

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JULIANA FRÖNER DALLA-ROSA

**TENDÊNCIAS DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO:
uma análise das funções e dos limites do direito penal a partir de Ferrajoli e
Jakobs**

**CURITIBA
2008**

JULIANA FRÖNER DALLA-ROSA

**TENDÊNCIAS DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO:
uma análise das funções e dos limites do direito penal a partir de Ferrajoli e
Jakobs**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Orientador: Dr. Ivan Guérios Curi

**CURITIBA
2008**

FOLHA DE APROVAÇÃO

JULIANA FRÖNER DALLA-ROSA

TENDÊNCIAS DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO:
uma análise das funções e dos limites do direito penal a partir de Ferrajoli e Jakobs

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Presidente: _____

Prof. Dr. Luiz Alberto Machado
Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR

Membro 1: _____

Prof. Dr. Ivan Guérios Curi - Orientador
Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR

Membro 2: _____

Prof. Dr. Gilberto Giacóia

A Luiz Vergilio, apoio constante e amor verdadeiro.
A Tomás, dono de minha vida – *“your light made us stars”*.
A Marina e Beatriz, presenças eternas e ternas, pura e simplesmente.

Esta pesquisa é fruto da conjugação de vários fatores e de várias pessoas.
Na impossibilidade de expressar meus sentimentos de gratidão para todos,
pois palavras nunca seriam suficientes,
apenas lembro seus nomes,
agradecendo a Deus pela existência de cada uma delas.

A meu orientador, Ivan Guérios Curi, amigo e Mestre,
pelo exemplo de vida acadêmica e pela generosidade e paciência dispendidas.

A meus pais, Clarice e Luiz Guilherme,
que me mostraram desde sempre o caminho a ser seguido.

A meu marido Luiz Vergílio,
pela paciência e sugestões decisivas.

A meus sogros, Ione e Dalla-Rosa, que me ajudaram em todos os momentos e me
incentivaram a sempre seguir em frente com dedicação e perseverança na vida.

Aos meus sobrinhos que me animaram com sua inocência infantil.
Enfim, a toda minha família que é o pilar de minha existência ontem, hoje e sempre.

Aos meus amigos
que sempre compreenderam minhas ausências e sempre me apoiaram neste trilhar.

Aos colegas de Mestrado, amigos e companheiros.

A Adri, grande presença em todas as horas.

Aos professores e funcionários da Campo Real (Rô em especial) e da UFPR.

Aos professores do MINTER
sem os quais não seria possível a realização do presente trabalho.

RESUMO

O direito penal do século XXI deve ter características de direito penal máximo, adotando doutrinas como a do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs ou é preciso se ater a um direito penal mínimo e garantista, como pregado por Luigi Ferrajoli em sua Doutrina do Garantismo Jurídico? Como deve o Estado se portar perante a nova criminalidade de caráter econômico que atua globalmente, tais como as grandes organizações criminosas, os ataques terroristas, os crimes praticados via internet, e/ou que atacam bens difusos como o meio ambiente, o mercado financeiro, dentre outros? Estas são questões que suscitam as mais diversas posições dentre os teóricos do direito. O presente trabalho visa analisar algumas soluções possíveis dentro da perspectiva de um Estado democrático e da proteção dos direitos fundamentais do homem. Com esse propósito, verifica-se não ser possível a adoção de um direito excepcional, específico para toda uma classe de pessoas consideradas como inimigas em razão do risco de se aumentar ilimitadamente os poderes estatais, desembocando num Estado totalitário. Por outro lado, para se efetivar os direitos humanos e ao mesmo tempo garantir a segurança das pessoas, é imprescindível uma atuação conjunta, harmônica e coerente, sempre fundamentada nos valores constitucionais, do Legislativo, do Judiciário e da própria Polícia, de modo que haja uma efetivação de tais valores para que se transformem em garantias reais, aplicáveis aos casos concretos.

Palavras-chaves: Garantismo Penal, Direito Penal do Inimigo, Criminalidade Globalizada, Estado democrático de direito, Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The 21st century criminal systems should have qualities of a maximum penal law, adopting doctrines such as Günther Jakobs's Enemy Criminal Law, or should be restricted to a minimal and guaranty penal law, such as the Guaranty theory by Luigi Ferrajoli? How should the State behave when confronted by the economic criminality that acts globally, such as the great criminal organizations, the Terrorism, the virtual crimes and/or crimes that offend abstract values, for instance, the environment, the financial market and others? These are questions that bring different ideological positions between the jurists and law theorists. The present study intends to analyze some possible solutions to these questions that preserve the idea of a democratic State and respect the protection of fundamental human rights. With this specific purpose, is verifiable that it is not possible to create an exceptional kind of penal law that considers any group of people as enemies 'cause that fact can increase illimitably the State's powers, witch can lead to a Totalitarian State. On the other side, it is necessary to make the human rights effective and, in the same way, to guarantee community safety; in order to do that, it's absolutely necessary that both Legislative, Judiciary and the Police act together in an harmonic and coherent way, based in the constitutional values, that turn into real these values, making them applicable to concrete cases.

Keywords: guaranty theory, Enemy's penal Law, Global Criminality, democratic law State, Fundamental human rights.

INTRODUÇÃO	11
1 UM SISTEMA JURÍDICO GARANTISTA	
1.1 O Garantismo Penal de Ferrajoli	15
1.2. Ordenamento Jurídico e Validade das Normas	20
1.3 Sistemas Penais	22
1.4 Graus de Garantismo – Sistemas Penais Liberais (de direito penal mínimo)	
X Totalitários (de direito penal máximo)	26
1.5 A Sanção Penal	29
1.6 Os Princípios e as penas	32
1.6.1 O princípio da legalidade	38
1.6.2 O princípio da igualdade	40
1.7 Definição dos delitos	42
1.7.1 A culpabilidade	48
1.8 Normas penais	49
1.9 O Juízo Penal	51
1.9.1 A verdade processual como limite do direito, numa concepção garantista	53
1.10 O Direito Penal de Exceção ou Emergencial	58
1.10.1 Crítica do tratamento do terrorismo como direito penal de exceção, por Ferrajoli	61
2 DIREITO PENAL DO INIMIGO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS	
2.1 Uma aproximação histórica e teórica	66
2.2 Concepção do conceito Direito Penal do Inimigo	69
2.3 Finalidades e aplicação do Direito Penal do Inimigo	75

2.4 Direitos Humanos	79
2.5 Direito Penal do inimigo X Direito Penal do Cidadão	84
2.6 Conceito de inimigo	89
2.7 O Terrorismo por Jakobs	93
2.8 Críticas ao Direito Penal do Inimigo	98

3 O DIREITO PENAL DO SÉCULO XXI: DIREITO PENAL MÍNIMO OU MÁXIMO? CONSIDERAÇÕES POSSÍVEIS

3.1 A sociedade da insegurança e do risco	109
3.1.1 O espaço político e a globalização – a <i>ágora</i> de Bauman e seus reflexos no modo como a sociedade enxerga a política	111
3.1.2 O direito da sociedade do risco e a nova criminalidade	116
3.2 Rumo a um Direito Penal Máximo	119
3.3 Perda de Legitimidade do Sistema Penal, as Penas Perdidas de Zaffaroni	123
3.4 O Funcionalismo Sistêmico como Base das Novas Doutrinas Penais de Eficiência	125
3.5 A Resposta dada pela Doutrina do Direito Penal Mínimo	126
3.6 Funções do Direito Penal no Mundo de Hoje	129
3.7 O Papel do Estado. Princípios e garantias penais nos estados atuais	131
3.7.1 A segurança como princípio do direito	133
3.8 O Estado de exceção, a visão de Agamben	135
3.9 A Visão Foucaultiana do Poder Estatal (Especialmente do Poder de Punir): o Surgimento das Disciplinas e do bio-poder	138
3.9.1 Direito penal pré-moderno	139
3.9.2 Direito penal moderno	141
3.9.3 O poder de punir	146
3.10 A Visão Constitucionalista dos Direitos Fundamentais de Ronald Dworkin: o Papel dos Juízes na Aplicação Concreta de tais Direitos	155

3.10.1 Direito e política	156
3.10.2 Estado, constituição e seus princípios fundamentais	157
3.11 Algumas Constatções e Possíveis Soluções para se Evitar a Expansão do Direito Penal Rumo a um Direito Penal Máximo	167
CONCLUSÃO	173
REFERÊNCIAS	177

Maldita seja a infâmia que começa por si mesma um novo mundo.

O que é bom o foi eternamente.

Achim von Arnim

INTRODUÇÃO

Qual a função do direito penal no mundo atual? Deve ser ele expandido para diversas áreas, criando um número cada vez maior de tipos penais, numa espécie de direito penal máximo, expansivo, que procura proteger a segurança social mesmo com eventual restrição da liberdade dos indivíduos? Ou, contrariamente, deve ser reduzido ao mínimo, à proteção de bens essenciais, respeitado o princípio da intervenção mínima, em prol dos direitos individuais? São questões atualíssimas, das quais os teóricos do direito não têm como escapar numa análise séria do paradigma penal do século XXI.

Assim, o presente estudo visa abarcar, de forma estrutural e racional dentro do âmbito jurídico-teórico, as novas tendências do Direito Penal contemporâneo, bem como, suas influências na legislação e aplicação prática da punição de condutas consideradas criminosas, com foco em duas teorias principais: o garantismo penal de Ferrajoli e a Doutrina do Direito Penal do Inimigo, de Jakobs.

Atualmente o medo ronda as pessoas e, muitas vezes, elas nem mesmo sabem o que temem. Por conta disso, surgem os defensores do Direito Penal como “salvador da Pátria”, dando-lhe a responsabilidade de terminar com esse medo geral. A forma mais eficaz de se realizar tal tarefa passa a ser a criação de um número cada vez maior de tipos penais para tentar garantir uma maior segurança social. Contrariamente, afirmam muitos, essa segurança é tão simbólica quanto o direito que pretende assegurá-la, afinal, penas mais severas ou um número maior de condutas definidas como crimes, não fazem com que a criminalidade diminua em números efetivamente significantes. Entretanto, pode muito bem criar bodes expiatórios para acalmar a insegurança social em detrimento das liberdades individuais de cada cidadão, conquistadas a tão duras penas após séculos e séculos aplicando-se modelos de direito penal máximo, sem quaisquer princípios ou garantias penais ou processuais aos acusados.

O Estado define os crimes, acusa, julga os condenados e, finalmente, aplica as penas. Essa responsabilidade e o monopólio legítimo da violência lhe foram dados como forma de garantia das liberdades dos cidadãos. Os homens deixam-se governar na crença de que o governo age para eles, pois o Estado foi criado para o homem, a fim de evitar o poder da violência, de modo a assegurar os direitos de

todos. Entre estes direitos, existe tanto o direito à liberdade, inerente a toda e qualquer pessoa e, ao mesmo tempo, o direito à segurança social, de viver em segurança sem temer ataques, sabendo que as violações das normas jurídicas serão sancionadas.

A coercibilidade do Direito faz com que ele tenha eficácia social, regulando efetivamente as condutas intersubjetivas. O direito penal democrático sempre se pautou pelo princípio da intervenção mínima, somente sendo aplicado quando todos os outros ramos do direito falharam na proteção de determinado bem jurídico. A criação irracional de tipos penais não apenas afronta as liberdades individuais, mas, gera um perigo para a própria sociedade. A partir do momento em que as normas penais não têm mais limites, surgem as tendências autoritárias que retiram toda e qualquer legitimidade não só do direito penal, mas também do próprio Direito em geral.

Muitos autores afirmam que o direito penal não mais deve se preocupar com a proteção de bens jurídicos, mas, sim com a própria efetivação da norma penal. Sua função, portanto, passa a ser preocupar-se em sanar a insegurança social, mesmo que isso gere uma diminuição da liberdade dos indivíduos perante o Estado, o aumento das condutas incriminadas e, conseqüentemente, o próprio poder governamental. Essa é uma tendência não apenas doutrinária, mas, que, principalmente, faz-se presente na definição da política criminal e na criação de normas penais em diversos países na atualidade.

Esse fortalecimento Estatal e a expansão do direito penal para novas áreas decorrem das mudanças sociais e do momento emergencial de medo na sociedade global. A nova criminalidade coloca em perigo não apenas uma ou algumas pessoas, ao contrário, gera risco para um número indeterminado de indivíduos, para o Estado e suas instituições governamentais. É a criminalidade transnacional, difusa, como as grandes organizações criminosas, o terrorismo, o tráfico internacional de entorpecentes, a pornografia e o favorecimento à prostituição disseminados pela internet. Para evitar essas condutas, a resposta mais fácil, porém, não necessariamente coerente, é a criação de mais e mais crimes, numa inflação de tipos penais. Segundo essa tendência de maximização do direito penal, somente a diminuição de certas garantias processuais penais, em última instância, serviria para proteger a sociedade de tais crimes praticados por indivíduos que não irão, de forma

alguma, viver sob os parâmetros legais do Estado, indivíduos, portanto, não ajustáveis permanentemente ao Direito.

Não podemos nos esquecer de que grande parte da criminalidade globalizada não forma poderes paralelos ao Estado, mas, sim, encontra-se disseminada dentro do Poder Estatal, fazendo com que ele contribua para a difusão de tais crimes. O crime organizado possui agentes dentro do Estado que, em alguns casos, comandam até mesmo grandes Instituições Estatais. Não há como, portanto, dar poderes ilimitados ao Estado para combater uma criminalidade que também possui força de decisão dentro dele, sendo parte intrínseca da Instituição que possui o monopólio da violência legítima.

Mesmo num Estado em que se pretende exercer a democracia, é difícil evitar o despotismo das multidões que, influenciadas pela mídia e pelo bombardeio de informações de nosso mundo atual, não têm, muitas vezes, a racionalidade necessária para que a pretensa democracia crie, por sua vez, um direito penal também democrático, de todos para cada um. A multidão quer ver cada vez mais condutas sendo incriminadas, penas mais severas, punições exemplares, nunca indagando se houve ou não legitimidade por parte do Estado. Isto não é uma verdadeira democracia, nem mesmo gera um direito penal racional.

Tal é a realidade atual da ciência jurídico-penal e da política criminal que urge a apreciação de casos teóricos limites que possam balizar o ordenamento positivo, bem como a atuação do operador do direito na avaliação de tais casos. É justamente neste ponto que se propõe a presente pesquisa, buscando elucidar as influências e identificar os efeitos que podem trazer estas novas perspectivas na definição da conduta criminosa, na sua relação direta com a criação de normas penais incriminadoras e nos mecanismos de sua aplicação e implementação aos agentes criminosos por meio da fundamentação do direito de punir.

O direito penal deve ser, acima de tudo, racional. Isto é o que se almeja e se garante nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito. Um direito penal emotivo, extraordinário, não garante a liberdade dos indivíduos, fazendo com que se retorne ao período pré-humanista em que os Estados Autoritários criavam e pregavam um direito penal de terror.

Enfim, por conta disso, faz-se necessária uma análise profunda das funções do sistema penal primordiais no mundo atual, quer para realçar sua validade e

aprofundar sua fundamentação argumentativa, quer para rever seus fundamentos e delinear seus modelos.

O presente trabalho pretende analisar essas tendências, procurando soluções possíveis dentro de um Estado Democrático de Direito. Estas novas perspectivas do direito penal exigem do fenômeno jurídico uma resposta segura e eficiente, um tanto pela complexidade das relações sociais, outro tanto pela extremidade do próprio direito de punir (*jus puniendi*) do Estado como meio último de atuação legítima.

1 UM SISTEMA JURÍDICO GARANTISTA

1.1 O Garantismo penal por Ferrajoli

Um direito penal garantista deve ser pautado em princípios tais como: a legalidade estrita, materialidade e lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência¹ dentre outros. Tais princípios são frutos diretos do iluminismo moderno.

O desenvolvimento do direito penal clássico iluminista, no entanto, não impediu tendências absolutistas e autoritárias, com fundamento na defesa social ou mesmo da prevenção especial. O posterior positivismo jurídico, por mais que tivesse por base a legalidade, permitia sistemas autoritários em que o soberano tinha poderes absolutos na formação da lei e conseqüentemente das sanções penais.

O sistema garantista preconizado por Ferrajoli pressupõe um sistema racional com base em princípios que garantam os direitos do cidadão contra a arbitrariedade por parte do Estado legislador bem como do Estado-juiz.

Ferrajoli define três significados para a expressão “garantismo”:

Segundo um primeiro significado, ‘garantismo’ designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ SG, próprio do *Estado de Direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, ‘garantista’ todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.²

Na realidade, o garantismo penal é um modelo hipotético que serve como parâmetro para os modelos jurídicos dos mais diversos Estados que, assim, possuem graus de garantismo de acordo com suas regras jurídicas.

Numa segunda análise, garantismo: “designa uma *teoria jurídica* da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela

¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal**. p.30.

² *Ibidem*, p.684.

‘existência’ ou ‘vigor’ das normas”³. Nessa perspectiva, é possível verificar se as normas previstas são efetivamente aplicadas ou se, ao contrário, há uma divergência entre criação legal e aplicação dessas mesmas normas aos casos concretos que pretendem regular mas aos quais não chegam a ser aplicadas. Tal convergência ou divergência denota a legitimidade ou ilegitimidade da realidade jurídica em relação a sua normatização.

Ainda, na sua terceira acepção:

[...] garantismo designa uma *filosofia política* que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça [...]⁴

O garantismo serve para legitimar o Estado de Direito, pois todos os Estados que se consideram de direito, deveriam ser meios de garantia dos direitos fundamentais dos homens, dos mais fracos. Especialmente no âmbito do direito penal essa exigência deve existir e ser mantida, pois a aplicação das penas depende da existência de leis anteriores e está delimitada por estas mesmas leis, não restando qualquer margem para o Estado atuar fora do direito, tanto na forma como no conteúdo. Num Estado de direito, portanto, as leis delimitam os poderes estatais em seu aspecto formal e substancial. Tal limitação é feita exatamente pela constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais, que podem ser penais e processuais, impondo limites às ações não apenas das pessoas como também do próprio Estado. Estes princípios constitucionais devem ser respeitados por todos, não podendo ser extirpados do ordenamento jurídico nem mesmo pela vontade da maioria, pois um Estado garantista não é aquele que segue as imposições majoritárias, mas que exatamente as impede de lesionar ou ir contra as garantias de toda e qualquer pessoa, por isso sua inviolabilidade.

As constituições atuais os prevêm expressamente e podem ser de vários tipos como podemos notar na lição de Ferrajoli:

Diferentemente dos direitos de liberdade, que são *direitos de* (ou *faculdade* de comportamentos próprios) a que correspondem a *vedações* (ou deveres

³ Ibidem, p.684.

⁴ Ibidem, p.685.

públicos de não fazer), estes direitos, que podemos chamar de 'sociais' ou também 'materiais', são *direitos a* (ou *expectativas* de comportamentos alheios) que devem corresponder a *obrigações* (ou deveres públicos de fazer). A noção liberal de 'Estado de direito' deve ser conseqüentemente alargada para incluir também a figura do Estado vinculado por obrigações além de vedações. Digamos, pois, que onde um ordenamento constitucional incorporar somente vedações, que requerem prestações *negativas* para garantia dos direitos de liberdade, este se caracteriza como *Estado de direito liberal*; onde, ao invés, este também incorporar obrigações, que requerem prestações *positivas* para a garantia dos direitos sociais, este se caracteriza como *Estado de direito social*.⁵

Os direitos de liberdade que ensejam vedações por parte do Estado não excluem os direitos sociais de prestações positivas, podendo ambos ser positivados numa mesma Constituição.

Assim, os Estados de Direito procuram fazer valer o princípio da igualdade no reconhecimento de tais direitos a todo e qualquer pessoa em seu conceito mais universal possível, sendo, dessa forma, um Estado democrático. Democracia não é sinônimo da imposição pura e simples da vontade da maioria, na realidade, significa a proteção dos direitos de todos de forma indiscriminada, podendo-se, inclusive proteger minorias, e mesmo uma única pessoa. O conceito de democracia, para o autor, se coaduna com a idéia de democracia substancial que enseja a proteção e efetivação pelo Estado das garantias previstas no ordenamento jurídico, inclusive contra si próprio e contra a vontade da maioria, não bastando a democracia formal, esta sim simples manifestação majoritária da vontade do povo⁶.

Um Estado ideal seria:

Estado (e direito) mínimo na esfera penal, graças à diminuição das restrições da liberdade aos cidadãos e à correlativa extensão das vedações legais impostas à sua atividade repressiva; Estado (e direito) máximo na esfera social, graças à maximização das expectativas materiais dos cidadãos e à correlativa expansão das obrigações públicas de satisfazê-las.⁷

Esse modelo ideal, logicamente, não existe, devendo apenas ser almejado pelos Estados na criação e aplicação de suas normas. Entretanto, não é isso que se vê na prática. Muito pelo contrário, cada vez mais o direito efetivamente aplicado

⁵ Ibidem, p.691.

⁶ Ibidem, p.694.

⁷ Ibidem, p.695.

não condiz com os valores fundamentais prescritos nas Constituições, o que gera disparidades evidentes entre o “ser” e o “dever ser” do direito, disparidades estas ainda mais graves no âmbito do direito criminal.

Os direitos fundamentais devem ser efetivados na prática e respeitados pelas normas de níveis inferiores do ordenamento, sob pena de sua incoerência e conseqüente invalidade. Por isso a interpretação normativa deve sempre levar em conta tais valores essenciais ao direito e à sociedade, a custo de não se poder falar em legitimidade do próprio Estado de Direito. O primeiro passo para que isso aconteça é a positivação dos direitos fundamentais nas normas constitucionais.

A modernidade impôs como principal fonte do direito a lei através da codificação do direito vigente e, com isso, estabeleceu-se o princípio da legalidade e é este o princípio primordial em relação ao garantismo penal, pois é através dele que se prevê o que cada um não pode fazer, limitando as condutas, inclusive alcançando as ações de cunho estatal. Um ordenamento jurídico positivo permite um estudo profundo das normas e das relações entre elas, de modo que se possa, através da análise do todo, avaliar a legitimidade de cada uma das regras do sistema, pois as de grau superior irão validar as de grau inferior que, por sua vez, deverão repercutir e efetivar as prescrições das normas mais altas, não podendo contrariá-las, sob pena de invalidade. Esse tipo de análise e valoração deve ser feita pelos juízes, pois somente assim pode-se garantir, perante casos concretos, o aspecto garantista de determinado ordenamento sem se afastar do que prescrevem as próprias leis. Ferrajoli entende que os juízos sobre a validade ou não das normas com base na sua adequação tanto formal como material em relação às normas superiores é um juízo de valor, pois também se remete a seu conteúdo⁸. Se a análise recaísse apenas no vigor normativo, estipulando verdadeiro ou falso, daí sim seria o caso de um juízo exclusivamente formal da adequação ao ordenamento de determinada norma.

Assim, o Estado de direito se configura como um meio de legitimação das normas na finalidade maior de proteger os direitos fundamentais do homem, com base numa doutrina de caráter heteropoiético⁹, pois não há como se sustentar, num

⁸ Ibidem, p.701.

⁹ Na análise de DALLA-ROSA : Em sendo o garantismo uma doutrina que busca evidenciar e aplicar os direitos essenciais e fundamentais dos indivíduos, sua visão do Estado como instrumento salienta-se, e a delimitação de sua natureza heteropoiética evidencia-se. Esta localização do garantismo

Estado garantista, ser ele um fim em si mesmo. Pressupõe-se “sempre uma visão pessimista do poder como maléfico, quem quer que o detenha, porque exposto, de qualquer maneira, em ausência de limites e garantias, a degenerar em despotismo”¹⁰. O Estado, assim, fundamenta-se num ponto de vista que lhe é externo, tendo como fim a sociedade e cada um de seus membros através da proteção de seus direitos e garantias essenciais.

Entretanto como aplicar na prática esse modelo garantista previamente delineado?

Ferrajoli aponta a existência de uma *falácia garantista* na idéia de que o direito moldado a partir de garantias fundamentais previstas constitucionalmente possa na prática proteger e limitar os diversos poderes tanto estatais com privados¹¹. Não é suficiente, portanto, a previsão normativa de direitos fundamentais sem que haja uma atuação prática em sua defesa com respaldo político e social¹².

Assim, é preciso que o próprio Estado, em seus atos, respeite tais direitos, este seria o primeiro passo para que a política se coadunasse com um sistema garantista, efetivando-o na realidade dos fatos. O alheamento por parte da classe política que detém o poder social é um dos maiores riscos que corre um sistema de base garantista, pois ela nunca pode ser deixada de lado pelos detentores do poder. Acima disso está o respaldo social, pois sem que a sociedade reconheça e lute pela efetivação dos direitos humanos não se pode falar em Estado garantista. É o seu “auto reconhecimento” como detentora de direitos inerentes a todos e a cada um que não podem ser violados por serem a base da própria convivência social e do princípio da igualdade. Essa luta contínua permite a criação, aplicação e transformação do próprio direito como meio de preservar as liberdades individuais e as garantias sociais. A relação entre direito e fato está na sociedade e nas suas

possibilita a uma visão externa e fundante do Estado, que se reduz, no âmbito jurídico, ao entendimento do direito como meio, negando seu valor intrínseco na simples vigência, condicionando à observação dos valores e necessidades fundamentais do cidadão. In: DALLA-ROSA, Luiz Vergílio.

O direito como garantia. Pressupostos de uma teoria constitucional. p.78.

¹⁰ FERRAJOLI, op. cit., p.709.

¹¹ Ibidem, p.752.

¹² “É este substrato político, material e cultural do direito – feito da lealdade das forças políticas em relação às regras do jogo, de sentimentos dos cidadãos dos próprios e outros direitos, de lutas individuais e coletivas para a sua defesa e para o seu desenvolvimento, do empenho civil e intelectual contra as carências e distorções dos poderes em todos os níveis do ordenamento – que forma a praxe do garantismo e das iguais garantias *externas*, não menos importantes do que aquelas *internas* ou jurídicas, da efetividade dos direitos fundamentais” In: FERRAJOLI, op. cit., p.753.

relações intersubjetivas, na supressão das desigualdades tanto no âmbito individual como no coletivo:

[...] assim um povo ou um movimento conquistam identidade e valor de sujeitos coletivos enquanto lutam para a afirmação de direitos fundamentais; e que inversamente uma luta tem valor universal enquanto assinala e reivindica um direito fundamental insatisfeito, porque violado ou porque não reconhecido.¹³

Esse reconhecimento exige que todos sejam tratados igualmente pelo direito, ao serem reconhecidos como pessoas detentoras de direitos intrínsecos e naturais.

1.2 Ordenamento Jurídico e Validade das normas

Nos Estados Constitucionais de Direito a validade das normas depende tanto de aspectos formais como de aspectos materiais, ou seja, as normas superiores delimitam as inferiores quanto à sua forma de elaboração e também quanto ao conteúdo a ser regulamentado. O “ser” das normas refere-se a seu aspecto formal porque somente se criadas de determinada maneira estarão aptas a produzir efeitos. Já as delimitações de conteúdo referem-se ao “dever ser”, visto que delimitam o que elas podem ou não regulamentar, proibindo ou tornando obrigatória determinada conduta.

Esses limites materiais configuram-se, num sistema jurídico garantista, nos direitos e garantias fundamentais previstos nas Constituições atuais.

As bases iniciais desses direitos estão nas próprias doutrinas contratualistas modernas, segundo Ferrajoli:

Em particular, os chamados direitos ‘invioláveis’ das pessoas, direitos ‘personalíssimos’ ou ‘indisponíveis’ não são mais do que a forma jurídica *positiva* que os direitos *naturais*, teorizados como pré ou meta ou suprajurídicos nas origens do Estado moderno, têm assumido como ‘direitos subjetivos’ nas Constituições modernas. Neste sentido bem se poderia dizer que as doutrinas contratualistas e utilitaristas dos direitos naturais representam a base filosófica do direito penal moderno e mais geralmente do moderno direito público. O fundamento político ou externo do moderno Estado de Direito tem, com efeito, a função de garantia dos direitos fundamentais mediante a sanção de anulabilidade dos atos inválidos: das leis, por violação das normas constitucionais; dos atos administrativos e decisões judiciais, por violação das leis constitucionalmente válidas.¹⁴

¹³ Ibidem, p.756.

¹⁴ Ibidem, p.288.

Assim, os direitos fundamentais eram, antes de serem positivados, considerados como direitos naturais dos seres humanos, que foram, por conseguinte, apenas reconhecidos pelas Constituições modernas. O próprio direito então passou a acolher princípios ético-políticos como forma de legitimação de suas normas inferiores. Portanto, tais princípios são sim cogentes e obrigatórios, pois é através deles que se vai dar validade e legitimação para o conteúdo de toda e qualquer norma dentro do sistema, configurando-se em legitimadores de justiça material. Isso porque os princípios procuram dar proteção a valores, tais como a igualdade, a liberdade, a dignidade humana. Esses direitos e garantias vinculam proibições ao poder punitivo do Estado.

Assim, num Estado absoluto não existem esses tipos de valores positivados e, portanto, vinculantes, de modo que o princípio da legalidade resta vazio em sua delimitação material, quer dizer, as leis podem estipular como crime absolutamente quaisquer condutas determinadas pelo Poder Central, desde que o façam através do modelo legal, numa espécie normativista pura.

A concepção do direito como ordenamento normativo escalonada com os mais diversos níveis de produção e execução já vem de Kelsen¹⁵. Desse modo, as normas superiores produzem e legitimam as inferiores e, por sua vez, as normas inferiores executam as determinações superiores; os níveis superiores são normativos em relação aos inferiores e os inferiores, fáticos em relação aos superiores¹⁶. Com isso, o sistema jurídico pretende validar todas suas normas, evitando a ocorrência de antinomias tanto formais como, as mais importantes,

¹⁵ Segundo Kelsen o Direito se auto-regulamenta no sentido da criação e aplicação de suas normas. No ápice, como norma exclusiva de criação, está a norma fundamental, sendo o pressuposto a priori de toda e qualquer criação e aplicação do direito. No grau mais baixo temos atos meramente executórios que não criam, mas apenas aplicam direito advindo de normas de grau superior. Essa hierarquia e relação funcional de criação e aplicação dentro do sistema jurídico revela sua unidade. Ou seja, uma norma jurídica pertence ao sistema jurídico se foi criada formalmente pelo órgão criador de todas as normas do sistema e se está de acordo com seus pressupostos fundamentais e legitimadores Assim: "Todo ato é, normalmente, ao mesmo tempo, criador de Direito e aplicador de Direito"[...] "Uma decisão judicial, por exemplo, é um ato pelo qual uma norma geral, um estatuto, é aplicada, mas, ao mesmo tempo, uma norma individual é criada obrigando uma ou ambas as partes que estão em conflito". In: KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p.194-195. Os casos limites nessa relação complementar de criação e aplicação são dois: a norma fundamental com sua função legitimadora e criadora de toda a ordem jurídica, criando a própria constituição e, no grau mais baixo, os atos executórios que somente aplicam o direito posto, como os atos de execução de uma sanção mediante uma sentença judicial. In: KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. p.195.

¹⁶ FERRAJOLI, op. cit., p.295.

materiais. As antinomias porventura existentes devem ser extirpadas sempre se atentando para o estipulado pelas normas superiores.

1.3 Sistemas penais

O direito penal pretende regular a aplicação institucional de penas que restringem direitos das pessoas, evitando-se assim abusos e arbitrariedades por parte do Estado que é quem legitimamente detém o monopólio da repressão¹⁷. Somente o Estado pode usar de força e coação para aplicar penas a quem desrespeita as normas jurídicas, pois assim o faz com o intuito de garantir bens maiores a todas as pessoas. Tal aplicação de força, no entanto, é limitada pelas próprias disposições constitucionais.

Assim, de acordo com Carvalho:

Entendida como fenômeno da política, a pena, assim como a guerra, não encontra sustentação no direito, pelo contrário, simboliza a própria negação do jurídico. Ambas (pena e guerra) se constituem através da potencialização da violência e da imposição incontrolada de dor e sofrimento. O caráter incontrolável, desmesurado, desproporcional e desregulado da política reivindica, no âmbito das sociedades democráticas, limite. Como ressaltamos anteriormente, o direito penal resulta necessário como alternativa à política, justificando-se como técnica de minimização da violência e do arbítrio, e como alternativa às punições informais e excessivas que seriam infligidas na sua ausência. Não há, no interior da teoria garantista, (re)legitimação da pena. Legitima-se, ao contrário, o direito, entendido como regulador e inibidor da violência política da sanção.¹⁸

Ferrajoli aponta a existência de três sistemas de natureza jurídico-penal que se relacionam mutuamente, o sistema constitucional, o subsistema penal ordinário, e o subsistema penal de polícia. Além das relações entre estes sistemas, o autor analisa as implicações entre eles e a prática cotidiana penal e policial¹⁹. As normas dos sistemas penais apresentam-se em forma escalonada dentro do ordenamento, denotando as diversas situações em que as normas superiores são normativas em relação às inferiores e as inferiores, por sua vez, efetivam ou produzem os efeitos previstos nas superiores, procurando-se evitar assim antinomias, pois as inferiores

¹⁷ Ibidem, p.613.

¹⁸ CARVALHO, Salo. **Garantismo e direito de punir: teoria agnóstica da pena**. Disponível em: <http://andreischmidt.sites.uol.com.br/Salo_garantismo_e_direito_de_punir.htm>. Acesso em: 20/01/2008.

¹⁹ FERRAJOLI, op. cit., p.562.

dependem das superiores para obter sua validade e reconhecimento jurídico tanto no âmbito formal como no material.

Existem problemas no âmbito dos três sistemas jurídicos. No caso do sistema penal ordinário, na legislação penal comum são cada vez mais comuns tipos penais abertos que deixam uma enorme margem de discricionariedade ao juiz na definição do fato criminoso, bem como medidas de natureza preventiva que acabam, de modo indireto, restringindo direitos e sancionando previamente pessoas por simples suspeitas numa atitude antidemocrática e notadamente inquisitória. Assim, o direito penal atual se depara, não só na Itália como analisa Ferrajoli, mas em vários países, com um aumento da intervenção social das normas incriminadoras, o que gera uma inflação legislativa e a aplicação de sanções de cunho penal a fatos que antes não eram tratados diretamente por esse ramo do direito, tais como crimes de direção perigosa ou dirigir alcoolizado, crimes de natureza preparatória de outros, crimes ambientais, econômicos e contra o Estado e assim segue numa escala que gradualmente aumenta, ou seja, em vez de se diminuir as hipóteses de crimes apenas se aumenta o controle social através de disposições de caráter penal e policial. Desse modo:

A ilusão panpenalística é sempre funesta ao garantismo, sendo o instrumento penal inidôneo para enfrentar todos os males sociais sem se romper ou corromper. Isto é tudo o que aconteceu na Itália, onde o estado de emergência ganhou muito espaço graças à revitalização dos delitos associativos previstos no Código Rocco e à invenção de novas técnicas inquisitórias, formas de processo e acusação de matiz policialesca e esquemas penais modelados com base em tipos de autor. Estes arquétipos substanciais surgiram novamente, sobretudo nos processos de terrorismo e contra as outras formas de criminalidade organizada, encontrando a seu favor uma subcultura jurídica animada por uma conceituação de processo como uma 'luta' pela *salus rei publica* e que justifica meios extraordinários; e acabaram por contagiar por completo o costume judiciário valorizando, também nos processos para delitos comuns, métodos fortes e persecutórios de justiça preventiva.²⁰

Além disso, com o aumento do número de leis penais ocorre o fenômeno da descodificação, ou seja, cada vez mais são criadas leis esparsas tratando de matéria penal e com isso surgem antinomias entres elas, concurso de crimes e outros casos de insegurança jurídica.²¹

²⁰ Ibidem, p.565.

²¹ Ibidem, p.574.

Já no âmbito da aplicação da lei perante os casos concretos, essa inflação penal dá uma grande margem de liberdade de interpretação para os juízes que acabam aplicando as sanções fundamentando-se na periculosidade do réu em vez de se ater à descrição do fato típico, numa autêntica responsabilização da pessoa pela sua personalidade ou modo de vida considerado antisocial.

Isso, no entanto, não quer dizer que não existam casos de normas que caminhem exatamente para o lado oposto, quer dizer, da descriminalização e aplicação de sanções alternativas às penas de prisão baseando-se em critérios racionais de criação e aplicação dessas mesmas normas, bem como no papel crucial do direito penal na proteção somente daqueles bens mais essenciais²².

Portanto, um direito penal garantista deve primar pela redução nas sanções penais, buscando-se alternativas e a futura abolição das penas de prisão, bem como a aplicação séria dos princípios fundamentais referentes ao processo penal, garantindo-se a efetivação de um sistema acusatório²³.

Existem e são necessárias dentro de qualquer sistema de direito penal (inclusive os garantistas) medidas policiais de prevenção e contenção da prática criminosa. Todavia, é muito comum a incompatibilidade entre o que está previsto em lei e o que ocorre na prática policial (entre ser e dever ser de um sistema de direito). Essas medidas configuram: “o direito penal e processual de polícia, com função de *prevenção* dos crimes e, de maneira mais geral, das turbações da ordem pública, feito através da defesa social *ante* ou *extra delictum*, aplicado por via administrativa a sujeitos “perigosos” ou “suspeitos”²⁴.

O risco da existência (não questionada) desse tipo de disposição é exatamente seu uso desmedido, deslegitimando todo o sistema penal em razão do

²² Ibidem, p.575.

²³ “Para sublimar os efeitos incongruentes das teorias positivas e negativas da pena, Ferrajoli funda seu modelo de *utilitarismo reformato* segundo o argumento da pena mínima necessária. Negando a tradição liberal antiiluminista, o autor concebe o fim da pena não somente como prevenção aos injustos delitos, mas também, e principalmente, como esquema normativo de prevenção da reação informal, selvagem, espontânea, arbitrária que a falta das penas poderia ensejar. Desde este ponto de vista, a pena se apresenta como guardião do direito do infrator em não ser punido senão pelo Estado, redimensionando a função do direito e do processo penal, não mais direcionado à tutela social, à proteção da pessoa que se encontra em situação de violência privada – momento da lesão interindividual – e/ou pública – plano institucional”. In: CARVALHO, Salo. **Garantismo e direito de punir: teoria agnóstica da pena.** Disponível em: <http://andreischmidt.sites.uol.com.br/Salo_Garantismo_e_direito_de_punir.htm>. Acesso em: 20/01/2008.

²⁴ FERRAJOLI, op. cit., p.614.

descompasso entre normas constitucionais de garantias e “punições prévias” (com o argumento de serem preventivas) de qualidade pessoais consideradas indesejáveis pelo Estado, visto que ainda não há a prática de qualquer ato lesivo que possa se enquadrar como crime. É um direito paralelo ao sistema ordinário que se instala cada vez mais dentro de ordenamentos que teriam, num primeiro momento, cunho democrático. É a transformação paulatina do direito penal ordinário ou retributivo em medidas administrativas e policiais de combate àqueles considerados perigosos.

A polícia tem um papel cada vez maior na sociedade contemporânea especialmente em razão do clamor público por segurança fomentado pela mídia e meios de comunicação de massa. Suas medidas nunca foram seriamente consideradas pelos juristas ao estudar o direito, mas, na prática, seus poderes apenas aumentam, tanto legal como extra legalmente, passando a ser uma Instituição fundamental na função do controle social da comunidade²⁵ numa política criminal de combate e repressão que preza por medidas policiais em vez de um direito penal ordinário e liberal com base na retribuição e privação da liberdade como exceção e não regra. Esse subsistema policial acaba por formar um poder paralelo de controle social com quase nenhuma limitação, pois atua acobertado por um manto de legalidade que, em realidade, não condiz com sua efetivação concreta na qual o Estado exerce quase que nenhuma espécie de controle.

A prisão preventiva é um exemplo típico deste tipo de medida, pois, na prática, leva em conta não requisitos objetivos e comprováveis, mas sim requisitos subjetivos que “revelam” a natureza perigosa e antisocial do suspeito detido. O aumento do número e das hipóteses de prisões preventivas revelam a crise do modelo garantista de direito penal. Esse encarceramento prévio acaba sendo, em grande parte das vezes, uma antecipação da pena sem que exista o respectivo término do processo, já se pune enquanto se vai processando²⁶. Essa captura e prisão assume ainda mais seu caráter de pena se a analisarmos do ponto de vista social, pois a pessoa que acaba presa é tratada como se já tivesse sido condenada

²⁵ Na lógica do Estado de Direito, as funções de polícia deveriam ser limitadas a apenas três atividades: a atividade investigativa, com respeito aos crimes e aos ilícitos administrativos, a atividade de prevenção de uns ou de outros, e aquelas executivas e auxiliares da jurisdição e da administração. Nenhuma destas atividades deveria comportar o exercício de poderes autônomos sobre as liberdades civis e sobre outros direitos fundamentais. *In*: FERRAJOLI, op. cit., p.617.

