadas anteriormente.

Outrossim, o grande clamor social pela atuação do direito penal decorre, além da influência midiática, da incapacidade do próprio Estado em propiciar meios que sejam suficientes e efetivos no combate ao crime, denotando a incapacidade político-gerencial dos detentores do poder.

Desse modo, motivados por movimentos populares pró-segurança e instigados pelos meios de comunicação, são editadas leis cujos conteúdos abarcam perda de direitos e garantias fundamentais.

No mesmo sentido, Carolina Dzimidas Haber afirma que:

Apela-se ao direito penal como forma de resolução do problema da criminalidade, em detrimento do seu enfrentamento por meio de políticas públicas que estabeleçam em amplo diagnóstico do problema. Mais uma vez, verifica-se a existência de uma legislação que solapa as garantias fundamentais e provoca a relativização das regras de imputação e dos princípios processuais²⁶

Destarte, mencionada a expansão do Direito Penal do Inimigo e mais adiante detalhada a forma como ela vem sendo aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, nota-se que, ao inimigo basta não lhe aplicar os benefícios e direitos penais, processuais penais e constitucionais estabelecidos e protegidos, em um cristalino modelo de direito penal do autor para eliminar o “perigo”.

Quanto a essa flexibilização (ou até mesmo) supressão das garantias, Jakobs:

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 149,

²⁶ HABER, Carolina Dzimidas: **Reflexos do Direito Penal do Inimigo na realidade brasileira**. Disponível em: <<http://www.direito.usp.br/eventos/pet/carolina.pdf>>. Acesso em 18 Out. 2014.

Como no Direito penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não tem lugar fora do direito; porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado. De novo, como no Direito material, as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação de riscos terroristas.²⁷

Percebe-se que ele considera a possibilidade de relativizar os direitos aos ditos inimigos, os quais, como já exposto, são considerados “não-pessoas”. Entretanto, reitera-se que a qualidade de pessoa é inerente a todo ser humano, não podendo, jamais, ser excluída.

Deste modo, esse aspecto da Teoria de Jakobs é inadmissível, ainda mais em um Estado Democrático de Direito que se baseia no princípio da dignidade da pessoa humana.

De outra banda, se repete que é perceptível o aumento no ordenamento jurídico brasileiro de leis e decisões jurisprudenciais que possuem características marcantes do Direito Penal do Inimigo, e não bastasse isso, apoiadas pelo apelo cada vez maior da sociedade, ganhando espaço no sistema legal pátrio.

Como exemplo da aplicabilidade da teoria de Jakobs no país cita-se a chamada Lei do Abate, em que através do Decreto 5.144 de 16 de julho de 2004 passou-se a regulamentar os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 303 da Lei nº 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica).

No artigo 4º do Decreto aduzido consta que:

Art. 4º A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição.²⁸

Da análise da redação do artigo supramencionado, verifica-se que as aeronaves suspeitas ou hostis poderão ser destruídas, em uma evidente semelhança com o discurso de Jakobs, onde ele afirma que “o Estado (...) pode vê-

²⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 40.

²⁸ Decreto nº 5.144, de 16 de julho d 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5144.htm> Acesso em: 15 nov. 2014.

los como (...) indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação.”²⁹.

Ao tratar da possibilidade de destruição de tais aeronaves se está exercendo o típico discurso do Direito Penal do Inimigo. Isso, pois a aplicação da referida norma implica na desconsideração dos princípios do devido processo legal e do direito à vida ao possibilitar a destruição das aeronaves hostis/suspeitas (“inimigas”).

Não é exagero, também, argumentar que o mencionado decreto contemplou a possibilidade de pena de morte fora dos casos de guerra declarada previsto no artigo 5º, XLVII, a, da Constituição Federal de 1988, visto que o fato de a norma fazer menção à destruição de aeronaves sem se importar com quem esteja dentro delas, também está autorizando a morte da tripulação.

Nesse sentido, apesar de a destruição de aeronaves ser algo raro, a situação acima analisada demonstra a aplicação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro e até mesmo a expansão da teoria, visto que a Lei do Abate teve estendidas as regras da sua aplicação durante o período da Copa do Mundo neste ano e também assim será durante as Olimpíadas do Rio de Janeiro, em 2016.³⁰

Outro caso em que é possível vislumbrar a aplicação de referenciais teóricos do Direito Penal do Inimigo é na chamada Lei de Drogas, a Lei 11.343/2006, onde há clara diferenciação e imputação do status de inimigo aos traficantes.

Isso, pois no artigo 288 do Código Penal consta o crime de associação criminosa, caracterizado pela associação de três ou mais de três pessoas para o fim de cometer crimes. A pena é de reclusão de 01 a 03 anos.

Já na Lei de Crimes Hediondos, em seu art. 8º, a pena é de 03 a 06 anos de reclusão quando se tratar da conduta do art. 288 do CP, mas referente a prática de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Ou seja, se três ou mais pessoas se associam para cometerem alguns destes crimes (tráfico de drogas sendo um deles) a ação será considerada como enquadrada na Lei de Crimes Hediondos.

²⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 41.

³⁰ G1. Dilma autoriza aeronáutica a abater aviões hostis durante a Copa. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/06/dilma-autoriza-aeronautica-abater-avioes-hostis-durante-copa.html>> Acesso em: 22 nov. 2014

No entanto, a Lei de Drogas, por ser específica quanto ao tráfico ilícito de drogas, é a que se aplica quando existe tráfico.

O interessante é que o artigo 35 da dita lei de drogas prevê pena de reclusão de 03 a 10 anos e pagamento de setecentos a mil e duzentos dias-multa para a associação de duas ou mais pessoas para praticarem de forma reiterada, ou não, o tráfico de drogas.

Com isso, a pena máxima, é maior do que a que consta no Código Penal e na Lei de Crimes Hediondos, evidenciado o tratamento diferenciado aos traficantes de entorpecentes.

Salo de carvalho, a respeito do tema:

a Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivistas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 05 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas.

Fundamental perceber, portanto, para que se possa dar a real dimensão às novas respostas punitivas trazidas pela Lei 11.343/06, que, apesar da crítica criminológica relativa ao fracasso da política hemisférica de guerra às drogas, não apenas a criminalização do comércio de entorpecentes e suas variáveis é mantida, como são aumentadas substancialmente as penas e restringidas as hipóteses de incidência dos substitutos penais.³¹

Mais um exemplo na legislação pátria da aplicação dos preceitos do Direito Penal do Inimigo é o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), introduzido na legislação brasileira pela Lei 10.792/2003.

O referido instituto apresenta clara semelhança com os fundamentos desenvolvidos por Jakobs.

Isso, pois, é um regime mais rigoroso de cumprimento de pena e é imposto a indivíduos em situações nas quais se analisam as características pessoais do agente.

São empregados termos amplos e indeterminados para definir as situações nas quais se admite a imposição do regime.

Exemplo dessa indeterminação é o que consta no parágrafo 2º do art. 52 da Lei de Execuções Penais: “Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas

³¹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, p. 141.

suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.”³²

Sobre o assunto, Paulo César Busato:

(...) o fato de que apareça uma alteração da Lei de Execuções Penais com características pouco garantistas tem raízes que vão muito além da intenção de controlar a disciplina dentro do cárcere e representam, isto sim, a obediência a um modelo político-criminal violador não só dos direitos fundamentais do homem (em especial do homem que cumpre pena), mas também capaz de prescindir da própria consideração do criminoso como ser humano e inclusive capaz de substituir um modelo de Direito penal de fato por um modelo de Direito Penal de autor.³³

Finalmente, será citada a Lei de Crimes Hediondos como outro exemplo da aplicação do Direito Penal do Inimigo no Brasil.

Antes de demonstrar os motivos pelos quais tal enquadramento é possível, salienta-se que existem outros institutos legais que também encontram fundamentos na teoria estudada, entretanto, a título de organização e melhor desenvolvimento, decidiu-se por apresentar apenas os institutos discutidos como exemplos da expansão e aplicação das ideias de Jakobs.

Pois bem, a Lei dos Crimes Hediondos foi introduzida no Brasil no início da década de 90, sendo que a própria Constituição estabelece que são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, os crimes de tortura, tráfico ilícito de drogas, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos.³⁴

A referida lei foi implantada em razão de anseios midiáticos e populares que clamavam por leis penais mais severas. Por essa razão o legislador estipulou uma série de crimes que pudessem ser consideradas mais ameaçadores à sociedade.

É evidente que a ideia em punir de forma mais intensa aqueles que cometerem os crimes da referida lei tem influência da teoria do Direito Penal do Inimigo, pois o fundamento de aumentar a pena de determinados delitos vai

³² Lei de Execuções Penais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 22 nov. 2014.

³³ BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. Revista de Estudos Criminais, Rio Grande do Sul, v. 4, n. 14, p. 137-145, Abr./Jun.2004, p.4.

³⁴ Art. 5, XLIII “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;”. BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 22 nov. 2014.

justamente ao encontro de separação de indivíduos entre cidadãos e inimigos, entre os que estão dentro da sociedade e os que estão à margem dela em razão do tipo de crime que cometeram.

Ademais, a Lei dos Crimes Hediondos restringe garantias processuais ao tornar seus crimes inafiançáveis e ao proibir a anistia, graça e indulto, demonstrando mais características com a aplicação do Direito Penal do Inimigo na legislação brasileira.

Por outro lado, como já exposto, o aumento na divulgação, propagação e defesa de teorias repressivistas como a do Direito Penal do Inimigo é resultado da crença de que a legislação penal poderá resolver problemas tão complexos como a criminalidade e violência.

Acredita-se que através de uma exasperação das leis e de um punitivismo exacerbado será possível alcançar justiça, e mais que isso, o país será um lugar melhor, quase perfeito.

Entretanto, a severidade das instituições penais, estimuladas pelo desejo de vingança e vontade de punir, acabam estimulando, involuntariamente, um ciclo vicioso de violência e comportamentos agressivos que se tentam combater.

Menciona-se que a crescente onda de defensores de um maior punitivismo não se restringe a doutrinadores que discorrem sobre o tema ou a atuação dos legisladores.

Exemplo disso é o papel que a própria mídia e as redes sociais exercem na propagação de ideias com cunho muito similar aos repressivistas mencionados (e, conseqüentemente, semelhante aos conceitos da Teoria do Direito Penal do Inimigo).

A população vive com medo e esse sentimento é alimentado pela televisão, rádio, jornal e internet, tanto que existem programas específicos a noticiar ocorridos referentes a crimes diários.

Um exemplo é o programa “Brasil Urgente” do apresentador José Luiz Datena e que vai ao ar pela emissora Bandeirantes de segunda a sábado.

É um programa transmitido por uma emissora de sinal aberto todos os dias que aborda temas relacionados a violência e que possui um alcance bastante grande de público.

Ao acessar o site do televisivo no dia 16 de novembro deste ano era possível encontrar as notícias veiculadas na semana anterior, ou seja, do dia 10 a 15 de novembro.³⁵

Através do site era possível verificar o teor das reportagens, sendo alguns dos títulos: “Mulher é suspeita de tacar fogo na própria casa com marido dentro”, “Empregada envenena ex-patroa no Rio de Janeiro”, “Estudante de direito espanca a própria esposa até a morte”, “Adolescente teria matado a mãe por causa de tarefas domésticas”, dentre outras, todas referentes a casos envolvendo crimes e violência.

É de se observar, porém, que o apresentador transmite as notícias de forma nada didática ou instrutiva, bem pelo contrário, ele propaga e dissemina mais ódio e violência aos telespectadores.

Em vídeo retirado do youtube, ele aparece afirmando que a legislação penal é branda, fazendo crítica aos direitos humanos e alegando que “o país trata os bandidos com carinho e amor”.³⁶

Esse foi apenas um demonstrativo daquilo que ocorre diariamente, já que tais comentários são prática recorrente do apresentador.

Por outro lado, necessário refletir as consequências que tais programas exercem na população.

É evidente que cada vez mais a população e os telespectadores de tais programas se tornarão amedrontados, pois a espetacularização, banalização e amplificação da violência realizada pela mídia acarreta um sentimento de insegurança e medo generalizados ao abordar exclusivamente e excessivamente assuntos relacionados a criminalidade (com intuito evidente de atração de audiência).

Nesse ínterim, cita-se que no livro “Cabeça de Porco”, de autoria de Luiz Eduardo Soares, MV Bill e Celso Athayde, há um capítulo intitulado “Dolorosa realidade da fantasia: por que as expectativas se realizam?”.

Nele, é contada a história de dona Nilza, senhora de 60 anos que vive no Rio de Janeiro e que possui muito medo em sair de casa devido a violência que assola a

³⁵ Site Brasil Urgente. <<http://noticias.band.uol.com.br/brasilurgente/default.asp>> Acesso em: 16 nov. 2014.

³⁶ Vídeo retirado do Youtube. <<http://www.youtube.com/watch?v=Gp2B4xJXJlg>> Acesso em 16 nov. 2014.

cidade. Dona Nilza, certo dia resolve ir o centro da cidade e ao entrar no elevador de determinado edifício comercial surge um “rapaz negro, com aspecto de pobre.”.³⁷

Estavam apenas os dois no elevador e ela teria que se dirigir até o 22º andar. Durante todo o percurso ela ficou extremamente amedrontada, tendo a certeza de que seria assaltada.

Menciona-se que em momento algum o referido rapaz realizou qualquer atitude que demonstrasse ele ser algum possível autor de delito, era apenas dona Nilza que acreditava nisso em razão do aspecto do jovem.

Para ela, era melhor permanecer em casa assistindo televisão e realizando tarefas domésticas, pois a violência diária já havia ultrapassado qualquer limite do aceitável.

Assim, alimentada pelo medo e induzida por estereótipos construídos também pela mídia (que normalmente mostram crimes praticados por pobres e negros), dona Nilza se viu tomada pela insegurança surgida apenas em sua cabeça, decorrente principalmente da influência midiática.

E nessa esteira percebe-se como a influência da mídia é decisiva na forma de manipulação e forma de pensar das pessoas.

Imaginem-se milhares de donas Nilza assistindo a conteúdos semelhantes aos mencionados anteriormente.

É inquestionável que as pessoas, amedrontadas e assustadas, acreditarão que a única saída no combate ao crime é a exasperação das leis, gerando o apoio a expressões tais como “bandido bom é bom bandido morto” e “direitos humanos só servem para criminosos”.

Além disso, o medo gerado também acarreta reações violentas e desproporcionais da própria população, tal como aconteceu neste ano com o surgimento de vários “justiceiros” ao redor do país.

Um desses casos foi o do “adolescente negro, nu e preso em um poste no bairro Flamengo, zona sul do Rio do Janeiro, por uma corrente de bicicleta.”³⁸

³⁷ ATHAYDE, Celso; BILL, MV; SOARES, Luiz Eduardo. **Cabeça de Porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 181.

³⁸ OLIVEIRA, Ana Flávia. Ação de justiceiros é um retrocesso à barbárie, afirmam especialistas, fev. 2014. Disponível em <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-02-17/acao-de-justiceiros-e-um-retrocesso-a-barbarie-afirmam-especialistas.html>> Acesso em: 14 nov. 2014.

Dias após o ocorrido, outras imagens da execução de um rapaz de 20 anos, acusado de ser assaltante na Baixada Fluminense, foram noticiados pela imprensa e compartilhados nas redes sociais.

O homicídio chamou a atenção pelo fato de dois indivíduos terem segurado a vítima enquanto um deles atirou na cabeça, e isso ocorrendo durante o dia em uma região movimentada.

Os dois casos dividiram a opinião pública e suscitaram outras ocorrências que se propagaram pelo país, como Goiás, Piauí, Santa Catarina, Pernambuco, Bahia e Mato Grosso do Sul, locais onde se registraram revoltas populares contra supostos criminosos.

Rachel Sheherazade foi uma das que se manifestou em relação ao primeiro caso do rapaz amarrado no poste.

A apresentadora do SBT disse que "a atitude dos vingadores é compreensível". Ao criticar a omissão do Estado e a desmoralização do polícia, ela disse considerar o ataque ao "marginalzinho" um ato de legítima defesa coletiva e que o resta ao "cidadão de bem" é se armar e reagir.