²⁶ *Ibidem*, p.623.

pelos meios de comunicação, aparece frente a toda a sociedade como sujeito extremamente perigoso e autor de fatos muito graves, acaba virando, em suma, um espetáculo para o público acompanhar. Muitas vezes a prisão preventiva é determinada como meio de obtenção de provas, de natureza essencialmente inquisitória, mas isso não muda o fato do suspeito já ser tratado e considerado culpado pelo meio social (do qual o juiz faz parte!). As hipóteses de privações preventivas de liberdade, para Ferrajoli, portanto, somente poderiam ser aplicadas em casos extremos, reduzindo-se o número de crimes que a autorizariam, bem como aplicando-as somente com base em fundamentos processuais e probatórios, nunca voltados para a prevenção de delitos por considerar o suspeito como um sujeito perigoso.

1.4 Graus de Garantismo – sistemas penais liberais (de direito penal mínimo) X totalitários (de direito penal máximo)

De acordo com o sistema penal adotado por determinado Estado pode-se dizer que existem graus de garantismo, que podem ser maiores ou menores conforme os princípios penais vigentes e legitimados por tais ordenamentos, existindo sistemas com tendências garantistas e outros com tendências totalitárias.

O modelo garantista de direito penal corresponde ao Estado de Direito²⁷ no qual estão presentes todos os princípios e garantias jurídico-penais. Primeiramente, é essencial que a definição dos crimes e sua punição estejam absolutamente previstos em lei como forma de limitação do poder estatal, isto tanto em seu aspecto material (conteúdo dos fatos criminosos) como em seu aspecto formal (procedimentos para a acusação e defesa – devido processo legal).

Segundo o autor, um sistema de direito penal mínimo tutela, em grau máximo, as liberdades dos cidadãos, garantindo um ideal de certeza e racionalidade, ou seja, um direito penal com previsibilidade das suas conseqüências²⁸. Há o critério do *favor*

²⁷ “O Estado de Direito é caracterizado politicamente pelo garantismo de Ferrajoli como um modelo de ordenamento justificado ou fundamentado por fins completamente externos, geralmente declarados em forma normativa por suas Constituições, mas sempre de forma incompleta, e a política é vista como dimensão axiológica (externa) do agir social, servindo de critério de legitimação para a crítica e a mudança do funcionamento de fato e dos modelos de direito das instituições vigentes.” In: CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade**. p.164.

²⁸ FERRAJOLI, op. cit., p.83.

rei, ou seja, *in dúbio pro réu*, é preferível inocentar alguns criminosos do que prender e condenar inocentes.

Num modelo de direito penal máximo, há incerteza e imprevisão dos delitos e da aplicação das penas, não existindo parâmetros certo e racionais a serem seguidos, resultando no substancialismo penal e na inquisição processual. Predominam meras opiniões subjetivas, quer dizer, o decisionismo do juízo pela falta de determinação dos tipos penais e mesmo do procedimento a ser seguido. A certeza buscada é a de que nenhum culpado fique impune, mesmo que haja incerteza em relação à punição de alguns inocentes²⁹.

Já nos modelos de direito penal mínimo visa-se a certeza de que nenhum inocente será culpado, gerando a incerteza da impunidade de alguns culpados. Essas certezas refletem a política criminal de cada Estado que, pode priorizar as questões de segurança coletiva ou de liberdade individual.

Num direito penal garantista somente podem ser punidos fatos comprovados, não todo e qualquer fato, culminando no princípio de que todos serão inocentes até que se prove o contrário, sendo a base do princípio da culpabilidade. A certeza a ser obtida nesse tipo de sistema será sempre relativa, pois depende de provas suficientes para a condenação.

Já num sistema de direito penal máximo vige o princípio do *in dúbio contra reum*, o que gera um poder ilimitado ao magistrado perante os casos concretos, podendo atentar contra a liberdade de inocentes.

Dentre os sistemas de caráter totalitário existe, coloca o autor, primeiramente, o sistema S1³⁰ sem prova e sem defesa (sistema de mera legalidade): nele os tipos penais não descrevem propriamente condutas, mas apenas juízos de valor, falta taxatividade nas previsões legais e no âmbito da decisão judicial há um extremo subjetivismo. O sistema S2³¹ é o método inquisitivo no qual não se separa a acusação do órgão julgador, contaminando todo o processo, pois aquele que acusa também julga com base nas provas previamente colhidas, geralmente em segredo. O contraditório cai por terra, sendo um sistema com base puramente na autoridade e arbitrariedade.

²⁹ Ibidem, p.84.

³⁰ Ibidem, p.79.

³¹ Ibidem, p.79.

No Sistema S3 – objetivista³² há a punição sem culpabilidade, com responsabilidade penal objetiva, bastando para a aplicação da pena a finalidade de defesa social, havendo presunção de culpa e/ou se descartando totalmente o elemento subjetivo. Já no caso do Sistema S4 – sem ação³³ prescinde-se da materialidade do fato, não se falando em punir condutas omissivas ou comissivas, mas apenas classificar os crimes como desvios puníveis muitas vezes sem fatos concretos, por exemplo, punindo-se estados de ser, atitudes (tipos de autor e não de fato).

No Sistema S5 – sem ofensa³⁴ prescinde da lesividade do fato. Os fatos criminosos não precisam necessariamente ofender ou colocar em perigo bens jurídicos, pune-se o desvalor social ou político da conduta mesmo que em concreto ela não tenha colocado em perigo bem jurídico algum, é o caso dos delitos de perigo abstrato ou de mera opinião.

O resultado final destes tipos de sistema é a extrema subjetividade, pois os fatos não restam totalmente descritos em lei, cabendo ao juiz fazer a valoração de modo um tanto substancialista, por critérios discricionários fundados eminentemente na periculosidade dos sujeitos.

O maior perigo é desembocar num direito penal de autor – sem ação e sem fato ofensivo, há a punição de status sociais, referentes a pessoas consideradas anormais ou intrinsecamente perigosas. Há a criminalização de aspectos interiores, pessoais independentemente da prática de qualquer conduta externa, como a exemplo, a idéia do delinqüente nato, vagabundos etc³⁵.

³² Ibidem, p.80.

³³ Ibidem, p.80.

³⁴ Ibidem, p.80.

³⁵ "No plano das técnicas jurídicas, estas representações se refletem em uma desvalorização do papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados. A técnica mais difundida é a previsão de figuras elásticas e indeterminadas, idôneas para conotar, em termos vagos ou valorativos, modelos globais de desvio – como a obscenidade, o desacato, a propaganda ou a associação subversiva, a associação de tipo mafioso, a ofensa à moral familiar e similares – em vez de indicar univocamente tipos de delito empiricamente determináveis. Mas há ainda formas mais radicais de desvalorização do papel definidor da lei que desembocam em uma dissolução do próprio comportamento criminoso como pressuposto da pena, até identificar, além daquele, o tipo de sujeito ou de autor como delinqüente, a partir de um ponto de vista ético, naturalista ou social e, em todo caso, ontológico. Entre as figuras mais nefastas do moderno obscurantismo penal, pode-se recordar a concepção positivista-antropológica do 'delinqüente natural', a doutrina nazista do 'direito penal da vontade' ou do 'tipo de autor' (*Tätertyp*) e a stalinista do 'inimigo do povo'. Por outro lado, devem ser recordadas as diversas medidas de defesa social presentes em nosso ordenamento – das medidas de prevenção àquelas de segurança, incluindo as medidas cautelares de polícia -, todas irrogáveis não como consequência de fatos legalmente indicados e judicialmente comprovados como delitos, mas derivados de pressupostos subjetivos dos mais variados: como a mera suspeita de haver cometido delitos ou, pior, a periculosidade social do sujeito, legalmente presumida conforme as

O Sistema S6 – sem necessidade³⁶ é aquele no qual as penas são vexatórias por serem injustificadas ou desnecessárias, há a violação do princípio da proporcionalidade e da utilidade das penas, o que acaba gerando mais insegurança do que segurança social.

O Sistema S7 – sem delito ou de mera prevenção³⁷ novamente desemboca num direito penal de autor, pois nas finalidades da pena não está a retribuição, mas sim a prevenção dos desvios sociais que devem ser punidos. É um sistema decisionista, que procura apenas evitar desvios futuros pela punição de outros, independente de qualquer devido processo legal. Há um atentado ao princípio da legalidade, pois o sistema estará repleto de normas penais em branco a serem preenchidas arbitrariamente pelos magistrados. O Sistema S8 – sem juízo³⁸: é a base de um Estado patriarcal absolutista em que a aplicação da lei e o desenvolvimento do processo depende unicamente da vontade do governante, não há parâmetros pré-estabelecidos nem tribunais prévios, faltando totalmente o princípio da jurisdicionabilidade.

Enfim há o sistema sem lei³⁹: Estado policial em que não existem leis prévias determinando os fatos criminosos que podem ser estabelecidos também conforme a vontade dos governantes, verificável em sistemas ditatoriais. Falta totalmente a legalidade. E é tão pernicioso quanto o sistema anterior.

1.5 A sanção penal

Na definição adotada por Ferrajoli, a pena é:

[...]uma sanção cominada *ab malum actionis*, ou *antegressi delicti*, ou *propter delictum*, isto é, aplicável quando se tenha cometido um delito, que constitui sua causa ou condição necessária e do qual se configura como efeito ou consequência jurídica. Trata-se do princípio de *retribuição* ou do caráter de consequência do delito que a pena tem, que é a primeira garantia do direito penal e que, como escreve Hart, expressa não o fim senão justamente o critério de distribuição e de aplicação das penas. Graças a ele, a pena não é um *prius*, senão um *posterius*, não uma medida

condições pessoais ou de *status*, como as de ‘desocupado’, ‘vagabundo’, ‘propenso a delinquir’, ‘reincidente’, ‘delinqüente habitual’ ou ‘profissional’, de ‘tendência delituosa’ ou similares.” In: FERRAJOLI, op. cit., p.36.

³⁶ Ibidem, p.81.

³⁷ Ibidem, p.81.

³⁸ Ibidem, p.81.

³⁹ Ibidem, p.81.

preventiva ou *ante delictum*, senão uma sanção retributiva ou *post delictum*.⁴⁰

A compreensão da pena como retribuição⁴¹ tem por objetivo precipuamente impedir que ela seja aplicada a inocentes, pois somente se retribui algo que já aconteceu. Logicamente que a pena pode ter também certa função preventiva da prática de delitos, mas, isso somente se faz de forma secundária e de acordo com a proporção da retribuição previamente prevista em lei. Não se pode, segundo o autor, apartar a prevenção da retribuição, deixando a pena somente sua função preventiva, sob pena de se recair num direito penal utilitarista que desrespeita a proporcionalidade entre fato praticado e sanção aplicada, recaindo na defesa social e mesmo em modelos de direito penal máximo⁴².

Em relação à concepção da pena existem modelos formalistas, segundo os quais a sanção penal decorre da infração de uma determinação legal, de acordo com o princípio da legalidade, e modelos substancialistas, que associam a aplicação da pena com elementos extrajurídicos, tais como a moral, lesão a bens jurídicos, sociais e assim por diante.

Num sistema jurídico garantista não se pode prescindir do princípio da reserva legal, sendo necessária, para a existência do crime e aplicação da pena, em primeiro lugar, uma lei válida. Mas, seria a legalidade suficiente na estipulação do fato criminoso e da conseqüente pena? Uma concepção formal de pena atende perfeitamente aos requisitos internos do sistema, o que Ferrajoli entende como validade das normas que estipulam tais penas. Já os conceitos substanciais da pena procuram relacioná-la a critérios de justiça, adequando-as à gravidade dos fatos proibidos, conforme Ferrajoli, uma legitimação externa⁴³.

Não se pode aplicar isoladamente nenhuma das concepções sob pena de se cair num legalismo vazio de conteúdo ou de um substancialismo perigoso por confundir muitas vezes direito com moral.

⁴⁰ Ibidem, p.297.

⁴¹ O segundo postulado, ao representar o modelo minimalista de redução das penas, rompe com a tradição da doutrina penal em direcionar todo o escopo da sanção à prevenção de novos delitos, seja pela via individual (prevenção especial positiva), seja pela coletiva (prevenção geral negativa). Ao contrário dos modelos defensivistas que demonizam o autor de ilícito penal, utilizando a pena como forma de tutela social, o modelo garantista recupera a funcionabilidade da pena na restrição e imposição de limites ao arbítrio sancionatório judicial e administrativo. In: CARVALHO, Salo. **Garantismo e direito de punir: teoria agnóstica da pena.** Disponível em: <http://andreischmidt.sites.uol.com.br/Salo_Garantismo_e_direito_de_punir.htm>. Acesso em: 20/01/2008.

⁴² FERRAJOLI, op. cit., p.298.

Em primeiro lugar, o princípio da legalidade é extremamente importante na tipificação de condutas, mas ele não pode ser vazio de conteúdo, quer dizer, os tipos penais devem estar de acordo com as delimitações previstas nos direitos fundamentais, bem como devem estar livres de ambiguidades, obscuridades e juízos de valor (tais como aspectos morais, éticos, periculosidade e assim por diante). Os crimes são fatos descritos em lei ao qual se aplicam sanções previamente estipuladas. Há um risco muito grande na criação de tipos penais vagos e indeterminados, podendo se recair na arbitrariedade do Estado na definição dos culpados e mesmo na aplicação das penas. Um conceito de crime substancialista visa primordialmente proteger a sociedade contra indivíduos perigosos, através da imposição de medidas preventivas, o que acaba por atenuar a própria legalidade e formar sistemas de cunho totalitário, pois um direito penal que pune condutas que não tenham prévia e clara descrição legal acaba por estar liberado para punir qualquer fato, ou mesmo qualidades de autores consideradas “perigosas” ou “anti-sociais” num típico direito penal de autor. Segundo Ferrajoli:

Mais precisamente, as doutrinas que valorizam o substancialismo do elemento subjetivo do delito costumam estar associadas às doutrinas pedagógicas da emenda ou às terapêuticas do tratamento curativo, que apontam sobretudo para a prevenção especial positiva; enquanto as baseadas na relevância atribuída à materialidade do elemento objetivo e, particularmente, na periculosidade costumam estar associadas às doutrinas da defesa social, as quais se orientam sobretudo para a prevenção especial negativa. Em qualquer caso, todas dão ensejo, junto às correspondentes doutrinas acerca do fim da pena, a modelos de direito penal máximo e antigarantista, nos quais, de fato, remete-se à livre valoração do juiz a decisão não somente do ‘quando’, senão, também, como se verá, do ‘como’ punir.⁴⁴

Ferrajoli distingue entre o princípio da mera legalidade, que se volta ao juiz como aplicador do direito previsto exclusivamente nas leis em relação a delitos, e o princípio da estrita legalidade, que visa delimitar o legislador na criação de tipos penais evitando-se assim tipos indeterminados e detentores da possibilidade do juiz valorá-los subjetivamente, o que geraria insegurança jurídica⁴⁵. A descrição típica deve se voltar a condutas que possam ser comprovadas empiricamente através de provas e não de valorações feitas livremente pelo magistrado.

⁴³ Ibidem, p. 300.

⁴⁴ Ibidem, p.304.

⁴⁵ Ibidem, p.305.

Esse conceito de legalidade estrita e mera legalidade serve também para a distinção feita pelo autor entre vigência e validade das normas dentro do ordenamento jurídico. A vigência revelaria a conformidade da norma em seus aspectos formais (mera legalidade) enquanto que a validade tem a ver com a legalidade estrita, ou seja, com os conteúdos prescritos pelas normas. A legalidade estrita do direito penal é o fundamento de um sistema garantista dos direitos fundamentais, pois impede a determinação de crimes baseados na periculosidade, vinculando-os à descrição de condutas que possam ser objetivamente analisadas. O legislador, no sistema do garantismo penal de Ferrajoli, não é livre para criar as leis que bem entender, muito pelo contrário, ele está taxativamente vinculado a respeitar o conteúdo e as delimitações previstos no âmbito dos direitos e garantias fundamentais.

1.6 Os princípios e as penas

Os princípios fundamentais do direito penal elencados pelo autor são: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. São condições para a aplicação da pena como definição da responsabilidade penal. São, portanto, garantias jurídicas para a responsabilidade penal⁴⁶.

O sistema garantista também se denomina cognitivo ou de legalidade estrita, tendo por princípios: retributividade; legalidade (em sentido lato ou estrito); necessidade ou economia do direito penal; lesividade ou ofensividade do evento; materialidade ou exterioridade da ação; culpabilidade ou responsabilidade pessoal; jurisdicionariedade; acusatório ou separação entre juiz e acusação; ônus da prova ou da verificação; contraditório ou da defesa ou falseabilidade.⁴⁷

As penas, quando não limitadas pelos princípios humanitários, tornam-se violência programada, às vezes desproporcional ao próprio delito, o que gera muitas injustiças e situações de abuso de poder por parte do Estado.

Um dos primeiros princípios que visaram limitar o poder de repressão penal foi a Lei de Talião, instituída como um esboço da idéia de retribuição da pena. Essa idéia inicial justificou as mais diversas penas corporais aplicadas desde a Idade Antiga à Idade Média, sofrendo certa modificação apenas com o advento do

⁴⁶ Ibidem, p.73.

Iluminismo Humanitário. Somente na idade moderna a pena deixou de ser considerada uma aflição ao condenado, mas, sim uma privação de seus direitos.⁴⁸ Direitos estes que seriam basicamente: a vida, a liberdade e a propriedade. Essa foi a base da legislação penal moderna. Ainda subsistiu a pena de morte, já aplicada desde a antiguidade, mas como regra utilizada até os dias de hoje, foi a instituição das penas privativas de liberdade que antes serviam apenas para que os réus aguardassem presos a finalização de seu processo e a aplicação da pena em si (corporal, de morte, de deportação e assim por diante). Ao lado das penas de restrição da liberdade surgiram, como modelos aplicados na modernidade, as penas patrimoniais. Assim as penas passaram a privar o condenado de seus direitos e não mais agir necessariamente sobre seu corpo para que ele servisse de exemplo para os demais.

A idéia de igualdade entre as pessoas perante o direito penal e da proporcionalidade entre gravidade do delito e da respectiva pena são frutos da concepção burguesa de sociedade e direito. Inicia-se uma idéia de proteção jurídica de bens através das normas. A base moderna de compreensão das penas acabou por delimitá-las exigindo-se uma prévia adequação e previsão legal.

Tal avanço penal retrocedeu com o pensamento do positivismo do final de século XIX e início do século XX. Os positivistas viam a pena como uma forma de reeducação e tratamento para os delinqüentes que passaram a ser considerados como tais de acordo com sua periculosidade e não mais com fulcro na culpabilidade do fato praticado. Foi quase que uma volta ao direito penal pré-moderno em que as autoridades eram livres para definir os delitos e aplicar as penas, muitas vezes as confundindo com disposições de moral e religião (pena como pecado ou como condutas más).

Ferrajoli divide a história das penas em três fases distintas:

a das penas *informais*, marcada pelo caráter casual, relativamente espontâneo, não regrado e, sobretudo, privado da intervenção punitiva; a das penas *naturais*, caracterizada pela busca, ainda que ilusória, de um nexó natural ou substancial entre pena e delito; e a das penas *convencionais*, baseada no reconhecimento do caráter exclusivamente jurídico da relação entre o tipo e o grau das penas e o tipo e o grau do delito.⁴⁹

⁴⁷ Ibidem, p. 75.

⁴⁸ Ibidem, p.314.

⁴⁹ Ibidem, p.317.

Num Estado de Direito a estipulação legal das penas e sua aplicação devem respeitar o princípio da pena mínima e necessária e também do respeito à pessoa humana (dignidade humana). É por essa razão que as Constituições dos Estados democráticos, com algumas exceções, vedam penas corporais, penas de morte, penas difamantes e de tortura, pois um Estado que assim agisse estaria, do mesmo modo que os criminosos que pretende apenar, cometendo um delito.

Estritamente ligado ao princípio da pena mínima está o princípio da proporcionalidade, pois, uma pena que seja absurdamente mais grave que o fato praticado acaba por gerar insegurança social em vez da segurança visada pelo próprio direito. Por isso a pena deve ser somente aquela necessária para a retribuição e prevenção de delitos, muito bem delimitada pelas normas jurídicas. As penas devem ser abstratamente iguais para os tipos de delitos não sendo toleradas quaisquer discriminações ou alterações que não estejam previstas em lei e legitimadas de acordo com o princípio da dignidade humana, sob pena de invalidez da normas que a estipule. Muito menos são admissíveis desigualdades na aplicação da pena em relação ao condenado em razão de pura liberalidade, ou melhor, arbitrariedade, do poder estatal, o que deslegitima não só o princípio da proporcionalidade, mas também o da estrita legalidade, dentre outros.

As penas não devem ter finalidades voltadas para a moral do condenado, tais como corrigi-lo, fazer com que se arrependa ou mesmo de o ressocializar, visto que tais objetivos, além de não possuírem uma garantia de sucesso, podem, se utilizados de forma deturpada, infringir o princípio da retributividade e da limitação das penas, que não podem durar mais do que o necessário, com fundamento na gravidade do fato cometido. Não se pode fundamentar as penas no objetivo de fazer do condenado uma pessoa melhor ou pior, porque isso está ligado à esfera interna do indivíduo e não à aplicação objetiva da sanção.

Mas como deve ser analisado o princípio da proporcionalidade e/ou adequação entre delito e pena? Como deve ser medida (e se pode ser medida) a gravidade do fato e da pena?

Segundo Ferrajoli, existem duas teorias em relação à gravidade do delito, uma de base objetiva, segundo a qual a gravidade é medida de acordo com o dano provocado pelo delito e a outra subjetiva, com fulcro na culpabilidade do autor em

relação ao fato⁵⁰. O princípio da proporcionalidade por si só também não resolve a questão dos limites mínimo e máximo de pena a serem aplicados perante o caso concreto. A pena é, portanto, um mal necessário, pois sua ausência faz com que os castigos se tornem informais e, por isso, arbitrários e desprovidos de quaisquer limitações. Os limites servem justamente para a legitimação das finalidades das penas perante à sociedade (legitimação externa) e, de acordo com as disposições e delimitações legais (justificação interna). A prevenção é uma das finalidades da pena, mas, deve ser tratado com muito cuidado sem se esquecer de todo modo que a prevenção deve ser analisada sempre junto da retribuição.

Conseqüentemente, é injustificado um limite mínimo que anule a eficácia preventiva da pena em relação aos delitos; mas também é injustificado um limite máximo que anule a justificação em relação aos maiores castigos informais prevenidos pela mesma.⁵¹

Além da pré-determinação legal do *quantum* de pena na lei, como fazer para aplicá-lo nos casos concretos? Pois o legislador prevê abstratamente os limites das penas de acordo com o fato considerado criminoso, no entanto, não pode antecipar certas particularidades de cada caso que, no entanto, deverão ser consideradas pelo juiz. Como o Poder Judiciário deve se posicionar frente a esses casos concretos para definir a quantidade de pena a se aplicar?

O juiz tem, portanto, o papel de interpretar os casos concretos a fim de valorar a aplicação da pena. Ele não pode definir o tipo de pena, pois essa é uma atribuição exclusiva de lei, mas, dentro dos parâmetros previamente definidos, pode acertar a quantidade de pena. Assim, o juiz fica adstrito à quantificação de uma pena dentro de certos limites, não podendo também alterá-la na fase de execução se for levado em conta o princípio da retribuição. Por isso se deve ter muito cuidado com as escolas correcionalistas da pena, que visam primordialmente a recuperação ou ressocialização do réu como se a pena fosse o tratamento a uma doença. Assim o é, pois este tipo de concepção acaba por valorizar um direito penal anti-garantista no sentido de que pode se modificar a qualidade das penas no decorrer de sua execução para moldá-la de acordo com as necessidades (ou pelo menos o que o Estado considera como necessidades) do condenado. A pena precisa fazer efeito e

⁵⁰ Ibidem, p.321.

⁵¹ Ibidem, p.323.

esse efeito é exatamente, a reeducação. Pena que não corrige, que não disciplina, não pode deixar de ser aplicada, o que gera, em casos extremos, penas indeterminadas.

É preciso se prever a pena mínima necessária para retribuir o fato praticado e mesmo para prevenir condutas futuras, mas, de qualquer forma, de nada adianta se fazer essa previsão sem que exista a *certeza* da pena⁵², essa sim vai garantir eficácia ao direito penal sem ferir seus princípios garantistas. Afinal, se as penas não são aplicadas, sejam elas brandas ou severas, o direito penal deixa de ter qualquer função social e o clamor da comunidade por normas mais rígidas frente à impunidade geral vai só aumentar. O cumprimento das penas deve ser rígido, sob pena de se cair na informalidade e na vingança como violência estatal pura e simples, renegando os princípios constitucionais garantistas mais básicos, como os da liberdade e da dignidade humana.

Para o autor do sistema penal garantista, as penas privativas de liberdade não mais se justificam, apesar de continuarem sendo as principais nos ordenamentos jurídicos atuais. Num país como o Brasil, tais penas acabam por contribuir ainda mais com o aumento da delinqüência pela absoluta falta de condições de tais estabelecimentos, como é de conhecimento comum. Ferrajoli não é abolicionista⁵³ em relação à existência do direito penal e da aplicação de sanções,

⁵² Ibidem, p.329.

⁵³ Salo de Carvalho analisa como impossível a adoção do abolicionismo em nosso país: "A opção pelo garantismo advém do fato de entendermos inviável politicamente o discurso abolicionista. No interior do modelo econômico transnacional neo-liberal, que propugna um Estado (social) mínimo, potencializando o penal carcerário (Estado penal máximo), o garantismo se coloca como paradigma de resistência política. Não podemos olvidar, também, que as teorias abolicionistas foram criadas a partir de realidade totalmente distinta da realidade marginal latino-americana. É proposta gerada no interior de sociedades nas quais o Estado efetivamente cumpriu seu papel, ou seja, em países nos quais a existência do Estado liberal e do Estado Social é notória, países nos quais as promessas da modernidade saíram do papel e integraram o cotidiano das pessoas. É que entendemos que nossa realidade periférica sequer viveu a experiência de uma revolução verdadeiramente liberal. Um saber realista centrado na especificidade local não poderia desprezar o fato de que, em nível penal, processual penal e criminológico, vivemos em estado de barbárie, sendo o carcerário o maior exemplo desta afirmação. Sustentar modelos abolicionistas na América Latina, estruturas de controle social típicas de sociedades pós-modernas como sustenta Larrauri, soa devaneio irrealístico. Logicamente que o abolicionismo não pode ser negado enquanto instrumento de análise da realidade mesma dos sistemas punitivos. Todavia, esta propostas, repetimos, não corresponde a nossa realidade. Não desprezamos, sequer demonizamos, as propostas do abolicionismo, atitudes típicas do pensamento defensivista antigarantista. Chamamos atenção, porém, ao fato de que tal discurso não é estratégico e muito menos viável atualmente nos países do Terceiro Mundo. Assim, somos absolutamente partidários da fala de Lênio Streck, quando ensina que "*no Brasil, onde o Estado Social foi um simulacro, o garantismo pode servir de importante mecanismo na construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade*". In: CARVALHO, Salo. **Garantismo e direito de punir: teoria agnóstica da pena.** Disponível em:

apenas ressalta que a prisão como pena, na prática, lesiona os mais diversos princípios por seu caráter anti-liberal e desigual⁵⁴. Deve-se procurar sistemas de penas alternativas mais eficazes em relação aos condenados (para que não pratiquem mais delitos e ainda assim conservem sua dignidade, preservando também a proporcionalidade entre delito e sanção). Papel este que não consegue mais ser cumprido (se é que algum dia o foi) pelas penas privativas de liberdade.

Todas estas penas deveriam estar previstas em lei, segundo uma escala que permitisse a sua graduação proporcional e sua ponderação eqüitativa, de acordo com a gravidade dos delitos. E em relação a elas, a privação de liberdade resultaria a sanção mais severa, reservada para os casos mais graves e destinada a ser abolida em perspectiva. A liberdade – como a vida – é, na realidade, um direito personalíssimo, inalienável e indisponível e, por conseguinte, conforme o argumento de Beccaria, sua privação total deveria ser proibida. Os demais direitos, por serem disponíveis, por outro lado, permitem formas bem mais variadas e toleráveis de privação ou de restrição.⁵⁵

Todavia ainda parece ser impossível, na prática, a abolição tanto do direito penal como das penas privativas de liberdade, pelo menos para os casos de crimes mais graves.

Além do princípio da retribuição da pena e da estrita legalidade, Ferrajoli aponta o da estrita submissão das penas à jurisdição, segundo o qual as penas somente podem ser aplicadas formal e materialmente pelo juízo penal, obedecendo-se às regras do devido processo legal.

Não se deve confundir as penas com outras medidas preventivas e cautelares de restrição de direito previstas do âmbito penal, visto que as penas sempre existirão *post delictum* e são regidas pelos princípios aqui apontados.

Ao lado das penas privativas de liberdade propriamente ditas, existem aquelas diferenciadas, como é o caso do regime diferenciado previsto no Brasil para os casos específicos previstos em lei⁵⁶. Este tipo de privação mais dura e severa

<http://andreischmidt.sites.uol.com.br/Salo_garantismo_e_direito_de_punir.htm>. Acesso em: 20/01/2008.

⁵⁴ FERRAJOLI, op. cit., p.331

⁵⁵ Ibidem, p.337.

⁵⁶ BRASIL. Lei 10.792, de 01 de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências.. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16/03/2008. Art.52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração

leva em conta na sua aplicação não apenas a gravidade do crime, mas, com muito mais peso, a periculosidade do próprio autor. Assim, nesses casos não se pode falar no princípio da igualdade na aplicação da pena, pois a personalidade e a atitude do preso ajudam na aplicação desse regime próprio como forma de defesa social contra essa pessoa.

As medidas preventivas de caráter penal, os regimes de pena de prisão diferenciados e mesmo a rotulação gerada pelo processo penal acabam por taxar o réu como uma pessoa perigosa da qual a sociedade deve se defender. Por isso, muitas vezes, o processo acaba se tornando um meio de antecipação da própria punição ou de perseguições de natureza política. A pena acaba tendo sua relevância diminuída frente a possibilidade real de um suspeito se ver discriminado socialmente por estar sendo acusado da prática de um crime ou nas poucas perspectivas que se abrem na vida mesmo se acabar sendo inocentado, ainda mais na sociedade de massa criada pela mídia em que pessoas acabam sendo julgadas e condenadas como perigosas e delinqüentes antes mesmo de qualquer processo ou provas.⁵⁷

1.6.1 O Princípio da legalidade

Um direito penal garantista, é um direito penal mínimo, ou seja, que depende de vários princípios que limitam a ação penal do Estado.

Deve-se diferenciar mera legalidade de legalidade estrita. Na mera legalidade basta apenas que os crimes estejam previamente definidos em lei, já a legalidade estrita pressupõe todos os outros princípios como condições da legalidade penal. No segundo caso, além de condicionante a lei também é condicionada pelos outros princípios.

máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando

⁵⁷ FERRAJOLI, op. cit., p.588.

A legalidade estrita é cognitiva e voltada para o legislador na criação de tipos penais respeitadores dos princípios elencados acima, ou seja, tipos claros, determinados e precisos, é o princípio da reserva absoluta de lei. A mera legalidade atenta apenas para o fato de juiz estar vinculado às disposições legais sejam elas quais forem, quer dizer, independente de seu conteúdo⁵⁸.

Assim, a legalidade estrita impede os tipos penais abstratos, garantindo sua verificabilidade nas normas criadas pelo legislativo, baseando-se nos outros princípios penais. A estrita jurisdicionariade assegura que, em concreto, a análise dos tipos penais seja respeitada de acordo com o devido processo legal (contraditório, ônus da prova, ampla defesa). A estrita legalidade implica na estrita jurisdicionariade e vice-versa, indicando, por sua vez, a racionalidade do sistema, que se torna legítimo na medida em que absorve no ordenamento os princípios constitucionais.

Ferrajoli entende que, para um Estado poder ter um ordenamento jurídico-penal garantista, é preciso atender ao princípio da legalidade estrita, ou seja, não basta que determinada norma penal seja criada formalmente como lei, mas, também seu conteúdo precisa estar de acordo com as disposições constitucionais.

O convencionalismo penal tem por base o princípio da legalidade na configuração dos fatos considerados criminosos – *nulla poena et nullum crimen sine lege*. Quer dizer que, segundo a legalidade estrita, somente fatos podem ser considerados crimes e estes fatos devem estar descritos na lei. Não se pode punir *status* ou modos de ser, mas apenas condutas humanas – *nulla poena sine crimine et sine culpa*.

Segundo Ferrajoli, a reserva legal corresponde a um princípio voltado ao juiz – princípio de mera legalidade, enquanto que a estrita legalidade volta-se ao legislador, no momento de definição em lei dos fatos que taxativamente podem ser considerados desvios puníveis, ou seja, somente comportamentos externos fáticos. Nunca, como já dito, modos de ser subjetivos, somente ações podem ser definidas pelo legislador como crimes e ações que sejam culpáveis.

É uma concepção empírica da definição de fato criminoso de acordo com uma definição legal – *Auctoritas non veritas facit legem*. A lei define os fatos que terão relevância jurídica, não a moral. Esse é o princípio básico do direito penal clássico,

⁵⁸ Ibidem, p.76.

pois somente assim se pode garantir a liberdade dos cidadãos perante o Estado e sua igualdade perante a lei.

Essa idéia é de cunho moderno, pois os primeiros a se preocuparem com o conteúdo das normas e sua adequação com direitos considerados universais e inerentes ao próprio ser humano, foram os iluministas. Por isso os modernos se preocuparam tanto com a codificação do direito, visto que, se todo o direito estivesse na lei e esse conjunto de leis de acordo com as constituições, seria vedada qualquer espécie de interpretação capaz de afastar-se, em determinado caso concreto, do espírito da norma, que sempre seria a vontade democrática do povo: “[...] com os códigos ficavam, se não superadas, certamente reduzidas a falta de certeza, a incoerência e a confusão das fontes, e dava-se corpo ao ideal iluminista da predeterminação legal tão clara e precisa quanto possível dos delitos e das penas.”⁵⁹

Atualmente se assiste a uma fragilização e relativização do princípio da estrita legalidade com a criação cada vez mais numerosa de leis penais esparsas que criam os tipos penais mais diversos fazendo com que o direito penal passe a exercer um controle social que antes era feito por outras áreas do direito, tal como o direito administrativo. Essa inflação legislativa acaba por fragilizar também o princípio da intervenção mínima do direito penal, da compreensão do direito penal como *ultima ratio* do sistema.

1.6.2 O princípio da Igualdade

Para Ferrajoli a igualdade jurídica está intimamente ligada ao princípio da tolerância:

O valor da igualdade, segundo esta primeira acepção, consiste precisamente no igual valor atribuído a todas as diferentes identidades que fazem de *qualquer pessoa um indivíduo diverso dos outros* e de *qualquer indivíduo uma pessoa como todas as outras*. E vale, desta forma, a individualizar os confins dessa *tolerância*, a qual reside no respeito de todas as diferenças que formam as diversas identidades das pessoas, como do *intolerável*, que ao contrário reside na inadmissibilidade de suas violações.⁶⁰

⁵⁹ Ibidem, p.309.

⁶⁰ Ibidem, p.726.

Os direitos fundamentais, expressos constitucionalmente, visam resguardar exatamente essa igualdade, pois garantem as diferenças entre os indivíduos, através dos direitos individuais de exercer suas liberdades, e também procuram, no âmbito social, evitar injustiças e discriminações, pois todos são considerados iguais, devendo as desigualdades de fato ser minimizadas. Além disso, tais direitos servem para todos, sem qualquer exceção ou exclusão jurídica. Por isso a personalidade jurídica é garantida a todos os indivíduos, visto que todos possuem os mesmos direitos fundamentais de caráter absoluto, sendo invioláveis (sob pena de sanção) e inalienáveis.

Esse seria um modelo ideal de direito em que não apenas as garantias fundamentais fossem juridicamente reconhecidas, como também se efetivassem na prática. No entanto, em muitos Estados a capacidade de tutela para proteção, efetivação e conseqüente punição da violação a estes direitos, é mínima e precária.

A saída, na visão do autor é remodelar o papel da lei, pois somente assim se consegue:

[...] reestruturar e em muitos casos instaurar uma legalidade garantista, ancorando-a solidamente à tutela dos direitos fundamentais. Obviamente isto não quer dizer exumar antigas ilusões iluministas de perfeita racionalidade. Deve antes, assistir-nos a plena consciência da imperfeição inevitável de qualquer sistema jurídico e, além do mais, daqueles sistemas como os Estados democráticos de direito, que incorporam em suas Constituições valores e expectativas altas e até mesmo utópicas, mas de tudo realizáveis.⁶¹

A igualdade, se compreendida como meio para a efetivação dos direitos fundamentais de todos e de cada um, permite a proteção da sociedade como um todo e também das minorias que dela fazem parte, pois os valores são universais e por isso, aplicam-se indeterminadamente aos homens como uma categoria única, mas reconhecendo-se sua diversidade como indivíduos singulares. O único modo de se garantir tal princípio é pela limitação do poder tanto no Estado como também no âmbito privado e, por conseguinte, a maximização das liberdades pelas próprias normas, pois não se pode deixar que o exercício de uma liberdade se transforme na imposição da força de um poder ilimitado. Liberdade, portanto, exige reconhecimento jurídico da igualdade e vice-versa.

⁶¹ Ibidem, p.736-737.

Todavia, em qualquer sociedade existem poderes não regulamentados, ou seja, *extra legem*, que, por sua vez, possuem tendências a serem ilimitados e gerar desigualdades, pois não têm conteúdo pré-determinado, sendo espaços vazios a serem preenchidos simplesmente pela vontade do mais forte⁶². Assim, Ferrajoli compreende que:

O progresso daquela que chamei de *democracia substancial* advém, portanto, não só mediante a expansão dos direitos e das suas garantias, como também por meio do alargamento do Estado de direito ao maior número de âmbitos da vida e de esferas de poder, onde também sejam tutelados e satisfeitos os direitos fundamentais da pessoa.⁶³

Democracia e luta pelo direito caminham juntos, de acordo com o autor, pois somente é possível a luta pelo cumprimento dos direitos, em especial, dos direitos fundamentais, num sistema democrático no qual a liberdade seja protegida e reconhecida como um dos principais bens jurídicos da sociedade e de cada um de seus membros. Essa liberdade garante a luta e a conseqüente alteração de normas jurídicas para que possam se adequar aos anseios sociais, somente se impedindo a restrição ou supressão dos direitos considerados essenciais, como a própria liberdade.

1.7 Definição dos delitos

Na definição dos crimes existem e existiram as mais diversas concepções. Nas mais antigas se misturava direito com moral e crime com pecado. A tradição iluminista procurou separar direito e moral⁶⁴, o que não quer dizer que as normas

⁶² Ibidem, p.747.

⁶³ Ibidem, p.747.

⁶⁴ “De fato, se a valorização da interiorização da moral e da autonomia da consciência é o traço distintivo da ética laica moderna, a reivindicação da absoluta licitude jurídica dos atos internos e, mais ainda, de um direito natural à imoralidade, é, talvez, o princípio mais autenticamente revolucionário do liberalismo moderno. Observado em *sentido negativo*, como limite à intervenção penal do Estado, este princípio marca o nascimento da moderna figura do *cidadão*, como sujeito suscetível de vínculos em seu atuar visível, mas imune, em seu ser, a limites e controles; e equivale, em razão disso, à tutela da sua *liberdade interior* como pressuposto não somente da sua vida moral mas, também, da sua *liberdade exterior* para realizar tudo o que não esteja proibido. Observado em *sentido positivo*, traduz-se no respeito à *pessoa humana* enquanto tal e na tutela da sua identidade, inclusive desviada, ao abrigo de práticas constrictivas, inquisitoriais ou corretivas dirigidas a violentá-la ou, o que é pior, a transformá-la; e equivale, por isso, à legitimidade da dissidência e, inclusive, da hostilidade diante do Estado; à tolerância para com o diferente, ao qual se reconhece sua *dignidade*

jurídicas, ao definirem os crimes, despem-se de qualquer responsabilidade e/ou adequação em relação à justiça de seus conteúdos. As garantias e princípios constitucionais visam dar aos conteúdos legais exatamente o grau de justiça necessário para a legitimação das normas, especialmente, as de caráter penal.