Além disso tudo, também debochou dos defensores dos direitos humanos, sugerindo a "campanha adote um bandido".³⁹

Infelizmente, essa também é a mesma opinião emitida por políticos defensores de ideias mais agressivas sobre temas relacionados à criminalidade, violência e direitos humanos.

Em determinada entrevista, o deputado federal Jair Bolsonaro condenou os políticos atuantes na defesa dos direitos humanos de menores e de presos. "Esse menorzinho não comete crime na favela porque lá tem pena de morte", disse ele. "Já o menor vem aqui cometer crime no asfalto porque tem gente para defender esses caras." ⁴⁰ prosseguiu.

Tais demonstrativos apenas corroboram a afirmação de que violência gera violência. Reagir a um ato criminoso de forma violenta e impulsiva estimula o ódio e a vingança dos criminosos, pois apesar da existência de leis penais severas e da existência dos ditos justiceiros, a tendência é a violência se propagar e se repetir em

³⁹ Vídeo retirado do Youtube. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=unVlpQHLDwE>>. Acesso em 10 nov. 2014.

⁴⁰ IRAHETA, Diego. **Jair Bolsonaro**: 'Feliciano e eu estramos para a história', fev. 2014. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2014/02/11/jair-bolsonaro-feliciano_n_4762657.html> Acesso em: 14 nov. 2014.

um ciclo vicioso que beira ao caos, onde os agredidos revidam os agressores da mesma forma com que foram vitimados.

Igualmente, tais assertivas também valem para o discurso do ódio estimulado pela mídia, doutrinadores, políticos e demais setores da sociedade, os quais apresentam a derrocada que a atual sociedade vive em termos de responsabilidade social e ética.

Da mesma forma, infelizmente no país o termo “justiça” se confunde com vingança e a ideia já mencionada de que os direitos humanos só servem para bandidos é o senso comum do povo.

Todavia, a população necessita entender a gravidade da não observância dos direitos humanos, perceber o quanto é danosa para todos.

Faz-se necessário compreender que todos têm direitos e garantias que devem ser respeitados, seja em âmbito pré-processual, processual e até mesmo após o processo penal.

Importante também avaliar que os relatos dos presidiários a respeito da vida que levam nos presídios não são fantasiosos ou irrealis.

É fato que os “bandidos” encarcerados em presídios lotados convivem com pulgas, sarna, estão amarrotados e esmagados um ao lado do outro, transmitindo doenças facilmente entre si e sendo vítimas dos mais variados abusos e sofrimentos físicos e psíquicos.

Nessa linha, Luiz Eduardo Soares:

Muitos sentem sede de vingança e se satisfazem com o sofrimento do réu, a ponto de aceitarem a tortura, o linchamento, a execução extrajudicial e a barbárie praticada pelo Estado nas prisões infectas. “Aqui se faz, aqui se paga”, dizem uns. “Olho por olho dente por dente” ou “quem com ferro fere com ferro será ferido”, repetem outros. “Bem feito. Merecia destino pior”, concordam os mais radicais.⁴¹

Lamentavelmente, tais modos de pensar mencionados no trecho acima não estão restritos a doutrinadores punitivistas, ao povo de baixa escolaridade ou da mídia desesperada por audiência.

Pelo contrário, esse frenesi legiferante é observado inclusive em julgados onde se deixa transparecer essa realidade.

⁴¹ SOARES, Luiz Eduardo. **Justiça**: pensando alto sobre violência, crime e castigo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 201, p. 98.

Exemplo disso foi o caso do sequestro da mãe do jogador de futebol Robinho, em 2006, onde foi decretada a prisão preventiva dos suspeitos sob o argumento de que:

No que se refere ao pedido de prisão preventiva, assiste razão ao parquet.
(...)

Depreende-se, outrossim, das narrativas constantes nos autos, a personalidade audaciosa, covarde e perigosa dos increpados porquanto sequestraram a vítima em meio a um churrasco, em frente a outras pessoas, acreditando, quiçá, na impunidade.

Ademais, como bem salientou a douta representante do Ministério Público, faz-se necessária a custódia cautelar dos acusados para garantia da ordem pública não somente pela comoção nacional, já que a vítima é mãe de jogador de futebol, mas também para mostrar o braço firme do Estado (...) ⁴²

Salienta-se que essa decisão fora proferida em primeiro grau, sendo que “a defesa das acusadas entrou com pedido de revogação da prisão preventiva. A primeira instância negou o recurso. Por esse motivo, recorreram ao Tribunal de Justiça de São Paulo. O pedido também foi negado.” ⁴³

Somente no STJ foi revogada a prisão preventiva.

Conforme se verifica da decisão supra, estão presentes as bases teóricas do Direito Penal do Inimigo, já que foram utilizados argumentos tais como comoção nacional, em uma diferenciação resultante do nacionalismo, onde existem cidadãos e inimigos; “braço firme” do Estado como exemplo de autoritarismo e por fim há demonstrativo de um direito penal do autor ao se falar em “personalidade audaciosa, covarde e perigosa dos increpados”.

No Rio Grande do Sul, também, existem diversos demonstrativos de decisões emanadas pelos juízes estaduais no mesmo sentido da decisão acima que decretou a preventiva dos indivíduos.

Recentemente, na Vara Judicial de São Francisco de Assis, foi proferida sentença com o seguinte teor:

(...) a culpabilidade, considerada como o juízo de reprovação, é acentuada, pois não se trata um ato isolado ou praticado em um momento de desatino, já que a ré acabou confundindo as finanças pessoais com as rendas públicas que administrava, sem o menor pudor, o que demonstra a maior censurabilidade da conduta. Aliás, não passa despercebido que a ré detinha profissão definida, inclusive recebia gratificação de direção, detendo meios

⁴² Jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9017784/habeas-corpus-hc-63742-sp-2006-0165481-6/relatorio-e-voto-14191025>> Acesso em: 20 nov. 2014.

⁴³ Revista Consultor jurídico. Falta de consistência: acusadas de participar de sequestro de mãe de Robinho obtêm HC, nov. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-nov-16/acusadas_participar_sequestro_hc> Acesso em: 12 nov. 2006.

para se sustentar sem necessidade de lesar toda a sociedade; não registra antecedentes; a conduta social veio desabonada, pois era contumaz nos desvios. Ademais, posterior falsificação da ata demonstra que a acusada vale-se de qualquer meio para satisfazer seus interesses, não se tratando, portanto, de fato isolado em sua vida; na personalidade observa-se tendência à mentira e vitimização, sem medir as consequências de seus atos perante terceiros, (...) o que atesta ser uma pessoa inescrupulosa, traço de sua personalidade que está em seu desfavor (...)

Ao sentenciar, o magistrado utiliza-se de noções do Direito Penal do Autor, tanto que ao afirmar que a ré possui “tendência à mentira e vitimização” e que é “uma pessoa inescrupulosa” ele está condenando muito mais pelo modo de ser da acusada, do que pelo delito propriamente cometido.

Nessa mesma esteira, Luigi Ferrajoli é elucidativo:

O princípio normativo da separação impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade, ou sobre o caráter, ou, ainda, sobre outros aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que, por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. Assim, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tão pouco emitir veredictos morais sobre sua pessoa, mas apenas individualizar os comportamentos vedados pela lei.⁴⁴

Relembra-se que o Direito Penal do Autor é uma das bases da teoria defendida por Jakobs, sendo assim, percebe-se que as suas ideias se encontram muito ativas perante o judiciário brasileiro, conforme as decisões transcritas anteriormente.

Nesse ínterim, importante mencionar que não se está afirmando que atos contrários ao direito não devam ser punidos, mas sim que há de se manter uma higidez jurídica, de modo a não se deixar levar por decisionismos judiciais, pois não compete ao julgador se utilizar de valores morais conforme sua consciência.

A respeito do tema, Lenio Luiz Streck preleciona:

Com efeito, a noção de discricionariedade, vinculada à jurisdição, aparece no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da “descoberta” da indeterminação do direito. Isso se dá, basicamente, porque como bem demonstra Losano, no século XX a razão é substituída pela vontade, a relação entre a norma e a sentença assume um aspecto completamente diverso. A decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª Ed. Ver. e Amp. São Paulo/SP. Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 208.

(...) Por isso, é necessário um relato mais preciso daquilo que entendo por discricionariedade, encaminhando, ainda que genericamente, um meio de superação desse fenômeno.

Com efeito, esse ponto também deve ser refletido a partir daquilo que se vem denominando como a “morte do método”.

Sendo mais claro: o fato de não existir um método que possa dar garantia à “correção” do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen – não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade e/ou decisionismo típico do modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen.

A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária (que é consequência inexorável da discricionariedade).

Isso porque é preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário “delegado” em favor do juiz para “preencher” os espaços da “zona de penumbra” do modelo de regras.

Não se pode esquecer, aqui, que a “zona da incerteza” (ou as especificidades em que ocorrem os “casos difíceis”) pode ser fruto de uma construção ideológica desse mesmo juiz, que, *ad libitum*, aumenta o espaço de incerteza e, em consequência, seu espaço de “discricionariedade”.

Nesse sentido, discricionariedade acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade.⁴⁵

Ainda Lenio Streck, afirma que “o direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja”, não é o que o “Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes dizem que é”⁴⁶, sendo que em razão disso é inadmissível permitir decisões a partir de critérios pessoais ou morais dos juízes como as referidas neste trabalho.

Feitas essas ponderações, afirma-se que a defesa pelos direitos humanos e pelo respeito a princípios constitucionais, penais e processuais penais não é sinônimo de impunidade, mas sim de manter o mínimo de civilidade necessária para que uma nação avance e se torne menos desigual.

A questão da violência e da criminalidade só poderá ser resolvida quando o Estado realmente agir de maneira preventiva, ao garantir os direitos básicos como acesso à educação, acesso a empregos decentes e boas condições de vida para todos.

Adentrando, agora, sobre alguns aspectos legais a respeito da flexibilização dos direitos e garantias através do Direito Penal do Inimigo, menciona-se que quando se cuida da concretização do *jus puniendi* do Estado em confronto com o *jus*

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38 e 39.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo**. Em: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: Direito, Estado e Democracia: entre a (in) efetividade e o imaginário social. Vol I. Porto Alegre, 2006, p. 239.

libertatis do indivíduo, é impossível não fazer referência ao princípio da dignidade humana, o qual se encontra no art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988.

Este princípio passou a ser entendido como um atributo inerente ao ser humano para o exercício da liberdade e de direitos como garantia de uma existência plena e saudável, razão pela qual passou a ter amparo como um objetivo e uma necessidade de toda a sociedade.

Nesse sentido, a violência e criminalidade devem ser combatidas de maneira eficiente, principalmente através de medidas sociais e políticas que garantam a todos o acesso a uma série de direitos já mencionados, ao mesmo tempo em que pune e ressocializa o indivíduo autor de algum delito, respeitando, acima de tudo, as suas garantias fundamentais.

E nessa esteira menciona-se que é o princípio da dignidade da pessoa humana a origem dos direitos humanos consagrados constitucionalmente.

Desse modo, ele se reflete em todos os ramos do direito, mas pode-se dizer que de um modo especial está atrelado ao direito penal.

Isso conduz a afirmar que o ser humano não poderá jamais ser tratado como coisa ou objeto, por mais que tenha cometido algum crime. A respeito disso Nereu José Giacomolli:

No âmbito do processo penal, mesmo havendo uma imputação de um delito, é de ser apartado o tratamento ao acusado como se fosse uma *res*, um objeto ou uma grandeza substituível. A aplicação e execução das regras, ao caso concreto, seguem sua adequação à CF e aos diplomas internacionais: constitucionalidade (devido processo). A dignidade da pessoa constitui-se não só em fundamento do Estado de Direito (art. 1º, II, CF), exigível internamente, mas é oponível à universalidade (endo e extraprocessual). Sua dimensão positiva, no processo penal, exige uma estruturação em condições de validade, garantia e eficácia, com diques de contensão à inviolabilidade (dimensão negativa). Ademais da ordenação no plano objetivo e abstrato, na concretude exige dos sujeitos o ultrapassar de condutas arbitrárias e totalitárias, aniquiladoras da dignidade.”⁴⁷

Por essa razão que o princípio da dignidade pessoa humana repercute de modo profundo no direito penal.

Argumenta-se que o fundamento constitucional do respeito a todos os seres humanos está centrado no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, no

⁴⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 15.

qual consta que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, valendo tal enunciado inclusive para os autores de delitos, como já referido.

Não obstante, é fundamental arguir que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões que lhe são constitutivas: uma negativa e outra positiva.

A negativa significa que ninguém possa vir a ser objeto de ofensas ou humilhações, sob aspecto algum.

Por sua vez, a dimensão positiva presume o pleno desenvolvimento de cada pessoa, sem interferências ou impedimentos externos, através das possibilidades de atuação próprias de cada homem e da autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana.

A dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a “fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais”, “a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais”⁴⁸

Tanto presos como aqueles que ainda estão no curso de investigações penais têm garantidos os seus direitos.

Por outro lado, quanto à eficácia do respeito pelos direitos humanos cita-se mais uma vez Luiz Eduardo Soares:

(...) se desejamos evitar que fatos violentos ou nocivos voltem a acontecer ou aumentem sua intensidade e quantidade, em vez de fazer o criminoso condenado sofrer para que sirva de exemplo para potenciais criminosos, seria mais eficiente fazer o possível para impedir que volte ao crime, quando retornar ao convívio social ou mesmo quando ainda estiver detido. Se cada condenado for conquistado pelos princípios do respeito aos outros e à legalidade constitucional, teremos incorporado à sociedade mais um adepto da cidadania democrática. Além do mais, acredito que a transformação positiva de uma pessoa é muito mais inspiradora e capaz de influenciar do que a punição severa de um criminoso seria capaz de atemorizar e afastar do crime quem pretendesse cometê-lo. O método atual, além de não ser eficaz no convencimento de quem está disposto a delinquir, produz efeitos negativos no condenado, porque humilhações e sofrimento dificilmente conduzem no arrependimento e ao enobrecimento do espírito. (...) Sofrimentos e humilhações impostos pelo Estado ou por seus representantes geram ódio e depreciam a autoestima do prisioneiro.⁴⁹

⁴⁸ MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional, tomo IV, p. 166/167.

⁴⁹ SOARES, Luiz Eduardo. **Justiça**: pensando alto sobre violência, crime e castigo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 201, p. 98.

Finalmente, resta inquestionável que é inadmissível a propagação do discurso do ódio através da mídia, de políticos, doutrinadores, magistrados e demais setores sociais, visto que não é a expansão de teorias punitivistas e extremistas que resolverão um problema muito mais complexo, problema este que exige esforços do Estado em cumprir o que consta na própria Constituição.

2 A INCOMPATIBILIDADE ENTRE A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E O PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ESTAMOS EM GUERRA?

2.1 Considerações iniciais

Como já referido, há um sentimento de medo quase que generalizado da população frente à violência.

Esse sentimento, propagado e impulsionado por diversos setores da sociedade, acaba por criar a noção de que o país está em uma verdadeira guerra.

Nesse sentido, Jakobs afirma que:

Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.⁵⁰

Como se percebe no trecho acima, Jakobs ao utilizar os termos “combatido como inimigo” e “esta guerra” evidencia que trata o Direito Penal do Inimigo como forma de combate, como uma arma na luta/guerra contra o crime.

E é essa a mesma ideia propagada perante o Brasil. No país, aqueles que cometem delitos (qualquer delito) são enxergados como inimigos e devem ser combatidos, até mesmo eliminados.

Não se questionam os motivos pelos quais os crimes ocorrem ou as razões de a violência aumentar cada vez mais.

A prevenção pouco é mencionada como solução ao crime, mas após o cometimento de um delito todos almejam a punição do infrator.