Ferrajoli classifica como garantias penais “substanciais” as de lesividade, materialidade e culpabilidade⁶⁵, funcionando como delimitação material ou de conteúdo do fato a ser proibido. Assim, somente serão consideradas criminosas condutas lesivas a terceiros, sem que haja essa lesão em potencial, não se pode falar em crime e, conseqüentemente em sanção penal, pois, afinal de contas, as penas também lesionam bens e direitos essenciais das pessoas.

A necessidade da pena, conforme afirmado anteriormente, serve para limitar ao necessário a determinação dos fatos criminosos e a quantidade de pena a eles cominada. Os castigos sempre deverão ser necessários e delimitados, sob pena de abuso do poder de quem os aplica, no caso, o Estado. Como o direito visa exatamente proteger os cidadãos de um Estado contra os criminosos e também contra o abuso do Estado, como detentor exclusivo do poder de punir, é preciso que as regras incriminadoras sejam claras, determinadas e que seu conteúdo justifique tal proibição.

O princípio da lesividade serve exatamente para essa justificação, pois condutas que não coloquem em perigo nenhum direito não podem ser consideradas criminosas. Como as normas regulam direitos para a convivência organizada de uma comunidade na qual todos são juridicamente iguais, os crimes e as penas somente podem atingir condutas que ofendam esses mesmos direitos de convivência considerados essenciais.

Os primeiros bens a serem protegidos pelo direito, na concepção moderna, foram os direitos fundamentais do homem, como a liberdade, a vida, a propriedade e assim por diante, ou seja, direitos de cunho individual. Já com o advento do positivismo jurídico, no século XX, surgiram diversas teorias, preconizando que o direito penal teria por finalidade a defesa social, quer dizer, a proteção da sociedade e do Estado em primeiro lugar. O risco dessas tendências é exatamente

peçoal; à igualdade dos cidadãos, diferenciáveis apenas por seus atos, não por suas idéias, por suas opiniões ou por sua específica diversidade pessoal.” In: FERRAJOLI, op. cit., p.387.

⁶⁵ *Ibidem*, p.371.

supervalorizar o Estado em detrimento a seus cidadãos, desembocando num autoritarismo segundo o qual se torna crime todo e qualquer ato de desobediência em relação ao governo, novamente se confundindo direito com moral ou direito com política.

Um direito garantista deve identificar previamente quais bens são passíveis de proteção sem recair em exageros e abusos por parte do Estado que não deve ser livre para determinar o conteúdo de suas normas. O conceito de bem jurídico depende da cultura e do povo em que está inserido de modo que se possa aferir sua relevância perante a sociedade, bem como a proporção entre essa relevância e a proteção penal efetiva para que se possa ter um direito ao mesmo tempo eficiente e legítimo.

A legitimação dos crimes deve ser efetivada pelo princípio da legalidade, ou seja, pela reserva legal de sua definição, mas, como já dito, isso não basta para que tal norma seja válida, mas, qual seriam os critérios para determinar quais condutas deveriam ser proibidas?

De acordo com o princípio da lesividade, somente as condutas que causem dano ou perigo a bens jurídicos justificam sua proibição. Todavia, nem todo perigo é passível de proteção penal, apenas aqueles que sejam considerados concretos, ou seja, possíveis de serem provados empiricamente caracterizam um delito, pois geram dano em potencial⁶⁶. Além disso, a proteção penal deve se justificar por ser a única forma de proteção desse bem, pois se houver outros meios de proteção, como sanções de cunho civil ou administrativo, não se deve apená-lo desmesuradamente, o que geraria uma inflação de leis penais. Essa é a função tutelar do direito penal.

Assim, o direito penal não serve para apaziguar os ânimos da sociedade ou para acalmar seus medos, mas, sim para proteger os bens jurídicos relevantes na medida do que seja necessário e suficiente, e com a idoneidade necessária na aplicação de sanções qualitativamente e quantitativamente pré-determinadas em lei. A prevenção é um dos objetivos da lei penal, mas existem outras formas jurídicas de prevenção que devem ser utilizadas antes de se recorrer à tipificação de condutas como criminosas, pois as sanções penais são muito graves para serem usadas desmesuradamente, sob pena de se desconfigurar o chamado Estado de “direito”.

⁶⁶ Ibidem, p.378.

Um direito penal terá sua autenticidade questionada a partir da análise de suas normas, quando começa a incriminar de forma exagerada, tais como, tipificando condutas de perigo abstrato ou de mera desobediência, ou mesmo de cunho moral que não afetem comprovadamente bem jurídico algum. São tendências penais de natureza totalitária e antigarantistas, deixando uma enorme margem de discricionariedade para o Estado na criação dos crimes e ao juiz na sua interpretação, devido à indeterminação e obscuridade dessas mesmas normas que são extremamente abertas para a subjetividade.

Comprovando-se ser a função de um direito penal garantista a proteção de bens jurídicos, cabe analisar se essa proteção é efetivada na aplicação das leis, ou seja, na prática quais fatos devem ser excluídos de tipificação penal sob pena de ilegitimidade? Dentro de uma delimitação quantitativa, Ferrajoli salienta que não podem ser criminalizadas condutas de “bagatela”⁶⁷, pois haveria uma flagrante desproporção entre a gravidade do fato e a da respectiva sanção, gerando uma punição excessiva e, portanto, inválida perante os direitos e garantias fundamentais. Já do ponto de vista qualitativo, o direito penal somente pode tipificar condutas e nunca “estados de ser” ou “personalidades” num direito penal de autor desprovido de conteúdo a ser proibido. Por fim, os atos preparatórios também não devem ser incriminados como tipos penais autônomos, pois geram, na visão do autor, crimes de perigo abstrato ou presumido⁶⁸ por se referirem a meras suspeitas e, por isso, de comprovação questionável e perigosa.

Se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos, evitando, assim, a ‘fraude de etiquetas’, consistente em qualificar como ‘administrativas’ sanções restritivas da liberdade pessoal que são substancialmente penais.⁶⁹

O que determina se o direito penal de um país é de autor ou de ato, é o princípio da materialidade, segundo o qual somente podem ser definidas como crimes condutas externas, ou seja, ações humanas empiricamente comprováveis e

⁶⁷ Ibidem, p.382.

⁶⁸ Ibidem, p.383.

⁶⁹ Ibidem, p.384.

capazes de lesionar bens jurídicos de terceiros. Não se pode incriminar algo que não pode ser verificado *in concreto*. A lesividade decorre da materialidade, pois somente podem ser lesivas condutas exteriorizadas, atos internos são incapazes de lesão material. Crimes sem ação, ou seja, que punem alguém pelo que ele é e não pelo que ele fez, acabam por estigmatizar pessoas e não cumprir com o dever garantista de todo direito, inclusive o penal. Assim, as intenções, planos, moral, enfim tudo o que se refere ao aspecto interno, não podem ser considerados como crimes, estando resguardados de regulamentação estatal em razão da garantia fundamental de que manifestações do pensamento não podem ser incriminadas e também em virtude do princípio da materialidade. Princípio este fatalmente desprezado pelas teorias totalitárias do direito penal de autor que baseavam a punição estatal não na culpabilidade, mas na periculosidade do delinqüente com a função mascarada de que a pena serviria como tratamento e disciplina dos condenados a serem “recuperados” pelo Estado em nome da defesa social.

Esse tipo de teoria esteve muito em voga no século XX com modelos de direito baseando-se no crime como doença e nas penas como medidas de correção e prevenção de futuro delitos. Seria, de acordo com Ferrajoli, o modelo penal soviético⁷⁰. Modelo como o da Alemanha Nazista, por sua vez, também se baseavam na periculosidade tendo como regra normas penais de autor, em que a ação era reduzida “a simples sintoma da personalidade do delinqüente”⁷¹. Logicamente, tais modelos são rechaçados pelo autor como antigarantistas e autoritários que se desviam completamente do princípio denominado como da “estrita legalidade” e, portanto, desprovidos de qualquer legitimidade e validade no âmbito jurídico. Esse controle dos indivíduos marca o abuso estatal e a confusão com a moral, ao considerar o direito responsável por penalizar pessoas consideradas más e não suas condutas contrárias às normas e capazes de lesionar bens jurídicos essenciais⁷².

⁷⁰ Ibidem, p.388.

⁷¹ Ibidem, p.389.

⁷² “Assim, a pretensão kantiana de que o direito deveria castigar a ‘maldade interna’ é, certamente, o reflexo de uma incorreta confusão entre direito e moral, e abre caminho a modelos anticognoscitivistas de inquisição e de punição referidos não ao que se fez, senão ao que se é. E a tese de que a alma humana é inescrutável não enuncia somente um limite às possibilidades de conhecimento e de prova, mas representa uma garantia de imunidade do cidadão diante de investigações sobre sua consciência tão incontroláveis como indiscretas” *In*: FERRAJOLI, op. cit., p.391.

Assim, os crimes e as respectivas sanções de um Estado democrático de Direito, somente podem ser aplicadas a pessoas consideradas responsáveis, com fulcro em sua culpabilidade e na materialidade e lesividade da conduta praticada, pois somente assim são asseguradas as garantias individuais dos cidadãos constitucionalmente previstas.

A definição de crime no direito penal contemporâneo depende exclusivamente de uma prévia cominação legal. Não é possível punir alguém sem que o fato por ela praticado, bem como a sanção, estejam previstos em lei. Há, no caso das normas incriminadoras, uma reserva legal absoluta. Entretanto, mesmo o princípio da legalidade perde sua força atualmente em razão da legislação penal de emergência que acaba por esvaziar de conteúdo os tipos penais deixando-os ambíguos e obscuros, recheados de juízos de valor extra-jurídicos (morais, políticos, sociológicos) que abrem um leque enorme para a interpretação subjetiva e discricionária dos magistrados perante os casos concretos⁷³. Um direito penal que permite tal elasticidade pode fazer com que se recaia em excessos e abusos por parte do Estado sem que se figure uma ilegalidade.

Como exemplo deste modelo de tipo penal, existem os crimes de mera suspeita carregados de elementos valorativos, tais como as expressões “injustificadamente”, “de forma suspeita”, “posse inidônea” e assim por diante. É impossível se provar empiricamente esse tipo de circunstância, cabendo, por conseguinte, à subjetividade do juiz preenchê-las como bem entender, pois não existem critérios legais pré-determinados.

Uma concepção ontológica e substancialista do fato criminoso considera-o como imoral ou anti-social e também volta-se, na definição do delito, a características intrínsecas do delinqüente e não à conduta por ele praticada. Tais qualidades apresentadas passam a ser suficientes para a punição penal. A lei deixa de ser instrumento exclusivo de definição dos crimes, tornando-os, de certo modo, relativamente indeterminados, vagos e valorativos. Dessa forma, não pode ser feita uma análise empírica de tais fatos e sua comprovação se torna também elástica. São os tipos de autor, o delinqüente nato, o inimigo do povo.

⁷³ Ibidem, p. 570.

Há nessas hipóteses, conforme o autor, um esvaziamento do princípio da estrita legalidade, crime torna-se pecado, sanção, penitência a ser aplicada pelo que o sujeito é e não pelo que ele efetivamente fez. Confunde-se direito e moral na definição dos desvios puníveis, valorando-se muito mais elementos extrajurídicos do que legais.

1.7.1 A culpabilidade

A culpabilidade, na concepção de Ferrajoli, possui quatro fundamentos políticos: a reprovabilidade da conduta como justificativa de sua proibição; a prevenção geral de crimes pela aplicação da sanção a condutas culpáveis; a possibilidade de que somente sejam puníveis condutas que sejam conscientemente decididas pelo seu autor com base no conhecimento do direito; e proibição das ações culpáveis porque partem do pressuposto de que são pensadas com base na existência de um direito prévio e de normas que regulam determinada conduta proibindo-a, de modo que poderiam ter sido observadas pelo seu autor no caso concreto⁷⁴.

A culpabilidade pelo fato praticado decorre do livre arbítrio do sujeito, ou seja, de sua vontade livre de infringir uma norma previamente conhecida, no entanto, existem diversas teorias que negam esse livre arbítrio, teorias estas de cunho determinista que compreendem o sujeito como condicionado externamente ou internamente (caso de doentes mentais). No segundo caso as penas não podem ter por objetivo a retribuição, visto que as pessoas não são consideradas responsáveis pelos seus atos, mas, sim como um risco à sociedade em razão de sua periculosidade. Já no primeiro caso, comprovando-se que o sujeito poderia ter agido de forma diferente, sua conduta torna-se culpável e, portanto, passível de sanção. Além disso a culpabilidade pode ter um caráter normativo puro, como uma atitude reprovável por infringir uma norma, salientando-se que, em alguns casos, considera-se como passível de sanção todo um modo de viver contrário ao direito, o que configura uma hipótese de culpabilidade de autor, num direito penal que reprovava pessoas e personalidades e não necessariamente ações. Certamente esse tipo de culpabilidade diluída do fato não pode ser considerada garantista.

Na visão de Ferrajoli essa concepção influenciou:

consideravelmente a cultura e as legislações penais deste século (século XX grifo nosso), contribuindo, também, nos ordenamentos liberais democráticos, para potencializar, se bem que desde a margem oposta, a crescente relevância penal e processual que se confere às novas figuras da *periculosidade* e do *suspeito*, e, com isso, a relativizar o caráter retributivo do direito penal, por meio do espaço aberto por tais figuras a institutos punitivos *ante, extra e ultra delictum*.⁷⁵

A culpabilidade, em realidade, refere-se ao delito, pois não se pode falar em ser culpável por algo que não se fez, ou seja, somente responderá por uma conduta que sabe ser contrária à lei e, podendo deixar de praticá-la, ainda assim a consuma. Não se pode dar relevância penal a uma pessoa sem que ela seja autora de um fato definido previamente em lei como criminoso, quer dizer, que pode ser comprovado na realidade. A culpabilidade, portanto, deve ser comprovada empiricamente, pois atrelada diretamente à prática livre e consciente de tal fato punível.

1.8 Normas penais

Ferrajoli classifica as normas como regulativas ou constitutivas. Regulativa é aquela “que regula um comportamento qualificando-o deonticamente como permitido, proibido ou obrigatório e condicionando à sua comissão ou omissão a produção de efeitos que prevê. [Constitutiva é a norma que prevê diretamente] qualificações e/ou efeitos jurídicos”⁷⁶.

As normas penais, para o autor, devem ser regulativas, pois consistem em proibições da prática de condutas previamente descritas através da aplicação de sanções, somente se referindo a ações possíveis⁷⁷, pois que devem ser comprovadas como uma prática real, quer dizer, as sanções não se aplicam de forma imediata, dependendo sim da existência de uma conduta. Já as normas constitutivas por aplicarem diretamente as sanções não dependem da existência de qualquer conduta, logo, seria o caso de normas que punem as pessoas pelo que

⁷⁴ Ibidem, p. 393.

⁷⁵ Ibidem, p. 397.

⁷⁶ Ibidem, p.402

elas são, tais como punições a classes específicas (religiosas, por exemplo), inimigos, pessoas perigosas etc.⁷⁸

Assim, num sistema garantista, somente podem ser incriminadoras as normas de natureza regulativa, pois somente através da regulação de condutas se pode afirmar o princípio da igualdade entre os homens, punindo-os pelo que fazem e não por suas qualidades e características inatas⁷⁹. O direito deve respeitar e tolerar as diferenças sociais e pessoais entre as pessoas nunca as punindo ou discriminando em razão disso, é a garantia de que a dignidade de todos será respeitada.

Os tipos penais que se baseiam na periculosidade punem autores e não fatos, de modo que atentam diretamente aos princípios previamente mencionados. Se personalidades são consideradas delituosas, as penas a elas impostas também não podem ter função de retribuir (pois não se pode retribuir algo que a pessoa é), mas, de corrigir, disciplinar e, portanto, modificar esses atributos considerados antisociais e indesejados.

Trata-se de um utilitarismo, *ex parte principis*, intrinsecamente antiliberal, homologante, inclinado a modelos de direito penal máximo, ilimitado na prática e normalmente vinculado a visões organistas e terapêuticas do sistema social, como um corpo sã, cujas partes com infecção ou doentes devam ser curadas ou, então amputadas.⁸⁰

Esse modelo penal da periculosidade ganha força e adeptos nos dias de hoje, com normas penais voltadas muito mais para a prevenção de riscos (defesa social) do que para retribuir fatos considerados lesivos e, por isso, criminosos. São cada vez mais comuns disposições legais no sentido de restringir a liberdade e direitos por mera suspeita da prática criminal e mesmo para a obtenção de informações sobre a suposta existência de crimes. Nem o juiz, nem o legislador têm o poder de penalizar com base no etiquetamento de pessoas, somente se pode criminalizar fatos a serem comprovados por meio de provas, pelo menos é esse um dos requisitos essenciais de um modelo de direito penal garantista. Da mesma forma que a sanção não pode ter por finalidade primeira a reeducação do condenado, visto

⁷⁷ Para uma análise do direito como regulador somente de condutas possíveis, vide Bobbio, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.**

⁷⁸ FERRAJOLI, op. cit., p.403.

⁷⁹ Ibidem, p.404.

⁸⁰ Ibidem, p.404.

que isso gera um perigo para sua própria delimitação quantitativa e qualitativa, não podendo o direito impor uma mudança interna em qualquer pessoa, arrepende-se do crime quem quiser e se reeduca que quiser. O fato da pena não alcançar a reeducação do réu não pode fazer com que dure indeterminadamente, como se fosse uma forma de tratamento contínuo.

1.9 O Juízo Penal

O sistema garantista também se pauta pelo cognitivismo processual através do princípio da estrita jurisdicionariade que se configura pela análise que o magistrado deve fazer das hipóteses acusatórias, bem como na comprovação empírica dos fatos criminosos alegados. Assim, aplica-se o princípio da *nulla poena et nulla culpa sine iudicio* – o juízo precisa verificar se os fatos alegados pela acusação estão descritos em lei como crime, mas apenas isso não basta, pois além de estarem elencados em lei, deverão eles ser comprovados durante o processo, ou seja, *nullum iudicio sine probatione*. Com base nisso, o autor afirma que o processo que adota tais princípios, denomina-se processo de cognição ou comprovação, nesse caso, pela necessidade de comprovação probatória dos fatos alegados a fim de que se atinja uma decisão de mérito, pode-se afirmar que *veritas, non auctoritas facit iudicium*⁸¹. Os juízos não podem ser éticos e valorativos, mas, sim cognitivos de modo a se evitar uma decisão arbitrária e subjetiva. A decisão do juízo deve ter por base análises cognitivas dos fatos e recognitivas do direito.

A pena é aplicada como resultado dessa verificação empírica estando também prevista e delimitada pelas leis, não sendo, portanto, a decisão jurídica, uma decisão moral nem a pena qualquer espécie de tratamento terapêutico ou pedagógico em primeira instância.

Todavia, reconhece Ferrajoli que tal modelo de processo é muito mais ideal do que realista, não sendo aplicado de fato, pois não se pode conceber o juiz como uma máquina aplicadora de normas descritivas de fatos que se subsumem a elas de forma clara e inequívoca⁸². Não há a possibilidade real de um silogismo perfeito entre fatos e normas. Até mesmo a concepção de verdade dentro de um processo

⁸¹ Ibidem, p.32.

⁸² Ibidem, p.33.

pode ser questionada, pois existe, quer se queira ou não, certa margem de discricionariedade em qualquer espécie de juízo.

A própria interpretação da lei não é algo meramente recognitivo, pois certas opções são cabíveis a serem feitas pelo juiz de acordo com o caso concreto, e nessa escolha existe certo grau de opinião. A prova também admite diversas análises ou interpretações, mesmo dentro de um processo indutivo. Valorações são possíveis, pois muitas vezes o juiz age com base na equidade. Não cabe, assim, no direito, uma ideologia mecanicista na aplicação da lei.

Ao juiz acaba sendo permitida certa discricionariedade na interpretação da lei e na análise das provas apresentadas, o que pode gerar, em alguns casos, até mesmo certa responsabilidade de natureza política em relação às decisões proferidas. Mas, é preciso ter limites, pois senão chega-se a um sistema arbitrário. As garantias servem para reduzir ao mínimo tais arbitrariedades do poder judicial de decisão.

Num sistema baseado no decisionismo processual e no subjetivismo inquisitivo os juízes decidem de forma subjetiva sem seguir qualquer parâmetro empírico para tomar sua decisão. O decisionismo pode se manifestar em razão da existência de tipos penais de autor, indeterminados, deixando uma carga valorativa e subjetiva enorme para o juiz na apreciação dos fatos; ou no caráter subjetivo do próprio juízo cuja sentença resulta de valorações e não necessariamente de provas de fato, o convencimento do juiz não é delimitado pelas normas jurídicas nem guiado necessariamente pelos fatos praticados pelo réu.

Não restam critérios a serem seguidos pelo juiz, o que redundaria em arbitrariedade, em decisões potestativas e não cognitivas. É a autoridade do juiz que prevalece e não a comprovação dos fatos praticados e sua vinculação a uma prévia norma jurídica que os descreve. O juiz atua como político, como governo, não estando adstrito aos parâmetros legais, restando frouxa a jurisdição pela falta do próprio princípio que a define: a estrita legalidade.

O Poder Judiciário somente se subordina à lei, é isso que garante o Estado moderno e a legitimidade das decisões jurisdicionais. Tais decisões, portanto, devem ser cognitivas visando à obtenção da verdade. Mas, ao lado do saber, expressam também um poder, pois tem como resultado a decisão judicial sobre um caso concreto. Esse pode ser mais ou menos discricionário de acordo com o sistema

penal adotado, podendo em sistemas autoritários afastar-se da verdade sendo as decisões guiadas por outros valores que não a verdade.

Portanto, deve-se falar, segundo o autor, em graus de garantismo nos mais diversos sistemas penais concretos, pois quanto mais se aproximarem da busca da verdade processual, mais garantistas serão tais sistemas. Assim, pode o poder judiciário servir mais como um poder de cognição ou poder de disposição.

O direito, por ser uma criação humana, define os critérios de legitimação de suas decisões sobre os casos julgados como decisões verdadeiras. Para que a verdade a ser admitida seja condicionada pelas garantias de liberdade dos cidadãos é preciso que o sistema seja cognitivo, em primeiro lugar.

1.9.1 A verdade processual como limite do Direito, numa concepção garantista

O modelo formalista do direito penal vincula a concepção de crime à estrita legalidade garantindo, assim, o caráter cognitivo do processo e a análise empírica das provas apresentadas. Já o modelo substancialista visa, através do processo, a obtenção de uma verdade material (e para se chegar a ela vale qualquer meio ou procedimento). Tal modelo torna-se arbitrário e corrompido por juízos de valor, pois se abstrai do procedimento e das garantias na finalidade primeira de obter tal verdade. O cognitivismo ético tem por base essa idéia de verdade material como resultado do processo.

A verdade formal ou processual é a buscada pela concepção formalista do direito penal, verdade esta que somente pode ser obtida mediante um procedimento de regras precisas e garantias às partes – como ampla defesa e contraditório. É uma verdade controlada pelo método de obtenção como meio de se proteger, acima de tudo, a liberdade dos cidadãos.

O juízo penal não pode se basear exclusivamente em valorações e autoridade, sob pena de se tornar mera arbitrariedade, mas, por outro lado, a verdade total e absoluta é impossível de ser obtida mediante um processo.

Assim, segundo o autor, a atividade judicial é um saber-poder⁸³, deve existir conhecimento e autoridade (decisão). Não cabe, portanto, qualquer tipo de

decisionismo que ignore a busca da verdade fática, encobrindo-a com o arbítrio judicial e valorações subjetivas como pressupostos da pena. Também não é possível um mecanicismo absoluto na aplicação da lei aos fatos num silogismo perfeito, pois isso não condiz com a realidade prática. O modelo garantista procura se pautar, assim, pelos princípios da estrita legalidade e da estrita jurisdicionabilidade, como garantias legais e processuais a serem seguidas.

Não se pode prescindir do conceito de verdade no processo penal, porém ela não deve ser vista como uma verdade absoluta e material, impossível de ser obtida. Assim, o autor fala em verdade processual na teoria do processo.

A verdade processual é composta por dois elementos ou juízos: um fático e outro jurídico. São assertivas empíricas ou cognitivas. A verdade fática corresponde à comprovação da realização do fato pelo sujeito e a verdade jurídica pela correspondência do fato realizado com sua descrição legal. A análise fática é feita pelo método indutivo enquanto que a análise jurídica é realizada pelo método dedutivo.

Portanto, para se falar em verdade processual é preciso a obtenção da verdade fática e da verdade jurídica. Uma decisão será verdadeira se estiver conforme os fatos e as normas jurídicas.

Uma verdade absoluta, objetiva, é impossível de ser alcançada no processo penal, seja por uma aplicação mecânica da lei seja por métodos científicos de compreensão e aplicação do direito, pois mesmo teorias científicas reputadas como verdadeiras são superadas por teorias posteriores que criam novas verdades. A verdade sempre será uma verdade não definitiva, ou seja, ela pode ser apenas aproximativa, como um modelo a ser seguido. Tais afirmações valem para a verdade processual, pois ela se aproxima da verdade real, regulando a própria jurisdição, mas, não pode obter o caráter de absoluta.

A verdade processual é aproximativa, pois não pode ser verificada diretamente, visto que seu elemento fático é necessariamente uma verdade histórica que se refere a algo que aconteceu no passado. O passado não é apreensível diretamente, depende de provas a serem apresentadas que nunca poderão fazer voltar o tempo. As provas serão sempre interpretadas no sentido de se buscar tal verdade, ou seja, compreender o fato como ele realmente deve ter ocorrido, mas, o

⁸³ Ibidem, p.39.

nível de certeza nunca poderá atingir o absoluto. Já a verdade processual jurídica depende da análise dos fatos em relação às normas jurídicas como forma de adequação ou classificação, há novamente uma interpretação em relação a linguagem dos textos legais.

A verdade fática depende dos efeitos, dos sinais do passado apreendidos nas provas apresentadas, e é com elas que o juiz terá contato. Há uma inferência indutiva entre fatos que ocorreram de determinada maneira e as provas que os corroboram. O grau de certeza que se pode chegar nesse caso é a probabilidade por meio de conexões entre provas e fatos. Assim, como o juiz deve chegar necessariamente a uma decisão final, existe o princípio do *in dubio pro réu*, no caso de falta de provas, a decisão deve ser favorável ao acusado, essa é a ingerência legal na análise da verdade, um princípio jurídico que deve necessariamente ser seguido.

A verdade jurídica decorre de um procedimento classificatório da subsunção dos fatos comprovados às normas jurídicas, sendo uma inferência de natureza dedutiva, que tem, de certa forma, caráter opinativo.

As expressões legais admitem as mais diversas interpretações opinativas, podendo o juiz escolher aquela que lhe pareça mais apropriada ao caso concreto. Tal decisão pode ser tanto arbitrária como racional, o que pode se tornar um problema. Esse problema pode ser agravar ainda mais se os termos empregados pela lei se tornarem mais imprecisos e vagos, pois a discricionariedade do juiz é ainda maior. A lei, muitas vezes, procura classificar os fatos de forma clara para evitar a subjetividade, mas não pode retirar o caráter opinativo da análise do juiz entre fatos e normas.

Assim, conforme demonstrado, a verdade processual não pode ser absoluta, pois a verdade fática pode chegar ao grau de certeza da probabilidade enquanto que a verdade jurídica é meramente opinativa. Ainda, o juiz ao analisar os fatos e o direito não o faz de forma absolutamente impessoal, pois, por ser humano, está condicionando sua decisão a vários fatores de ordem política, ética, sentimentais etc.

Não se quer dizer com isso que o juiz seja sempre conscientemente parcial, mas que, muitas vezes, mesmo que inconscientemente, acaba por deixar de lado uma prova e considerar outras mais importantes de acordo com sua própria interpretação orientada por pontos de vista particulares. Ainda mais porque se

requer do juiz uma decisão prática e final sobre o caso que se apresenta, isso o diferencia de qualquer cientista ou historiador. Além de ser, como afirma Ferrajoli, o investigador exclusivo⁸⁴, pois cabe por lei a ele julgar de forma exclusiva aquele fato determinado.

Além da subjetividade do juiz, outro fator complicador é ainda o caráter pessoal de muitas das provas apresentadas no decorrer do processo, como os testemunhos, acareações etc. Provas essas apresentadas e colhidas exatamente para a investigação judicial, o que compromete ainda mais sua impessoalidade. Por outro lado, por serem confrontadas e analisadas conjuntamente com outras provas que podem ser contrárias e contraditórias, elas permitem a análise de um quadro muito maior e mais amplo. Mas, isso somente funciona num processo contraditório, de natureza acusatória em que efetivamente haja confrontação das provas, manifestação das partes e garantia da ampla defesa.

A verdade processual é condicionada por uma verdade normativa que condiciona sua validade pelo método empregado, pois ela somente terá valor normativo se comprovada pelas provas, desde que também estejam previstas em lei (adequação jurídica) e obtidas mediante normas jurídicas que dispõem sobre o procedimento de sua obtenção e convalidação.

Essas regras procedimentais são absolutamente necessárias, pois o juiz ao proferir sua sentença, o faz de modo definitivo, devendo proferi-la mesmo se não tiver certeza. Por isso diversas dessas regras são consideradas normas de garantia para evitar abusos e arbitrariedades, para que se limitem as decisões judiciais de modo que não sejam acolhidas decisões subjetivas, pois toda decisão deverá estar condicionada pelo controle procedimental previsto em lei. Todavia, nem todas as regras procedimentais agem nesse sentido, muitas parecem ter função oposta (segredo das provas etc.). Esse tipo de norma cria problemas, pois na realidade afastam o julgador da obtenção da verdade em vez de favorecê-la. Assim, os procedimentos, ao mesmo tempo que controlam a arbitrariedade, podem desviar o julgador da verdade.

Após verificada a impossibilidade de certeza total da verdade processual, pode-se afirmar que ela não pode ser considerada, como faziam os iluministas, como correspondência. Se a proposta do juízo penal fosse buscar a certeza objetiva,

⁸⁴ Ibidem, p.47.

em face do princípio do *in dúbio pro réu* seria impossível qualquer tipo de condenação ou, ao contrário, um ceticismo absoluto diria que não se poderia buscar qualquer tipo de verdade num processo penal.

Não é cabível nem um nem o outro caminho, pois se cairia na falácia da verdade absoluta ou do decisionismo subjetivo. A busca da verdade não pode mais ser vista como aquela visão mecanicista na qual a verdade deve corresponder absolutamente aos fatos ocorridos e eles a sua adequação legal, sob pena de se cair na idéia de que a verdade não poderá nunca ser obtida e o decisionismo deveria pautar as decisões judiciais. Sistemas penais decisionistas atenuam a legalidade e propugnam pela arbitrariedade não devendo ser admitidos. Portanto, é essencial a busca da verdade processual como preconizada pelo autor, não mais da forma empregada pelos iluministas.

A verdade processual se baseia num saber-poder que procura reduzir as margens de valoração subjetiva dos fatos pelos juízes. O verdadeiro ou falso das decisões judiciais deve ter por base a análise da verdade processual e não outros critérios de valor, pois somente assim as decisões judiciais podem ser controladas e vinculadas a critérios de validade e comprovação e, assim, justificadas e legitimadas.

O raciocínio judicial é composto de três inferências: uma inferência indutiva (prova fática), uma inferência dedutiva (subsunção jurídica), um silogismo prático (disposição que liga os fatos comprovados e a descrição feita pelas normas jurídicas, resultando na aplicação da pena).

A primeira traz a probabilidade da verdade dos fatos, a segunda, por sua vez, tem caráter opinativo, pois recai sobre as premissas de direito, e a terceira é um silogismo normativo que liga ambas as inferências anteriores.

Os critérios de verdade de uma decisão judicial dependem das três inferências, pois somente a última faz a ligação final entre os fatos e o resultado pretendido pelas normas na regulamentação de tais fatos – em decorrência da aplicação das normas aos fatos julgados.

As decisões penais precisam ser justificadas racionalmente, não podendo ser justificadas meramente pelo consenso da comunidade ou pela suas funções de satisfação de prevenção ou segurança.

É preciso, para sua legitimação, a comprovação da verdade fática e jurídica, como adequação aproximativa entre fatos e normas jurídicas. Esse é o modelo de direito penal que limita o arbítrio punitivo e garante a liberdade dos cidadãos.

Como já afirmado, no conceito de verdade processual, há a verdade fática (que se refere a um grau de probabilidade) e a verdade jurídica, dedutiva e opinativa de acordo com as premissas de direito admitidas. A incerteza de direito provém dessa mesma opinião sobre os tipos penais a serem possivelmente aplicados ao caso concreto. E a incerteza de fato depende da plausibilidade das provas colhidas a serem analisadas pelo juiz. A incerteza de direito depende das opções interpretativas das normas jurídicas enquanto que a incerteza de fato depende da livre convicção do juiz sobre o material probatório. Há o poder de verificação fática e o poder de interpretação normativa a serem levados em conta. Esses poderes fazem parte do poder judicial perante o caso concreto, de acordo com a legalidade estrita e com a jurisdicionariade estrita

1.10 O direito penal de Exceção ou Emergencial

Atualmente fatos graves como atentados terroristas ou crimes praticados por organizações criminosas internacionais têm feito o Estado criar normas penais mais severas num autêntico direito de emergência, no qual garantias e princípios penais e processuais penais inerentes a um Estado democrático de direito acabam por serem relativizados.

A principal teoria para justificar tais mudanças legislativas é exatamente a da razão de Estado, fundamentada nos antigos crimes de *lesa-majestade*, que ofendiam a vontade e determinação do soberano, detentor absoluto dos poderes estatais. Esse tipo de repressão deixa de ter um caráter eminentemente jurídico para assumir ares de política criminal que se legitima na proteção do Estado como fim em si mesmo. Essas alterações não se dão apenas na legislação, mas também na jurisdição refletindo diretamente na aplicação do direito nos casos concretos. Está instaurada assim, uma crise de legalidade do próprio direito penal e, conseqüentemente, de sua aplicação prática⁸⁵.

⁸⁵ Ibidem, p.650.

A crise de legalidade que gerou o direito penal emergencial acabou por suscitar novas discussões sobre os crimes de natureza política contra o Estado, que são os que, segundo Ferrajoli, “opõem diretamente cidadãos e instituições estatais, ofendendo e colocando em perigo, além dos bens particulares concretamente ofendidos, a soberania do Estado e os seus interesses políticos fundamentais”.⁸⁶

Ao se falar em crimes políticos afirma-se que seria possível comprovar-se um direito de oposição caso o governante abusasse do poder a ele constituído pelo povo e exercido em nome do povo. Logo, somente os cidadãos legitimariam o poder do soberano que não poderia agir contra os direitos mais básicos e fundamentais dos indivíduos. Essa teoria se baseia na idéia tomista de que leis injustas não devem ser obedecidas⁸⁷. Contrariamente, a doutrina da “razão de Estado” afirma que o Estado é um fim em si mesmo e sua principal função é garantir sua própria existência soberana, doutrina esta “encontrada na base de todos os modelos anti-liberais e anti-garantistas, informados, invariavelmente, pela concepção do delinqüente político como ‘inimigo’, a ponto de suprimir, no interesse geral, a sua identificação *extra-legem*, com base em critérios substanciais e instrumentos inquisitivos”.⁸⁸

Por isso o autor rechaça a teoria da “razão de Estado”, afinal de contas, um Estado de Direito serve como meio para assegurar os direitos e garantias de seus cidadãos e também de qualquer pessoa que se encontre sob sua jurisdição. Qualquer forma de repressão política ou medidas de caráter policialesco devem ser combatidas⁸⁹. O direito legitima o Estado dizendo exatamente como e quando ele pode e deve agir e assim deve ser, pois é a instituição que detém o monopólio da violência, e, assim sendo, deve ser limitada para evitar abusos e excessos. A razão de Estado não é autofundada, não se pode submeter ramos diferenciados como a ética e a moral à política, pois teremos uma situação no mínimo perigosa, visto que, nestas condições, o Estado poderá fazer praticamente tudo o que quiser.

O Estado, na realidade, nada mais é do que um meio para a consecução dos fins pelos quais foi instituído, qual seja, a garantia de direitos das pessoas que compõem a sociedade que o Estado pretende regulamentar e organizar. Numa

⁸⁶ Ibidem, p.650.

⁸⁷ Ibidem, p.651.

⁸⁸ Ibidem, p.652.

⁸⁹ Ibidem, p.653.

perspectiva contratual liberal, como a de Locke, existem direitos inerentes ao homem que pré-existem ao próprio Estado, só que, enquanto se encontram no estado “selvagem” os homens não conseguem defender de forma eficaz seus direitos contra terceiros, o que faz com que prevaleça o poder do mais forte. Exatamente para garantir a igualdade, os homens aderem ao pacto social criador do Estado moderno. Como resultado de um pacto, o Estado não pode dele se afastar, pois, como já dito, ele não é um fim em si mesmo⁹⁰. Todo seu ordenamento jurídico institucional deve se voltar para os cidadãos, pois, eles sim são o fim do Estado, pois são seus próprios fundadores e legitimadores.

Esse é o motivo pelo qual o Estado não pode criar um direito de emergência que acabe por restringir ou extirpar direitos fundamentais (tanto processuais como penais) daqueles que os instituíram. Um direito de exceção que vise combater e prevenir a ação de pessoas com base na periculosidade e no tratamento penal mais árduo e diferenciado gera uma ilegitimidade do Estado, pois se afasta de seu fim primeiro, a proteção dos direitos humanos. Tais direitos devem prevalecer até mesmo contra o Estado e, se assim é, ele não teria a menor legitimidade de decidir quem seriam os destinatários desta gama de direitos, visto que todos devem ser iguais perante a lei. Do mesmo modo, na aplicação das leis pelos magistrados, não se pode falar em tratamento diferenciado com base na periculosidade ou de um direito penal de autor em virtude do mesmo princípio da igualdade ao qual se agregam a dignidade humana e a imparcialidade do órgão julgador perante os casos concretos. O juiz deve fundamentar sua decisão numa base legal, ora, se o juiz não pode discriminar alguém pelo que ele é, a lei certamente também não poderá!

A ordem pública, o clamor social, a intervenção midiática não justificam a restrição de direitos fundamentais, conquistados a duras penas. Deixar que isso influencie a criação e aplicação do direito num Estado democrático é um risco, pois se deixa a porta aberta para a instauração de um regime totalitário num absoluto retrocesso tanto do direito como da política:

A vida e a segurança dos cidadãos são hoje, mais do que nunca, colocadas em perigo não apenas pela violência e pelos poderes selvagens dos particulares e, em nenhum caso por simples desvios ou ilegalidades de singulares poderes públicos, mas também, e em medida bem mais vistosa e dramática, dos Estados mesmos enquanto tais: guerra, armamentos,

⁹⁰ Ibidem, p.654.

perigos de conflitos militares e, internamente, torturas, massacres, desaparecimentos de pessoas representam já ameaças incomparavelmente mais graves à vida humana.⁹¹

A criminalidade estatal é um fato que simplesmente não pode ser ignorado, ainda mais quando se requer um alargamento dos poderes estatais de repressão e punição. Essa criminalidade desenvolve-se tanto internamente como internacionalmente colocando em perigo não somente os cidadãos como também um número indeterminados de pessoas englobando diversos Estados. A soberania estatal compreendida como um fim em si mesma acaba legitimando, mesmo que implicitamente, tais ações, pois faz com que o Estado atue somente para atender suas próprias finalidades consideradas superiores. Uma concepção garantista impede que isso ocorra, pois o fundamento do Estado sempre será externo, qual seja, a proteção dos direitos humanos fundamentais. O Estado servindo ao homem e não o contrário. O homem continua a existir sem o Estado, mas não há Estado sem homens.