Ana Lucia Sabadell, no prefácio do livro de Vera Regina Pereira de Andrade, aduz que:

Sabemos que nos países capitalistas vem se desenvolvendo , sobretudo após o advento do neoliberalismo, uma política criminal que podemos denominar de “terrorista”, porque implica uma prática

⁵⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 47.

de “terrorismo de Estado”, tema tão abordado durante as ditaduras militares do cone Sul, que infelizmente tornou-se de novo atual.

Hoje a política social, o diálogo democrático para a solução de conflitos e a preocupação com os verdadeiros problemas sociais estão sendo substituídos por um discurso alarmista sobre a “ameaça da criminalidade”.

O Estado de bem-estar social e as preocupações democráticas cedem lugar ao Estado penal (...)

Propaga-se a ideia de que a tutela dos direitos fundamentais e a garantia da convivência social pacífica que constitui a base de exercício da cidadania só podem ser efetivadas se for feita uma reforma radical da legislação penal e da política criminal: eliminar os “privilégios” dos réus e dos presos; aumentar as penas cominadas; criar novos delitos e regimes de execução de penas ao limite do isolamento total do preso; aumentar o rigor judiciário na fixação da pena; treinar os policiais para serem implacáveis contra a criminalidade, ou seja, para “lutar” contra aqueles que não são mais percebidos como cidadãos brasileiros que (eventualmente) cometeram infrações, mas como “monstros”, “bandidos” e “inimigos”. Nesse âmbito, a proposta atual é declarar oficialmente uma verdadeira guerra civil contra os pobres e os desviantes.⁵¹

A própria Vera de Andrade afirma que:

Com efeito, uma das características mais marcantes da globalização neoliberal é precisamente a de que radicaliza os potenciais bélicos do maniqueísmo e tendo a seu favor o braço armado do Estado (o sistema penal) e das Nações, a tecnologia e o senso comum midiático, agiganta e banaliza tanto a guerra quanto a criminalização, que assumem absoluta prioridade sobre outras formas, menos violentas, de controle social.

Desta forma, a globalização, impondo-se como nova etapa de dominação planetária, impõe um controle penal que se orienta, simbolicamente, na direção de todos os problemas e instrumentalmente, na direção dos “excluídos” dos benefícios da economia globalizada, tendo impacto decisivo sobre a expansão contra os quais deve guerrear quantitativa e qualitativa do atual sistema penal (...)

Fortalecendo o discurso e as técnicas da guerra contra o crime e da segurança pública (limpeza do espaço público e devolução das ruas aos cidadãos), o controle penal globalizado radicaliza a função simbólica do Direito Penal através de uma hiperinflação legislativa, ou seja, a promessa e a ilusão de resolução dos mais diversos problemas sociais através do penal, ao tempo em que redescobre, ao lado dos tradicionais, os novos “inimigos” (o mal). (...)

A expansão punitiva – maximização do espaço da pena – é apresentada em espetacular orquestração jurídica, política e midiática, com o mesmo absolutismo com que a globalização neoliberal se apresenta, a saber, como caminho único, seja como pretensa solução para o combate à maximização da criminalidade e obtenção de segurança; seja como solução para uma infinidade de problemas complexos e heterogêneos entre si (...) de tal modo que se pode falar de um fundamentalismo punitivo, por analogia a outros de nosso tempo como o religioso, o econômico, o político.

E este fundamentalismo agudiza, por sua vez, o déficit de construção da cidadania que estão na base, no mais das vezes, daqueles problemas (...)⁵²

⁵¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo X cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 10 e 11.

Desse modo, verifica-se que Jakobs se vale de argumentos que “coisificam” alguns indivíduos, os “inimigos”, e, além disso, a sua teoria ao segregar cidadãos e não-cidadãos acaba por retirar o *status* de ser humano das pessoas, legitimando a retirada de uma série de direitos e garantias de alguns, pois a “guerra” somente será vencida dessa forma agressiva e violenta como aqueles que venham a ameaçar a segurança do Estado.

2.2 A ineficácia do combate ao crime através do aumento da repressão penal

Cezar Roberto Bitencourt explica o que é o Direito Penal e menciona algumas de suas funções:

Falar de Direito Penal é falar, de alguma forma, de violência. No entanto, modernamente, sustenta-se que a criminalidade é um fenômeno social normal.

(...) as relações humanas são contaminadas pela violência, necessitando de normas que as regulem.

E o fato social que contrariar o ordenamento jurídico constitui ilícito jurídico, cuja modalidade mais grave é o ilícito penal, que lesa os bens mais importantes dos membros da sociedade.

Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens.⁵³

Feita essa introdução a respeito do que é o Direito Penal e quais suas funções, conclui-se que ele cumpre um papel com caráter punitivo e ao mesmo tempo ressocializador, pois exerce um controle em que se busca resolver os problemas e conflitos decorrentes da convivência social.

Além disso, é perfeitamente aceitável a noção de que o instituto também exerce uma função preventiva, pois ao delimitar penas e medidas a serem impostas aos autores de delitos, o Direito Penal demonstra que aqueles que descumprirem as leis serão punidos.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes assevera:

⁵² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo X cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 24 e 25.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 35.

A pena ou qualquer outra resposta estatal ao delito, destarte, acaba assumindo um determinado papel.

No modelo clássico, a pena (ou castigo) ou é vista com finalidade preventiva puramente dissuasória (que está presente, em maior ou menor intensidade, na teoria preventiva geral negativa ou positiva, assim como na teoria preventiva especial negativa).

Já no modelo oposto (Criminologia Moderna), à pena se assinala um papel muito mais dinâmico, que é o ressocializador, visando a não reincidência, seja pela via da intervenção excepcional no criminoso (tratamento com respeito aos direitos humanos), seja pelas vias alternativas à direta intervenção penal.⁵⁴

Diante disso, restando compreensível o conceito de Direito Penal e quais seriam suas funções, verifica-se que existe um limite para a sua atuação, restando bem delimitado até que ponto ele pode ser exercido e como se dá esse exercício.

Todavia, menciona-se novamente que crescem as correntes repressivistas que defendem a necessidade de aumento da repressão penal, como se essa fosse a solução no combate a violência e criminalidade.

Vera Batista, citando o movimento “tolerância zero” implantado nos Estados Unidos, aduz que:

(...) nos Estados Unidos, o marketing de que a redução da criminalidade urbana em Nova York foi consequência da política de tolerância zero é severamente criticado.

É pura propaganda enganosa.

Não é prendendo e mandando para a prisão mendigos, pichadores e quebradores de vidraças que a macrocriminalidade vai ser contida.

As taxas de criminalidade realmente caíram em Nova York, mas também decresceram em todo o País, porque não é fruto da mágica política no-iorquina, mas sim de um complexo avanço social e econômico daquele país. É fato notório que os Estados Unidos têm vivido nas últimas décadas uma eufórica evolução econômica, com aumento da qualidade de vida e substancial decréscimo dos índices de desemprego.

No entanto, ao defender o repressivismo como sendo uma panaceia, se estaria diante de uma interpretação bastante extensiva a respeito do papel do Direito Penal e o exercício de suas funções, a ponto de acreditar e defender que através da sua atuação exclusiva seria possível enfrentar os dois problemas supramencionados (violência e criminalidade).

Porém, a defesa de tais fundamentos que possuem a repressão como fonte, a exemplo da Teoria do Direito Penal do Inimigo, não merece guarida.

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 81.

A realidade é que a problemática da violência é resultado que advém da ineficiência e incompetência estatal em garantir uma série de direitos expressamente previstos na Constituição Federal, tais como direito a educação, saúde, lazer, segurança, etc.

E é justamente a partir disso que se encontra o limite de atuação do Direito Penal: o seu limite vai até o ponto em que se chega nas atribuições, competências e responsabilidades estatais em prover e disponibilizar direitos garantidos constitucionalmente, como os anteriormente referidos.

O Direito Penal não pode ultrapassar o referido limite, pois ele não é a solução ao problema do aumento da criminalidade e violência.

Aqui, novamente menciona-se o Direito Penal simbólico, o qual está intimamente ligado com o que até agora foi argumentado neste tópico.