1.10.1 Crítica do tratamento do Terrorismo como direito penal de exceção, por Ferrajoli

A idéia de se criar leis especiais teve por base histórica exatamente o combate ao terrorismo político desde o começo dos anos oitenta na Europa. Leis estas que passaram a aumentar os poderes investigativos tanto da polícia como dos magistrados na apuração de casos suspeitos de terrorismo. O processo passou a ser utilizado como instrumento da acusação contra o réu e não imparcialmente como deveria ser. O terrorismo, no entanto, justificou a primeira de uma série de exceções que atualmente se compreendem como justificadas, como, por exemplo, leis de combate ao narcotráfico, à ações relativas à pedofilia, à máfia etc.

As mais diversas exceções modificaram a cara do direito penal do início do século XXI caracterizando o que Ferrajoli denomina de:

[...] mutação de paradigma: de um lado, a diferenciação e subjetivização da especialidade mediante o desenvolvimento de mais direitos penais

⁹¹ Ibidem, p.749.

especiais e diferenciados; de outro lado, o crescimento da discricionariedade nas fases *ante* e *post iudicium*, segundo módulos transacionais idôneos a conferir a máxima flexibilidade seja ao rito como à pena, com a conseqüente perda da centralização do juízo assim como do nexos causal ilegal entre pena e crime.⁹²

Um direito penal de emergência caracteriza-se, em primeiro lugar, por estar carregado de elementos valorativos e voltar-se essencialmente para a análise da periculosidade do réu frente à sociedade. Qualquer tipo penal que remeta a finalidades terroristas acaba por abrir um leque enorme de possibilidade ao juiz para enquadrar as mais diversas condutas como essencialmente ilícitas e, portanto, passíveis de pena. Esse enquadramento subjetivo é ainda mais perigoso, pois possibilita investigações à determinada pessoa considerada suspeita ou mesmo a sua prisão com fins investigativos, entenda-se, inquisitivos. O processo passa a ser um instrumento de combate aos inimigos do Estado⁹³, e não mais o instrumento imparcial para apuração da veracidade de determinado fato mediante a apresentação e análise de provas obtidas obedecendo-se aos princípios constitucionalmente previstos, como o da presunção de inocência e do contraditório.

Até mesmo a aplicação da pena se modificou, moldando-se ao caráter de amigo ou inimigo do condenado, pois os que colaboram e se mostram arrependidos poderão ter benesses ou reduções de pena, enquanto que os que continuam sendo considerados perigosos não as desfrutam, tendo um tratamento mais severo por não serem considerados recuperados ou recuperáveis.

Nessa mesma linha, surgiram as grandes investigações e grandes operações policiais envolvendo centenas de suspeitos por se voltarem a atividades vinculadas a organizações criminais e/ou terroristas. Além de envolverem um número alto de pessoas também multiplicam-se em concurso o número de crimes aos quais se suspeita da participação, pois aos crimes associativos de perigo juntam-se muitos

⁹² Ibidem, p.659.

⁹³ “Se o pressuposto da pena é representado, mais que pelos fatos delituosos determinados, pela substancial personalidade terrorista do seu autor, o processo decai inevitavelmente de qualidade de verificação empírica das hipóteses de acusação em técnica de inquisição sobre a pessoa, isto é, sobre sua subjetividade substancialmente inimiga ou amiga, a qual se exprime não apenas nos crimes por ele cometidos mas também no seu comportamento processual. Objeto de prova mais do que de pena, coerentemente à nova natureza do processo como terreno de luta, em suma, é não tanto e não apenas se o imputado *tenha cometido* um ato terrorista e portanto criminal mas se o imputado *foi* e sobretudo se *é* atualmente um terrorista ou um criminoso” In: FERRAJOLI, op. cit., p.660.

outros que necessitam de prova específica sob pena de ficar o processo sem qualquer objeto ou prova concreta. Quanto maiores e mais complexos os processos e as investigações perpetradas pelo Estado, mais risco se corre de existirem abusos e excessos, pois tal flexibilização no âmbito do direito torna, a princípio, permitidas, condutas que não deveriam sê-lo por falta de uma proibição expressa e pela indeterminação das normas.

A legislação antiterrorista de emergência acaba confundindo as funções da polícia com as da magistratura. Enquanto a polícia possui uma atividade de cunho administrativo voltada para a prevenção, investigação e combate de fatos delituosos, o judiciário deve ser imparcial na análise e validação das provas apresentadas e requisitadas, ouvindo todas as versões e considerando todas as hipóteses. O trabalho policial prioriza resultados e, assim, trata a todos os suspeitos como inimigos⁹⁴ enquanto que, o judiciário, parte do pressuposto que todos são inocentes até que se prove o contrário (papel este da polícia e da acusação), provas estas submetidas a um rigoroso controle legal para que não sejam consideradas inválidas. Para Ferrajoli os abusos do judiciário são muito mais graves que os da polícia, pois ela pode ser controlada pelo judiciário que, por sua vez, não tem nenhum controle direto sendo exercido sobre si.⁹⁵

A possibilidade de ataques terroristas justifica considerar-se que o Estado está frente a uma situação equiparada a de guerra, de modo que se possa criar uma legislação de emergência? Se a resposta for sim, se o terrorismo é considerado um perigo tão grave à própria instituição estatal, então poderiam ser criadas medidas excepcionais, as quais Ferrajoli não considera como direito, mas sim aplicação coativa do poder estatal para se defender de lesões iminentes⁹⁶.

Na realidade, o Estado não deve fazer qualquer espécie de concessão para restringir direitos fundamentais neste ou naquele caso, sob pena de perder sua legitimidade ao aplicar essas mesmas “concessões” sem justificativa ou sem

⁹⁴ Ibidem, p.663.

⁹⁵ Ibidem, p.664.

⁹⁶ “[...] afirma Hobbes, no qual o estado de necessidade – ou se se quiser, a razão do Estado ditada pela emergência – legitima politicamente a ruptura das regras do jogo: é o estado de guerra, pouco importando se externa ou interna. ‘Na guerra’, diz ele, ‘infligir um dano qualquer ao indivíduo inocente, que não é um súdito, se se faz para benefício do Estado e sem violação de nenhuma convenção prévia, não é um quebramento da lei da natureza’, e visto que a rebelião ‘ constitui um regresso à condição de guerra’, qualquer um que atente contra a segurança ou a superveniência do Estado não

cuidados maiores. Não se pode confundir criminalidade de exceção com crimes políticos, o que é fácil de ocorrer neste tipo de sistema em que a mudança às regras do jogo é facilmente permitida, de acordo com a razão do Estado em determinado momento. O Estado democrático de direito se sustenta através da adoção de uma Constituição que deixa claro a todos quais são as regras a serem obedecidas, logo, qualquer exceção pode e deve ser questionada. Se há uma situação emergencial que permita então tais mudanças, na visão de Ferrajoli, tais mudanças perpetradas não podem ser consideradas direto legítimo (pois exatamente servem para regular a exceção e somente serão aplicadas neste caso específico), portanto, tornam-se meras respostas de combate e defesa, ou seja, respostas de guerra⁹⁷. Assim o é no caso do terrorismo, pois o direito serve para regular uma sociedade em suas condições normais de existência (tanto do Estado como dos cidadãos). No entanto, atualmente, considera-se que o direito penal de emergência tem validade plena, pois justificado pela situação de “anormalidade” e “perigo” em que se encontra o Estado e a sociedade com um todo, não valendo para os processos e procedimentos normais. A ilegitimidade, portanto, somente surgiria na aplicação de medidas excepcionais a casos que sejam comuns, de direito ordinário. Todavia, até mesmo esta noção de separação dos dois âmbitos normativos já foi perdida, o que se vê nos mais diversos ordenamentos é exatamente o imiscuir de medidas excepcionais de restrição de liberdade e direitos nos processos comuns, o que acaba fazendo com que prevaleça um Estado policial que cria leis de acordo com o momento e, muitas vezes, por pressão social e midiática, não necessariamente garantista.

A saída para este tipo mudança, com a finalidade de se preservar um Estado garantista, seria, de acordo com o autor, negar-se existência e efetividade a qualquer tipo de “direito penal de exceção”⁹⁸ porque inevitavelmente, nesses modelos normativos, acabam sendo criadas medidas penais com base na periculosidade de autor e não na culpabilidade do fato praticado. Pune-se, a exemplo, o “terrorista” e não a prática de um ato que lesione ou coloque em perigo bens jurídicos específicos. Crimes políticos acabam recaindo na liberalidade ampla conferida ao Estado na definição da prática dos atos considerados criminosos ou, no

é um delinqüente, senão um ‘inimigo’, e contra ele não valem as regras de direito, senão as regras da força.” *In*: FERRAJOLI, op. cit., p.666.

⁹⁷ *Ibidem*, p.667.

⁹⁸ *Ibidem*, p.668.

caso de um Estado absolutista, na definição dos tipos de criminosos que se pretende combater. O princípio da igualdade resta inaplicável num Estado que adote medidas penais deste tipo, pois claramente, existiriam os cidadãos e aqueles considerados perigosos ou inimigos, muitas vezes se deixando o fato criminoso praticado em segundo plano frente à criminalidade de autor instituída.

Não se pode confundir a atividade policial com aquela jurisdicional de aplicar o direito frente aos casos concretos, somente se permitindo a aplicação de penas após o devido processo legal, no qual se prove objetivamente a prática de um ato previamente definido em lei como crime. Os direitos fundamentais devem ser a base do direito e da sociedade em relação ao qual não devem recair quaisquer “exceções”. Em suma, é preciso colocar o direito penal novamente nos códigos, limitando-o ao mínimo e evitando a criação de leis especiais e abusivas⁹⁹ por serem obscuras e indeterminadas permitindo abusos tanto por parte da polícia como por parte do judiciário. Tanto os cidadãos, como a polícia e o judiciário, possuem limites às suas ações, limites estes previstos expressamente na Constituição, é assim o é para a garantia dos direitos fundamentais¹⁰⁰ a todos sem exceção, com fundamento no princípio da igualdade. Tais direitos podem e devem ser exigidos, devem ser efetivados socialmente, não podem ser restringidos pelo Estado com base em leis de ocasião.

⁹⁹ Ibidem, p.670.

¹⁰⁰ “Daí a concepção fundante de toda corrente culturalista do direito, que concebe o fenômeno jurídico exclusivamente enquanto garantidor da pessoa humana, enquanto fundamento e valor último a ser alcançado através do indivíduo, que considerado em sua imanência e objetividade espiritual, realiza-se somente naquilo que se faz, ou seja, citando o mestre paulista (Miguel Reale) *enquanto ser que só se realiza no sentido de seu dever ser*”. In: DALLA-ROSA, Luiz Vergilio. **O direito como garantia. Pressupostos de uma teoria constitucional.** p.70/71.

2 DIREITO PENAL DO INIMIGO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS

2.1 Uma aproximação histórica e teórica

As idéias propagadas por Jakobs na sua teoria do direito penal do inimigo não são, em realidade, novas. Desde sempre o direito penal distinguiu entre cidadãos (dotados dos mais diversos direitos) e aqueles que não os possuíam por não fazerem parte de um determinado grupo social ou político (distinção normativamente dissimulada, mas que, na prática, sempre ocorreu). A repressão penal em sua antiguidade aplicava penas diferenciadas para as mais diversas classes sociais, passando pela Idade Média e pela Idade Moderna.

A idéia de direitos humanos universais é recente em termos jurídicos, é uma idéia moderna que, ainda assim, não fez desaparecer por completo do direito positivo tais “discriminações” que, afinal de contas, persistem até os dias de hoje de forma dissimulada ou explícita.

A modernidade continuou a considerar que certas pessoas poderiam ser excluídas da gama de direitos que deveria caber a todos, visto que aqueles que não teriam vontade livre e autoconsciência não teriam esses mesmos direitos, conforme Hegel, citado por Zaffaroni:

[...] toda relación jurídica presupone la libertad de la voluntad, quien no es *autocosciente* no puede entrar em esa relación, pues *el campo del derecho es lo espiritual, y su lugar preciso y punto de partida es la voluntad, que es libre, de suerte que la libertad constituye su sustância y determinación; y el sistema del Derecho es el reino de la libertad realizada, el mundo del espíritu expresado por sí mismo, como en una segunda naturaleza.* Como el *extraño* no es *autoconsciente*, no comparte esa *segunda naturaleza*; por ende, no puede ser sometido a pena, porque no actúa com relevância jurídica y no puede cometer um delito, sino solo representar un peligro...¹⁰¹

No século XIX, com o positivismo, os criminosos passaram a ser vistos como pessoas perigosas, num retrocesso do direito que passou a tratá-los como doentes incorrigíveis que deveriam ser submetidos a encarceramento ilimitado com base na idéia de defesa social contra tais pessoas. Basta analisar as idéias lombrosianas do

delinqüente nato, as de Ferri, Garofalo, e assim por diante. Toda a construção em torno das medidas de segurança para os inimputáveis e penas para os responsáveis é do começo do século XX como herança das idéias positivistas. Medidas estas que se baseiam não na retribuição, mas sim no princípio da periculosidade do sujeito frente à sociedade.

Como exemplo de um direito penal do inimigo, podemos citar o direito da Alemanha nazista que tratava de um modo os alemães e os judeus, que eram punidos simplesmente por serem judeus, levados ao extermínio em campos de concentração por normas de direito penal de autor, se é que, na verdade, pode-se falar em direito nesses casos.

Zaffaroni coloca como exemplo dos dias de hoje a legislação americana: “Los iguales son tratados con la legislación penal explicada em los manuales. La legislación penal antiterrorista (*ley patriótica*) cancela garantías constitucionales”, formando um “sistema penal paralelo para terroristas”¹⁰².

O fato de os países se denominarem como Estados de Direito não impediu e não impede que se criem leis¹⁰³ que acabam por tratar de forma discriminatória diferentes classes de indivíduos. As sociedades democráticas podem até ser mais tolerantes com a diversidade, mas ainda tratam, mesmo que dissimuladamente, certos grupos sociais mais arduamente na tipificação de crimes e na aplicação de penas.

Um direito penal que possui normas próprias para aqueles considerados excluídos e para os cidadãos e membros de uma determinada sociedade é prática antiga. O que deve ser questionada é exatamente a possibilidade de tais normas serem constitucionais num Estado democrático de Direito e também se elas se

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La legitimación del control penal de los “extraños”**. In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. p.1127.

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La legitimación del control penal de los “extraños”**. In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. p.1124.

¹⁰³ Jakobs não nega que a existência de normas de características de direito penal do inimigo “dentro” do sistema normativo do direito penal do cidadão seja um mal: “Por outro lado, entretanto, em princípio, nem todo delinqüente é um adversário do ordenamento jurídico. Por isso, a introdução de um cúmulo praticamente já inalcançável – de linhas e fragmentos de Direito penal do inimigo no Direito penal geral é um mal, desde a perspectiva do Estado de Direito.” In: JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do Inimigo. Noções e Críticas**. p.43.

justificam diante das condições atuais da sociedade e dos riscos gerados pela criminalidade coletiva e organizada do mundo contemporâneo.

As bases políticas do direito penal do inimigo, conforme o próprio Jakobs, encontram-se na idéia do contrato social em Hobbes e seu Leviatã. Na concepção hobbesiana, os homens celebram um pacto social para que possam sair do estado de natureza no qual prevalece a guerra de todos contra todos para, assim, erigir uma sociedade civilizada. Para que possam organizar-se e conviver, precisam ceder todos seus direitos ao Estado que terá, por conseguinte, poderes absolutos sobre os homens celebrantes do pacto. Hobbes defende o absolutismo do Estado, no sentido que sua soberania não pode ser parcial, não subsistindo quaisquer direitos contra o Estado aos seus súditos. Não se pode falar, portanto, em direito de oposição ou resistência ao poder Estatal. Aqueles que não fizessem parte do pacto não seriam considerados cidadãos e também não seriam tratados da mesma forma. É a idéia inicial dos inimigos do Estado e da sociedade, inimigos estes que ainda se encontram no Estado selvagem anterior, os quais devem ser combatidos a duras penas para a própria sobrevivência da civilização.

Como contraponto, existem outros contratualistas (dentre eles, Locke) que não são defensores de um Estado absoluto e onipotente em relação a seus súditos, visto que subsistiriam direitos aos membros da sociedade inclusive contra o próprio governante. Quer dizer, admitem a possibilidade de um direito de resistência. Para Locke, o Estado surge para proteger, de forma mais efetiva, direitos que pré-existem, mas que, por insegurança e fragilidade, os homens não conseguem garantir a si mesmos sozinhos. No momento em que o Estado deixar de proteger tais direitos a quem quer que seja, automaticamente ele perde sua legitimidade perante os cidadãos que podem se voltar contra ele, pois não mais estará representando fielmente o pacto firmado. De modo que o Estado absoluto de Hobbes encontra também seus opositores com fundamentos políticos tão relevantes quanto os por ele apresentados.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Segundo Zaffaroni: "Feuerbach defiende los derechos anteriores al contrato, afirmando que en el estado natural también existen derechos, como existe ante la razón el derecho a la libertad del africano vendido como esclavo, aunque no pueda ejercerlo porque ça fuerza se lo impida. Para Feuerbach, el soberano es parte del contrato y por este se lê cede el derecho a escoger los médios para realizar su fines. La disidencia respecto de las decisiones políticas no puede fundar ningún derecho de resistencia, que sólo aparece cuando el soberano actúa contra la sociedad civil y pretende volverla al estado de naturaleza. Por apartarse de los fines asignados por el contrato a la soberania, entiende que el soberano pierde su carácter de tal y, por ende, la resistencia no es contra

Zaffaroni faz uma síntese dos fundamentos de um Estado Liberal e de um Estado Totalitário a fim de que seja possível a análise das bases de um direito penal do inimigo compreendendo que, num Estado Liberal, todas as pessoas devem ser tratadas igualmente pelo direito (todos devem ser iguais perante a lei), mesmo que na prática isso não aconteça, o direito penal procura aplicar as sanções de acordo com o fato praticado pelo indivíduo e não por qualidades a ele inerentes. A paz entre todos seria a finalidade jurídica, visto que todos seriam juridicamente iguais e, portanto, cidadãos¹⁰⁵. Já num estado absoluto e autoritário há uma distinção jurídica entre cidadãos (estes sim iguais perante a lei) e os excluídos (estrangeiros e classes consideradas inferiores), o meio para a obtenção da paz (somente dos cidadãos nesse caso) seria a guerra contra os “excluídos” e as ameaças por eles representadas que deveriam ser combatidas da forma mais eficaz possível. Pensando dessa maneira, os limites aos poderes de repressão do Estado existem somente em relação aos cidadãos e não aos inimigos que representam, pura e simplesmente, perigos a serem neutralizados. Conclui-se, então, que somente um Estado forte pode bem defender seus cidadãos¹⁰⁶.

Resta apontar quais seriam os fundamentos políticos, jurídicos e filosóficos a sustentar (ou não) essa teoria, em particular analisando se ela serve apenas como um fundamento provisório de um direito penal de emergência a ser aplicado somente em casos excepcionais ou, ao contrário, seria uma nova espécie de direito penal com bases diferenciadas em relação ao direito penal tradicional, convivendo ambos, de forma perene, num mesmo sistema jurídico.

2.2 Concepção do conceito Direito Penal do Inimigo

el soberano sino contra um particular com poder” In: ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La legitimación del control penal de los “extraños”**. In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. p.1139.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La legitimación del control penal de los “extraños”**. In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. p.1140.

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La legitimación del control penal de los “extraños”**. In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. p.1142.

*Es fácil llegar a un acuerdo acerca de un mundo ideal, pero com ello nada se há ganado para la vida en el mundo real.*¹⁰⁷

O ponto central de todo direito penal, segundo Jakobs, deve ser o “o balanço entre juridicidade e efetividade”¹⁰⁸, sendo que a função das penas remete à garantia das expectativas geradas na sociedade pelas normas jurídicas. Apenam-se lesões normativas e não necessariamente bens jurídicos, visto que existem crimes de perigo e penas às tentativas. As sanções penais têm por função manifesta exatamente manter a estabilidade de uma sociedade de risco e, por funções latentes, a prevenção em relação aos membros da sociedade que pretende regulamentar e a qual está ligada de forma a repercutir sua identidade.

É preciso, em primeiro lugar, fazer uma distinção entre o que se compreende atualmente como Direito Penal do inimigo e todas suas conseqüências jurídicas. Especialmente em relação às hipóteses de agravamento de condutas típicas consideradas de maior periculosidade, pois, não se pode negar que, diante de determinados eventos excepcionalmente perigosos, o direito penal deve recrudescer aplicando penas mais graves de forma mais incisiva, mas nunca prescindindo do princípio da proporcionalidade. No entanto, na acepção corrente, o Direito Penal do inimigo vai além do aumento das penas e pretende configurar-se como um direito penal à parte do direito criminal comum em sua essência.

A teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs surge como um dos grandes pontos de discussão na atualidade, especialmente após os atentados de 11 de setembro dos Estados Unidos e sua política de combate em relação ao terrorismo, evidenciando uma situação de conflito em nível mundial.

A sociedade contemporânea possui uma organização e estrutura muito diferentes daquelas do Estado-nação moderno. As mais diversas culturas convivem mutuamente, num mundo globalizado e transnacional, no qual o direito moderno muitas vezes parece ser insuficiente na sua função de pacificar e dirimir conflitos. Esses são alguns pontos que levaram a um primeiro esboço da teoria do Direito Penal do Inimigo.

¹⁰⁷ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal del Enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad** In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. p.116.

¹⁰⁸ JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. p.51.

Assim, dentre as mais diversas razões que confluíram para o desenvolvimento dessa teoria pode-se apontar a internacionalização e globalização das sociedades, o que gerou uniões, mas, também, inúmeros conflitos. No mundo globalizado de hoje a tecnologia passa a ter um poder de controle imenso sobre a vida das pessoas, servindo como meio de investigação tanto legítimo como ilegítimo. Uma sociedade de massa é capaz de criar, através de um poder autoritário, inimigos em massa, bem como de dizimá-los. Este panorama propiciou, especialmente com o risco real de ataques terroristas, a idéia de legitimação de um direito penal do inimigo. Seria esse tipo de direito capaz de resolver os conflitos e de prevenir perigos no âmbito de nossa sociedade? Seriam tais normas justificadas?

As principais características do Direito Penal do Inimigo segundo Jakobs são:

(1) ampla progressão dos limites da punibilidade, vale dizer, a mudança de perspectiva do ato praticado pela do ato que se vai praticar, sendo aqui exemplificadores os tipos de criação de organizações criminais ou terroristas, ou de produção de entorpecentes por grupos organizados; (2) falta de uma redução da pena proporcional a essa progressão; por exemplo, a pena para o que dirige uma organização terrorista é igual a de um autor de um homicídio tentado, aplicando-se logicamente a diminuição da pena pela tentativa e supera de maneira ostensiva na maioria dos casos as penas reduzidas de tentativa previstas para os demais crimes de associações terroristas; (3) passagem da legislação de Direito Penal à legislação de combate à criminalidade e, concretamente, à criminalidade econômica (Primeira Lei de Repressão à Criminalidade Econômica, de 29 de julho de 1976), ao terrorismo (art.1º da Lei de Repressão ao Tráfico Ilegal de Drogas e outras Formas de Criminalidade Organizada), mas também – com alguma perda de contornos – aos crimes sexuais e outras condutas penais perigosas (Lei de Repressão aos Crimes Sexuais e outras Condutas Perigosas, de 26 de janeiro de 1998), assim como – abrangendo tudo – à criminalidade em geral (Lei de Repressão à Criminalidade, de 28 de outubro de 1994); (4) supressão de garantias processuais, em que a incomunicabilidade do acusado constitui-se em exemplo clássico.¹⁰⁹

Seria possível a existência de um “direito penal do inimigo” num sistema jurídico-constitucional de bases democráticas?

Em primeiro lugar, seria preciso analisar a própria expressão “inimigo” para depois se adentrar na discussão de sua legitimidade em qualquer ordem jurídica constitucional democrática, fundamento do direito da grande maioria dos países ocidentais.

O próprio Jakobs redefiniu o conceito de Direito Penal do Inimigo ao aprofundar-se em seus estudos de 1985 a 2003. Primeiramente, para ele, direito

¹⁰⁹ JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. p.56/57.

penal do inimigo seria aquele que produz: “(a) un adelantamiento de la punición a un estado previo a la afectación del bien jurídico; (b) un incremento desproporcionado de las penas y (c) la relativización o supresión de algunas garantías procesales.”¹¹⁰

Alguns autores, citados por Garcia¹¹¹, como Silva Sanchez, entendem que o direito penal do inimigo seria um direito de terceira velocidade, no qual seriam flexibilizadas as garantias penais e ainda assim se aplicaria uma pena privativa de liberdade em razão da gravidade do crime, podendo somente ser aplicado em casos de comoção gravíssima, extremamente excepcionais. Já outros, como Cancio Meliá não aceitam que tal teoria possa ser considerada direito.

Jakobs apresenta um conceito de inimigo com base na teoria de Luhmann, identificando os inimigos como não pessoas, ou seja, como não sendo cidadãos, por não aceitarem as regras que regem uma sociedade. Tais “inimigos” colocam em risco toda a organização social com suas condutas, não podendo, conseqüentemente, ser tratados juridicamente como se cidadãos fossem.

O inimigo é um indivíduo que está excluído da organização de determinada sociedade, salientando-se que Jakobs compreende ainda a sociedade em suas bases contratualistas¹¹², ou seja, fundamentadas e legitimadas por um pacto social. Dentro desse meio social, logicamente, existem pessoas que irão quebrar suas regras fundamentais, mas nem por isso serão consideradas inimigos, pois é certo que muitos cidadãos praticarão crimes e, por serem responsáveis socialmente, a eles serão aplicadas sanções com finalidades preventivas e retributivas, essa é uma das funções primordiais do direito penal tradicional-liberal.

Já os que se comportam como inimigos vão, com suas condutas infratoras, muito além de um simples desvio no obedecer às normas jurídico-sociais. Os inimigos se afastam completamente e de forma definitiva do próprio conjunto normativo, ameaçando toda essa estrutura. Portanto, para os inimigos deve ser

¹¹⁰ GARCIA, Manuel Salvador Grosso. **Qué es qué puede ser el “derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto.** In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión.* p.5.

¹¹¹ GARCIA, Manuel Salvador Grosso. **Qué es qué puede ser el “derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto.** In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión.* p.5-6.

¹¹² É preciso distinguir entre uma concepção mecanicista e organicista da sociedade. Na primeira a sociedade é vista como a soma de seus indivíduos, não existindo de forma autônoma. Na segunda, a sociedade é comparada a um organismo vivo formado pelos indivíduos, mas que permanece de forma relativamente autônoma em relação a cada um deles, quer dizer, o organismo é algo mais do que a soma das partes que o compõem, inclusive podendo existir sem alguns de seus componentes e mesmo devendo extirpar as partes “patológicas” (a sociedade está acima dos indivíduos).

direcionado o Direito Penal do Inimigo, o que, como já dito, para muitos, não seria direito, mas sim uma resposta militar, de guerra, do Estado em relação àqueles declarados como inimigos. E, na guerra, não se pode falar em Direito, existindo apenas uma situação de prevalência de força e coação, ou pelo menos, a idéia de Direito está mitigada à vigência e controle social mínimos ou impraticáveis.

Jakobs combate tal argumentos salientado que, nas palavras de Garcia:

[...] aunque el Estado en principio estaria legitimado para hacer cualquier cosa con en enemigo, no siempre lo hace, y que el Drecho penal del enemigo es una forma de 'limitar' esa respuesta adoptando medidas de seguridad que no 'privan' al enemigo de todos sus derechos (?), dejando siempre abierta la puerta para un eventual acuerdo de paz.¹¹³

Assim, segundo o autor, o Direito Penal do Inimigo, na verdade, serviria para limitar o Estado em sua arbitrariedade, regulamentando também como deveria agir perante aqueles considerados inimigos, como se fosse uma nova forma de direito penal que teria como destinatários não mais os cidadãos, as pessoas, mas sim os inimigos. Entretanto, como o Estado é quem define e aplica as sanções e medidas excepcionais aos inimigos, estar-se-ia diante de um instrumento de guerra, de neutralização de perigos à sociedade. Casos em que não se aplicariam os princípios e garantias fundamentais da pena e do direito penal liberal, visto que o Estado precisaria, antes de mais nada, proteger a sociedade e a si próprio contra perigos graves e reais, como, por exemplo, o terrorismo e as condutas praticadas por grandes organizações criminosas internacionais.

O fato do direito penal do inimigo não ser ainda aceito como uma constante nos Estados democráticos ocidentais não quer dizer que em seus sistemas jurídicos não existam disposições penais assemelhadas às características definidas por Jakobs como pertencentes a esse tipo de “direito”. Por isso que o autor afirma que é preciso se compreender quem são os inimigos, de forma que tal espécie de normas apenas se dirija a eles, resguardando os cidadão de tais disposições mais graves.

Os inimigos, na visão de Jakobs, existem faticamente e colocam a sociedade numa situação de risco real¹¹⁴, por isso fala em Direito contra os inimigos para

¹¹³ GARCIA, Manuel Salvador Grosso. **Qué es qué puede ser el “derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto**. In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. p.07.

¹¹⁴ De acordo com Cancio Meliá: “Os fenômenos, frente aos quais reage o ‘Direito penal do inimigo’, não têm essa especial ‘periculosidade terminal’ (para a sociedade), como se apregoa deles. Ao

proteção da coletividade e da ordem social como um todo. O Estado atual, por mais pluralista e garantista que seja, não pode ignorar, segundo o autor, a existência fática dos inimigos, ainda mais quando medidas de cunho policial não são suficientes para contê-los e impedir os atos que ameaçam a coletividade. É efetivamente o papel do Direito Penal do Inimigo de regular juridicamente uma exclusão¹¹⁵.

No entanto, a privação de certos direitos penais e processuais penais a toda uma classe de indivíduos não desembocaria num direito penal de autor? Seriam, então, os postulados do direito penal do inimigo meras aplicações de um direito penal que pune pessoas não por atos mas por qualidades a elas intrínsecas que geram certa hostilidade no meio social?

Afinal de contas, ao determinar que certas pessoas não terão os direitos previamente garantidos a todos, está se criando a possibilidade de que, mais tarde, outras e mais outras pessoas tenham seus direitos cassados, o que resulta num autoritarismo exacerbado por parte do Estado na definição de quem seriam os destinatários (pessoas) de suas normas e a quem (e em que determinado momento e por determinadas razões) se “coisificará” como não-pessoa, logo, inimigo. Segundo Zaffaroni:

Esto es así, porque al permitir la intervención de las comunicaciones privadas se afecta la intimidad de todos, al limitar garantías procesales se pone a todos em riesgo de ser indebidamente procesados y hasta condenados por terrorismo, al tipificar actos preparatorios equívocos se conmina con pena a todos por conductas que, em la mayoría de los casos, son inofensivas. [...] Es decir que el tratamiento penal diferenciado del *hostis* implica una *lesión a los límites del estado respecto del ciudadano, o sea, que es un tratamiento más represivo para todos, lo que se compagina mucho más con el estado absoluto que con el estado de derecho.*¹¹⁶

Segundo Jakobs, o único meio de um Estado se proteger, nos dias de hoje, de ataques terroristas seria fortalecer-se com disposições mais duras e combativas, entenda-se, tratando os terroristas como inimigos numa guerra. O direito penal, no

menos entre os ‘candidatos’ a ‘inimigo’ das sociedades ocidentais, não parece que possa apreciar-se que haja algum – nem a ‘criminalidade organizada’ nem as ‘máfias das drogas’, e tampouco o ETA – que realmente possa pôr em xeque – nos termos ‘militares’ que se afirmam – os parâmetros fundamentais das sociedades correspondentes em um futuro previsível. JAKOBS, Günther. **CANCIO MELIÁ**, Manuel. **Direito penal do inimigo. Noções e crítica**. p.76.

¹¹⁵ JAKOBS, Günther. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. p.59.

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La legitimación del control penal de los extraños**. In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. p.1134.

entanto, não tem finalidades combativas, aliás, num estado de guerra, muito pouco pode-se falar sobre direito, apenas subsistindo, na prática, a lei do mais forte, o poder das armas.

2.3 Finalidades e aplicação do Direito Penal do Inimigo

Como já afirmado, o direito penal do inimigo, considerado como um sistema normativo-penal paralelo e excepcional em relação ao direito penal liberal ou do cidadão, tem por objetivo primordial o combate a perigos e ameaças sociais de grande monta, ou seja, capaz de atingir um número indeterminado de pessoas. Por isso que seus autores não são reconhecidos como cidadãos ou membros da sociedade e as penas a eles aplicadas não têm necessariamente uma pré-determinação absoluta e nem mesmo a eles se reconhece o princípio da proporcionalidade, visto que a idéia é neutralizar de antemão o perigo gerado e não retribuir (não se pode retribuir o que ainda não aconteceu).

Já o direito penal do cidadão, de acordo com Jakobs, procura manter a vigência da norma. Muitas das disposições do direito penal do inimigo procuram adiantar a punibilidade a um estado prévio de periculosidade, ou seja, antes mesmo dos bens jurídicos serem lesionados, sendo seus crimes, em sua maioria, crimes de perigo.

Também são comuns no sistema penal do inimigo medidas de natureza preventiva, ou seja, restrições à liberdade do suspeito antes mesmo da condenação, como meio para se evitar que aquela ameaça se transforme em lesão.

Há um risco muito grande no adiantamento da punibilidade como medida preventiva, pois gera sempre riscos aos direitos fundamentais dos seres humanos (o que não seria o caso, para Jakobs, pois os inimigos não seriam pessoas). Conforme Cancio Meliá, citado por Hornle:

Cancio Meliá há indicado que una de las raíces de las evoluciones en dirección al Derecho penal del enemigo es el *Derecho penal simbólico*: junto com la defensa frente a riesgos detectables para la vida de seres humanos, tal y como emanan en el momento actual de grupos islamistas

violentos, las normas propias del Derecho penal del enemigo también sirven – o incluso de modo exclusivo – a finalidades simbólicas.¹¹⁷

Todavía, não existe, logicamente, em nenhum sistema jurídico-penal atual, um direito penal do inimigo em estado puro, ou seja, construído ao lado do tradicional. Existem, sim, normas incriminadoras e processuais dentro do próprio direito penal constitucional com características de direito penal do inimigo. Assim, o sistema penal do inimigo seria um tipo ideal, um modelo de direito que não existiria na realidade concreta. Conforme afirma Hornle¹¹⁸, uma espécie de tipologia como a de Weber, servindo os modelos como elementos descritivos de uma realidade, mas que, em sua forma pura, não são aplicados. O grande problema é se compreender o direito penal do inimigo como uma real possibilidade de construção normativa e tendência penal do século XXI. A teoria, portanto, não visa a criação normativa ou transformação do direito, mas, sim a constatação da existência real desses tipos de normas, mesmo que a maioria da doutrina delas discordem ou afirmem ser inconstitucionais, elas estão lá, fazendo parte concreta da prática jurídica de qualquer Estado de Direito.

Há uma diferença enorme entre uma concepção do direito penal do inimigo como “ser” do Direito, ou seja, de aspecto descritivo, da concepção como “dever ser”, de caráter normativo¹¹⁹. Não se deve, segundo Jakobs, discutir o Direito Penal do Inimigo somente em âmbito teórico normativo, entenda-se, de dever ser. Ao se falar em normatividade pura está se apenas analisando a validade das normas de um determinado ordenamento em seus aspectos formais e materiais, de acordo com postulados normativos superiores. Na verdade, tal discussão não deve se voltar para o caso de uma teoria descritiva como o Direito Penal do Inimigo, segundo Jakobs:

[...] los derechos *valen* sólo en cuanto derechos para su disfrute, por lo demás, en cuanto nudos derechos, son inútiles. Hablando en términos de teoría de sistemas, la persona se encuentra acoplada estructuralmente al individuo, al ser de necesidades, que sin la satisfacción de éstas no se puede convertir a su vez en realidad. En esta medida – en lo que se refiere al lado de la víctima – cabe formular una conclusión: un ordenamiento jurídico también debe estar establecido a grandes rasgos para que pueda

¹¹⁷ HORNLE, Tatiana. **Dimensiones descriptivas y normativas del concepto “derecho penal del enemigo”** In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión.** p.59.

¹¹⁸ Ibidem, p.53.

¹¹⁹ Ibidem, p.67.

ofrecer a potenciales víctimas algo más que una orientación abstracta, a saber, una orientación que pueda usarse.¹²⁰

Para que uma norma jurídica tenha eficácia é preciso que ela seja reconhecida pela sociedade, sendo cumprida e aplicando sanções ao seu descumprimento. É preciso sua efetividade, ou seja, produção de efeitos concretos, senão estaremos no campo da normatividade pura que em nada acrescenta à análise dos ordenamentos jurídicos atuais.

O mesmo se pode falar das normas processuais, elas devem ser aplicadas em concreto, sob pena de não terem qualquer vigência jurídica e reconhecimento social. Nos Estados de Direito se afirma que existem garantias penais-processuais a toda pessoa acusada da prática de um crime com a finalidade maior de proteger seu direito essencial de liberdade. As pessoas acusadas de crimes, num sistema acusatório, devem ser tratadas como sujeitos de direito e não como meros objetos de investigação (como o eram nos sistemas de base inquisitória). No entanto, existem diversos dispositivos legais que acabam por restringir a liberdade de tais sujeitos antes mesmo de sua condenação, como as prisões preventivas que, nem por isso, deixam de ser consideradas constitucionais. E cada vez mais são criadas normas deste tipo, a exemplo, leis que permitem escutas telefônicas, agentes infiltrados, flagrante retardado e assim por diante. Para obtenção de provas são necessárias restrições aos direitos do condenado, o que faz com que um sistema que se baseie na aplicação literal dos direitos fundamentais, especialmente os de liberdade, não exista na realidade dos fatos.

Por isso que ainda mais justificadas estão tais restrições no caso de crimes graves como o Terrorismo. Segundo Jakobs não seria viável que se esperasse acontecer um atentado terrorista para que depois o Estado agisse procurando provas e culpados¹²¹. Até porque, se assim fosse, o Estado estaria deixando uma porta aberta para que os grupos terroristas se aproveitassem e fizessem o que bem entendessem: "...Un Estado de Derecho perfecto ofrecería a los terroristas una ventaja comparativa de ubicación de dimensiones tan enormes que prácticamente

¹²⁰ JAKOBS. **Derecho penal del enemigo?Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad.** In: MELIÁ, Cancio. JARA DíEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión.** p.99.

¹²¹ Ibidem, p.115.

los invitaría a permanecer em su âmbito de vigencia, más exactamente: a desplegar sus actividades allí.¹²²

Não se pode, portanto, recorrer a extremos, o Estado não pode assumir uma posição absolutamente pacífica, mas também não pode declarar guerra a toda e qualquer pessoa sob pena de perder sua legitimidade social. Nesse meio termo estaria o Direito Penal do Inimigo, limitando ao necessário e excepcional, como esses “inimigos” da sociedade deveriam ser tratados, restringindo seus direitos através de normas pré-estabelecidas.

Como o direito penal do inimigo prega uma maior gravidade das sanções penais que passam a ter como finalidade neutralizá-los e combatê-los para, assim, evitar ameaças sociais, alguns autores afirmam que suas normas não teriam qualquer qualidade para serem consideradas jurídicas, sendo, somente, aplicação do poder e da violência pura e simples. E seria essa a solução para tais ameaças do mundo atual?

Não se pode falar, em um Estado Liberal Constitucional, num direito penal que se aplique exclusivamente aos seus cidadãos. Tanto é assim que as disposições penais de nosso país se aplicam a todos os indivíduos que se encontrem dentro de nosso território (com exceção de alguns casos de imunidade diplomática) sejam eles brasileiros ou estrangeiros. Afinal de contas, o Estado deve criar normas que protejam bens jurídicos que sejam socialmente relevantes, pertençam eles a brasileiros ou a estrangeiros, e deve fazê-lo de modo imparcial, pois o ser humano deve ser protegido independentemente de raça, cor, credo, nacionalidade etc. É uma concepção universalista da proteção estatal que deve ser assegurada a todos, o que bem se vê através dos mais diversos tratados e convenções internacionais assinadas por vários países, reconhecendo-se como juridicamente iguais.

Já um Estado com tendências autoritárias estabelece normas jurídicas voltadas exclusivamente para a proteção de seus cidadãos, inclusive contra os “perigos” que advêm dos estrangeiros, como exemplo tem-se as mais diversas normas contra estrangeiros ilegais e imigrantes, cada vez mais duras nos dias de hoje. O direito passa a ser uma forma de comunicação apenas com os cidadãos, sendo a pena a condenação feita pela sociedade em relação a seus próprios

¹²² Ibidem, p.115.

membros¹²³, ou seja, não se fala em pena para inimigos, mas em outro tipo de medida.

Essa concepção é extremamente restritiva, visto que as pessoas muitas vezes fazem parte das mais diversas comunidades no mundo globalizado em que vivemos, no qual uma pessoa pode ter inclusive cidadania reconhecida em mais de um Estado. E, mesmo pelo conceito de cidadania que temos hoje (referindo-se ao reconhecimento de direitos políticos, tais como os de votar e ser votado), não se pode dizer que todos os membros de um Estado são cidadãos, pois aqueles que não possuem direitos políticos continuam sendo pessoas reconhecidas e protegidas pelo direito, mesmo que lhes faltem condições para exercer seus direitos de “cidadão”.

Num Estado de caráter totalitário é fácil vislumbrar a distinção entre cidadãos e “inimigos”, mas, nos Estados de Direito do mundo de hoje, esse reconhecimento torna-se cada vez mais difícil e complicado, exatamente em razão das barreiras impostas pelas normas jurídicas, em nosso caso específico, constitucionais.

2.4 Direitos Humanos

Os defensores dos direitos humanos afirmam que todo indivíduo deve ser considerado pessoa e, como tal, detentora de direitos humanos. Na teoria tal seria justificado, mas, na realidade dos fatos jurídicos aplicados a uma realidade social, é preciso fazer certas considerações, tais como: a todo direito deve existir um dever correspondente, logo para que as pessoas possam ser detentoras de direitos humanos, precisam cumprir com seus papéis sociais, com os deveres a elas previstos pelo ordenamento jurídico, de modo que não coloquem em perigo constante essa ordem pré-estabelecida¹²⁴. Assim o é efetivamente, pois o direito, além de garantir os direitos fundamentais dos membros da sociedade a que rege, deve também garantir sua segurança. As idéias garantistas não podem ficar alheias

¹²³ ZAIBERT, Leo. **Política, ciudadanía y liberalismo: el derecho penal sin penas**. In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. 2 vol. Madrid:Edisofer, 2006. p.1156.

¹²⁴ JAKOBS. **Derecho penal del enemigo?Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**. In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. p.96

à realidade social, de modo que deixem o Estado vulnerável aos mais diversos ataques de cunho criminal.

A justificativa prática da aplicação de normas excepcionais a uma categoria de criminosos perigosos, designados a partir de então como inimigos, refere-se basicamente à ascensão cada vez maior dos grupos terroristas extremistas armados, bem como de organizações criminais de âmbito global, muitas vezes sustentadas e fomentadas por Estados inescrupulosos escondidos sob a falsa manta da democracia.

No entanto, legitimar-se juridicamente essas mesmas normas não é assim tão simples como parece. Na realidade, essa legitimação queda um tanto quanto frágil, especialmente em razão da taxatividade dos tipos penais e das suas limitações constitucionais.

Mesmo que se aceite a hipótese de um direito penal do inimigo para terroristas, por exemplo, como estipular de forma clara e determinada quais condutas seriam atos de terrorismo tendo, portanto, seus autores processados e sancionados como inimigos e quais condutas não entrariam nessa classificação por terem menor gravidade?

Hornle afirma que, segundo Jakobs, ainda deve ser levada em consideração, para que alguém faça parte dos “inimigos”, a posição ideológica do autor do fato criminoso, ou seja, deve ele ter uma atitude contrária à cidadania de determinado povo, algo como uma “atitude interna terrorista”¹²⁵

Só que essa definição não aclara nem um pouco a posição jurídica do inimigo em relação às normas penais sem que se recaia num direito penal de autor¹²⁶, normalmente de cunho autoritário e abusivo. Continua ser impossível ou extremamente difícil pré-determinar quem seriam os inimigos e quais condutas deveriam ser punidas de forma mais incisiva. Além do mais, como diferenciar os inimigos que constituem uma ameaça real às pessoas de um determinado povo daqueles que simplesmente colocam em perigo ideais políticos do Estado?

¹²⁵ HORNLE, Tatiana. **Dimensiones descriptivas y normativas del concepto “Derecho penal del Enemigo”**. In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. p.69.

¹²⁶ Conforme Cancio Meliá o direito penal do inimigo acaba por identificar sujeitos que, por suas características são considerados fontes de perigo, o que acaba por demonizá-lo aos olhos da sociedade. Além disso acaba-se por estipular crimes com fundamento não apenas em fatos, mas em outros elementos que caracterizam alguém como “inimigo”. JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal do inimigo. Noções e crítica**. p.71/72.

Não se pode, por qualquer motivo banal ou com justificativas frágeis, usurpar alguém de seus direitos fundamentais, especialmente aquele de ser considerado pessoa pelo próprio Estado. Queda extremamente perigoso simplesmente retirar-se de alguém esse *status* jurídico, ainda mais na sede de normas penais incriminadoras ou que antecipam a punibilidade.

Ainda, deve se considerar que a denominação “inimigo”, por si só, gera diversas polêmicas, visto que foi muito utilizada em sistemas de natureza totalitária, afirmando-se que o governo teria por função proteger o povo dos inimigos, conforme conceituado por Carl Schmitt. A teoria Schmittiana¹²⁷ acaba por colocar todo o

¹²⁷ Na polêmica Kelsen e Schmitt, pode se salientar que, para Kelsen, em primeiro lugar, na estipulação de um órgão controlador da constitucionalidade dos atos de governo, tal função não poderia de forma alguma ser delegada aos mesmos órgãos cujos atos devem ser controlados, pois, ninguém pode ser juiz em causa própria (KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. p.240). Quer dizer, não se pode dar ao governo o controle da constitucionalidade de seus próprios atos, pois ele não teria a imparcialidade necessária, visto que, se tal decreto foi editado ou determinada lei aprovada pelo Parlamento, esses mesmos órgãos a consideram Constitucional, pois do contrário não a editariam. Em Kelsen (ibidem, p.240): “A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados”. Ora, essa garantia nunca estaria configurada quando o órgão que deve ter seu poder limitado é o responsável pelo próprio controle da constitucionalidade de seus atos, perdendo totalmente a Constituição sua principal função política porque totalmente esvaziada. Schmitt defende para a república democrática do Reich que deve ser o guardião da Constituição o próprio Presidente com base na teoria do século XIX que afirma o princípio monárquico. Para Kelsen essa não seria uma teoria propriamente dita, mas, sim uma forma de ideologia, tal teoria teria sido criada quando da efetivação das monarquias constitucionais sendo um meio de se limitar a Constituição alargando os poderes Constitucionais do monarca, quer dizer, compensar a limitação do poder sofrido por ele com o advento da Constituição em contraponto às Monarquias Absolutistas. Esse modelo, que daria o poder moderador ao Rei, de certa forma impedia a plenitude de eficácia da Constituição perante o próprio governo, não podendo nos esquecer de que, quando se fala em monarca, não está se referindo a uma pessoa isolada, mas a ele e o grupo de pessoas que forma seu governo. Essa teoria dava ao chefe de Estado o encargo de ser o garantidor da Constituição. Nessa estrutura Kelsen salienta (ibidem, p.241) o caráter dualístico das monarquias constitucionais, tendo de um lado o governo e do outro o Parlamento. O governo estaria numa posição (de fato e de direito) privilegiada em relação ao Parlamento, havendo uma forma de concorrência entre ambos no exercício do poder estatal, sendo assim, de acordo com essa teoria, o monarca (e somente ele) configuraria uma terceira instância idônea para proteger a Constituição dessa concorrência de poder, seria o detentor de um poder neutro frente ao dualismo entre Parlamento e governo. Mas, o monarca, na realidade faz parte do próprio governo, é chefe de Estado e principal governante da nação! Ao lado dessa idéia de poder neutro do monarca, que não o vê como um poder soberano, mas um poder ao lado do parlamento e do governo, existe outra corrente afirmando exatamente que o monarca é o órgão supremo do exercício do poder estatal (ibidem, p.242), sendo assim ele nunca poderia ser considerado neutro. Por fim o autor conclui que a teoria do *pouvoir neutre* na realidade não tem absolutamente nada de científica, mas é uma espécie de ideologia política que pretende evitar a instituição de um tribunal constitucional. Kelsen aponta o problema do artigo 48 da Constituição de Weimar, visto que ela abre possibilidades através deste artigo de sofrer golpes, pois amplia enormemente as atribuições e o poder do Presidente do Reich. E é com base nesse artigo que Schmitt defende a antiga doutrina do século XIX do Presidente como único defensor da Constituição e da república democrática. Afirma Schmitt que o conceito de lei formal da antiga monarquia não se aplica às instituições republicanas (ibidem, p.244), referindo ao orçamento e da possibilidade de que ele seja autorizado por decreto presidencial conforme o artigo 48§2º, sendo um caso de decretos de necessidade (a semelhança das nossas medidas provisórias). Fazendo essa ressalva, Kelsen volta a analisar a doutrina do *pouvoir neutre* de Benjamin Constant, pois é através dela que Schmitt vai interpretar a Constituição de

Estado de Direito a mercê do soberano, pois afirma que, em casos de emergência, deve prevalecer o soberano como defensor da Constituição colocando sua vontade acima da própria lei e do direito, ou seja, cria-se uma situação em que o soberano passa a ser a lei. Assim, o político suplanta o direito, imprimindo sua força para que os objetivos estatais possam ser mantidos contra os inimigos que os ameaçam. Ora, nesse momento, não se pode mais sequer falar em Estado de direito, mas em arbitrariedade! Pois, conforme Schmitt, no fim das contas, quem determina quem serão os inimigos a serem combatidos é o governo, o político, e não o jurídico, que nada mais poderá fazer, quanto mais impor limites!

E, nesse caso, é possível afirmar que há uma distinção em relação a Jakobs, pois este procura dar juridicidade ao próprio conceito de inimigo que deve estar previsto em lei, como o próprio nome já diz, direito penal do inimigo.

Além disso, Jakobs afirma que seu conceito de inimigo é distinto daquele utilizado por Schmitt, visto que, na sua doutrina o inimigo se refere a um delinqüente, enquanto que o segundo afirma que somente se configura o inimigo numa situação de uma guerra civil, sendo aquele ou aqueles que se tornam *hostis* à sociedade e ao Estado¹²⁸.

Entre ambos os conceitos, Zaffaroni afirma que:

...la única introducción coherente del concepto es la de Carl Schmitt, porque justamente em ello radica la contradicción que Schmitt le señalaba a Hobbes: si admitimos la existencia del enemigo, pero ponemos limites a su señalización, no podemos negar que cuando el poder definidor excede esos limites surge un derecho de resistencia por parte del ciudadano que

Weimar e nesse artigo 48 que justifica sua tese, rechaçando a idéia de um tribunal constitucional. Segundo a teoria de Constant (ibidem, p.245) o poder executivo subdivide-se em um poder passivo e outro ativo. O monarca teria o poder passivo e somente por ser passivo poderia ser considerado neutro. Kelsen critica essa teoria, pois, para ele o poder do monarca pode ser tudo menos neutro, pois a ele cabem diversos papéis (ativos) como representar a nação, assinar tratados, sancionar as leis, comandar o exército etc. Essa teoria já era uma ficção ao se tratar da monarquia constitucional, complicando-se ainda mais ao aplicá-la a uma república democrática constitucional. Schmitt justifica dizendo que o presidente é uma força: "que não está acima, mas sim ao lado dos outros poderes constitucionais" (ibidem, p.246). Mas, isso é pura ficção, visto que aumenta-se seus poderes pelo artigo 48, proclamando-o guardião da Constituição, o que o torna um senhor soberano e o Estado democrático uma ditadura. Segundo Kelsen Schmitt não pode ignorar a ideologia por trás da teoria do monarca como defensor da Constituição, Schmitt reconhece que no século XIX o perigo de violar a constituição provinha do governo, mas, hoje afirma que o perigo está no legislador, no Parlamento (ibidem, p.247). Mas, o artigo 48 cria a possibilidade do próprio governo violar a Constituição! E, sendo assim, ele não poderia ser o imparcial defensor da mesma, apenas com essa teoria (proclamando que o governo não representa qualquer perigo, pois não legisla) cria-se um fundamento aparentemente real, mas, na realidade, falso.

¹²⁸ JAKOBS. **Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad.** In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión.** p.108.

es arbitrariamente señalado como enemigo y con ello debilitamos al estado em guerra, lo que nos es admisible.¹²⁹

Deve se salientar ainda que as idéias de defender os postulados constitucionais contra os inimigos é típica de governantes ávidos para dar golpes de Estado, criando, a partir dessa premissa falsa, Governos de cunho autoritário e absolutista.¹³⁰

Poderia se argumentar que, por outro lado, nem todas as disposições de um direito penal do cidadão podem ser levadas em conta de forma literal, pois, se assim o fosse, não seria faticamente possível se obter qualquer tipo de prova, devendo, na maioria dos casos, se absolver os réus em razão do princípio da presunção de inocência¹³¹, como já afirmado. O que demonstra que também o direito da liberdade do réu admite certas exceções, casos das prisões preventivas, sem que se fale que há uma ofensa ao direito penal do cidadão e, em muitos desses casos, nem mesmo se está colocando em perigo a coletividade, mas se refere a possibilidades de lesões ao processo e à obtenção de provas.

Uma das principais características do Direito Penal do Inimigo, como já dito, é a criação de tipos penais que incriminam atos preparatórios como crimes autônomos numa espécie de antecipação da punibilidade antes mesmo da existência de qualquer lesão, mas com a finalidade evidente de impedi-la.

Todavia, não é todo e qualquer fato que justifica a antecipação da punição a atos meramente preparatórios de um crime principal. Somente em casos extremamente graves, que coloquem em risco real um grande número de pessoas (Terrorismo) poderia o Estado de Direito se vale de tal expediente. Ou seja, o direito penal do inimigo, para que tenha legitimidade, segundo Jakobs, deve ser excepcional e necessário¹³².

Além disso, Jakobs sustenta que não existe na realidade uma “vigência global dos direitos humanos”, apenas perspectivas de sua proteção pelos ordenamentos

¹²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La legitimación del control penal de los “extraños”**. In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. p.1145.

¹³⁰ Ibidem, p.1146.

¹³¹ HORNLE, Tatiana. **Dimensiones descriptivas y normativas del concepto “Derecho penal del enemigo”** In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. p.72.

¹³² JAKOBS, Günther. **derecho penal del enemigo? Um estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**. In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. p.110.

jurídicos de todos os Estados. Primeiramente seria necessário seu estabelecimento para que depois se pudesse falar em manutenção de tais direitos¹³³.

Mas tal direito excepcional dever ser instituído, sob o risco de se enquadrarem e serem tratadas como inimigos, pessoas inocentes? O risco gerado por qualquer crime justifica a imposição desse tipo de direito penal máximo? Pois, somente se admitindo tais riscos, se poderia pensar em atuar de forma eficaz contra os verdadeiros inimigos.

2.5 Direito Penal do inimigo X Direito Penal do Cidadão

Segundo Jakobs é preciso distinguir entre direito penal do cidadão, aplicado aos criminosos “comuns”, e Direito penal do inimigo, de caráter excepcional.

O fato de determinada pessoa praticar um delito não quer dizer necessariamente que ela abriu mão de sua condição de cidadã em determinado Estado. A infração a uma norma não gera um *modus vivendi* contrário ao ordenamento jurídico como um todo. Um sujeito de direitos, para ser reconhecido como tal, deve ter certa fidelidade ao ordenamento jurídico. Essa é uma característica ausente aos considerados inimigos, pois estes não possuem qualquer vínculo jurídico com o Estado, configurando-se uma espécie de “auto-exclusão”¹³⁴. Nessa esteira, o próprio Jakobs cita Hobbes:

Hobbes distingue entre el delincuente ciudadano y el autor de alta traición; aquél es condenado conforme a las leyes promulgadas, éste, en cambio, es combatido en cuanto enemigo, y la razón de esa diferencia es palmaria, puesto que aquél busca una ventaja particular, lo que desde luego no debe tolerarse, pero no cuestiona el todo, mientras que éste, el traidor, combate el principio, y el principio en Hobbes queda corporizado en el dominio *concreto*.¹³⁵

¹³³ Reproduz-se a visão do autor na seguinte passagem: “Como é evidente, não me dirijo contra os direitos humanos com vigência universal, porém seu estabelecimento é algo distinto de sua garantia. Servindo ao estabelecimento de uma Constituição mundial ‘comunitário-legal’, deverá castigar aos que vulneram os direitos humanos; porém, isso não é uma pena contra pessoas culpáveis, mas contra inimigos perigosos, e por isso deveria chamar-se a coisa pelo seu nome: Direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do Inimigo. Noções e Críticas**. p.48.

¹³⁴ JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo? Um estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad**. In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. p.106.

¹³⁵ Ibidem, p.104.

Essa diferença ainda pode ser aplicada no direito atual, visto que não se pode tratar de modo absolutamente igual um criminoso eventual e alguém que, de forma permanente e contínua (um terrorista, por exemplo), ameaça a vida social em sua generalidade. Como os inimigos se negam a reconhecer o direito vigente e o próprio Estado, também serão tratados por ele como excluídos, e, assim, alguns de seus direitos deverão ser extirpados.

Jakobs admite a existência de sujeitos que são inimigos parciais, pois é muito difícil que alguém possa ser considerado como um inimigo total, visto que a própria noção de direito penal do inimigo e direito penal do cidadão são modelos descritivos que não existem em sua forma pura na realidade dos fatos, como já afirmado.

O essencial, segundo Jakobs, é não confundi-los, separando bem as normas de caráter combativo (Direito Penal do inimigo) das normas convencionais liberais.

O grande problema é: como, num Estado de Direito que tem por base, na criação de suas normas, os direitos fundamentais dos cidadãos e a proteção de suas liberdades, se determinar os sujeitos que, de antemão, podem ser considerados inimigos? Seria o direito penal do inimigo direito?

A resposta dada por Jakobs segue aqui transcrita:

...el derecho penal del enemigo sigue siendo *Derecho* en la medida en que vincula a su vez a los ciudadanos, más exactamente, *al Estado*, su órganos y funcionarios en la lucha contra los enemigos. Lo que sucede es que el Derecho penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino, en un Estado de Derecho administrado con inteligencia, una *ultima ratio* que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo idóneo para su uso permanente.¹³⁶

Normas jurídicas de combate, que poderiam muito bem ser consideradas como Direito Penal do inimigo, são uma realidade concreta no mundo atual e, frente às novas formas de criminalidade em ascensão (extremamente perigosas e de âmbito e alcance transnacional), formam uma espécie de direito à segurança que não pode ser simplesmente ignorado sob a visão utópica garantista. Para Jakobs o direito penal do inimigo viria como uma forma de limitação ao próprio Estado perante seus inimigos. Ato que seriam, em tese, desprovidos de quaisquer limitações por estarem, num primeiro momento, excluídos do Direito, passam a ter certo

¹³⁶ Ibidem, p.107.

reconhecimento jurídico-penal, por mais que não seja um Direito Penal, mas, sim, um Direito de combate.

Mas, ao ser limitado, o direito penal do inimigo não abre possibilidades de resistência? Por outro lado, ao ser ilimitado não passa a ser violência pura e não mais direito? Como admitir um direito excepcional de caráter permanente sem que seja reconhecida também uma situação de guerra permanente?

Por isso que as sanções cominadas pelas disposições de um direito penal do cidadão têm finalidades distintas daquelas de um direito penal do inimigo. No direito penal liberal de caráter humanitário, as penas têm por base a culpabilidade do agente criminoso, devendo ser proporcionais à gravidade da conduta praticada, num direito penal de “ato”, quer dizer, pune-se alguém pelo que ele fez e não pelo que ele é. Já no direito penal de inimigo a pena não se baseia mais na culpabilidade, mas na finalidade de combater ameaças que ainda não se concretizaram, fundamenta-se na periculosidade. No caso dos terroristas há, mais do que uma prática de condutas criminosas, uma atitude contrária ao Estado e à sociedade que combatem como um todo. Mesmo aqueles terroristas que assim o são porque criados desde pequenos com essa espécie de sentimento contra uma sociedade ou cultura devem ser tratados com a mesma dureza, pois nada justifica colocar em perigo de vida um número indeterminado de pessoas¹³⁷ e, além do mais, como o fim da norma é a segurança da sociedade, não deve existir qualquer diferença na aplicação das normas, bastando que suas atitudes e atos gerem risco de dano à ordem social. Desse modo, as penas aos casos de Terrorismo e outros crimes considerados de perigo extremo devem ser longas e severas, aptas a neutralizar o perigo gerado por aquele sujeito.

Uma das finalidades da pena no direito penal comum é exatamente a retribuição frente à danos causados a bens jurídicos, ou seja, a sanção é estipulada de acordo com a gravidade da conduta frente ao bem que ela lesionou ou colocou em perigo. A proporcionalidade serve como limite e legitimação da pena tanto para fins de retribuição como para prevenção, seja geral ou especial.

Dentre os princípios de um Direito Penal liberal está o da restrição ao mínimo do poder punitivo do Estado (princípio da intervenção mínima de um direito penal garantista), fazendo com que as normas apenas incriminem condutas que lesionem

¹³⁷ Ibidem, p.112.

ou, pelo menos, coloquem em risco de lesão bens jurídicos considerados essenciais (não todo e qualquer bem jurídico de forma indiscriminada, pois o direito penal somente atua quando todos os outros ramos do direito forem insuficientes na proteção de determinado bem – direito penal como *ultima ratio* do sistema).

Num Estado de fundo autoritário as normas podem muito bem incriminar condutas que não coloquem em perigo bem específico algum, mas que apenas ameacem a coesão do Estado ou da comunidade como grupo homogêneo em suas idéias políticas e crenças¹³⁸, o que, efetivamente gerará um grupo ou classe inteira de “excluídos” e, por isso, “delinqüentes” e “inimigos”.

Segundo Zaibert¹³⁹ o direito penal do inimigo não é punitivo, sendo, na verdade, algo muito pior. Algumas de suas disposições certamente são punitivas, como aquelas que aumentam penas em virtude da participação em organizações criminosas ou elevam à categoria de crimes atos meramente preparatórios, todavia, como um todo, na concepção dele, não se pode falar em sanção penal num sistema de Direito penal do inimigo. A mera imposição à força pelo Estado de um castigo não significa necessariamente uma pena. Para Zaibert:

El poder punitivo do Estado, es decir, el poder que el Estado tiene para castigar a aquellos sujetos capaces que cometan (injustificadamente, enexcusablemente, etc.) actos que violen normas culturales de conducta comúnmente aceptadas, y previamente tipificados como crímenes, se encuentra limitado, afortunada y sensatamente, por diversas garantías que buscan proteger al individuo de posibles abusos por parte do Estado. Estos abusos son particularmente preocupantes ya que, al fin y al cabo, el elemento esencial de la pena, entendida como castigo, dentro del derecho penal y fuera de éste, es que la pena supone ser dolorosa, y en general, no deseada por el penado.¹⁴⁰

As penas, portanto, são limitadas pela lei em relação ao poder estatal que se vê adstrito àquelas previstas explicitamente em normas penais, também não podendo se enquadrar nas constitucionalmente vedadas, conforme princípio da reserva legal absoluta.

No caso do direito penal do inimigo não se pode falar em sanções como castigo a fatos puníveis previamente praticados, visto que a finalidade de suas

¹³⁸ ZAIBERT, Leo. **Política, ciudadanía y liberalismo: El derecho penal sin penas**. In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. p.1158.

¹³⁹ Ibidem, p.1160.

¹⁴⁰ Ibidem, p.1162.

disposições não é retribuir um dano causado e sim preveni-los, quer dizer, proteger os cidadãos dos perigos e ameaças causados por aqueles considerados inimigos. Muitas vezes não há qualquer ação para ser reprovada através da pena. Na verdade, em grande parte das vezes, as medidas restritivas servem somente para a obtenção de informações que determinada pessoa (ou não-pessoa, segundo Jakobs) possa ter.

Essa é uma das principais diferenças entre o direito penal comum liberal e o direito penal do inimigo. Enquanto o primeiro preocupa-se em proteger as pessoas tanto em relação à prática de crimes como também em relação aos abusos que o Estado possa ter na persecução penal ou mesmo na aplicação da pena, o segundo visa exclusivamente evitar danos aos membros de uma sociedade através do combate e neutralização dos inimigos que, portanto, são excluídos dessa sociedade e até mesmo do *status* de pessoa, como se isso dependesse de reconhecimento por uma sociedade específica.

A partir do século XX, uma nova forma de criminalidade passou a se desenvolver, merecendo atenção do direito, sendo reconhecida então como criminalidade do colarinho branco, criminalidade econômica e ambiental, além dos crimes perpetrados pelas grandes organizações criminais que acabam atingindo os mais diversos países e setores da sociedade.

Esse tipos delituais de caráter corporativo suscitaram novas discussões no âmbito do direito, passando os juristas a debater sobre a própria finalidade do direito penal, visto que não mais seria suficiente a proteção de bens jurídicos, devendo então, no caso dessas novas formas criminais, também prevenir as lesões de difícil reparação antes mesmo que ocorressem em razão do alto grau de periculosidade que gerariam a todo o meio social. Não se fala mais em um ou dois criminosos responsáveis pela conduta, mas por condutas praticadas coletivamente que atingem um número indeterminado de pessoas que, muitas vezes, nem se encontram sequer no mesmo país. O direito penal passaria a ser uma forma de controle político-administrativo de prevenção de tais condutas, não mais funcionando como simples meio de retribuição, pois não seria viável deixar que tais condutas se efetivassem. Nesse contexto e conjuntura político-social, o direito penal do inimigo apresenta-se como resposta institucional contra esses crimes.

Para combater essa criminalidade pós moderna, Jakobs afirma que seus membros, ao serem considerados inimigos e tratados de forma mais dura pelo próprio direito podem ser combatidos de forma mais eficaz sem que se destrua o Estado de Direito, visto que o direito penal do inimigo não deixa de ser, na visão dele, como já afirmado, direito.

Para Schunemann, as disposições defendidas por Jakobs acabam, em verdade e contrariamente ao que o autor afirma, por deslegitimar o próprio Estado de Direito, indo na direção contraposta da que deveria seguir a finalidade das normas penais, pois um Estado que se auto proclama democrático não poderia nunca suprimir direitos fundamentais dos seres humanos (sejam penais ou processuais penais) argumentando que eles não seriam cidadãos, mas simples ameaças a serem combatidas¹⁴¹.

Não se deve, assim, falar em um normativismo puro na atividade jurídica, como quer Jakobs ao defender que os objetivos do direito penal do cidadão são apenas manter a vigência da norma. A vigência da norma deverá ser mantida desde que seu conteúdo esteja de acordo com os postulados constitucionais e com a cultura social na qual está inserida e produz efeitos.

Com isso não se quer dizer que o Estado deve se deixar vulnerável a ataques terroristas ou organizações criminosas, é possível sim, segundo Schunemann¹⁴² imputar penas mais graves a este tipo de conduta e também criar mecanismos de investigação mais eficazes e intensos, mas sempre limitados pelas regras materiais e processuais previstas expressamente nas Constituições, sob pena de não mais se poder falar em um Estado de base jurídica.

2.6 Conceito de inimigo

Questão que deve ser posta refere-se à determinação de certo indivíduo como inimigo e, por isso, como não-pessoa, segundo Jakobs. Qual é o conceito de não pessoa? Poderá o Estado arbitrariamente definir quem são os destinatários do

¹⁴¹ SCHUNEMANN, Bernd. **Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas em la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica.** In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión.** p.972.

direito penal do inimigo, definindo em suas próprias normas os critérios para que alguém seja considerado inimigo? Quais serão os limites para esse conceito?

A doutrina do direito penal do inimigo argumenta que seria inimigo qualquer sujeito que, de forma reiterada e definitiva, pratique infrações contra o direito penal do cidadão demonstrando vontade inequívoca de não se portar de acordo com as normas legais e, assim, gerando perigo a essa mesma ordem jurídica. Ora, argumentando junto com Gracia Martín, [...] “um Direito só pode ser infringido por quem seja destinatário de suas normas e, como reconhece o discurso do Direito Penal do Inimigo, só pode ser destinatário de uma norma jurídica uma pessoa.”¹⁴³.

Jakobs entende que a condição de inimigo é prévia à própria legislação penal, sendo por ela apenas reconhecida, visto que os inimigos colocam em perigo a ordem social de forma empírica, podendo ser verificada na realidade fática e não apenas nas leis que apenas reconhecem e sancionam tais perigos como forma de se proteger.

Pode se argumentar, entretanto, que, enquanto essa condição prévia de inimigo não for comprovada, o sujeito deve ser tratado como se cidadão fosse, sendo assim, quando ele iria adquirir esse status? E mais, em que momento poderiam ser aplicadas as normas relativas aos inimigos? Somente após condenação e comprovação de uma conduta criminosa ou bastariam meras evidências, já se aplicando essa diferenciação às normas processuais?

Ainda, deve ser considerado o ponto referente ao processo penal, visto que, para ser considerado autor de um crime é preciso que provas sejam apresentadas dentro do processo. Provas do fato que consigam suplantar a garantia da presunção de inocência. Logo, somente depois desse processo poderia se afirmar que o sujeito praticou infrações que demonstram sua vontade de não aderir à ordem social ou mesmo de colocá-la em perigo. O que, de certa forma, demonstra a impossibilidade de se aplicar preceitos do Direito Penal do Inimigo sem antes se passar por um procedimento nos moldes do Direito Penal do cidadão, o que gera certa contradição dentro do próprio sistema jurídico, pois, num primeiro momento, todos seriam pessoas e um processo teria o condão de criar não-pessoas, quer dizer, inimigos, mas seu desenrolar seria totalmente de acordo com as garantias de um direito penal do cidadão.

¹⁴² Ibidem, p.984.

¹⁴³ MARTIN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. p.157.

Assim, ao se falar em inimigo, já se passa a uma categoria diferenciada de “réus” que, de cidadãos presumidamente inocentes, passam a ser suspeitos dotados de periculosidade contra todo o ordenamento jurídico e social que deve se proteger deles. Em resumo, o inimigo não poderia ser considerado “pessoa” perante o direito. Isso quer dizer que a ele não se aplicariam de antemão as garantias fundamentais inerentes a toda e qualquer pessoa por lhe faltar essa condição primeira, excluída pelo próprio ordenamento jurídico.

De base contratualista, a teoria de Jakobs afirma que pessoas que “não aderiram ao contrato social” não podem ser protegidas como todos os outros cidadãos que tacitamente o aceitaram e o cumprem. Os cidadãos devem ser respeitados como tal, pois respeitam as normas fundamentais de convivência social. Aquele considerado “inimigo” seria autor de crimes que revelam sua discordância com essas regras básicas de sociabilidade, revelando uma incompatibilidade com o resto da comunidade e, por conseqüência, colocando, com suas condutas, em perigo toda essa ordem pré-estabelecida. Somente podem ser consideradas pessoas portadoras de direitos aquelas que aceitam essa ordem social estruturada num Estado de Direito, assumindo para si suas regras e imposições, bem como gozando de seus direitos e garantias. Quem nunca as aceitou não pode usufruir de suas benesses.

Com fundamento em Hobbes, Jakobs compreende que aqueles considerados inimigos são pessoas que se encontram no Estado de Natureza no qual não existem normas reguladoras, prevalecendo sempre a lei do mais forte. Esse modo de viver e de se portar coloca em risco toda a sociedade civil, e, assim, o direito penal do inimigo visa enfrentá-lo para, de certa forma, suprimir o risco que ele cria no meio social. Essa é a excepcionalidade do direito penal do inimigo, ele não trata e pune cidadãos desviantes com base nos princípios e garantias fundamentais limitadores de sua ação, mas, sim procura combater indivíduos perigosos a toda ordem estabelecida, aos quais não devem ser reconhecidos os mesmos direitos dos cidadãos que, por qualquer eventualidade, cometem um crime.

Essa noção de que o direito pode atribuir ou excluir de alguém sua personalidade, considerando-a como pessoa ou não-pessoa, foi retirada também de Luhmann, segundo Martin Gracia¹⁴⁴:

¹⁴⁴ Ibidem, p.134.

É certo que para Jakobs, assim como para Luhmann, existiria, por um lado, uma firme separação entre o indivíduo, entendido como sistema psíquico que opera mediante a consciência, e a sociedade, entendida como sistema que opera mediante a comunicação, de tal modo que a consciência e a comunicação seguem cada uma suas próprias regras; e, por outro lado, a *pessoa*, diferentemente do sistema psíquico, representaria a ponte que permitiria a conexão ou o acoplamento entre os sistemas psíquicos (consciências) e os sociais (comunicações).

Portanto, na concepção de Jakobs, pessoas são atributos sociais, ou seja, enquanto não inseridas em sociedade, existem somente indivíduos auto-referentes. Os homens, são, assim, subsistemas em relação ao sistema formado pela sociedade, pois sempre estarão inseridos em seus papéis sociais obrigatoriamente regulamentados por normas. A ordem social surge da comunicação entre as pessoas revelando seus deveres e, por conseguinte, direitos também. Assim, somente podem ser responsabilizados por crimes, aplicando-se as sanções previstas nas normas jurídicas penais, aqueles seres humanos atribuídos da qualidade de pessoa, por estarem inseridos nesse mundo objetivo criado pelas relações sociais. Inclusive Jakobs considera como não pessoas também as crianças e os portadores de doenças psíquicas ¹⁴⁵ não podendo ser responsabilizados penalmente pelos atos praticados.

As pessoas assumem responsabilidades sociais, ou seja, reconhecem que têm deveres e obrigações para com os outros. Todos aqueles que não se reconhecem como detentores de tais obrigações sociais não são, conforme Jakobs, considerados pessoas, visto esta qualidade ser de atribuição normativo-social. Em resumo, as normas somente podem regular condutas de pessoas, sendo portanto, o Direito Penal do inimigo, um Direito de Guerra.

O direito penal regula condutas socialmente prejudiciais, ou seja, que coloquem em risco bens jurídicos, não visando proteger cidadãos de ataques de inimigos. Suas atividades preventivas são sempre limitadas pelas garantias fundamentais de todas as pessoas, baseando-se em diversos princípios que não podem simplesmente ser postos de lado em relação a uma categoria específica de indivíduos cuja identificação ainda é um tanto quanto nebulosa e passível de erros. Não deve, portanto, se ferir uma gama enorme de princípios fundamentais, tais

¹⁴⁵ Ibidem, p.137.

como a liberdade, a integridade física e psíquica, a igualdade, a presunção de inocência por algo tão frágil como o conceito de inimigo.

Não se deve confundir o conceito de pessoa com o conceito de cidadão, existem direitos garantidos de modo absoluto a todos os seres humanos enquanto outros são direitos de natureza política, estes se referem apenas aos cidadãos como parte de uma sociedade organizada num Estado.

Assim, pelas finalidades do próprio Direito, não é possível a criação de um direito penal do inimigo para ser aplicado a não-pessoas, visto que o próprio direito penal aplica-se aos seres humanos em geral. Poderia ainda se discutir sua legitimidade se o Direito Penal do inimigo afirmasse serem os inimigos pessoas com requisitos especiais que justificassem uma aplicação diferenciada em relação à gravidade de suas condutas, mas nunca uma caracterização que os excluíssem da própria qualidade de pessoa, conforme conceito que acima demonstramos. Ainda assim poderia caracterizar um direito penal de autor.

2.7 O Terrorismo por Jakobs

Em primeiro lugar, Jakobs afirma que as leis de determinado Estado referem-se ao combate do Terrorismo como um todo, não apenas aos terroristas¹⁴⁶, mas tal combate se faz através da criação de normas penais que se aplicam aos terroristas em concreto. Assim sendo, a finalidade maior de tais normas incriminadoras é combater o que fomenta tais terroristas a constituir uma ameaça constante à sociedade.

Como seus atos colocam em perigo grave um número cada vez maior de pessoas, é preciso, na concepção do autor, puni-los ainda que sejam meros atos preparatórios, pois, como é finalidade do direito penal do inimigo se antecipar em relação a eles, não haveria razão (e seria até perigoso!) esperar pela prática de atos lesivos. A simples perturbação dessa ordem pública já seria suficiente para ensejar um fato punível com determinada sanção. Até esse ponto não há nada de novo e desconhecido dos mais diversos ordenamentos jurídicos atuais. Aliás, são comuns

¹⁴⁶ JAKOBS, Günther. **Terroristas como personas em derecho?** In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión. p.78.

no direito penal crimes de perigo, seja concreto ou abstrato. Eles existem em todo e qualquer ordenamento.

O Estado de Direito pressupõe a obediência às disposições legais para garantia do maior bem da democracia: a liberdade dos cidadãos. Assim, segundo Jakobs, o objetivo de tal forma de Estado é garantir a vigência e eficácia social do seu sistema jurídico¹⁴⁷. Portanto, quando um cidadão pratica um crime, a ele será aplicada uma penalidade antecipadamente prevista numa norma jurídica. Essa pena, além de retribuir o mal causado e a comoção à organização social definida, tem por finalidade a prevenção de outros delitos tanto em relação ao sujeito que praticou o crime (prevenção especial) como para o resto da sociedade, a título de exemplo (prevenção geral). Serve, portanto, para reafirmar a existência e eficácia de toda e qualquer norma do sistema.

Os cidadãos que praticam infrações continuam sendo parte do sistema jurídico-social de determinada sociedade, por isso as sanções têm essa dúplice finalidade. Já aqueles que se afastam dessa organização, não a admitindo de forma alguma, são “heteroadministrados”¹⁴⁸, como os terroristas, e não podem ter os mesmos direitos e garantias dos membros da sociedade: “[...] la finalidad de la privación de libertad em el delincuente de evidente peligrosidad, como, por ejemplo, em el caso del terrorista, es distinta de la que concurre respecto de um delincuente cuya ulterior peligrosidad no muestre um grado de evidencia similar”¹⁴⁹.

As finalidades de retribuição e ressocialização servem (e ainda assim com muitas ressalvas) aos casos de cidadãos desviantes, os quais são reconhecidos como parte do Estado e da sociedade, portando-se de acordo com a maioria das regras socialmente impostas em sua vida cotidiana. Já os terroristas mantêm uma atitude de franca hostilidade ao próprio sistema compreendido em seu conjunto, praticando atos que o colocam num perigo real e constante. Atos terroristas não podem ser combatidos por uma reação punitiva do Estado em relação a um único sujeito, pois seus agentes nunca, em qualquer aspecto do terrorismo, agem isoladamente.

Portanto, as medidas estatais contra os terroristas devem se valer de penas duras e extensas, capazes de assegurar o Estado dos perigos que eles podem

¹⁴⁷ Ibidem, p.80.

¹⁴⁸ Ibidem, p.83.

¹⁴⁹ Ibidem, p.83/84.

gerar. Não se pensa mais em manter a vigência das normas, mas, de assegurá-las, assim como a todo o sistema, contra forças que querem derrubá-lo a todo custo. Esse é o motivo pelo qual deve ser criado um estatuto jurídico próprio a esses casos, o Direito Penal do inimigo¹⁵⁰.

Isso é extremamente importante para garantir que o terrorista se veja de mãos atadas, incapaz de colocar em risco um sistema do qual abusa por que o trata como se fosse pessoa de direito, como se fosse um igual em relação aos outros cidadãos, infratores eventuais¹⁵¹.

A liberdade é a regra, como afirmado, num Estado Democrático de Direito, mas ela apenas se aplica aos seus membros, que possuem, além dos direitos, deveres de natureza jurídico-social. Frente a uma ameaça extrema e excepcional é preciso se reconhecer que as regras devem se modificar, admitindo o Estado que não mais está em uma situação normal, mas numa situação de combate a inimigos (estranhos à sociedade). Assim: "...la exclusión del terrorista es autoexclusión: se há convertido a si mesmo em terrorista o há incumplido de outro modo sus deberes, y por ello es heteroadministrado em el marco de lo necesario".¹⁵²

Deve o Estado atentar, porém, para a distinção entre os dois tipos de tratamento jurídico, do inimigo e do cidadão, para que não os misture aplicando medidas mais drásticas para casos que não sejam de ações terroristas. Nem todos os que colocam em perigo grave a sociedade o fazem através do terrorismo, e assim, não devem de antemão ser tratados como inimigos. A proposta de tratamento excepcional deve ser clara e determinada, não podendo se criar, de forma abstrata, inimigos em potencial ou presumir-se que todo aquele que praticar determinada conduta criminosa grave é um terrorista e, portanto, um inimigo.