As leis de caráter simbólico, de acordo com Ada Pellegrini Grinover:

trazem uma forte carga moral e emocional, revelando uma manifesta intenção pelo Governo de manipulação da opinião pública, ou seja, tem o legislador infundindo perante a sociedade uma falsa idéia de segurança.⁵⁵

Sobre o assunto Roxin:

Assim, portanto, haverá de ser entendida a expressão "direito penal simbólico", como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais.⁵⁶

Salienta-se que é através do avanço social e econômico do país que se alcançará uma resposta satisfatória ao problema da violência e do aumento no número de crimes no Brasil.

Nesse diapasão, as alegações e afirmações propostas já evidenciam que não é o Direito Penal que vai combater tais problemas, muito menos uma expansão de ideias e teorias com teores altamente punitivistas alcançarão tais propósitos.

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Eficácia e Autoridade da Sentença Penal**. 1 edição, São Paulo, RT, 1978. p 58.

⁵⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. 25 edição, Buenos Aires, Del Puerto, ano 2000.

Sobre o argumento de que uma maior repressão criminal não surtirá efeito no combate ao crime e à violência, Aury Lopes Jr. afirma:

O Brasil já foi contaminado por esse modelo repressivista há décadas, quando a famigerada Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), seguida de outras na mesma linha, marcou a entrada na era da escuridão, na ideologia do repressivismo saneador.

A ideia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora. (...)

Não é necessário maior esforço para ver que exemplo claro do fracasso nos dá o próprio modelo brasileiro.

Basta questionar: com o advento da Lei dos Crimes Hediondos (e posteriores), houve a diminuição da prática dos delitos ali enumerados (latrocínio, extorsão mediante sequestro, estupro, tráfico de entorpecentes, etc.)?

A política de aumentar as penas e endurecer o regime de cumprimento diminuiu as taxas de criminalidade urbana? Obviamente que não.

A função de prevenção geral desempenhada pela norma penal é mínima ou inexistente.

Tanto é assim que a cada dia ocorrem mais delitos de latrocínio, extorsão mediante sequestro (agora na sua versão “relâmpago”) e o tráfico de entorpecentes cresce de forma alarmante, apenas para dar alguns poucos exemplos.⁵⁷

Destaca-se que a violência e a criminalidade são fenômenos que resultam de uma série de fatores e elementos, sendo que o Direito Penal acaba por exercer uma função e um papel de segundo plano no combate e enfrentamentos de tais mazelas.

Exaltar e propagar as ideias advindas de teorias repressivistas, como a ora estudada neste trabalho, é um caminho mais fácil, já que uma rigidez penal é uma forma menos complexa do que realmente combater a violência e criminalidade através de políticas que visem melhorar a qualidade de vida (em sentido amplo do termo) dos cidadãos.

No ensinamento de Raul Eugenio Zaffaroni:

(...) o aumento de penas abstratas oferecidas pela hipocrisia dos políticos, que não sabem o que propor, não tem espaço para propor, não sabem ou não querem modificar a realidade. Como não têm espaço para modificar a realidade, fazem o que é mais barato: leis penais!⁵⁸

E ainda Salo de Carvalho:

⁵⁷ JR., Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Desafios do Direito Penal na Era da Globalização**. *Revista Consulex*, ano V, n. 106, 15 de junho/2001, p. 27.

(...) a pretensão e a soberba gerada pela crença romântica de que o Direito Penal pode salvaguardar a humanidade de sua destruição impedem o angustiante e doloroso, porém altamente saudável, processo de reconhecimento dos limites.⁵⁹

Reitera-se que não é através do Direito Penal que o combate ao crime será concretizado de forma eficaz, mas sim através do acesso a uma série de direitos já mencionados, tais como educação, saúde, lazer e segurança.

Nesse ínterim, argumenta-se que o acesso à segurança não é sinônimo de exasperação de leis penais.

O pleno direito à segurança é reflexo do alcance do estado de bem-estar social maximizado pela oferta e garantia a todos os direitos garantidos constitucionalmente.

Para uma melhoria na luta contra a criminalidade, uma medida essencial é a relacionada a uma ampliação do acesso à educação de qualidade e atividades daí decorrentes.

Exemplo da importância de tal medida está refletida nos seguintes dados:

Três experiências bem-sucedidas para a redução da criminalidade, uma em Minas Gerais e duas em São Paulo, sinalizam um caminho para reduzir a criminalidade.

Em 2002, na favela Morro das Pedras, a mais violenta de Belo Horizonte, o número de homicídios caiu pela metade em apenas cinco meses depois que o governo do estado usou uma escola do bairro para oferecer oficinas profissionalizantes aos jovens.

Efeito semelhante foi obtido em São José dos Campos, a 100 quilômetros de São Paulo, com uma fundação municipal que, desde 1987, mantém cursos profissionalizantes para crianças e adolescentes de 7 a 18 anos em bairros pobres.

Na capital paulista, desde 2003 as escolas de periferia permanecem abertas nos fins de semana para oferecer aos moradores atividades esportivas e cursos.

O número de furtos nos arredores dessas escolas caiu 38% e as ocorrências envolvendo armas de fogo diminuíram 81%.⁶⁰

Diante destes dados, percebe-se que houve redução na criminalidade em decorrência de políticas sociais através da educação.

⁵⁹ CARVALHO, Salo de Carvalho. **A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea**. In: A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas. Ruth M. Chittó Gauer (org.), p. 207. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72.

⁶⁰ Notícia: 7 soluções contra o crime. http://veja.abril.com.br/261005/p_064.html.

Como já mencionado anteriormente, o combate ao crime e à violência necessita de medidas complexas, no entanto a base para isso se encontra na melhoria da educação, principalmente dos jovens.

A partir dessa melhoria, haverá um número maior de pessoas com níveis educacionais elevados e aptas a competir no mercado de trabalho. Conseqüentemente, como resultado do acesso à educação existirão pessoas qualificadas, diminuindo o desemprego e aumentando a renda individual e familiar.

Assim, se estará combatendo duas das maiores causas dos crimes no país: a pobreza e o desemprego.

Retoma-se, mais uma vez, de que com o advento da Constituição de 1988 consagrou-se o valor da dignidade da pessoa humana como princípio máximo e o elevou, de maneira incontestável, a uma categoria superlativa em nosso ordenamento, na qualidade de norma jurídica fundamental.

Da mesma forma, é fato que a criminalidade não se deve combater com a violência e com ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas com políticas sociais eficazes.

É necessário encontrar mecanismos eficientes para, gradativamente, ir eliminando ou pelo menos diminuindo a criminalidade do meio social.

E é através da prevenção o meio mais importante para eliminar a criminalidade: através de políticas e programas sociais visando a melhora na condição de vida da população, por meio do acesso a educação, trabalhos dignos e demais direitos sociais protegidos constitucionalmente.

Importante assinalar que a importância do Direito Penal não está sendo desmerecida ou menosprezada, bem pelo contrário.

O Direito Penal é instituto essencial da sociedade, porém o que se discute neste trabalho e especificamente neste tópico é o fato de que a solução no combate ao crime se encontra no enfrentamento de outras questões, as quais já foram expostas anteriormente.

A respeito do assunto, Salo de Carvalho explica:

A criação desta série de filtros condicionantes da atuação das agências penais decorre da violência inerente às práticas punitivas. Em razão de o poder penal tender sempre ao excesso – seja no plano da elaboração (legislativo), da aplicação (judiciário) ou da execução (executivo)

das leis -, sua utilização deveria ocorrer apenas em última instância (ultima ratio), nas situações de maior gravidade aos principais interesses sociais.⁶¹

Assim, o Direito Penal não deve ser visto como única solução no combate ao crime.

É necessário perceber a importância da atuação estatal em outros setores básicos da sociedade, onde existindo um conjunto de esforços a fim de melhorar a condição de vida da população aí sim se estará realmente lutando contra a violência e a criminalidade.

2.3 Da afronta constitucional da aplicação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme demonstrado, a teoria do Direito Penal do Inimigo definida por Jakobs tem como características:

(...) um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido).

Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada.

Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

A essência deste conceito de Direito Penal do inimigo está, então, em que este se constitui em uma reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos, que nada significam, já que de modo paralelo às medidas de segurança, supõe tão só um processamento deapaixonado, instrumental, de determinadas fontes de perigo (...)