Termina Jakobs afirmando que é muito mais perigoso um direito penal calcado em disposições constitucionais que não as leva em conta na aplicação de inúmeras regras, do que o reconhecimento explícito de um Direito Penal do Inimigo próprio para lidar com os perigos gerados por atos terroristas. O Estado de direito puro nunca poderia admitir um direito penal do inimigo, mas, não se deve confundir o que é simples modelo ideal daquilo que acontece na prática e, nesses casos, o direito penal do inimigo é parte legítima de um Estado real que precisa se proteger e

¹⁵⁰ Ibidem, p.85.

¹⁵¹ Ibidem, p.88.

¹⁵² Ibidem, p.91.

proteger seus cidadãos. Não se deve, sob pena de se recair em meras conjecturas teóricas irreais, desprezar a realidade e complexidade da sociedade atual e os crimes que colocam em perigo toda essa estrutura. Essa é a visão de Jakobs.

Após os atentados de onze de setembro, os Estados Unidos criaram uma política de combate ao terrorismo a partir da qual foram instituídas diversas leis de caráter penal e administrativo que, em regra, restringiram direitos materiais e processuais dos suspeitos de participar de atividades terroristas e também daqueles que poderiam dar informações sobre tais atos. Tal política teria o caráter de “guerra contra o terrorismo” com claras características de um direito penal do inimigo.

A política de guerra contra o terrorismo perpetrada pelos Estados Unidos gerou um polêmico debate sobre a possibilidade de adoção ou não da tortura como meio de investigação. Debate este que, juridicamente, não se levantava desde os tempos em que os Iluministas se insurgiram contra o Direito Penal de Terror dos Estados Absolutistas europeus. O fato de ser unânime dentre os juristas a idéia de que a tortura é inaceitável, não quer dizer, em absoluto, que ela não ocorra clandestinamente nos mais diversos âmbitos sociais, inclusive sendo aplicada por agentes dos próprios Estados que se consideram de direito. Na verdade, ela nunca deixou de ocorrer como uma prática policiaisca, mas, juridicamente, nunca poderia se legitimar.

Em relação à legitimação da tortura na guerra contra o terrorismo, Zaibert cita o autor Dershowitz¹⁵³ que reconhece a possibilidade da emissão de “órdenes de tortura” por juízes, no caso de terroristas ou para obtenção de informações sobre atos de terrorismo. Esta seria uma disposição típica de direito penal do inimigo, justificada pelo fato de que os terroristas e seus informantes são extremamente perigosos à sociedade e, como tal, não devem ser juridicamente reconhecidos como pessoas portadoras de direitos.

A grande questão já previamente apontada é a dificuldade de se definir com precisão quem seriam tais inimigos e o grande risco que tal distinção geraria para os direitos e garantias de todos os indivíduos cidadãos.

¹⁵³ ZAIBERT, Leo. **Política, ciudadanía y liberalismo: El derecho penal sin penas**. In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. p.1167.

Dershowitz afirma, conforme citado por Zaibert, com acerto, que, na prática, todo Estado tortura, portanto, entre torturar clandestinamente e torturar amparado pelo direito, os Estados deveriam legitimar a tortura no caso de atos terroristas extremamente perigosos¹⁵⁴. O grande problema de se aceitar juridicamente a tortura é dar ao Estado poderes absolutos que, desde a Idade Moderna, vem se tentando combater. Seria um retrocesso imenso, pois, mesmo se reconhecendo que a prática da tortura nunca se extinguiu, o fato dela ter sido proibida, acabou por diminuí-la e legitimar o Estado e o direito perante a própria sociedade. A proteção de todo e qualquer indivíduo é o fim do Estado, nunca o contrário – para não criarmos o Leviatã!

Mas, segundo os defensores de um Estado forte, legitimador da tortura, aqueles que assim não agissem seriam debilitados e tomados por ataques terroristas a seus inocentes, perdedores na guerra permanente que se instalou no mundo de hoje pelas organizações criminais internacionais contra os Estados-nação, por sua vez, juridicamente e politicamente atrasados em relação ao novo panorama globalizado que se apresenta. Justifica o autor ainda que, no caso do terrorismo, haveria uma “gigantesca assimetria entre el daño que causaria torturar a esta persona y el daño que causaría el no torturarla”¹⁵⁵.

Outros menos radicais, como Scarry, também citado por Zaibert, afirmam não ser possível a autorização prévia de ordens de tortura, mas, apenas permiti-la frente a casos concretos por autorização judicial, como se fosse uma espécie de “Estado de necessidade” ou “Legítima Defesa”, nos quais há uma autorização para praticar, a exemplo, um homicídio, por exclusão da antijuridicidade da conduta. Sendo a tortura o único meio de evitar um ataque terrorista ou de obter informações essenciais sobre ele (que poderia ocorrer a qualquer momento), daí sim o Estado poderia agir, amparado por uma excludente justificada pela situação de perigo real e imediato¹⁵⁶.

Zaibert discorda de tais posições afirmando que a tortura simplesmente não pode fazer parte de qualquer disposição que seja denominada de direito penal, pois

¹⁵⁴ Ibidem, p.1169.

¹⁵⁵ Ibidem, p.1170.

¹⁵⁶ Ibidem, p.1170-1171.

em relação a ela não se pode falar em pena como castigo, ainda mais nos casos de tortura para obtenção de informações:

Lo que he sugerido es que mucho de lo que el Derecho Penal del enemigo regula no es en lo absoluto penal, y que, por tanto, los intentos por argüir que estas regulaciones deberían lucir como penales son deshonestos, peligrosos, y deben ser resistidos. El Derecho Penal tiene que ver, por encima de todo, con las penas; y el Derecho Penal del enemigo, al menos en su contemporánea encarnación en los Estados Unidos, tiene muy poco que ver con penas.¹⁵⁷

2.8 Críticas ao Direito Penal do Inimigo

Muito se critica o Direito Penal do inimigo, mas é inegável que atualmente e historicamente existem e existiram diversas manifestações dentro do próprio direito considerado comum que extrapolam em muito seus próprios princípios, atribuindo a certos fatos uma carga maior de periculosidade e, dessa forma, configurando crimes mais graves e penas mais duras. Simplesmente por não terem a denominação de direito penal do inimigo não geraram discussões e críticas contundentes.

Tais modelos extraordinários de punição ganham uma dimensão cada vez maior no mundo atual que se modifica aceleradamente exigindo do próprio direito uma atualização constante. A criminalidade não ficou para trás, também se modernizando e, de modo efetivo, aumentando a insegurança social. Esses modelos de direito penal procuram proteger a sociedade de modo mais eficaz contra essa nova criminalidade, visto que há uma sensação de que as normas comuns de direito penal ordinário (no sentido moderno iluminista dado a ele) parecem não mais dar conta do recado.

Entretanto, como as normas vigentes da ordem social têm caráter convencional, ou seja, dependem de convenções entre os homens tomadas sempre dentro de um contexto histórico-cultural, é difícil determinar a veracidade e a justiça de cada uma delas. Existem certas normas que, a despeito da discordância da maioria das pessoas, não podem ser modificadas, como as que atribuem direitos e garantias fundamentais. Segundo Ferrajoli, as garantias fundamentais devem ser impostas mesmo contra a maioria esmagadora de uma sociedade. Do mesmo modo, é muito difícil justificar a convenção social de se excluir uma determinada categoria de indivíduos do conceito de pessoa perante o direito, quer dizer, de considerá-las

como não-pessoas. Quem estaria autorizado a determinar tal norma de exclusão? O Estado, por, em tese, ser um Estado democrático de direito? Democracia significa pura e simplesmente a imposição da vontade da maioria?

A vontade de todos nem sempre será compatível com a de cada um dos membros da sociedade, logo, quais serão os limites que determinarão quais normas devem ser impostas a todos por serem vontade da maioria e quais não poderão ser criadas sob pena de ilegitimidade?

O primado de todo Estado que se diz democrático de direito é garantir a liberdade, que pode ser manifestada das mais variadas maneiras: liberdade de viver, de manifestar seus pensamentos, de criticar, de ir e vir e assim por diante. Como esse bem é de todos, existem limites à manifestação dessa liberdade. O limite maior é o que podemos chamar de responsabilidade. Qualquer desvio ou abuso desse direito de liberdade terá conseqüências previstas em lei, ou seja, o infrator irá responder perante à sociedade por seu abuso, visto que a liberdade visa em primeiro lugar garantir essa convivência pacífica entre as pessoas. Todavia, os critérios para se determinar o que são infrações à liberdade deve ser extremamente cuidadoso, pois no conceito de liberdade entra também a idéia de que é possível a discordância em relação a atos específicos do próprio Estado ou mesmo do Estado como Instituição reguladora da vida comunitária. Isso significaria que o indivíduo discordante deveria ser considerado uma não-pessoa?

Por outro lado, a ordem social é vigente e vinculante a todos, mesmo aqueles que dela discordem não podem simplesmente ignorá-la sob pena de que suas condutas se enquadrem em tipos penais pré-determinados. O que não é absoluto em relação ao Direito de determinado país é o seu conteúdo material, ou seja, as regras existem e devem ser seguidas se consideradas em seu conjunto, porém, o conteúdo daquilo que é por elas regulado modifica-se com o passar do tempo e com as características culturais de cada povo. A tolerância é a qualidade que deve sempre acompanhar a liberdade na base da estrutura jurídico-normativa de todo e qualquer Estado. Por isso que não se pode, ao mesmo tempo em que se impõe a vigência de determinada ordem a todos, excluí-la em relação àqueles que dela discordem, tratando-os como inimigos e não como cidadãos, pois, em suma, ela não depende da concordância de cada uma das pessoas da sociedade para ser eficaz,

¹⁵⁷ Ibidem, p.1173.

mas precisa, sim, proteger a todos contra qualquer poder arbitrário, seja de terceiros, seja do próprio Estado.

Considerar a possibilidade de que determinados indivíduos possam ser considerados não como pessoas, mas como inimigos, abre uma brecha para que o Estado se porte em relação a eles como se portaria numa situação de guerra, na qual não se aplicam os postulados e garantias da ordem jurídica ordinária. O direito, ao contrário, tem como postulado a aplicação da força e da coerção de modo legítimo, ou seja, sempre de acordo com normas pré-estabelecidas e delimitadas, impedindo a arbitrariedade, segundo Gracia Martín: “o direito deve ser compreendido, pois, como a luta contra o exercício puro da força e da coação física de um poder superior e, portanto, como *luta contra o Direito Penal do inimigo*”¹⁵⁸. Os princípios da liberdade e da dignidade humana devem ser garantidos a todos pelo simples fato de serem seres humanos, não podendo o Estado determinar em suas normas a existência de dois direitos, um para as pessoas e outro para as “não-pessoas”, o que não necessariamente exclui a possibilidade de penas mais duras a casos mais graves. O que não se pode admitir é a existência formalizada de tais normas, visto que, por não respeitar os direitos fundamentais, não seria, na acepção do termo: direito legítimo.

O direito, como um sistema de normas, parte do pressuposto da existência da responsabilidade, pois somente pessoas responsáveis, capazes de responder pelas consequências de seus atos, poderiam ser destinatárias das normas jurídicas, pois como já dito, elas não são meras coações desprovidas de justificação e legitimidade.

A legitimidade de conteúdo das normas jurídicas, especialmente das normas constitucionais que garantem os direitos fundamentais dos homens, não são meras criações desprovidas de vínculo com a realidade. Não é razoável afirmar que a dignidade humana existe somente porque o direito a protege. A dignidade é anterior ao próprio sistema jurídico, um valor inerente a todos os seres humanos, não podendo ser protegido apenas em relação àqueles que o Estado considerar como “pessoas”. A dignidade está intimamente ligada à liberdade dos homens, valor que também é essencial na constituição da vida em comunidade e deve ser preservada até mesmo aos indivíduos que optam por não viver nos conformes dessa sociedade, desde que respeitados certos limites. Assim, o Estado pode cercear a liberdade das

¹⁵⁸MARTIN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. p.153.

peças, mas também será limitado nesse ato de poder. Um dos limites materiais a ele impostos é exatamente o princípio da dignidade humana. O direito protege a dignidade, mas ela é, em relação a ele, um valor *a priori*, ontológico, essencial à condição de humano e primordial para sua sociabilidade.

Não se pode falar em uma ordem jurídica paralela e excepcional à própria ordem constitucional, pois esta não teria qualquer validade substancial e formal, de acordo com os critérios de validade definidos por Ferrajoli.

Existem certos requisitos essenciais ao próprio conceito de Direito, e um deles é que o fenômeno jurídico somente se apresenta numa relação bilateral entre dois ou mais sujeitos, ou seja, pessoas, sejam elas físicas (seres humanos) sejam elas jurídicas. Os “inimigos” como destinatários das normas do Direito Penal do Inimigo não entrariam em nenhuma dessas categorias, portanto, não poderiam ser destinatários de normas jurídicas, seja como sujeitos ativos ou passivos dessas normas. Seria o mesmo que afirmar que os animais ou, a exemplos, pessoas falecidas, pudessem ser sujeitos de direito ou capazes de responder por sanções penais.

Fundamentado principalmente em Hobbes e Kant, Jakobs afirma que os indivíduos considerados inimigos nunca saíram do “estado de natureza” no qual prevalece a lei do mais forte, sendo fonte de perigo às pessoas que convivem em sociedade de acordo com as regras do pacto social.

No entanto, esse conceito não responde quais seriam as características ou condutas que alguém deveria ter para que possa ser enquadrado como inimigo. Seria essa qualidade uma arbitrariedade do Estado e do direito que poderia simplesmente criar os inimigos que bem entendesse? E, se assim o for, como poderiam tais normas ser consideradas legítimas perante uma Constituição que garante os direitos fundamentais do homem em sentido amplo?

Somente existe o Direito em sociedade. Logo, suas regras se voltam aos sujeitos que vivem em sociedade, ou seja, às pessoas. Ora, se se compreende os inimigos como não pessoas, como seria possível a destinação de normas jurídicas para regulamentação e sancionamento de suas condutas?

Ainda, se os inimigos terão tratamento jurídico diferenciado por serem de antemão considerados como não pessoas, visto que não aceitam o pacto social e, por isso, colocam em risco a sociedade, como determinar quais condutas seriam típicas de um “inimigo”?

Segundo GARCIA existem pelo menos quatro tipos de inimigos:

“En un primer grupo, se ubicarían aquellos que, sin asumir una particular actitud de enemistad declarada contra la sociedad, constituyen, sin embargo, una fuente constante de peligro e inestabilidad para la misma, entre ellos estarían los inimputables, los delincuentes famélicos, ciertas conductas de minorías o inmigrantes, etc. En un segundo grupo, se ubicarían los delincuentes habituales, tales como distribuidores minoristas de drogas, ladrones profesionales, estafadores, falsificadores, etc. Un tercer grupo estaría conformado por los miembros de organizaciones criminales de toda índole, que atentan contra intereses específicos de la sociedad, tal el caso de las grandes corporaciones criminales, como la mafia, los cárteles de traficantes de drogas, las bandas de sicarios y secuestradores, delincuentes financeiros, informáticos, etc; en un cuarto grupo se ubicarían los delincuentes políticos, los terroristas, los miembros de organizaciones separatistas o de sectas religiosas extremistas, etcetera.¹⁵⁹

Desse modo, é extremamente difícil aplicar um “único” modelo de Direito Penal do Inimigo para tantas espécies de inimigos que colocam, com suas condutas, em perigos tão diferentes uma mesma sociedade.

Se os inimigos são aqueles que se negam a reconhecer as regras sociais, como já dito, o que dizer daqueles que também não o fazem por desconhecê-las, como a exemplo dos inimputáveis? Deveriam também, segundo conceito previamente apresentado, ser considerados, como não-pessoas, logo, desprovidos de seus direitos fundamentais? Entende a maioria que não, que, ao serem aplicadas as medidas de segurança, ao mesmo tempo em que se protege a sociedade também se protege o inimputável, não responsável pelos seus atos. Poderia se argumentar que o inimigo sabe bem o que faz e que, portanto, é responsável. Ora, se ele é responsável perante o direito (mesmo que seja do inimigo) como dizer que ele não pode ser considerado pessoa?

Um fato seria destinar uma série de normas aos inimigos como forma de direito excepcional e paralelo ao direito tradicional dos cidadãos, outro seria aumentar a sanção pela reincidência que, nesse caso, revela uma tendência habitual à prática criminosa, mas não deixa de tratar o reincidente como cidadão, em especial, na aplicação das normas garantistas de caráter processual.

Já as organizações criminosas terroristas evidenciam um outro tipo de criminalidade transindividual que vai muito além da mera reincidência e

¹⁵⁹ GARCIA, Manuel Salvador Grosso. **Qué es y qué puede ser el “derecho penal del enemigo”?** Una aproximación crítica al concepto. In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión.** p.14-15.

habitualidade. Para Garcia¹⁶⁰ os atos terroristas seriam, mais do que crimes, atos de guerra contra um Estado através da imposição de força bruta para submeter e derrotar adversários. O terrorismo se perfaz em atos de guerra contra um povo, uma cultura, um Estado, pretendendo atingir um número indeterminado de pessoas. E, da mesma forma, a reação contra atos de terror não poderia tampouco ser considerada direito, mas atos de guerra e de retaliação, não sendo também, portanto, Direito penal do inimigo.

Todavia, não se pode negar que existem diversas formas de criminalidade atuais que não conseguem ser mais regulamentadas nos moldes do direito penal liberal (de cunho modernista). E que, não serão, de outro modo, enquadrados obrigatoriamente como direito penal do inimigo.

As normas derivadas do Direito Penal do Inimigo visam suprir os medos da sociedade atual, uma sociedade considerada de risco, na qual, por força da mídia e da globalização, as pessoas sentem-se cada vez mais inseguras e acuadas, mesmo que tal sensação seja meramente ilusória. Impulsionadas por tais sentimentos, as sociedades ocidentais demandam, cada vez mais, normas fundamentadas na exceção ao direito penal liberal, considerado por muitos absolutamente ineficaz e “protetor de bandidos”, segundo senso comum.

Sempre se volta ao mesmo ponto, a contínua exigência do endurecimento das penas e diminuição das garantias penais às pessoas consideradas perigosas. E cada vez parece mais difícil ajustar a sanção a tais perigos com o direito penal liberal e garantista. É legítimo prescindir de suas garantias? Em quais casos?

Essa é uma resposta de difícil, talvez impossível, solução, pois existem casos extremos em que se poderia aplicar uma maior elasticidade às normas incriminadoras, mas, como se limitar tais casos sem que se caia num autoritarismo Estatal, o que acabaria por deslegitimar todo o sistema legal?

A demanda social busca um direito eficiente, rápido, e tais exigências recaem também no âmbito penal. No entanto, por ser um sistema complexo e cercado de garantias, o Estado deve agir com muito cuidado para não decair em injustiças e excessos, como visto em todos Estados Autoritários do século XX que, em seu início, tiveram apoio em massa da população, chegando ao ponto de confundir direito com guerra.

¹⁶⁰ Ibidem, p.17.

Em suma, Jakobs entende ser legítimo o direito penal do inimigo como um outro modelo de direito penal que atua concomitantemente ao direito penal do cidadão, pois se refere a destinatários distintos, visto que os inimigos não são considerados pessoas ou sequer cidadãos, não sendo a eles conferidos os direitos fundamentais de cunho constitucional. Os inimigos existem e devem ser reconhecidos independentemente de se encontrar o Estado numa situação de emergência ou de guerra, devendo o Direito Penal do Inimigo ser contínuo e perene dentro do Direito de toda e qualquer sociedade mesmo que sua aplicação seja, como já afirmado pelo autor, excepcional.

Como diferenciar o Direito Penal do Inimigo de simples deturpações do direito penal comum através da criação de normas penais que desmesuradamente instituem tipos penais numa inflação legislativa, no cerceamento das garantias penais e processuais, bem como na desproporção entre gravidade do fato e da sanção? Seria o Direito Penal do Inimigo um direito penal de autor? Ora, se a resposta for afirmativa pode-se seguramente afirmar com Garcia¹⁶¹ que essa teoria não traz nada de novo, pois o direito penal humanitário moderno erigiu seus princípios exatamente para combater estes tipos de normas. Afinal de contas, o abuso por parte do Estado sempre existiu não apenas na seara do Direito Penal, mas em muitos outros ramos, principalmente no que concerne aos aspectos repressores destas normas. A idéia de que repreender de forma mais dura é a solução para os conflitos de uma sociedade com fins de pacificação não é nova, mas continua atual dentro de todas as sociedades ocidentais. As medidas de emergência sempre são criadas como formas de opressão social, de endurecimento dos crimes e das penas. E assim se faz com apoio e respaldo da própria sociedade que, como já dito antes, vive num clima de insegurança propagado pela mídia globalizada do mundo de hoje.

O direito penal, e nesse caso, o Direito Penal do Inimigo, passa a ser um instrumento de proteção da sociedade contra aqueles que a ameaçam, colocando num primeiro plano a coletividade ou o próprio Estado em detrimento ao indivíduo e seus direitos fundamentais. Os indivíduos passam a servir ao Estado e não ao contrário, como deveria efetivamente ocorrer.

¹⁶¹ Ibidem, p.27.

A sociedade globalizada clama por novos conceitos jurídico-penais que satisfaçam e assegurem uma proteção contra as novas formas de criminalidade que se desenvolvem em níveis mundiais, como o terrorismo, o tráfico internacional de drogas, armas e pessoas. Condutas estas que atingem um número indeterminado de pessoas dos mais diversos países, nos mais diversos lugares, tendo também como autores das infrações uma rede internacional cujos responsáveis são extremamente difíceis de serem identificados, capturados e, por conseguinte, de responderem por seus atos criminosos. O modelo do Estado Nação moderno acaba não favorecendo em nada na apuração e repreensão desse tipo de criminalidade, em muitos casos, pode até prejudicar, visto que muitas dessas Organizações criminais proliferam com o aval e com agentes dos próprios Estados.

No entanto, medidas penais de emergência não irão acabar com essa insegurança, muito menos acabar com os conflitos sociais, pois não atuam na origem do problema. Devem ser repensadas as próprias relações políticas, culturais e econômicas entre os Estados, englobando, inclusive, uma redefinição do papel do próprio Estado nessa nova conjuntura, pois refletem diretamente em outros conceitos que exigem também uma nova qualificação, tais como cidadão, delinqüente e inimigo¹⁶².

Resta aos juristas readequarem seus velhos conceitos à nova realidade, desde que o façam respeitando-se direitos fundamentais que devem ser protegidos a todo custo, pois, nem mesmo a maioria poderá legitimar normas que atentem contra essas garantias, pois elas são a base da própria democracia. Do mesmo modo se exige, cada vez mais, uma política criminal internacional que possa fazer com que os mais diversos países trabalhem conjuntamente contra essa criminalidade, sempre limitados pelos princípios e garantias fundamentais do ser humano.

Não se pode negar que a sociedade atual é muito diferente daquela em que se estabeleceram os primeiros direitos fundamentais do homem de cunho liberal contra o Estado, mas, por outro lado, a idéia de direitos intrínsecos aos seres humanos não pode ser simplesmente rechaçada como ultrapassada. Aliás, essa idéia é mais do que atual, essencial, para limitação dos poderes de qualquer Estado que se denomine democrático de direito. Logo, a própria idéia de sistema jurídico

¹⁶² Ibidem, p.35.

deve se construir fundamentando-se no reconhecimento e proteção desses direitos. A legitimação do sistema de direito de um Estado Democrático, na visão garantista de Ferrajoli, parte da essencial eficácia dos direitos e garantias fundamentais.

Não se deve confundir cidadão com pessoa. Os direitos humanos não visam apenas os cidadãos, mas todo e qualquer indivíduo, não podendo, sob qualquer alegação, excluir dessa categoria qualquer sujeito.

Jakobs, de acordo com Garcia, não desconhece esse ponto, alegando, para justificar o direito penal do inimigo que:

Un Derecho Penal que tenga como marco de legitimación los derechos humanos es un Derecho penal contra los enemigos de los derechos humanos, y las sanciones que le impone a quienes por convicción violan esos derechos no son penas, sino actos de pacificación forzosa.¹⁶³

Evidencia-se então o paradoxo do próprio direito penal do inimigo, pois, ao tratar como inimigo, revogando ou restringindo a eles garantias penais e processuais acaba por negar aos inimigos os mesmos direitos humanos que pretende garantir aos cidadãos.

Ainda em relação ao próprio conceito de inimigo poderia se questionar sobre a possibilidade da regeneração de um inimigo, passando a ser considerado e tratado como cidadão. Se isso for possível, como se poderia ter certeza em relação a esse *status*? Seria muito fácil manipular-se tal conceito para que os acusados de determinado crime sejam massa de manobra de um poder Estatal um tanto quanto abusivo e arbitrário, revelando a fragilidade de toda a teoria.

Segundo Jakobs, a conduta de determinado sujeito revela sua condição de inimigo e, portanto, o fato de não poder ser juridicamente considerado como pessoa. Para o autor o conceito de pessoa, com base em Luhmann, refere-se a um sistema psíquico que interage com o meio social através de processos comunicativos (afirmação prévia). No entanto, segundo Garcia¹⁶⁴ o conceito de pessoa de Luhmann difere um pouco do de Jakobs no sentido de que os sistemas psíquicos não são partes intrínsecas dos sistemas sociais, mas estão intimamente a ele conectados como pressupostos a sua existência. Assim: “un individuo es en esencia

¹⁶³ Ibidem, p.39.

¹⁶⁴ Ibidem, p.42.

un sujeto, pero cuando se incorpora a la sociedad se convierte en portador de un rol, en componente de un proceso comunicativo, es decir que 'actúa como persona'¹⁶⁵

Ao se falar em pessoa como conceito que envolve comunicação com o meio social, está se falando na comunicação de um sujeito com um meio social concreto, determinado. Toda e qualquer pessoa está inserida em determinada sociedade com características histórico-culturais próprias que não serão necessariamente as mesmas de outras sociedades. Portanto, o conceito de inimigo não poderia nunca ser abstrato, pois dependeria da não conformação da conduta do sujeito com os moldes de determinada organização social. O que não quer dizer que, em relação a outra sociedade, aquele mesmo sujeito seria considerado também como inimigo, pois quem não aceita determinado meio social poderá aceitar outro. Um membro de um país do Oriente pode não aceitar o modo de vida ocidental, mas em sua terra natal ser considerado um cidadão exemplar, ou seja, teríamos uma não pessoa nos países do ocidente e uma pessoa para os padrões sociais orientais. Esse tipo de tratamento é justificado? Pode-se, em nome da organização social, tratar diferente as pessoas que discordam do modelo imposto? Mas, se essas pessoas colocarem em perigo esse modelo sob a forma de atos terroristas? São questões árduas de responder, pois envolvem não apenas direito, mas também a própria ética da sociedade envolvida.

Ao reconhecer alguém como inimigo, de certa forma, o Estado estaria reconhecendo a esse sujeito determinado *status* jurídico do qual decorreriam conseqüências de natureza penal. Logo, ao aplicar normas regulamentando suas condutas, estaria os incorporando ao sistema social na mesma medida em que o incorporaria ao direito, visto que a própria existência do direito tem como pressuposto um meio social ao qual se aplica, uma gama de pessoas que, juntas, formam esse modelo de organização social.

Assim sendo, não se pode excluir os inimigos da qualidade de serem pessoas responsáveis perante o direito, mesmo que as normas jurídicas que a eles se referem sejam diferenciadas.

Numa análise crítica de outra característica do direito penal do inimigo, que é a de criminalizar atos meramente preparatórios como crimes, tais como a participação em organizações criminosas, por se tratarem de padrões coletivos de

¹⁶⁵ Ibidem, p.43.

comportamentos que efetivamente colocam em risco bens jurídicos importantes, Schunemann entende ser possível tal tipificação¹⁶⁶ desde que efetivamente comprovado o risco (crimes de perigo concreto) e que não sejam confundidos grupos políticos de oposição com organizações armadas terroristas ou para a prática de crimes como tráfico de armas, pessoas ou entorpecentes. Afinal de contas, nenhuma atividade de cunho estritamente política pode ser incriminada num Estado democrático que preze pela liberdade.

Enfim, conclui-se que o fortalecimento da atividade policial desde que delimitados seus atos de acordo com as normas legais, e um grande controle da persecução penal podem atuar de forma eficiente contra o terrorismo e as grandes organizações criminais sem que se fira o Estado de Direito, pelo qual tanto se lutou até os dias de hoje¹⁶⁷.

¹⁶⁶ SCHUNEMANN, Bernd. **Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas em la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica.** In: MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión.** p.974.

¹⁶⁷ Ibidem, p.975.

3 O DIREITO PENAL DO SÉCULO XXI: DIREITO PENAL MÍNIMO OU MÁXIMO? CONSIDERAÇÕES POSSÍVEIS

3.1 A Sociedade da Insegurança e do Risco

A sociedade atual padece de uma insegurança intrínseca, um medo de riscos que, muitas vezes, ninguém sabe definir. Apenas se tem medo. Um medo que a cada dia é mais fomentado nas notícias dos meios de comunicação em massa. Não se está negando a existência de riscos, eles existem sim, e são inúmeros. Ainda mais se considerando a complexidade social do mundo de hoje no qual a comunicação é a regra e as informações voam pelo globo em questão de segundos, fazendo com que pessoas dos mais diversos países estejam conectadas.

Silva Sanchez explica muito bem o sentimento de falta de controle dos riscos, ao qual é acometida toda a sociedade contemporânea:

Três aspectos concretos, a título puramente exemplificativo, podem ilustrar essa idéia. Por um lado, é inegável que a população experimenta uma crescente dificuldade de adaptação a sociedade em contínua aceleração. Desse modo, depois da revolução dos transportes, a atual revolução das comunicações dá lugar a uma perplexidade derivada da falta – sentida e possivelmente real – de domínio do curso dos acontecimentos, que não pode traduzir-se senão em termos de insegurança. Por outro lado, as pessoas se acham ante a dificuldade de obter uma autêntica informação fidedigna em uma sociedade – a da economia do conhecimento – caracterizada pela avalanche de informações. Estas, que de modo não infrequente se mostram contraditórias, fazem em todo caso extremamente difícil sua integração em um contexto significativo que proporciona alguma certeza. Em terceiro lugar, deve ser ressaltado que a aceleração não é somente uma questão de técnica, mas, precisamente, também da vida. A lógica do mercado reclama indivíduos sozinhos e disponíveis, pois estes se encontram em melhores condições para a competição mercadológica ou laborativa. De modo que, nessa linha, as novas realidades econômicas, às que se somaram importantes alterações ético-sociais, vêm dando lugar a uma instabilidade emocional-familiar que produz uma perplexidade adicional no âmbito das relações humanas. Pois bem, nesse contexto de aceleração e incerteza, de obscuridade e confusão, se produz uma crescente desorientação pessoal (Orientierungsverlust), que se manifesta naquilo que já se denominou perplexidade da 'relatividade'.¹⁶⁸

¹⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedade pós-industriais.** p.33-34.

Atualmente, portanto, vivemos em uma sociedade contraditória no seguinte sentido: ao mesmo tempo em que estamos interligados com o mundo todo através dos mais modernos meios de comunicação tecnológica, passando e obtendo informações em quantidade enorme e em um tempo exíguo, vivemos com a incerteza da veracidade de tais informações. E não saber se uma informação é válida ou não é desconcertante. Imagine o sentimento gerado por uma gama enorme de informações que não garantem certeza alguma!

Por isso a sensação perene de insegurança no meio social. As pessoas estão conectadas, mas continuam sozinhas. Há uma sociedade de massa na qual os indivíduos pouco se conhecem, mas sabem muito sobre o mundo todo (sem, é lógico, que tal conhecimento se prove verdadeiro ou certo). Se sabe pouco sobre muitas coisas e quase nada sobre coisa alguma, quer dizer, o conhecimento é superficial e subdividido. O que faz com que as pessoas saibam somente o necessário para seu trabalho, sua profissão, não indo muito além disso. A revolução das comunicações, como dito por Silva Sanchez, não trouxe conhecimento para muitos, trouxe, na verdade, apreensão e insegurança. Afinal, o que se sabe hoje, pode mudar amanhã, tudo é provisório. A única coisa a ser definitiva é a incerteza dos fatos. Não há mais verdade e, conseqüentemente, o conhecimento passa a ser provisório também. Logo, se não se pode saber, por que alguém se daria ao esforço de conhecer qualquer coisa? Essa alienação é fato comum em nossa sociedade “tão bem informada”.

A sociedade de massa, em realidade, é composta por indivíduos sozinhos, o individualismo nunca esteve tanto em alta como hodiernamente. O privado substitui os espaços públicos, ninguém quer participar de coisa alguma além dos seus interesses particulares. O sentido social, a noção de solidariedade em muito se perdeu. E quem não é solidário não recebe em troca solidariedade, vivendo, portanto, num meio hostil em que o outro é considerado um inimigo ou alguém a quem não se deve confiar.

Os meios de comunicação passam a fazer o papel de espaço público, passam a ser as “vozes” das pessoas, mas não necessariamente refletem a vontade social. Em muitos casos é a mídia quem coloca as idéias nas cabeças das pessoas e não o contrário. A formadora (ou modeladora) de opinião passa a ser a mídia, detendo um poder forte e difuso, visto que as pessoas detêm somente um

conhecimento superficial sobre os fatos e simplesmente se contentam com isso e com idéias prontas, pois, afinal, tudo é provisório, por que deveriam se importar em buscar uma verdade impossível de se obter?

A realidade que se apresenta nos meios de comunicação é, muitas vezes, maquiada e dissimulada, mas poucos se importam com isso, pois preferem simplesmente “absorver” o que lhes é passado do que analisar todas as informações de forma racional. Até mesmo porque esse todo, de tão contraditório, gera ainda mais confusão.

3.1.1. O espaço político e a globalização – a *ágora* de Bauman e seus reflexos no modo como a sociedade enxerga a política

Na sociedade atual a política passou a ter um grau de relevância restrito perante uma nova ordem social cada vez mais globalizada, ou seja, os políticos podem, no máximo, promover o conformismo social e não a busca de mudanças e melhoras. A função da política seria: “a arte da autolimitação: a de libertar os indivíduos para capacitá-los a traçar, individual e coletivamente, seus próprios limites individuais e coletivos”¹⁶⁹.

Atualmente a política é insignificante, ou seja, ela limita-se a uma atuação local, enquanto que os poderes reais (como o mercado econômico) atuam globalmente.

A sensação de identidade comunitária, de luta de uma causa comum perdeu-se no meio do egoísmo reinante e as pessoas procuram aleatoriamente “bodes expiatórios” para voltar suas manifestações sociais, tão transitórias quanto as verdade que buscam. Como consequência desse medo generalizado (fomentado por um mídia sedenta por violência e por um Estado policalesco) que se volta contra um fato ou pessoa específica, os políticos vendem suas idéias eleitoreiras no sentido de aumentar essa segurança contra a criminalidade crescente e aterradora, mas não buscam o fundo da questão que se espraia por trás da insegurança social predominante.

Essa insegurança decorre, principalmente, do fato das pessoas se sentirem sozinhas, sem comunidade a lhes amparar, de modo que os sentimentos

¹⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. p.12.

fomentados são da incerteza, do ódio, da desconfiança de tudo e de todos. O aumento da criminalidade é decorrência dessa segurança perdida, pois, com o aumento dos crimes, as pessoas perdem a credibilidade no Estado e percebem que precisam se defender sozinhas.

A única solidariedade capaz de se construir é aquela baseada no ódio, na eleição de um inimigo comum, mas, hoje, até ele é transitório e fragmentado, ora são os pedófilos, ora os terroristas, ora os responsáveis por crimes contra os idosos, por questões de raça e assim por diante num número sempre crescente.

A civilização construída pelo homem sempre teve como fundamento o aumento e garantia da segurança de cada um, pois “oferece a libertação do medo”¹⁷⁰. Contrariamente, a concepção atual é de que a segurança garantida pelo Estado é algo ruim, atenta contra a dignidade humana, à liberdade dos indivíduos, numa crítica contundente que acaba gerando ainda mais incerteza e conformismo de que ela não será possível em hipótese alguma.

Os problemas referentes à insegurança se agravam pelas situações materiais do mundo contemporâneo. Há uma predominância dos poderes econômicos (jogo livre do mercado financeiro) sobre os poderes políticos, de modo que a volatilidade e flexibilidade é muito maior, deixando as pessoas à mercê das flutuações econômicas globalizadas.

Isso gera uma apatia em relação à política, uma descrença nas capacidades dos políticos em realizar qualquer mudança. O Estado não pode mais garantir a força de trabalho, estabilidade e emprego aos cidadãos, e isso gera a incerteza referente ao dia de amanhã na capacidade de se manter e sustentar materialmente. Há uma plasticidade nos empregos hoje em dia, todos são provisórios e não garantidos por um agente centralizador como o Estado.

Essa desvalorização do espaço público revela que os homens estão numa busca contínua por uma identidade coletiva que lhes dê segurança. Há uma comunidade de pessoas inseguras que sofrem na solidão e não encontram qualquer resposta nessa busca contínua. A única certeza que se tem é que mais incertezas as aguardam pela frente.

Essa incerteza, por outro lado, é incentivada pelos poderes dominantes, na medida em que o mercado preza pela flexibilidade e numa pressão contínua sobre

¹⁷⁰ Ibidem, p.24.

as pessoas louvando o livre comércio, uma das fontes primordiais da incerteza existencial¹⁷¹.

Os homens de hoje têm consciência de que não tem força e estão sozinhos, o que os deixa com uma incerteza perene sobre o dia de amanhã, de modo, que, conformados, preferem não pensar nisso. Existem poderes atuando sobre suas vidas que eles não sabem de onde vem, nem como agem, muito menos como combater, pois não estão mais centralizados numa única instituição (como o Estado): é a bolsa de valores, o mercado financeiro mundial, a globalização (poderes disciplinares, segundo Foucault).

A preocupação com a segurança e com a criminalidade, pelo menos, é palpável, verificável, por isso serve de bode expiatório para as pessoas em seu cotidiano, alheias à globalização que já incide e guia as suas vidas. Elas agem de acordo com os medos que lhes são inculcados e o principal deles é: como enfrentar a violência e o estado caótico que se instaurou (pois, afinal de contas, é isso que se repete todos os dias nos mais variados meios de comunicação).

Nem mesmo as instituições políticas podem diminuir as incertezas geradas por tais poderes globalizados, pois eles fluem livremente por todos os lugares, enquanto que a política é concentrada num único local – o Estado. Desse modo, o Estado serve para combater os crimes (garantir segurança física), mas não para regulamentar a economia ou garantir a estabilidade dos empregos, tal função já saiu de suas mãos.

Na era pré-moderna o poder regulamentava as condutas dos homens através da imposição de sanções que criassem um terror nas pessoas, de modo que elas não desobedecessem as normas impostas. O medo político surge da vulnerabilidade de cada um em relação ao outro¹⁷², criando uma sociedade pautada por normas que não devem ser desobedecidas.

Com o Iluminismo e a concepção do homem como centro do mundo, as pessoas passaram a dispor de mais liberdade, mas hoje em dia não sabe mais o que fazer com ela, pois foi perdido o senso de que, ao lado de qualquer liberdade, deve existir também a respectiva responsabilidade social pelos atos praticados.

Portanto, para que se possa harmonizar os espaços público (segurança) e privado (liberdade) é essencial que se recrie a interdependência entre eles numa

¹⁷¹ Ibidem, p.35.

¹⁷² Ibidem, p.66.

comunicação constante, no qual não haja prevalência total de um sobre o outro, sob pena de perda de legitimidade. A esfera em que ocorre essa comunicação é, segundo denomina Bauman, a *ágora*. Essa comunicação, entretanto, é permeada de tensões e contratempos.

A tendência totalitária baseia-se numa ideologia para garantir seu poder ilimitado, tornando-se, em última instância, o poder do Estado. A transformação social passa a depender de um poder concentrado, totalitário e ilimitado, que culminou em sistemas como o russo-stalinista, o nazismo e o fascismo. Por isso a ideologia foi largamente utilizada pelo Estado como forma de eliminar a *ágora* como espaço de discussão, acusando-a de impedir qualquer ação real. Nessa linha de pensamento verifica-se porque esse espaço foi cada vez mais se dissolvendo, pois, as pessoas passaram a não mais ter preocupações coletivas, isolando-se em seus problemas privados. As discussões não eram mais permitidas, não havia mais necessidade de diálogo entre o poder e as pessoas, a ela cabia apenas obedecer, essa era a idéia totalitária. O único sujeito na *ágora* passa a ser o público.

Atualmente, após o fracasso das tendências fascista, nazista e comunista totalitárias, houve uma inversão de papéis na *ágora* por um declínio da política e predominância do privado. Surge o poder anônimo do capital, das forças neoliberais do mercado, enfraquecendo a política estatal. E tal poder anônimo não se beneficia com a existência da *ágora*, pois não pretende que exista qualquer discussão ou regulamentação. Fragmenta-se o mundo, as idéias tornam-se transitórias e, num mundo fragmentado não há grandes idéias nem verdades absolutas.

Dentro dessa nova concepção da realidade, vemos duas principais tendências: a da globalização e a da localização. A crescente separação entre poder e política faz com que o poder (capital) seja globalizado e a política localizada e presa a um território. Não há mais um engajamento entre Estado e nação como ente territorial com história, tradições, administração próprias. Os detentores do poder hoje são extraterritoriais, ocupam o ciberespaço, formam uma elite isolada do resto das pessoas excluídas.

Não se pode mais predeterminar quantos e quais problemas existem e devem ser enfrentados passando-se de uma crise para outra, o que reflete na fragmentação do próprio conhecimento e na impossibilidade de se encontrar uma verdade absoluta.

Instaura-se uma espécie de crise entre espaço local e global. Crise, em seu significado cotidiano, quer dizer momento de indecisão sobre o rumo a se tomar¹⁷³. São momentos em que está abalada a confiança sobre determinada decisão. Logicamente, para que se possa compreender um momento de crise é preciso ter a noção do momento de normalidade, sem o qual não acharíamos o primeiro conceito. No mundo contemporâneo a idéia de crise tornou-se corriqueira perpetuando esse estado de indecisão e falta de segurança. A complexidade social faz surgir crise após crise, o que torna a crise como algo essencial à condição humana. Sendo assim, a crise é, paradoxalmente, “o estado normal da sociedade humana”¹⁷⁴. Mas, ainda assim, insiste-se em crises dos valores, crise da cultura, crise da ordem mundial.

Surge o “homem modulado”, no conceito de Gellner, citado por Bauman¹⁷⁵, como um homem que muda, adapta-se, está sempre disposto a mudar de acordo com as necessidades, mas, é um homem sem essência. Ele se cria e modifica de acordo com as tarefas a serem desempenhadas. Os homens modulados não precisam de regras rígidas, pois vivem numa sociedade em que as contradições estão sempre presentes, remodelando-se, assim como ele próprio se remodela nessa desregulamentação crescente. A sociedade em “multirrede” não cria laços sociais fortes entre seus membros, todos são “parcialmente deslocados”, pairamos entre vários grupos, mas, não pertencemos totalmente a nenhum deles. É uma condição de instabilidade e insegurança, que gera diversos atritos entre as pessoas que perderam a noção de coletividade tão prezada em épocas passadas.

No entanto, o Estado-nação está perdendo espaço para os poderes anônimos do mercado globalizado. A república conseqüentemente está enfraquecida e o espaço público está sendo tomado pelos interesses privados. Há um poder global, mas não uma cidadania global¹⁷⁶, o que gera uma economia da incerteza. As pessoas tornaram-se supérfluas e substituíveis no mercado financeiro global, sua estabilidade sempre será precária e estará ameaçada. Essa ameaça constante gera um medo difuso e a confiança, requisito para qualquer planejamento racional, desmantela-se. O Estado não mais pode garantir o futuro das pessoas que se torna cada vez mais incerto.

¹⁷³ Ibidem, p.144.

¹⁷⁴ Ibidem, p.147.

¹⁷⁵ Ibidem, p.160.

Mas, essa universalidade não bate de frente com a diferença, ela a engloba:

A busca da universalidade não envolve o sufocamento da polivalência cultural ou a pressão para alcançar consenso cultural. Universalidade significa nada mais nada menos que a capacidade da espécie se comunicar e alcançar entendimento mútuo – no sentido, repito, de “saber como prosseguir”, mas, também saber como prosseguir diante de outros que podem – têm o direito de – prosseguir por caminhos diferentes.¹⁷⁷

Essa incerteza gera o medo social que culmina com ordenamentos jurídicos com tendências autoritárias, mas apresentando as mesmas incertezas decorrentes do modelo que se apresentou numa crise contínua da *ágora* de Bauman. É nesse modelo social normalizado e inseguro de seus próprios passos que surge as dúvidas sobre qual rumo a política criminal deve tomar: direito penal máximo ou direito penal mínimo? Garantias individuais ou Defesa social?

3.1.2 O direito da sociedade do risco e a nova criminalidade

As mensagens passadas pelos meios de comunicação dão a idéia de uma sociedade extremamente perigosa em que o perigo está à espreita e acabam incitando as massas ao clamor por um aumento desmesurado das normas penais, transformando o direito penal na única solução possível para a violência urbana e, em verdade, para diversos outros setores do que poderia ser considerado crime, como o direito ambiental, administrativo etc.

O medo da criminalidade crescente entra dentro desse rol de confusão mental em que sociedade se encontra nos caminhos incertos que segue, desorientada. A resposta dada pela mídia e repetida até a exaustão é: o aumento do rigor das normas penais. Não se está afirmando que essa solução é incorreta, apenas que ela é jogada como a única saída sem que alguém sequer se importe com sua veracidade ou não. Em nome dessa segurança contra a criminalidade se aceita até mesmo a flexibilização do Estado constitucional de direito através da diminuição ou restrição de suas garantias a determinadas classes de pessoas. Passa a ser perfeitamente aceitável a mudanças das regras do jogo dependendo do jogador em flagrante desrespeito ao princípio básico da proteção dos direitos do “homem” como categoria única e universal.

¹⁷⁶ Ibidem, p.172.

As sociedades globalizadas, no entanto, continuam sendo pluriculturais, cada povo continua a preservar seus próprios hábitos e cultura ao mesmo tempo em que precisam conviver com outras culturas dentro do mesmo meio social. Isso faz com que exista uma tensão latente entre os mais diversos grupos que convivem socialmente. Tal conflito dissimulado gera violência e, para tentar combatê-la, o recurso é o aumento de leis penais de proteção a determinadas classes. São comuns atualmente leis contra imigrantes, por exemplo.

Há uma aparente contradição, pois ao mesmo tempo em que se busca uma homogeneização do direito penal entre os mais diversos países buscando um caráter universal que permite a colaboração direta entre eles no combate aos crimes, o que se vê é a exclusão de certos grupos sociais que são considerados como produtores de violência, geradores de insegurança.

Passa-se então a se escalonar o meio social através do direito. Esse tipo de “escalonamento social” sempre existiu, mas não pode ser reconhecido e fomentado pelo direito que tem como pressuposto tratar todos os iguais da mesma forma, proporcionando uma diminuição da desigualdade social não um aumento que geraria ainda mais insegurança. O direito penal, nesses casos, passa a ser um instrumento de desigualdade material e não de tratamento justo e digno perante a prática de fatos previamente definidos como delitos. Acaba-se criando um direito penal de autor, de combate a perigos (sejam reais ou criados por descuido ou propositadamente) e não de ato. Assim, determinam-se responsáveis por crimes pessoas consideradas perigosas independentemente da prática de qualquer ato ou ação, estigmatizando-as socialmente através do processo penal e da aplicação de medidas de prevenção que não deixam de ter caráter de sanções prévias. O princípio da presunção de inocência passa a ser de presunção de culpa, pois sempre deve existir um culpado. Na sociedade em que não se admite a própria culpa, um terceiro qualquer que não faça parte da mesma categoria social do que se sente vitimizado, deve ser responsabilizado. É a velha história da criação de um bode expiatório. No entanto, essa criação passa a ser realizada através de normas jurídicas!

No entanto, as novas formas de criminalidade têm contribuído na expansão do direito penal para setores sociais aos quais nunca havia dado atenção, como

¹⁷⁷ Ibidem, p.204.

crimes contra o meio ambiente, o mercado financeiro, a economia popular, dentre outros. Procura-se aplicar também sanções à criminalidade das elites¹⁷⁸, numa concepção do direito penal como aplicador universal de sanções que se expande (através da criação das mais diversas leis com normas incriminadoras) por todo o meio social.

É a sociedade se colocando no papel da vítima e, procurando um meio de se solidarizar com ela através da aplicação da pena e da expansão desmesurada do direito penal. Esse modo de se vislumbrar o novo papel social do direito penal faz com que o princípio da ultima ratio seja colocado em último plano, passando o direito penal a ter um controle maior e mais efetivo da sociedade, aumentando-se as condutas definidas como crime e se relativizando as garantias de cunho penal e processual penal. Passa o direito penal a regular questões que seriam eminentemente de política, como é o caso do meio ambiente, por exemplo.

Assim, a insegurança social aumenta na medida em que se perdem os valores morais que a unem, as normas morais exercem menos influência nas pessoas do que antigamente, o que faz com que não sejam mais passíveis de confiança, perdendo-se a noção do que é efetivamente certo e o que é errado. Isso faz com que se busque a solução no direito penal e nas normas incriminadoras, pois somente elas dão uma certa sensação de segurança (mesmo que seja falsa), de que seriam obedecidas no mínimo pelo medo que suscitam em relação à aplicação de uma sanção. Inevitavelmente tal quadro social acaba levando a uma expansão desmedida (muitas vezes pela criação de leis de cunho politiquero) das normas criminais.

Por outro lado, o direito penal tradicional é criticado de todas as formas por mais paradoxais que pareçam ser as críticas, conforme afirma SILVA SANCHES: “Critica-se o Direito Penal público e sua aplicação processual-jurisdicional ao modo clássico como excessivamente suave ou, aqui, excessivamente severo: em todo caso, ineficiente.”¹⁷⁹ Ora, se afirma que o direito penal protege os “bandidos”, ora que prende “inocentes” antes mesmo da proferir uma sentença condenatória.

¹⁷⁸ “Daí que a aposta, que parece decidida, por uma expansão do Direito Penal, que conglome a relativização dos princípios de garantia e regras de imputação no âmbito da criminalidade dos poderosos, sendo criticável em si mesma, pode incorrer ademais no erro adicional de repercutir sobre a criminalidade em geral, incluída a dos *powerless*, algo que aparentemente se ignora na hora de propor as reformas antiguarantistas.” In: SILVA SANCHES, Jesús-Maria . **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** p.55.

¹⁷⁹ Ibidem, p.70.

Portanto, existem duas principais tendências a serem seguidas pelos Estados contemporâneos na criação de normas penais: ora se tende a um direito penal máximo, através da criação de diversas leis esparsas com caráter de direito penal do “inimigo” que, de excepcional, passa a ser algo comum, ora se procura consolidar um direito penal mínimo e garantista, não prescindindo das garantias penais e processuais penais na aplicação das penas, em especial, as privativas de liberdade. Somente, sendo possível certa flexibilização no caso de aplicação de outros tipos de sanção que não impliquem na privação da liberdade do condenado.

Essa segunda tendência parece um pouco abalada frente ao terror instaurado pelos grupos extremistas, o que faz com que os Estados acabem estipulando normas de direito penal máximo, fato este que, por sua vez, gera um perigo para a própria sociedade, pois as restrições e flexibilizações que somente seriam admitidas para certos casos específicos se espalham por toda a malha social, de forma desmedida e descontrolada.

3.2 Rumo a um direito penal máximo?

Não é mais exclusividade de alguns grupos sociais a reivindicação de um direito penal severo e amplo. Atualmente, mesmo aqueles que se dizem a favor dos direitos humanos e das liberdades, pregam pela maximização do direito penal como se ele fosse a única resposta possível para os males e os perigos que acometem essa mesma sociedade.

A criminalidade econômica é uma das principais ameaças enxergadas pelos Estados em sua política criminal expansiva. No entanto, não se pode dizer que é aquela que efetivamente preocupa os indivíduos em sua vida cotidiana. Na realidade, a sensação de viver inseguro decorre diretamente da violência urbana, desorganizada, transmitida diariamente nas emissoras de rádio e televisão.

O direito penal tradicional pauta-se pela punição de crimes contra a vida, a liberdade e o patrimônio, sendo este seu núcleo básico de proteção. Os ordenamentos penais dos mais diversos países hoje caminham no sentido contrário, ou seja, de conter perigos e violações a bens jurídicos coletivos, difusos, tipificando condutas com certa flexibilidade de enquadramento, numa tentativa de conter a

criminalidade dos poderosos, de cunho eminentemente econômico¹⁸⁰, como os crimes financeiros, de lavagem de dinheiro, evasão de divisas, contra o mercado e assim por diante. É uma criminalidade organizada e completamente diferente daquela para a qual se voltava o direito penal clássico.

Essa é uma das razões que levou o Estado a modificar sua política criminal. O direito penal passa a ser uma forma de gestão administrativa de controle da própria sociedade, pretendendo-se incluir também a criminalidade poderosa, de “colarinho branco”.

Para isso, o direito penal precisa ser eficiente para dar respostas à sociedade, mesmo que, para tanto, sejam aceitáveis negociações com réus para obtenção de benefícios, desde que estes colaborem na captura de outras pessoas ou na obtenção de provas, por exemplo. Há um gerenciamento dos fatos típicos que deixam de ser absolutos, podendo muito bem ser relativizados e negociados entre as partes.

A nova criminalidade, ou macrocriminalidade, transpassa as fronteiras dos Estados, é internacional, e, para que se possa combatê-la, é necessário um direito penal que flexibilize as garantias impostas pelas normas dos mais diversos países, de modo que seja possível uma ação conjunta e, ao mesmo tempo, eficaz. Não se está mais combatendo pessoas que praticam condutas delituosas isoladamente, muito pelo contrário, as ações passam a ser coletivas e praticadas de forma hierarquicamente organizada. A gestão administrativa também passou a ocorrer no âmbito da criminalidade e não apenas no do direito penal.

Existem, portanto, na visão de Silva Sanches¹⁸¹, duas principais formas de criminalidade que se pode denominar como macrocriminalidade: a econômica, composta pelos crimes contra mercados financeiros e similares, com menor gravidade; e a excepcional, composta por crimes de extremo perigo a um grande e indeterminado número de pessoas, sendo o caso do terrorismo. Tanto no primeiro como no segundo caso, a tendência é a diminuição das garantias penais e processuais previstas pelo direito penal tradicional-liberal.

¹⁸⁰ “Trata-se de delitos qualificados criminologicamente como *crimes of the powerfull*; de delitos que têm uma regulação legal insuficientemente assentada; e de delitos cuja dogmática se acha parcialmente pendente de elaboração. E tudo isso há de redundar em uma configuração dos mesmo sobre bases significativamente diversas daquelas do Direito Penal clássico (da delinqüência passional ou dos *crimes of the powerless*).” In: SILVA SANCHÉS, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** p.77.

¹⁸¹ Ibidem, p.94.

Além das hipóteses de negociação e transação no âmbito criminal, também há uma inclinação por parte deste “novo direito penal” em incriminar condutas praticadas por pessoas jurídicas¹⁸² e em tipificar ações de perigo a bens jurídicos difusos ou coletivos¹⁸³. Procura-se a proteção de bens jurídicos supra-individuais, cuja lesão ou colocação em perigo não coloca em risco diretamente uma pessoa determinada. Muitas vezes não coloca concretamente ninguém em perigo, como alguns crimes contra o meio ambiente, nos quais se procura proteger o desenvolvimento sustentável de modo a garantir que futuras gerações possam usufruir de um meio ambiente íntegro. Cria-se, assim, um modelo de gestão de bens jurídicos completamente atípica ao direito penal clássico, conforme Silva Sanches:

De fato, essa orientação à proteção de contextos cada vez mais genéricos (no espaço e no tempo) da fruição dos bens jurídicos clássicos leva o Direito Penal a relacionar-se com fenômenos de dimensões estruturais, globais ou sistêmicas, no que as aportações individuais, autonomamente contempladas, são, ao contrário, de ‘intensidade baixa’. Com isso, tem-se produzido certamente a culminação do processo: o Direito Penal, que reagia a posteriori contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está ‘administrativizado’.¹⁸⁴

Esse direito que se volta ao combate da macrocriminalidade em contextos genéricos prevê, exatamente para conseguir englobar tais contextos, crimes que são, em sua maioria, de perigo (na verdade, nem mesmo de perigo concreto, mas de perigo abstrato). Muitos dos fatos considerados criminosos não são lesivos se praticados isoladamente, o risco ao bem jurídico protegido se dá quando muitas pessoas praticam tais atos em grande escala. Assim, o meio ambiente não será efetivamente “lesionado” pelo fato de ser cortada meia dúzia de árvores, mas, se todos começarem a cortar árvores a lesão se concretizará. Logo, o modelo administrativo visa proibir e punir as condutas para que elas não se “espalhem” ou “acumulem” gerando, daí sim, a lesão que se pretende prevenir com esse tipo de sanção. Segundo Silva Sanches essa não seria função do direito penal, mas sim do Direito Administrativo:

Assim, a magnitude do problema global não pode nunca justificar a imposição de uma pena grave a sujeitos individuais, quando as contribuições de cada um são, isoladamente, insignificantes. O setor do

¹⁸² Ibidem, p.94.

¹⁸³ Ibidem, p.95.

¹⁸⁴ Ibidem, p.114.

ordenamento que, por suas características, melhor se adapta a casos dessa configuração é o Direito Administrativo. Se se pretende que o Direito Penal mantenha, por razões comunicativas, essa função que já assumiu e que em termos puros não lhe corresponde, deve-se deixar claro que não cabe integrá-la no Direito Penal nuclear da pena privativa de liberdade, senão, em todo caso, em um Direito Penal fronteiro, que ao admitir fatos dessas características se mostraria como amplamente flexibilizado, e que não poderia impor penas de prisão.¹⁸⁵

Isso não quer dizer que os crimes tradicionais deixaram de existir ou de ser relevantes no meio social. Como já afirmado antes, a maior preocupação das pessoas não é a criminalidade econômica, visto que a maioria das pessoas não consegue estabelecer uma conexão entre ela e sua vida privada (mesmo que exista e existe mesmo!). A insegurança é causada pela instabilidade social gerada pelo aumento da violência urbana contra as pessoas e o patrimônio. É esse o tipo de violência que está praticamente todos os dias nas manchetes de jornal. E, vivendo numa sociedade globalizada como a nossa, esse medo prolifera-se para todos de forma quase que imediata em razão da velocidade com que se expandem as notícias pelos meios de comunicação.

O Estado assume, portanto, a função de punir a criminalidade comum e prevenir, também através do direito penal, a criminalidade econômica. Ou seja, suas ações passam a ter a conotação de vigilância. Um Estado que pune condutas que colocam em perigo bens jurídicos difusos pela criação de normas penais com caráter administrativo, de mera regulamentação formal, necessita de todo um aparato para vigiar e controlar tais condutas.

A sociedade globalizada busca, portanto, sua segurança numa atitude defensiva, de exclusão e neutralização dos delinquentes na proteção do que chamam de “Lei e Ordem”.

Pouco se fala em retribuição no âmbito da macrocriminalidade ou da criminalidade econômica, o que realmente importa na aplicação da pena é cessar o perigo ao bem jurídico antes que ele se transforme numa lesão real. A finalidade patente é, portanto, a neutralização dos delinquentes, pois somente assim se conseguiria a finalidade a que se propõe. Além disso, evita-se dar a pena um papel ressocializador, o que demandaria muito mais gastos públicos com os condenados com o fim “inútil” de reeducá-los, o que é considerado, de acordo com essa visão

¹⁸⁵ Ibidem, p.124.

administrativista, uma utopia, especialmente num país como o nosso em que a pena de prisão ainda é a regra e a situação carcerária precária.

3.3 Perda de legitimidade do sistema penal, as penas perdidas de Zaffaroni

O direito penal, especialmente nos países subdesenvolvidos, como é o nosso caso, apresenta, na visão de Zaffaroni, um discurso jurídico-penal falso¹⁸⁶, pois não é coerente com a aplicação prática do direito penal, o *dever ser* do direito penal, isto é, suas normas e princípios, é muito diferente do seu *ser*, ou seja, sua efetivação social através do processo, da aplicação e da execução das penas.

Essa desarmonia entre sistema penal e normas penais não é algo transitório ou passageiro como muitos pensavam e ainda sustentam. Na realidade é um problema estrutural do próprio sistema penal que carece de sentido e racionalidade:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.*¹⁸⁷

A decorrência disto é a perda de legitimidade do sistema penal, pois lhe falta a característica essencial de corresponder às previsões normativas e constitucionais, especialmente em relação às garantias e direitos fundamentais. Sem tais garantias como moldura para a aplicação das normas penais, sua operacionalização torna-se irracional e, muitas vezes, desmedida e abusiva. As garantias, por sua vez, transformam-se em afirmações utópicas, irreais e simbólicas de algo que deveria ser, mas não é.

Não se deve confundir legalidade com legitimidade. A legalidade, em seu aspecto formal, em nada contribui na análise do conteúdo das normas penais, deixando-as como um campo vazio que pode ser preenchido com qualquer coisa de acordo com a vontade estatal (que, muitas vezes, também é alheia ou mesmo contrária à vontade social). A legalidade também deve ser material, obrigando o poder estatal a agir dentro dos limites previstos em lei, como processual, voltada para os órgãos estatais responsáveis pelo processo e pela aplicação das penas que

¹⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas. a perda de legitimidade do sistema penal.** p.13.

não podem agir sem um embasamento normativo. Todavia, na realidade dos fatos, há uma margem discricionária muito grande para atuação do Estado com fundamento em normas amplas, indeterminadas e obscuras. Passa o Estado, com isso, a ter um enorme poder sobre a sociedade, criando-se um modelo policial que passa a intervir no cotidiano das pessoas, controlando toda sua vida social numa espécie de vigilância disciplinar¹⁸⁸ foucaultiana.

O Direito Penal, além disso, pune muito pouco em relação aos casos que deveria punir, pois se fosse aplicada uma sanção a cada crime que ocorresse na sociedade haveria uma desestabilização social, pois ninguém sairia incólume por conta da inflação de leis penais. Portanto, existem muitas penas perdidas, não aplicadas, o que prova que o sistema escolhe os criminosos, seleciona determinadas classes de pessoas que serão responsáveis pela grande maioria dos delitos praticados enquanto outras facções sociais (que também praticam fatos delituosos) acabam não sendo responsabilizadas (a não ser num ou outro caso que servem de exemplo para os demais, como forma de manutenção perene do controle social do “rebanho”).

Até os dias de hoje, no discurso penal, subsiste uma idéia organicista da sociedade, que a compreende como um organismo nos quais os mais diversos órgãos, interagindo-se entre si, formam algo novo, maior e mais completo. Assim, o direito penal visa proteger precipuamente a sociedade, como se ela fosse um organismo e cada pessoa uma de suas células. As células que estejam doentes e em desacordo com o corpo maior, devem ser exterminadas para que o todo continue a operar eficientemente. O organismo sobrevive de forma autônoma em relação a algumas células que o compõem e deve ser protegido daquelas “patológicas” que somente trazem malefícios à grande maioria. Ora, esse tipo de concepção social desemboca num discurso autoritário em que a maioria prevalece em relação a um único indivíduo que poderia, sem maiores indagações, simplesmente ser eliminado

¹⁸⁷ Ibidem, p.15.

¹⁸⁸ “A vigilância disciplinar, verticalizante e militarizada da sociedade opera de forma camuflada, impedindo que seja percebida em nível consciente, em toda a sua magnitude. Por isso, em nível consciente, as mesmas pessoas vulneráveis ao sistema penal (os setores carentes e os dissidentes incômodos), se por um lado não sentem temor diante do exercício de poder do sistema penal quando este aparece com sua máscara de repressão do ‘inimigo’, percebem como temível o exercício de poder dos órgãos do sistema penal controlando qualquer conduta realizada em lugar público ou privado (como abraçar outra pessoa, vestir-se de modo diferente, beber com amigos, caminhar na madrugada, passear com um cachorro, procurar um objeto sexual, recolher resíduos acumulados na via pública, sentar-se numa esquina ou num parque...)” *In*: ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas. a perda de legitimidade do sistema penal.** p.25.

ou neutralizado. Segundo Zaffaroni: “O paradigma de maior vigência temporal é o do organicismo: o discurso jurídico-penal fundamentado na idéia de sociedade como organismo imperou teocraticamente, restabeleceu-se com o positivismo e volta agora com o funcionalismo sistêmico.”¹⁸⁹

Desse modo, a doutrina do Direito Penal do Inimigo por mais que afirme ter bases contratualistas, na realidade tem afinidades muito maiores com uma concepção organicista da sociedade, pois ao admitir a existência de um direito penal para os cidadãos repleto de garantias e outro sistema paralelo para os inimigos com restrições a essas mesmas garantias, admite que os inimigos podem e devem ser eliminados, pois colocam em perigo o “todo”, o “organismo social”, com fulcro em sua periculosidade, em sua delinqüência habitual e por aí vai, de acordo com o que o Estado (que age em nome desse “organismo social”) compreende como fatos ou características que implicam em determinado indivíduo ser considerado inimigo e, portanto, não-pessoa. Toda vez que a sociedade prevalece sobre os seus membros que não têm reconhecida sua autonomia nos deparamos com uma visão organicista. Um Estado democrático de direito não pode se basear no organicismo, sob pena de flagrante ilegitimidade perante aqueles que lhes deram poder, perante cada uma das pessoas que abriu mão de parte de sua liberdade com a finalidade de poder usufruir sem problemas do tanto de liberdade que lhe restara.

3.4 O funcionalismo sistêmico como base das novas doutrinas penais de eficiência

O funcionalismo sistêmico tem como um dos principais representantes Niklas Luhmann. A teoria funcional-sistêmica passa a analisar as instituições sociais a partir da noção de sistema, ou seja, o que importa é a manutenção do sistema social, que não se confunde com o homem que, por sua vez, nada mais é do que um subsistema¹⁹⁰. Para a teoria sistêmica as sanções, no âmbito do direito penal, devem se voltar também para a manutenção do sistema e do consenso que o mantém unido e coeso. Assim:

...perdem-se todos os limites às garantias consideradas tradicionalmente como ‘liberais’, tais como o bem jurídico, os requerimentos objetivos, etc.,

¹⁸⁹ Ibidem, p.49.

¹⁹⁰ Ibidem, p.86.

abrindo-se a possibilidade de se imporem penas a ações meramente imorais que não lesam nenhum bem jurídico alheio, de se outorgarem a relevância e a primazia a dados subjetivos de ânimo e de se defender um critério de pena de caráter meramente utilitário ou instrumental para o 'sistema'.¹⁹¹

A doutrina de Jakobs baseia-se na idéia funcional de sistema de Luhmann, como já afirmado, considerando que o direito, como o sistema que é, tem por finalidade, com a aplicação de suas sanções, manter sua própria vigência, ou seja, como um fim em si mesmo. Assim, as normas deixam de ser meios para a proteção dos homens que passam a ser considerados como subsistemas dentro do sistema maior que é a sociedade. Tal pensamento leva a uma arbitrariedade enorme por parte do Estado que se vê compelido à aplicação de normas voltadas para o “sistema” e não para o indivíduo e, por mais que se negue, a uma noção de sociedade claramente de base organicista.

O argumento de Jakobs é que sua teoria seria meramente descritiva da realidade social, não fundamento para a normatização jurídico-penal. No entanto, o que se vê como tendência é a incorporação dessa idéia de proteção do sistema, na construção dogmático-normativa, com leis que visam proteger a sociedade e a ordem, resgatando-se a velha idéia de defesa social contra os “perigosos” e, por isso “inimigos” do povo que devem ser despidos de seus direitos fundamentais.

3.5 A resposta dada pela doutrina do direito penal mínimo

Autores, como Ferrajoli, que pregam pela minimização do direito penal, reconhecem que os sistemas penais atuais carecem de legitimidade na sua aplicação prática. O direito penal é imprescindível para as sociedades atuais, no sentido de delimitar tanto o poder repressivo e punitivo do Estado como as reações sociais contra criminosos que podem ser extremamente violentas, resultando em fatos ainda mais graves que o cometido. Por isso um Estado que abole toda e qualquer forma de direito penal passa a ser um Estado sem lei no qual vale apenas a imposição de força por quem a detenha (lei do mais forte), o que gera, em verdade, um retrocesso a uma realidade rechaçada há séculos atrás por autores como Beccaria.

¹⁹¹ Ibidem, p.87.

A pena é necessária como contenção da vingança social e para apaziguar revoltas no seio dessa mesma sociedade. Portanto, o direito penal é, dentre os males e as conseqüências possíveis, o que menor dano causa, com base numa análise utilitária da função das penas, pois através delas se delimita a reação do poder estatal como também das outras pessoas, protegendo o mais fraco, mesmo que seja um criminoso, pois muitas vezes a sociedade não distingue entre criminoso e inocente e a desproporção entre fato praticado e resposta social pode ser absurda.

Por esta razão que se critica a posição dos abolicionistas penais, pois a abolição de todo e qualquer sistema penal geraria uma reação social desmedida, abusiva e ilimitada, o que acabaria por fragilizar a proteção jurídica dos direitos e garantias fundamentais dos homens. Assim, Ferrajoli destaca que o direito penal permite a liberdade de escolha entre o delito e outra conduta, ao passo que a intervenção disciplinar *ex-ante* impede essa liberdade, à custa da liberdade de todos. Deste modo, o modelo penal mínimo seria constituído de uma alternativa progressista frente ao abolicionismo, ao qual acusa de ser uma ‘utopia regressiva’ baseada na ilusão de uma ‘sociedade boa’ ou de um ‘estado bom’.

Para Ferrajoli, o abolicionismo¹⁹² engendra o perigo de alternativas piores que o direito penal: a *reação vindicativa* descontrolada, seja em mãos individuais ou estatais e o *disciplinarismo social*, mediante a *internalização de rígidos controles* que atuam sob forma de autocensura, ou ainda, em mãos estatais, através de *técnicas de vigilância total* em forma policial ou em forma de controle tecnológico.”¹⁹³

Para que o abolicionismo pudesse efetivamente se concretizar se faz necessária a configuração de um novo modelo social, o que parece longe de acontecer. A complexidade social atual não pode prescindir das penas e do direito penal mesmo

¹⁹² Na visão de Salo de Carvalho: “É que o grande problema das teorias abolicionistas foi a conversão do sistema de controle (formal) em um modelo social desregulamentado, de composição civil-administrativa ou societária dos conflitos que tendem a perspectivas pré-contratuais (sociedade primitiva) ou a modelos disciplinares (panoptismo social). O primeiro modelo revela aquele estado de natureza presente no contraponto da modernidade, um estado isento de legalidade e limites às liberdades plenas que configura um estado de barbárie dado à resposta irracional à violação dos direitos. O segundo instaura modelos pedagógicos de higienização sócio-política de sociedades de tecnologia maximizada e total, tendência exposta na antevisão orweliana. Na realidade estas alternativas negam o avanço representado pelo direito e processo penal da modernidade e instauram sistemas de controle desregulamentados, pois o controle social passa a ser difuso e incontrolável. Em sendo o direito penal e processual modernos essencialmente limitativos, sua abolição implicaria a abolição destes limites impostos pelo Estado ao seu próprio poder de punir.” In: CARVALHO, Salo. **Garantismo e direito de punir: teoria agnóstica da pena.** In: http://andreschmidt.sites.uol.com.br/Salo_garantismo_e_direito_de_punir.htm. Acesso dia 20/01/2008.

¹⁹³ ZAFFARONI, op. cit., p.103.

que seja evidente que sua aplicação concreta não resolva o problema da criminalidade. Na realidade, crimes existem, sempre existiram e sempre existirão, pois em qualquer espécie de convivência social, conflitos e desavenças surgirão, a tensão é normal e certo grau de criminalidade também. O que não se pode fazer é deixar de punir os atos delituosos com certa segurança e delimitação legal, pois se assim não for é certa a prevalência da violência pura e simples. O Estado também pratica esse tipo de violência na prática, mas isso não deve impedir que se insista no direito penal como meio de controle social, pois, como muitos autores afirmam, ele ainda continua sendo dos males o menor. Inevitavelmente, na ausência do direito penal, outras formas de controle disciplinar e vigilante seriam instaurados, é preciso se trabalhar na sociedade como ela é, tentando melhorá-la na medida do possível, mas uma transformação total como pregam alguns abolicionistas¹⁹⁴ é simplesmente utópica¹⁹⁵.

Zaffaroni, por sua vez, compreende que o direito penal mínimo também implica em uma sociedade diferenciada que pudesse se adaptar bem a esse novo modelo penal. Sendo assim, a minimização do direito penal, na visão do autor, seria o caminho a ser seguido rumo a um abolicionismo gradual de todas as medidas penais (sejam elas explícitas, como o direito penal, ou camufladas, como a imposição de medidas de segurança aos imputáveis, dentre outras).¹⁹⁶

Argumenta que o direito penal não pune grande parte das condutas que considera como criminosas, o que gera as penas perdidas, e, ainda assim, não há qualquer reação social desmedida que implicaria numa anarquia punitiva pela simples aplicação da lei do mais forte (a sociedade) contra o mais fraco (indivíduo que praticou ou foi acusado de um crime).

Outra crítica feita ao abolicionismo é a de que seria impossível conter ataques terroristas deixando Estados e pessoas vulneráveis a grupos extremistas que dispõem de armas de alto poder de destruição. No entanto, segundo Zaffaroni, o

¹⁹⁴ “Na verdade, o abolicionismo não pretende renunciar à solução dos conflitos que devem ser resolvidos; apenas, quase todos seus autores parecem propor uma reconstrução de vínculos solidários de simpatia horizontais ou comunitários, que permitam a solução desses conflitos sem a necessidade de apelar para o modelo punitivo formalizado abstratamente.” *In*: ZAFFARONI, op. cit., p.104.

¹⁹⁵ Não é, entretanto, o que compreende Zaffaroni, para quem o abolicionismo é um caminho a ser seguido, primeiramente pela institucionalização de um direito penal de intervenção mínima menos violenta que outras formas disponíveis de resolução de conflitos. Enfatiza também que a crítica referente ao abolicionismo ser mera utopia resulta “relativa diante de algumas experiências recentes não analisadas suficientemente”, que ele também não chega a analisar na obra em questão.

¹⁹⁶ ZAFFARONI, op. cit., p.106-107.

direito penal mínimo de Ferrajoli também não apresenta qualquer solução para ameaças que não devem ser punidas (pois ao acontecerem geram lesões enormes e gravíssimas), mas sim prevenidas, impedidas de ocorrer, não sendo medidas penais, mas sim policiais. Segundo o autor:

Talvez fosse o caso de se desenvolver aqui um direito de controle de atividade preventiva policial com estrita vigilância judicial, ou, ainda, feita diretamente por órgãos judiciais, nacionais ou, ainda melhor, internacionais, que limite a ingerência preventiva ao estritamente necessário em cada caso, impeça o desvio do poder que, sem dúvida, teriam esses órgãos e garanta o segredo das informações recolhidas. Indubitavelmente, este complexo problema nada tem a ver com o modelo penal de decisão de conflitos, mas refere-se a um problemático controle limitativo das faculdades preventivas policiais, igualmente necessário tanto com a permanência como com o desaparecimento do sistema penal.¹⁹⁷

Enfim, o autor compreende que esse tipo de intervenção seria uma atuação do poder com a finalidade de garantir a “sobrevivência da vida planetária”¹⁹⁸ de caráter tão específico que não pode ser considerado nem como direito penal nem como intervenção policial pura e simples.

3.6 Funções do Direito Penal no mundo de hoje

O direito penal deve ter por função a proteção de bens jurídicos essenciais à convivência social pacífica ou garantir a vigência das normas? Essa é uma das principais discussões doutrinárias atuais.

A visão funcionalista do direito foi analisada na teoria de Jakobs enquanto que a vinculação do direito penal ao bem jurídico e a valores essenciais é uma das bases do garantismo jurídico de Ferrajoli.

Primeiramente deve se salientar a relatividade do próprio conceito de bem jurídico. Pois seria bem “jurídico” qualquer interesse que mereça regulamentação pelo direito, podendo esses interesses ter caráter social/coletivo ou individual. Devido esse caráter amplo, qualquer coisa pode ser considerada bem jurídico, deixando ao Estado uma margem muito grande de discricionariedade. De outro modo, simplesmente dizer que o direito deve garantir à aplicação concreta de suas normas não diminui em nada a arbitrariedade estatal, pois tais normas podem ser criadas, num país de tendências autoritárias, de forma arbitrária e indiscriminada.

¹⁹⁷ Ibidem, p.110.

O direito penal precisa refletir os anseios sociais, protegendo aspectos relevantes da sociedade ao qual se aplica. Essa é uma regra da qual o Estado não pode se afastar sob pena de ilegitimidade do próprio direito. Mais, essas normas precisam ser criadas e aplicadas de forma racional e proporcional¹⁹⁹, nunca desvinculadas das razões pelas quais foram instituídas. Deve haver uma limitação para a criação de normas criminais previstas expressamente pelo ordenamento jurídico, no caso, os direitos fundamentais do homem. Nenhum interesse social pode se sobrepor a essas garantias individuais. O direito, de uma forma ou de outra, precisa ser legítimo, adequado ao meio social e aos direitos de cada indivíduo. A constitucionalização de tais direitos permite um controle mais rígido e claro do que pode ser proibido ou não, sob pena de inconstitucionalidade, seja formal ou material.

A sociedade é dinâmica e assim deve ser seu direito, desde que se respeite o núcleo constitucional de validade, os princípios de proporcionalidade, legalidade e o que Silva Sanches chama de identidade normativa²⁰⁰ da sociedade, isto é, a função do direito de refletir exatamente os anseios sociais protegendo valores que lhes sejam importantes e essenciais.

Em segundo lugar, poderia o direito penal clássico atuar frente aos novos tipos de criminalidade que se instaura no âmbito de sociedades cada vez mais interligadas entre si? Algum dia o direito penal liberal foi efetivado na prática social dos ordenamentos dos mais diversos países?

Segundo Silva Sanches, o direito penal liberal nos moldes como teorizado nunca foi aplicado na prática²⁰¹, sendo meramente uma idéia que serviria para pautar modelos de direito penal normativo, mas, seus princípios nunca foram totalmente concretizados em qualquer sociedade. E não se pode almejar a volta de algo que nunca chegou a ser. Não quer o autor dizer que os princípios penais devem ser simplesmente rechaçados, apenas que o direito deve se articular com as sociedades contemporâneas e que seus princípios podem sofrer alterações desde

¹⁹⁸ Ibidem, p.112.

¹⁹⁹ SILVA SANCHÉS, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** p.108.

²⁰⁰ “É certo que a determinação do que pertence ao núcleo da identidade normativa de uma certa sociedade não é evidente assim sem mais: aqui cabe, pois, inclusive no campo de perspectivas funcionalistas, um debate jurídico-político, não em último lugar, porque a identidade normativa de uma sociedade nem é estática, nem pacífica, nem única, senão dinâmica, controvertida e plural.” In: SILVA SANCHÉS, op. cit., p.110.

²⁰¹ Ibidem, p.136.

que não impliquem numa maior restrição à liberdade e dignidade das pessoas pela aplicação da pena.

Em suma, para que os princípios e as garantias sejam relativizados, é preciso que não sejam impostas penalidades privativas de liberdade, mas sim outros tipos de pena, como sanções pecuniárias, restritivas de direito e outras similares. Alguns chamam esse modelo não de direito penal, mas de Direito da Intervenção, conforme Hassemer, citado por Silva Sanches:

Para combater as formas modernas de causação de danos, se deveria pensar na construção de um sistema jurídico, que tivesse elementos absolutamente penais (poenale), mas que estivesse orientado em termos estritamente preventivos e, em todo caso, renunciasse a reprovação pessoal e a imposição de penas privativas de liberdade. Uma classe de Direito de Intervenção assim configurada poderia integrar formas de imputação coletiva.²⁰²

Já Silva Sanches compreende que não é necessária a criação de um novo tipo de direito, mas que é possível tal graduação dentro do próprio direito penal, pois se garantiria a aplicação da imparcialidade do júzo na aplicação das sanções sejam elas privativas de liberdade (que não caberiam no caso da criminalidade econômica preventiva de lesões a bens jurídicos difusos) ou não²⁰³.