Com este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos⁶²

Através do trecho transcrito acima, relembra-se o que foi argumentado durante todo este trabalho: a teoria ora analisada vai de encontro aos princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito, segundo José Afonso da Silva, apresenta a seguinte configuração:

⁶¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 26.

⁶² JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas/ Günther Jakobs**, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 90.

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo.

[...]

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.⁶³

Consoante se observa acima, o Estado Democrático de Direito tem por finalidade a liberação da pessoa humana de toda e qualquer forma de opressão.

Isso significa, quanto ao Direito Penal, que o indivíduo não poderá ser privado de seus direitos e garantias fundamentais, ou seja, o Direito Penal deve ser pautado nos mandamentos constitucionais, sendo destacado o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, é inegável que quando alguém comete um delito, há um “confronto dialético entre a soberania do Estado e os Direitos Humanos”, entretanto, “o Direito Penal, num estado Constitucional de Direito, há de orientar-se por critérios de proporcionalidade e de imputação, preservando as garantias constitucionais e a essência do ser humano, ou seja, sua consideração como pessoa, como ser humano, como cidadão, e não como um irracional.”⁶⁴

Aury Lopes Jr., a respeito:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso.

⁶³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 119-120.

⁶⁴ JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas/** Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 15.

O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite a sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal). (...) é imprescindível marcar esse referencial de leitura: o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário.

Nesse sentido, a intervenção Estatal através do Direito Penal é limitada pela Constituição Federal, ou seja, o direito penal do Inimigo, ao ser aplicado no ordenamento jurídico pátrio, está violando direitos e garantias penais, processuais penais e constitucionais, evidenciando um direito penal ilegítimo.

A respeito do tema, Cezar Roberto Bitencourt leciona que:

O Direito Penal pode ser concebido sob diferentes perspectivas, dependendo do sistema político por meio do qual um Estado soberano organiza as relações entre indivíduos pertencentes a uma determinada sociedade, e da forma como exerce o seu poder sobre eles. Nesse sentido, o Direito Penal pode ser estruturado a partir de uma concepção autoritária ou totalitária de Estado, como instrumento de persecução aos inimigos do sistema jurídico imposto, ou a partir de uma concepção Democrática de Estado, como instrumento de controle social limitado e legitimado por meio do consenso alcançado entre os cidadãos de uma determinada sociedade. Tomando como referente o sistema político instituído pela Constituição Federal de 1988, podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que o Direito Penal no Brasil deve ser concebido e estruturado a partir de uma concepção democrática de Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias reconhecidos na nossa Carta Magna. Significa, em poucas palavras, submeter o exercício do *ius puniendi* ao império da lei ditada de acordo com as regras do consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço de interesses da sociedade, particularmente da proteção de bens jurídicos fundamentais, para o alcance de uma justiça equitativa.⁶⁵

Com isso, argumenta-se que o Estado não pode violar os direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos, ainda que haja a prática de algum crime.

Existem princípios tais como o da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, etc., que devem ser respeitados.

Canotilho, na mesma linha, argumenta que:

(...) o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional Democrático de Direito, mais que um Estado de Direito, na medida em que o elemento democrático foi introduzido para travar o poder e pela necessidade de

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 20. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

legitimação deste, encontrando fundamentação na legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e no processo de legislação no sistema jurídico.⁶⁶

Desse modo, sob a concepção atual de que o ser humano deixa de ser objeto do processo, mas sim de sujeito processual que possui garantias e direitos materiais e processuais, é que se vale o Estado Democrático de Direito.

A título de argumentação, traz-se um exemplificativo de princípios constitucionais que são violados pela teoria do Direito Penal do Inimigo:

- a) A dignidade da pessoa humana, na medida em que o inimigo não é mais visto como pessoa, sendo-lhe suprimidos diversos direitos;
- b) A presunção de inocência, o princípio da culpabilidade, da retributividade e responsabilidade penal pelo fato, pois se verifica como característica da teoria a imposição de pena a independentemente de culpa simplesmente por considerar determinado indivíduo uma ameaça.
- c) A isonomia, ao passo em que há a discriminação entre as duas categorias de indivíduos: o cidadão e o inimigo.

Compondo verdadeiras cláusulas pétreas, não se cogita a supressão dos princípios supracitados.

Além disso, uma vez que os direitos humanos são conquistas da humanidade, não há receio em se afirmar a impossibilidade de previsões legais ou constitucionais que busquem abolir os direitos fundamentais e princípios como os expostos.

Da mesma forma, é inadmissível aceitar a propagação de teorias com conteúdo com conteúdos excessivamente punitivistas a ponto de chegarem a sugerir a flexibilização ou, pior ainda, a supressão de direitos e garantias fundamentais.

É um retrocesso inimaginável a aplicação prática de tais fundamentos no país, os quais colocariam em risco a luta histórica de séculos onde se tentou buscar o acesso a direitos e garantias que antes nem todos possuíam.

⁶⁶ CANOTILHO, Gomes J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 96.

Finalmente, valendo-se de tais assertivas, resta inquestionável que a aplicação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro é evidentemente inconstitucional e violadora da tutela dos direitos fundamentais penais, processuais penais e constitucionais, bem como ataca gravemente o princípio da preservação da dignidade humana.

CONCLUSÃO

O Direito Penal é, inquestionavelmente, o ramo mais pungente do ordenamento jurídico brasileiro, pois é através dele que é possível alcançar as formas mais violadoras de direitos fundamentais ao se desrespeitar os direitos constitucionais basilares da Constituição Federal de 1988.

Partindo dessa premissa, resta claro que a análise sobre as características e fundamentos que regem o Direito Penal do Inimigo levam à conclusão de que, inquestionavelmente, a sua aplicação no ordenamento jurídico é inconstitucional e não vai ao encontro dos ideais de um Estado Democrático de Direito.

Ao se analisar a teoria proposta por Jakobs, verifica-se que ele prega uma série de medidas de caráter altamente punitivo e violadora de princípios fundamentais.

Além disso, da análise filosófica do Direito Penal do Inimigo percebe-se que Jakobs parte das concepções de Hobbes, Rousseau e Kant, o que resulta na proposta de divisão do direito em dois: um direito do cidadão e outro do inimigo.

Nesse sentido, valendo-se de todas as peculiaridades da referida teoria e principalmente da flexibilização (ou supressão) dos direitos fundamentais, mais uma vez alega-se que tal proposta fere os princípios basilares de um Estado Democrático e que almeja uma sociedade fraterna e justa, como é o caso do Brasil.

Salienta-se, também, que a qualidade de pessoa é inerente ao ser humano, jamais podendo ser afastada pelo Estado, como propõe Jakobs.

Com isso, separar indivíduos da mesma sociedade entre cidadãos e não cidadãos, inimigos e não inimigos, pessoas e não-pessoas (exatamente este o termo usado por Jakobs), é inaplicável e inaceitável no Brasil.

Não bastasse isso, o presente trabalho apresentou evidências da aplicação do Direito Penal do Inimigo no país, bem como sinalizou o avanço na propagação e defesa de teorias antigarantistas e punitivistas.

Resta claro a existência da expansão do Direito Penal, ligada a este o Direito Penal do Inimigo, justamente pela existência de tais teorias repressivistas.

Através do medo generalizado que toma conta da sociedade e do clima de que se vive uma verdadeira guerra contra o crime e a violência, onde o inimigo é todo aquele que comete qualquer delito, a população clama por medidas mais rigorosas no combate ao crime e a violência.

O sentimento de medo influenciado pela mídia acaba por gerar consequências graves e sérias, tais como as situações ocorridas neste ano envolvendo os “justiceiros” ao redor do país, em que alguns indivíduos foram linchados em público por supostamente terem cometido algum delito.

No dizer de Zygmunt Bauman, a existência de alguns criminosos, hoje, é o suficiente para classificar multidões de inocentes como “suspeitos habituais”⁶⁷

Esse descontrole e essa raiva são demonstrativos de como estão os ânimos da população, que se sente segura ao ouvir teses similares (se não idênticas) as que fundamentam o Direito Penal do Inimigo.

Diante dessa realidade, constata-se que a busca por maior segurança se converte em uma pretensão social na qual se supõe que o Estado, por intermédio do Direito Penal, deve oferecer uma resposta à violência e criminalidade, ocasionando a abertura de espaço para o desenvolvimento e a introdução de um Direito Penal destas características, que vai de encontro com os princípios constitucionais típicos do modelo de Estado de Direito.

Como demonstrado, não apenas o povo age em descompasso com diversos princípios constitucionais, mas também há a participação de outros atores sociais na propagação de ideias antigarantistas e punitivistas, tais como jornalistas, políticos e até mesmo magistrados.

Nesse sentido, foram trazidas várias notícias em que se notava a forma como o tema da violência é abordado por grande parte da mídia, a qual trata os autores de delitos como indivíduos merecedores das mais graves penas.

Igualmente, ao serem referidas algumas decisões de magistrados ao redor do país, pôde-se perceber que inclusive o judiciário é tomado pelo sintoma do punitivismo.

As decisões dos magistrados elencadas neste trabalho denotam que até mesmo os responsáveis pela guarda da Constituição a violam sob o pretexto de realizarem a verdade justiça, quando na verdade estão propagando violações a garantias materiais e processuais, penais e constitucionais.

Além do que, a expansão de movimentos antigarantistas e punitivistas é grave corrente que põe em risco os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, como já referido.

⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 159.

A ideia de que um maior recrudescimento penal seria a solução aos problemas da violência e da criminalidade também não merece guarida, tanto que ao longo do trabalho restou demonstrado que apesar da intensificação punitivista com a redação de leis mais rígidas, não houve diminuição no cometimento de delitos.

Nessa mesma linha, a argumentação a respeito do Direito Penal simbólico se fez elucidativa e perfeitamente aplicável no caso em comento.

De outra banda, é essencial a citação de Vera Regina Pereira de Andrade, a fim de se compreender a importância do presente trabalho:

Ao Estado neoliberal mínimo no campo social e da cidadania, passa a corresponder um Estado Máximo, onipresente e espetacular, no campo penal.

Os déficit de dívida social e cidadania são ampla e verticalmente compensados com excessos de criminalização; os déficit de terra, moradias, estradas, ruas, empregos, escolas, creches e hospitais, com a multiplicação de prisões, a instrumentalidade da Constituição, das Leis e direitos sociais, pelo simbolismo da Lei Penal, a potencialização da cidadania pela vulnerabilidade à criminalização.

As implicações para a cidadania – e a democracia – são significativas. Quanto mais se expande e legitima publicamente o sistema penal, chegando ao ponto, muitas vezes, do extermínio socialmente legitimado, mais obstáculos à construção da cidadania e mais riscos para a gestão dialogal e democrática do poder, eis que o binômio exclusão-criminalização (...) radicaliza a escala vertical da sociedade, potencializando que a sociedade excludente se torne, cada vez mais, abortiva e exterminadora.

Conclui-se, dessa forma, que com o advento da Constituição de 1988 foi consagrado o princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser alcançado, elevando-o a qualidade de norma jurídica fundamental.

Desse modo, a violência e o crime não se devem ser combatidos com ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas com políticas sociais eficazes.

Através de uma melhoria social a partir do alcance justo e igualitários aos direitos previstos na Constituição é que se implementará a melhor forma de diminuição e prevenção da violência e criminalidade.

Um Estado de bem-estar social em que todos tenham condições minimamente dignas de sobrevivência é a forma de se combater a mazela que é a violência no Brasil.

Por fim, retoma-se a ideia de que o Direito Penal é essencial ao desenvolvimento social e neste trabalho em momento algum se desmereceu ou menosprezou a sua relevância.

O que se pretendeu foi solidificar a ideia de que as teorias advindas do Direito Penal do Inimigo são impróprias aos atuais princípios basilares que se busca alcançar em um país democrático e que os movimentos punitivistas e antigarantias também não devem ser vistos com bons olhos.

Ao mesmo tempo que se pretendeu essa solidificação, se intencionou asseverar a necessidade de que a solução ao crime e violência devem se pautar por meio de políticas sociais que valorizem o indivíduo como ser humano.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Antônia Elúcia. A inaplicabilidade do Direito Penal do Inimigo diante da principiologia constitucional democrática. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 895, ano 99, maio de 2010.

AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios penais – Da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo X cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ATHAYDE, Celso; BILL, MV; SOARES, Luiz Eduardo. *Cabeça de Porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

BARROCAL, André. A taça de assassinatos é nossa, jul. 2014. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/revista/805/a-taca-de-assassinatos-e-nossa-4381.html>>. Acesso em 12 nov. 2014.

BASTOS, Márcio Thomaz. “Vigiar e punir” ou “participar e defender?”, dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-24/retrospectiva-2012-direito-penal-brasileiro-encruzilhada>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 20. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 22 nov. 2014.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo. *Revista de Estudos Criminais*, Rio Grande do Sul, v. 4, n. 14.

CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Salo de Carvalho. A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea. In: *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Ruth M. Chittó Gauer (org.), p. 207. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva.

Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5144.htm> Acesso em: 15 nov. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2ª Ed. Ver. e Amp. São Paulo/SP. Editora Revista dos Tribunais. 2006.

GARCIA, Rogério Maia. A Sociedade do Risco e a (in)eficiência do Direito Penal na era da Globalização. Revista de estudos criminais. Porto Alegre, a. V, n. 17, jan./mar. 2005.

GARCIA MARTIN, Luis. O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. Traduzido por Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

Global Study on Homicide. Disponível em: <<http://www.unodc.org/gsh/en/index.html>>. Acesso em 14 nov. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal). Disponível em http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798&mode=print Acesso em: 16 jun. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GRINOVVER, Ada Pellegrini. **Eficácia e Autoridade da Sentença Penal**. 1 edição, São Paulo, RT, 1978. GRINOVVER, Ada Pellegrini. **Eficácia e Autoridade da Sentença Penal**. 1 edição, São Paulo, RT, 1978.

HABER, Carolina Dzimidas: Reflexos do Direito Penal do Inimigo na realidade brasileira. Disponível em: <<http://www.direito.usp.br/eventos/pet/earolina.pdf>>. Acesso em 18 Out. 2014.

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÀ, Manuel. Direito Penal do Inimigo, Noções Críticas. 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Jurisprudência do STF. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9017784/habeas-corporus-hc-63742-sp-2006-0165481-6/relatorio-e-voto-14191025>> Acesso em: 20 nov. 2014.

IRAHETA, Diego. Jair Bolsonaro: 'Feliciano e eu estramos para a história', fev. 2014. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2014/02/11/jair-bolsonaro-feliciano_n_4762657.html> Acesso em: 14 nov. 2014.

JR., Aury Lopes. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2013.

Lei de Execuções Penais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 22 nov. 2014.

MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional, tomo IV, Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Ana Flávia. Ação de justiceiros é um retrocesso à barbárie, afirmam especialista, fev. 2014. Disponível em <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-02-17/acao-de-justiceiros-e-um-retrocesso-a-barbarie-afirmam-especialistas.html>> Acesso em: 14 nov. 2014.

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

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 12, fascículo 47.

Revista Consultor jurídico. Falta de consistência: acusadas de participar de sequestro de mãe de Robinho obtêm HC, nov. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-nov-16/acusadas_participar_sequestro_hc> Acesso em: 12 nov. 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. 25 edição, Buenos Aires, Del Puerto, ano 2000.

Site Brasil Urgente. <<http://noticias.band.uol.com.br/brasilurgente/default.asp>> Acesso em: 16 nov. 2014.

SOARES, Luiz Eduardo. Justiça: pensando alto sobre violência, crime e castigo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. Em: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: Direito, Estado e Democracia: entre a (in) efetividade e o imaginário social. Vol I. Porto Alegre, 2006.

WEBER, Demetrio; RIOS, Odilon. Mapa da Violência 2014: taxa de homicídios é a maior desde 1980. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/mapa-da-violencia-2014-taxa-de-homicidios-a-maior-desde-1980-12613765>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Desafios do Direito Penal na Era da Globalização. Revista Consulex, ano V, n. 106, 15 de junho/2001.