3.7 O Papel do Estado. Princípios e Garantias penais nos Estados Atuais

O Estado detém o monopólio da violência exatamente com a finalidade de garantir a paz, no entanto, qual deveria ser a paz almejada pelo Estado? Num Estado absolutista em que a vontade do soberano é lei, a paz logicamente decorrerá dessa mesma vontade. Quando o Estado é considerado um fim em si mesmo, ele arbitrariamente define o tipo de “paz” que pretende obter às custas do sacrifício de quantas pessoas encontrarem-se no caminho (muitas vezes violento) em busca dessa finalidade.

Para isso, procurou-se regulamentar, através de normas jurídicas, a própria guerra, determinando em quais casos poderia um Estado declarar-se em guerra e quais direitos e garantias seriam restringidos ou mesmo suprimidos nesses casos. No entanto, numa situação real de guerra, o direito torna-se inócuo por não ter força

²⁰² Ibidem, p.140.

de regulação dos casos concretos, o Estado não consegue mais exercer seu poder em nenhum âmbito, quanto mais no jurídico. Não se deve confundir o direito penal com a prática da guerra, os delinqüentes penais com os prisioneiros de guerra:

O combatente na guerra, isto é, o candidato a ser morto ou aprisionado por este ato de poder, é o 'inimigo', assim considerado quem pertença ao lado contrário, vista ou não uniforme; e como a luta é massiva, a simples manifestação subjetiva ou sua suspeita leva à identificação do inimigo como alinhado no lado contrário. O ato de poder em conjuntura política é também massivo, mas não se trata de aniquilar, vencer ou vender o inimigo, e sim de conter uma considerável maioria, impedindo-a de coligar-se ou organizar-se. Os inimigo aqui são todos os integrantes dessa maioria, se bem que não no sentido de 'inimigos de guerra', mas de 'inimigos políticos', ou seja, em outro tipo de exercício de poder.²⁰⁴

Esse é um dos perigos da aceitação de um direito penal do inimigo, pois o Estado, muitas vezes, ficaria autorizado para estipular quem seriam os inimigos do sistema e da "sociedade" dentre seus dissidentes ideológicos e inimigos políticos, ou seja, estigmatizando certas pessoas ou mesmo grupos sociais (estrangeiros, imigrantes ilegais) como inimigos de um Estado que não necessariamente estaria numa situação de guerra. Com essa situação, o Estado consegue concentrar ainda mais poderes em suas mãos, pois, na intenção de proteger os cidadãos contra os "inimigos" (que ele mesmo fabrica em muitos casos) aumentaria de forma generalizada a vigilância das pessoas e legitimaria intervenções na vida privada (escutas telefônicas, quebras de sigilos) face a uma situação de "guerra" e "perigo" na qual todos sentiriam-se acuados e fragilizados.

Zaffaroni critica os sistemas penais atuais, pois estes afirmam expressamente a existência de princípios e garantias essenciais para proteção dos direitos fundamentais, que, todavia, estão estruturalmente preparados para violar, criando uma contradição, já salientada neste trabalho, entre o direito que é e aquele que deve ser. A saída seria, para o autor, analisar-se as garantias penais do ponto de vista do que o sistema pode efetivamente garantir:

[...] entende-se por garantias penais o compromisso das agências judiciais penais para exercer seu poder de modo a decidir cada caso conforme a regra da 'mínima violação/máxima realização' dos princípios que servem para limitar a irracionalidade (violência) do exercício de poder do sistema penal, configurando, deste modo, um 'padrão' – provisório, por ser progressivo e 'aberto', ou 'inacabado' – de máxima irracionalidade

²⁰³ Ibidem, p.141/142.

²⁰⁴ ZAFFARONI, op. cit., p.225.

(violência) tolerada (porque a agência judicial carece de poder para impor um menor).²⁰⁵

Não se pode simplesmente pressupor que, na prática, tais princípios são plenamente adimplidos, quando na verdade, em sua grande maioria, nem chegam a ser aplicados. Deve-se reconhecer que o Estado é falho em sua aplicação e, dentro desse grau de falibilidade, procurar o máximo de garantia que se consegue na aplicação das normas aos casos concretos através da atividade judicial.

O papel de reforma e gradual aumento da aplicação prática das garantias penais está nas mãos da magistratura, pois é ela que fará valer o direito de um Estado solucionando os casos que lhe forem apresentados.

Um certo grau de “irracionalidade” sempre existirá na prática, pois um sistema penal perfeito não existe, ele sempre deverá buscar aumentar a efetivação dos direitos fundamentais, mas, a efetivação absoluta é algo inatingível na realidade dos fatos. O objetivo é exatamente essa minimização pela restrição das sanções penais ao mínimo necessário para contenção do poder do Estatal e garantia da liberdade. A arbitrariedade deve ser restringida através da aplicação certa de leis penais claras e determinadas (exigindo-se aí uma posição garantista também do próprio legislador). A legalidade deve estar atrelada à lesividade da conduta e as penas proporcionais a essa mesma lesividade e, enfim, somente se deveria tipificar condutas criminosas e não pessoas delinquentes. Ao se punir uma conduta se está valorando-a negativamente e não há como ignorar essa finalidade protetiva de bens ou valores essenciais ao convívio social e, ao mesmo tempo, aos cidadãos individualmente considerados, pois o primeiro não pode se sobrepor aos segundos.

3.7.1 A segurança como princípio do direito

Nossa Constituição Federal em seu artigo 144 coloca a segurança como um direito de todos, devendo ser “exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”²⁰⁶. Sendo um direito de todas as pessoas, ela não pode ser exercida em nome da coletividade contra um indivíduo isolado, visto que este indivíduo também possui o mesmo direito que os outros.

²⁰⁵ Ibidem, p. 236.

²⁰⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03/04/2008.

Conseqüentemente, a única hipótese de segurança a ser admitida num Estado democrático de direito é a segurança na proteção pelo Estado dos direitos e garantias fundamentais. Na realidade, essa é uma função estatal que, inclusive, vale contra ele próprio. Assim, nas palavras de José Afonso da Silva:

Essa segurança, num regime democrático, tem de ser distribuída a todos igualmente, pois, se se quer difundir uma segurança da liberdade, liberdade que é um valor da democracia, não se pode prescindir de atender outro valor fundamental, que é o da igualdade. O homem que necessita de segurança é o homem em todas suas dimensões.²⁰⁷

A segurança pública também não pode prescindir de respeitar o direito de liberdade das pessoas, sob pena de ilegitimidade. Portanto, segurança e liberdade são valores intimamente relacionados, pois não há segurança sem liberdade (visto que a primeira visa garantir a segunda e a segunda depende da primeira para ser exercida). O direito de liberdade é, na realidade, o direito de poder exercer essa liberdade sem coações ou arbitrariedades, mas há um limite a este exercício que é exatamente a mesma garantia de liberdade que todos também possuem. Não é difícil conceber como legítima essa concepção de segurança pública num Estado democrático de direito, porém, como se faz para aplicar na prática social esse conceito juridicamente abstrato e difuso?

Numa sociedade complexa e urbana, como a de nossos dias, a violência é repassada pela mídia como algo a ser temido por todos, causando a sensação de que há um perigo à espreita em qualquer esquina. Essa é a violência mais percebida pelas pessoas, qual seja, a violência urbana, decorrente muitas vezes da miséria, desigualdades sociais e deturpação moral de uma boa parte das pessoas que procuram o crime como meio mais fácil de obter o que querem. Mesmo nos meios sociais onde a taxa desse tipo de violência é baixo, ainda assim existe o medo propagado pelas notícias midiáticas.

A criminalidade de massa causa medo na sociedade, mas a tendência criminal atual é o aumento de pena em relação a um outro tipo de delito, os crimes organizados, os crimes econômicos, nos quais não há uma vítima determinada nem um bem jurídico individual a ser protegido. E o que se percebe é que, na prática, o aparato estatal policial não consegue combater nem prevenir os crimes de violência urbana, muito menos estão preparados para o combate da criminalidade econômica,

²⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Democracia, segurança e garantismo**. p.163-174. p.164.

organizada, transnacional e difusa entre seus membros que praticam condutas que, em conjunto, forma um delito próprio.

Assim, a segurança a ser prestada pelo Estado se caracteriza como, de acordo com José Afonso da Silva²⁰⁸:

[...] um sistema de garantias que protege a cidadania contra lesões ou ameaças a direitos ou agressões ou ameaças de agressões do poder público ou de outrem, daí a posição do poder público ser, especialmente, a de um garantidor da incolumidade do bem jurídico que a norma de segurança garante; de outro lado, a *segurança* apresenta-se como objeto de prestação de serviços estatais destinados à satisfação do respectivo direito. Por isso é que, em tal dimensão, não se trata de um direito contra o Estado, mas de um direito em face do Estado, na medida em que este assume a função de promotor do direito mediante ações afirmativas que criem as condições necessárias ao gozo do bem jurídico chamado *segurança*.²⁰⁹

Consiste, portanto, na garantia de convivência harmônica entre as pessoas que compõem uma sociedade, portanto, ela protege a todos e a cada um dos seus membros, adotando-se um conceito amplo de cidadania jurídica e social. Cada cidadão tem direito à segurança pública e a exercer sua liberdade prevista em lei.

3.8 O Estado de exceção, a visão de Agamben

Para diversos autores, estado de exceção seria uma espécie de desequilíbrio entre o direito público e o fato político, gerando resistência, guerra civil, pairando indefinido sobre as duas áreas de compreensão. O seu ponto de ambigüidade reside no fato de que no Estado de Exceção são tomadas medidas que não podem ser consideradas totalmente jurídicas ao passo que ele é a forma legal de definição do que não pode ser legalizado, pois é, como se disse, uma exceção ao estado normal. Essa “terra de ninguém” é o ponto de partida do estudo de Agamben.

O estado de exceção, portanto, é “a resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos”²¹⁰. Todo o totalitarismo moderno, tome-se como exemplo o Estado nazista, criou uma guerra civil organizada através do estado de exceção permanente, para justificar sua forma de governo e comando. Tais medidas, no entanto, não foram aplicadas somente por Estados totalitários, mas também por aqueles que se proclamam democráticos. É uma forma legal de

²⁰⁸ Ibidem, p.172.

²⁰⁹ Ibidem, p.172.

restringir liberdades e eliminar do campo político adversários e quaisquer categorias de cidadãos que não sejam desejáveis em determinado sistema político.

Portanto, verifica-se que os Estados contemporâneos tendem a ter como seu paradigma de governo o estado de exceção, pois ele é um meio termo entre a democracia e o absolutismo.

Diversas medidas de biopolítica são tomadas durante o estado de exceção, como “na ‘military order’, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos (13/11/2001), que autoriza a ‘indefinite detention’ e o processo perante as ‘military commissions’, dos não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas”²¹¹.

Atualmente, segundo Walter Benjamin, citado por Agambem, “o estado de exceção tornou-se regra”²¹², não é mais uma medida esporádica frente situações concretas de emergência ou perigo generalizado, mas uma técnica de se governar e manter a ordem, como paradigma constitutivo da ordem jurídica. Esse modo indiscriminado de utilização do que se denomina Estado de Exceção acaba por enfraquecer as democracias, com a erosão dos poderes legislativos, suplantados pelo Poder exacerbado do Executivo. Tal inversão contraria as próprias Constituições de bases democráticas.

Uma das principais características do estado de exceção é exatamente a falta de divisão entre os três poderes, culminando com sua concentração nas mãos do Executivo, e a tendência atual é a normalização de tal procedimento. O que era exceção torna-se regra. A justificativa apresentada sempre é a de garantir as mesmas instituições democráticas que as medidas de restrição acabam por liquidar, é uma ditadura constitucional que gera diversos perigos aos cidadãos frente ao governo mais forte.

No âmbito teórico, alguns colocam o estado de exceção dentro do ordenamento jurídico e outros o vêem como um instituto de natureza meramente política (extrajurídica). No entanto, o fenômeno que tais teorias pretendem explicar é muito mais amplo e complexo, não podendo ser nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico. O estado de exceção, ao mesmo tempo em que suspende a ordem jurídica (como então poderia ser jurídico?), gera uma lacuna grave, caso não

²¹⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção: homo sacer**, II. p.12.

²¹¹ Ibidem, p.14.

²¹² Ibidem, p.18.

seja por ele previsto e regulamentado (portanto, interno ao direito ou, pelo menos, por ele reconhecido como possibilidade). A suspensão do direito não quer dizer sua supressão total, não estando completamente alheia ao ordenamento, a questão a ser debatida gira em torno de sua localização. Esse é o ponto crucial para o autor.

Uma primeira relação teórica deve ser feita entre estado de exceção e a necessidade como seu fundamento. Essa teoria nada mais é senão uma teoria da exceção, em razão da qual um caso particular escapa à obrigação da observância da lei. E nesse ponto, verifica-se que a necessidade não é o fundamento último da exceção, pois: “toda lei é ordenada à salvação comum dos homens, e só por isso tem força e razão de lei; à medida que, ao contrário, faltar a isso, perderá sua força de obrigação”²¹³. Como necessidade, o estado de exceção seria uma medida ilegal, mas, jurídica e constitucional, gerando uma grande contradição, pois, por esse mesmo fundamento, pode se justificar uma revolução que imponha uma nova ordem jurídica. Quer dizer, em suma, que procedimentos extrajurídicos se transformam em direito, mesclando fatos e direito de forma inseparável.

O grande problema de fundamentar o estado de exceção na necessidade é imaginar que ela sempre irá se apresentar objetivamente quando na realidade implica em perigosos juízos subjetivos na sua declaração. A necessidade, enfim, se reduz a uma decisão, e com base nesse frágil fundamento, suspende-se todo o ordenamento jurídico e são tomadas medidas extremas.

Agamben define, em Schmitt, o estado de exceção como:

[...]o lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização atinge a sua máxima intensidade. Tem se aí um campo de tensões jurídicas em que o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa. Mas também nessa zona extrema, ou melhor, exatamente em virtude dela, os dois elementos do direito mostram sua íntima coesão.²¹⁴

Atualmente vivemos num estado de exceção que dificilmente voltará a seu estado de direito, visto que são questionados os próprios conceitos de Estado e de direito. O estado de exceção é, assim: “essencialmente um espaço vazio, onde uma ação humana sem relação com o direito está diante de uma norma sem relação com a vida”²¹⁵.

²¹³ Ibidem, p. 41.

²¹⁴ Ibidem, p.58.

²¹⁵ Ibidem, p.131.

O estado de exceção, a partir dos sistemas fascista e nacional-socialista, atinge, nos dias de hoje, um espaço planetário, eliminando impunemente o direito em seu aspecto normativo e o contestando por uma violência governamental. Essa violência produz internamente nos Estados um estado de exceção permanente.

Entre violência e direito não há uma articulação substancial, da mesma forma que se tenta relacioná-los, há um contra-movimento que visa separar essa ligação artificial e violentamente construída.

Viver sob o estado de exceção significa fazer a experiência dessas duas possibilidades e entretanto, separando cada vez as duas forças, tentar, incessantemente, interromper o funcionamento da máquina que está levando o ocidente para a guerra civil mundial.²¹⁶

A máquina biopolítica cria a vida, portanto, a distinção entre vida e direito somente pode ser vista articulada com essa máquina biopolítica. Essa articulação, portanto, é uma ficção dotada de eficácia, mas, que, segundo o autor, é preciso separar. É preciso mostrar o direito em sua não-relação com a vida, reavivando o conceito de política. Política não se confunde com o direito e nem é por ele abarcado (como na idéia de política derivada de um poder constituinte) ela é “apenas aquela ação que corta o nexo entre violência e direito”²¹⁷.

3.9 A visão foucaultiana do poder estatal (especialmente do poder de punir): o surgimento das disciplinas e do bio-poder

Atualmente o poder de punir é exclusividade do Estado, ou seja, o Estado define os crimes, acusa, julga os condenados e, finalmente, aplica as penas. Essa responsabilidade e o monopólio legítimo da violência lhe foram dados como forma de garantia das liberdades dos cidadãos que dele fazem parte. Deixam-se governar na crença de que o governo age para eles, pois o Estado foi criado para o homem, a fim de evitar o poder da violência, de modo a assegurar os direitos de todos. Essa é a idéia contratualista do surgimento do Estado tão combatida por Foucault por se

²¹⁶ Ibidem, p.132.

²¹⁷ Ibidem, p.133.

tratar de uma ficção jurídica que não condiz absolutamente com a realidade histórica dos fatos.

O poder de punir é juridicamente exercido pelo poder político estatal, no entanto, na prática da execução das penas, existem inúmeras pessoas e funções com técnicas próprias de punição e são exatamente tais técnicas que formam o objeto de estudo do autor.

3.9.1 Direito penal pré-moderno

Na Idade pré-moderna, enquanto a execução das penas era pública, o processo de julgamento e condenação, contrariamente, corria em segredo, o sistema inquisitório vigente impedia que o próprio suspeito tomasse conhecimento das acusações e das provas contra ele colhidas. Não havia que se falar em direitos e garantias para os considerados suspeitos, eles não eram considerados sujeitos, mas, sim meros objetos de investigação. Somente a acusação tomava conhecimento das provas e com elas trabalhava livremente. Era uma situação que gerava insegurança, visto que o processo era arbitrário e, muitas vezes, parcial. Assim como as penas e os crimes eram descritos em leis obscuras e indeterminadas que, em vários casos, geravam inúmeras dúvidas que, no entanto, não impediam a execução do suplício público. A verdade era criada pelo juiz e o castigo por ele referendado, logo, ele carregava em si todo o peso da condenação, o que nos casos de revolta social, gerava indignação pela absoluta imparcialidade e falta de conhecimento público das razões que levaram a tal conseqüência funesta.

“Diante da justiça do soberano todas as vozes devem calar”²¹⁸. O que significava que as pessoas não conheciam o teor dos processos, nem o peso das provas, nem mesmo a justificativa dada para condenação ou absolvição de alguém. Inclusive as provas poderiam ser obtidas por meio de tortura, especialmente a confissão, considerada prova essencial da culpa de alguém.

De acordo com Foucault, no século XVIII o sistema penal tinha como base as penas corporais e visava com sua cerimônia pública: fazer o condenado proclamar a todos sua culpa, demonstrando a verdade da justiça estatal, pois o sofrimento era a revelação da verdade, da confissão dos pecados e do crime pelo castigo;

²¹⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. História da violência nas prisões.** p.33.

demonstrar simbolicamente pelo castigo a natureza do delito perpetrado pelo condenado fazendo com que ele sofra as dores supostamente sofridas pela sua vítima; servir como meio de salvação da alma pelo sofrimento corporal, visto que o poder de punir medieval tinha características religiosas não podendo ser completamente separado dos rituais religiosos²¹⁹.

Além de tudo, o crime não ofendia apenas pessoas determinadas, vítimas, famílias das vítimas, pequenos grupos sociais ou tinha caráter simplesmente religioso, o crime era considerado uma ofensa direta ao próprio governante, ao próprio monarca, eis o aspecto político do ritual do suplício público. Como a lei era a vontade direta do soberano, conseqüentemente, qualquer violação configurava uma ofensa ao rei, uma espécie de declaração de guerra. Os criminosos são considerados inimigos do soberano, devendo sofrer a vingança real que poderia e deveria ser muito pior que o ato delituoso por ele praticado. É um meio de controle direto e coercitivo sobre os súditos de determinado Estado absoluto, pois quem desprezava o poder totalitário do monarca ao desobedecer as suas leis, deveria sofrer o ritual de punição aos olhos de todos, era o poder inquebrantável e invencível do monarca, denotando a subordinação total e irrestrita dos súditos em relação a ele. Não bastava fazer justiça ao punir os crimes, era preciso reavivar na memória de todos e, especialmente na do criminoso, a dominação exercida pelo rei em todos os seus aspectos, ou seja, causando o sofrimento e a morte dos delinqüentes. É uma justiça corporal, armada, pronta para guerra, preocupada com a afirmação do poder e não necessariamente com a busca da verdade dos fatos.

Dentre os diversos problemas, é devido salientar, segundo Foucault, a questão da aparente e permanente ilegalidade em que se acobertava o sistema medieval de punição, não se sabia os limites do poder de punir nem os motivos e as provas que serviam de base para o julgamento, esses fatos, muitas vezes, fazia com que o povo se voltasse contra o Estado executor, em favor do condenado. O condenado não poderia ser considerado herói, mas deveria ser considerado vil pela sociedade, por isso tentava-se de diversas maneiras fazer “propaganda” contra crimes e criminosos no meio social para evitar tais revoltas contra as penas. É preciso incutir desde cedo nas pessoas a idéia de que a desordem e falta de

²¹⁹ Ibidem, p. 40-41.

respeito para com as leis gera conseqüências duras, tarefa que acaba por, muitas vezes, glorificar cada vez mais os criminosos em desfavor do Estado.

O Iluminismo moderno trouxe novas idéias que pregavam um direito penal humanitário, que não mais proclamasse a vingança impiedosa contra os condenados, mas uma punição coerente e proporcional aos delitos. Os teóricos da época buscavam sua fundamentação na idéia do homem como sujeito de direitos que por todos deveriam ser respeitados, inclusive, pelo Estado, ou seja, o próprio Estado deve ter como limite de atuação o homem. A medida do poder deve ser o homem, de modo que as penas de morte e de suplício deveriam ser suavizadas.

3.9.2 Direito penal moderno

A economia burguesa, modo de vida moderno, não poderia prosperar com uma justiça irregular e contraditória, para aumento da riqueza é necessário segurança e previsão. Segurança e previsão que devem, num primeiro momento, serem proporcionadas por um Estado legalista, cujas leis devem ser conhecidas de todos e aplicadas sem qualquer distinção. Os crimes precisam ser definidos em lei de forma clara e determinada, com suas respectivas penas, para que se saiba o que deve ser punido. A criminalidade de fraude deve ser combatida por leis e não por arbitrariedades Estatais, visto que a burguesia não tinha participação ativa no poder soberano do príncipe. Os castigos não podem mais ser incertos, devem estar descritos minuciosamente em tais regras jurídicas como forma de prevenção dos crimes em nome da coletividade e não do Estado. Continuidade e transparência passam a ser exigidos do Estado na aplicação das penas e na definição dos crimes. As penas físicas, corporais, aos poucos vão sendo modificadas, pois tais espetáculos macabros não geram os efeitos esperados de prevenção. Como novas escolas penais clamam por justiça e humanidade das penas, torna-se imperioso modificar sua execução.

Foucault não coloca como essenciais tais escolas e autores penais na modificação do direito de punir e do próprio direito penal, pois tais mudanças decorreram da mudança da própria sociedade que, de uma sociedade medieval (eminentemente feudal, pautada nas relações de nobreza em Estados absolutistas) passa para uma sociedade moderna, industrial, cuja economia pretendia expandir-se

cada vez mais aproveitando-se da força de trabalho de todas as pessoas, em suma, a sociedade burguesa.

Contrariamente a uma visão comum sobre as penas e o poder de punir, Foucault não pretende compreendê-los dentro da estrutura rígida do direito e dos princípios penais que envolvem as normas e leis geradas pelo próprio Estado. Em Foucault, o poder é aquele espalhado pelas mais diferentes esferas sociais, ele comunica-se entre todas as pessoas, não está concentrado nas mãos do Estado e de alguns poucos, é a estrutura de um poder em rede. A sociedade burguesa preza pela segurança, ou seja, o desenvolvimento econômico depende de leis coerentes, não arbitrárias e, sobretudo, claras. Assim, os códigos devem estabelecer os limites do poder punitivo do Estado, definindo técnicas punitivas que garantam uma continuidade do sistema e uma prevenção de atos que atentem contra bens e contra a propriedade (direito fundamental de toda e qualquer pessoa – desde que tenha bens, logicamente, pois quem não é proprietário não chega a ser relevante na ordem jurídica que se forma). O poder de punir não procura mais sua legitimação no soberano, na vontade implacável do príncipe, pois ela é arbitrária, um poder legítimo somente deve derivar do consenso, o crime passa a ser uma ofensa a toda a sociedade e a pena uma resposta de defesa social. É uma nova economia do poder, uma técnica de coerção que tem fundamentos completamente diferentes da anterior, uma rede de poder muito bem entrelaçada para não apresentar as fragilidades demonstradas pelo sistema medieval.

O infrator torna-se então inimigo de todos, pois as leis foram criadas pelos homens para regular as próprias condutas, para organizar a vida social, não são mais impostas por um soberano que está num patamar superior. A teoria que melhor demonstra essa idéia liberal-burguesa de igualdade é a contratualista, segundo a qual a sociedade e suas leis surgem de um pacto feito entre os homens para criar a civilização e viver de forma a garantir sua liberdade frente aos outros. Foucault critica tal pensamento, como sendo absolutamente a-histórico e fictício, ou seja, a fábula do selvagem criada por Hobbes não pode ser levada a sério, posto que nunca existiu. A sociedade dos homens, segundo o autor, é uma sociedade de guerra, não de contratos sociais. Mas, na época, a idéia do pacto era perfeita para justificar e legitimar as sanções (agora humanizadas, pois baseadas num pretense “consenso social”), pois o delinqüente ofendia a todos, na medida em que descumprira o pacto que ele mesmo firmou.

Assim, as penas passam a ter por objetivo não apenas aqueles que já praticaram delitos, mas, também e principalmente, os que ainda não praticaram como forma de prevenção geral e prevenção especial. Explica-se, a prevenção geral volta-se a todas as pessoas que ainda não praticaram crimes de modo que a pena aplicada em alguém lhe sirva como exemplo que o impeça de delinquir, já a prevenção especial refere-se aos já condenados para que a aplicação da pena incuta neles o desejo de não mais praticar qualquer ato criminoso.

A punição não é mais vista como castigo desmedido, permeada de excessos, abusos e irregularidades, mas, como medida exata (e, portanto, justa e legitimada) capaz de impedir a prática de outros crimes. Quer dizer, ela representa uma idéia, uma técnica para manipular a vontade das pessoas, não mais um espetáculo ritualístico capaz de incutir tanto terror como revolta.

Acima de tudo é necessário deixar clara a idéia da pena certa, de que a prática de ilícitos irá gerar uma penalidade conforme prevista em lei com base na vigilância contínua das pessoas e de seus atos. Vigilância passa a ser um dos elementos chaves do poder de punir moderno. A polícia torna-se um instrumento imprescindível para os Estados modernos, pois através dela crimes serão prevenidos e criminosos encaminhados para responsabilização penal merecida.

Os ideais modernos vêm na razão o princípio de todas as coisas, tudo precisa ter uma explicação racional, portanto, o mesmo deve ocorrer com as penas. Assim, os processos secretos, as provas obtidas mediante tortura não podem mais ser legalmente aceitos. É preciso uma coerência lógica, matemática, que fundamente o poder de punir. As provas precisam ser conhecidas de todos, serem aceitas por um consenso generalizado para que sejam legítimas e legais, o processo deve ser público e as leis exaustivas e explícitas²²⁰.

As penas, enfim, devem ser individualizadas com base nos padrões científicos e racionais tão disseminados na época, ou seja, de acordo com as características peculiares de cada criminoso, o Estado deveria responder com uma pena proporcional capaz, ao mesmo tempo, de impedi-lo da prática de novos crimes, bem como de corrigi-lo, readaptando-o à convivência normal com a sociedade que lesionou ao quebrar o contrato social e de quem se tornou inimigo.

²²⁰ Ibidem, p.82.

Não somente a pena se modifica, o próprio direito e as regras das condutas consideradas criminosas sofrem uma tremenda alteração. A modernidade, época em que as pessoas buscam respostas científicas para todas as coisas, cria novos saberes e junto com eles novos poderes, pois, segundo Foucault, todo saber gera poder e vice-versa. Assim, o modo de tratar os prisioneiros e executar-lhes as penas depende diretamente desses novos saberes científicos, pois, as sanções visam não somente ao crime praticado, mas à modificação da própria pessoa criminosa. É preciso conhecê-lo e a suas tendências, para então poder neutralizá-lo de modo que ele modifique sua conduta e sua própria índole criminosa. Conforme afirma o autor, passa-se a observar as causas do crime, as pessoas em si, que são:

Julgadas também por todas essas noções veiculadas entre medicina e jurisprudência desde o século XIX (os 'monstros' da época de Georget, as 'anomalias psíquicas' da circular Chaumié, os 'pervertidos' e os 'inadaptados' dos laudos periciais contemporâneos) e que, pretendendo explicar um ato, não passam de maneiras de qualificar um indivíduo. Punidas pelo castigo que se atribui a função de tornar o criminoso 'não só desejoso, mas também capaz de viver respeitando a lei e de suprir às suas próprias necessidades'; são punidas pela economia interna de uma pena que, embora sancione o crime, pode modificar-se.²²¹

Não se fala mais em pena somente como retribuição ou vingança do Estado contra o corpo do condenado, a pena passa a ser multifuncional, busca essencialmente prevenir e corrigir do que propriamente reprimir.

É nessa época que surgem, de forma autônoma, conhecimentos de psicologia, pedagogia e, a que mais interessa nesse tema, a criminologia e o estudo científico dos criminosos como portadores de doenças e anomalias mentais capazes de serem detectadas e "curadas". As penas, com base no conhecimento proporcionado pelas novas ciências, passam a ter uma justificação social, pois surgem como tratamento dos condenados considerados loucos, tendo a finalidade intrínseca de impedi-los de cometer outros crimes no futuro²²².

²²¹ Ibidem, p.19-20.

²²² Dentre vários autores que compreenderam o crime como essencialmente biológico, pode-se citar LOMBROSO que, em sua obra "O Homem Delinqüente" afirma existirem criminosos natos mediante a constatação de determinadas características físicas e psicológicas observadas em condenados em penitenciárias da época. Nos dias de hoje o pretense conhecimento científico de LOMBROSO é rechaçado, no entanto, serviu de parâmetro para estudo e aplicação de diversas penalidades e também como base para criação de legislações criminais que, especialmente no fim do século XIX e começo do século XX, buscavam explicações científicas (entenda-se biológicas e psicológicas) para os crimes, focando-se não no ato praticado, mas, em seu autor. Dessa maneira, criava-se, de modo implícito, um "direito penal de autor" que busca punir alguém pelo que é, pelo seu modo de vida, e não pelo que ele fez, por sua conduta externada. É uma pena com base na periculosidade social do

Um poder de punir erigido nessas bases torna-se facilmente arbitrário, ilimitado, e o que é mais grave, corrompido de acordo com o arbítrio estatal, que tem nas mãos um poder absoluto sobre todas as pessoas, na medida em que escolhe livremente – afirmando-se na lei – quais tipos de pessoa ou quais características indesejáveis pretende punir, tais como: homossexualismo, certas religiões, raças, prostitutas, dentre outras. Tais modos de viver não poderiam de forma alguma ser penalizados.

Essa nova forma de abordagem do crime é crucial para o desenvolvimento do sistema punitivo moderno-burguês. O direito passa a apreciar a questão da loucura, deixando-a, muitas vezes, a ele subordinada, como se fosse capaz de atestar firmemente a capacidade mental de uma pessoa em determinado momento, o que pode gerar certas aberrações e abusos.

Os julgamentos em muito extrapolam o direito, fazendo com que o ato de punir dependa de fatores externos, mas acobertados com um manto de legalidade absoluta, tais como: laudos psiquiátricos, análise da vida pregressa não só do criminoso, mas também da vítima, observação da influência que o meio exerce sobre o criminoso e assim por diante. Tais dados são extremamente importantes e devem ser levados em conta num julgamento criminal, mas, não podem, de forma alguma ser tratados com determinismo absoluto, como saberes inquebrantáveis por terem uma aparente “cientificidade”. Ao contrário, eles devem servir como meros auxiliares a ser analisados junto do fato principal: a prática de uma conduta descrita em lei como crime.

Além da questão referente aos julgamentos, é importante salientar o fracionamento da execução da pena, visto que na prisão (a principal pena dos sistemas penais atuais) a execução da sanção não está nas mãos de uma única pessoa, mas é dividida entre psicólogos, médicos, assistentes sociais, educadores, funcionários, magistrados, membros do Ministério Público, enfim, uma série de pessoas indeterminadas que exercem funções específicas, mas que buscam, em suma, o mesmo objetivo final: a normalização dos delinqüentes. A penitenciária cria inúmeras pequenas regras e tem uma estrutura organizada para vigiar seus detentos de forma permanente, enquadrando-os continuamente numa grama de poderes disciplinares.

indivíduo, em ato ou potência, que pode ser medida, observada, quantificada e também, em certos casos, neutralizada por tratamentos.

Com tantas pessoas e saberes envolvidos na aplicação da pena, o poder de punir é diluído das mãos do juiz e passa a ser despersonalizado, um poder que emana da própria sociedade. Essa é a imagem que se têm atualmente do sistema penal e que se espraia por todas as pessoas através da disseminação generalizada do que Foucault chama de “disciplina” ou “poder disciplinar”.

Para o autor, portanto, não é a evolução do direito que humanizou as penas. Na realidade, o poder de punir transformou-se, moldando-se ao novo tipo de sociedade política e econômica em que se inseriu. As penas mudaram seu foco do corpo para a alma do condenado, cerceando sua liberdade e não o castigando fisicamente.

3.9.3 O poder de punir

Foucault procura estudar o poder de punir analisando-o conjuntamente com a estrutura social e política em que tal poder é exercido, ou seja, o próprio corpo das pessoas e, neste caso, dos condenados criminalmente, que são moldados, modificados, marcados, dirigidos pelo Poder político. Poder este que procura suas bases e legitimação no Direito e no Estado, mas que, na verdade, é diretamente exercido por várias pessoas sem “rostro”, ou seja, que representam papéis dentro desse poder, meros instrumentos de um poder que se espraia por toda a sociedade, por toda comunidade de corpos e vontades moldadas continuamente, por isso que se pode falar em uma sociedade de normalização. As relações de poder e de dominação perpassam pelos corpos das pessoas através de punições, tratamentos e mesmo (por que não?) prêmios.

É o modo encontrado para fazer com que as pessoas sejam padronizadas como máquinas numa grande estrutura da qual são engrenagens que sempre devem ser úteis e estar em funcionamento. O poder disciplinar serve para deixar as pessoas dóceis, conformes à utilidade que delas deve ser desejada e exigida (sem que ela perceba que está sendo coagida e dominada). A sanção se torna mais leve porque não é mais um suplício público, mas, não quer dizer que ela não exista, muito pelo contrário, ela se faz presente nos mais diversos lugares, tais como: escolas, hospitais, reformatórios, exércitos, penitenciárias. É a nova cara do poder da idade pós-industrial, um poder que não tem uma cara única, mas se esconde por trás de todas as pessoas que o exercem e por ele são normalizadas.

Nesse tipo de organização social os suplícios não mais podem ser admitidos, as pessoas não querem ver o sofrimento, pois ele deslegitima a pena, ao contrário, o processo de julgamento deve ser público, pois lá estão os fundamentos e as razões lógicas para aplicação das penas, mas, a execução da pena em si não deve ser vista, ao contrário, as penitenciárias devem ter regras rígidas de visitação para que os condenados possam ser moldados conforme os interesses políticos. Os condenados são também força de trabalho, seus corpos devem ser úteis, não podem ser descartados inutilmente ao sofrimento como acontecia nas penas de morte e vingança medievais. O Estado deve corrigir, tratar e não agir com a mesma violência daqueles que praticaram atos condenáveis. Assim, a pena não passa a ser mais condenável, pois sua execução diária e contínua não é observada publicamente, sendo o isolamento consequência de um ato lógico e comprovado através de um processo, esse sim conhecido e, em alguns casos, plenamente divulgado.

O poder de punir, para Foucault, é uma técnica de poder sobre os corpos que, no entanto, não se exerce por meio da violência física direta (castigos corporais, açoitamento, mutilações, morte cruel), é na realidade, uma “política do corpo”²²³ que não está concentrada apenas numa instituição (como a penitenciária), ela é difusa, é, enfim, uma microfísica do poder sobre os corpos e a vontade daqueles que estão a sofrer uma sanção por um crime praticado, poderes que envolvem o indivíduo desde o momento em que praticou o crime, durante todo o processo penal e que perdura até e depois da aplicação da pena, é um poder contínuo, mas, não homogêneo.

Todo poder precisa ser justificado, legitimado aos olhos de todos para que possa ser exercido sem objeções, portanto, na visão Foucaultiana, a todo poder está agregado um saber a legitimá-lo. Existem não apenas poderes, mas sempre “poderes-saberes”. Assim, não é uma análise meramente jurídica que irá compreender todo o mecanismo das sanções e do sistema criminal de determinada sociedade, é preciso analisar todos os micropoderes²²⁴ e os saberes que os cercam

²²³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. História da violência nas prisões.** p.26.

²²⁴ “Os *micropoderes salvajes*, identificados por Ferrajoli, remontam aos micropoderes identificados por Foucault, estão presentes em toda a sociedade, em qualquer tempo histórico, e não são, nem podem ser abarcados pelo fenômeno jurídico. Na medida, porém, em que estes atuam de forma a gerar consequências socialmente relevantes como desigualdades substanciais, o direito encontra então respaldo para atuar. Em relação às contingências de poder que se encontram acima do alcance da realidade jurídica, os *macropoderes salvajes* indicados por Ferrajoli diriam respeito à

para que essa análise possa ter um início de veracidade, pois o direito cria símbolos enquanto que o poder de punir real deriva de tecnologias de saber que se transformam em poderes dentro dos presídios, manicômios, hospitais, abrigos para adolescentes infratores. O direito é parte do saber que os justificam, mas, o poder disciplina vai muito além das normas legais.

O próprio homem é efeito de poderes e saberes sobre ele aplicados e exercidos desde o seu nascimento, nas breves linhas de Foucault verifica-se que na sociedade moderna o poder cria o próprio sujeito:

O homem de que nos falamos e que nos convidam a liberar já é em si mesmo o efeito de uma sujeição bem mais profunda que ele. Uma 'alma' o habita e o leva a existência, que é ela mesma uma peça no domínio exercido pelo poder sobre o corpo. A alma, efeito e instrumento de uma anatomia política; a alma, prisão do corpo.²²⁵

Não é mais o corpo que morre em suplício para salvação da alma, na sociedade burguesa não interessa o sofrimento dos corpos, pois todo e qualquer corpo pode e deve ser útil na malha social em que está inserido, a esse novo tipo de sociedade (em contrapartida à sociedade medieval), a alma que deve ser transformada e dominada para que o corpo seja dócil e utilizado propriamente.

Tal forma de pensamento somente pode se desenvolver em estruturas industriais em que cada pessoa tem uma função própria e em que todos os braços e forças de produção que existirem devem, de alguma forma, ser utilizados. Não se pode desperdiçar energia, assim como numa fábrica não se pode simplesmente desperdiçar material – sejam seres humanos, sejam coisas. Há uma economia do poder de punir de forma a utilizar todas as pessoas, inclusive os condenados, nessa rede de produção em massa firmemente entrelaçada:

No antigo sistema, o corpo dos condenados se tornava coisa do rei, sobre o qual o soberano imprimia sua marca e deixava cair os efeitos de seu poder. Agora, ele será antes um bem social, objeto de uma apropriação coletiva e útil. Daí o fato de que os reformadores tenham quase sempre proposto as obras públicas como uma das melhores penas possíveis [...]²²⁶

realidade vivenciada no que diz respeito à integridade física das pessoas, da violação das mesmas em âmbito das relações entre Estados, e destes com os cidadãos. Assim, circunstâncias como guerras, genocídios, torturas, etc. levam a situações que o fenômeno jurídico não consegue alcançar e, conforme Ferrajoli, levam os Estados a se constituírem, segundo visão hobbesiana, em verdadeiros lobos artificiais". *In: DALLA-ROSA, Luiz Vergilio. O direito como garantia. Pressupostos de uma teoria constitucional.* p.72.

²²⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir. História da violência nas prisões.* p. 29.

²²⁶ *Ibidem*, p.91.

Cria-se um campo de conhecimento sobre os homens criminosos e sobre o crime em si que justifica o desenvolvimento das técnicas modernas de punição como forma de se proteger a sociedade e de se corrigir os condenados, essa nova forma de poder sem rosto e disperso nas mais diversas camadas sociais.

A prisão passa a ser cogitada como uma das penas mais fáceis de ser ajustada a essas novas necessidades, visto que ela pode ser mesurada em tempo de acordo com a gravidade do crime, não inflige diretamente qualquer suplício físico, é afastada dos olhos da sociedade, permite a individualização de acordo com as características do criminoso, permite um acompanhamento contínuo para fins de classificação, observação, tratamento e correção dos condenados. Essas mesmas razões foram criticadas por alguns reformadores, mas, com o passar do tempo, as penas privativas de liberdade passaram a se tornar regra em qualquer sistema penal moderno, especialmente a partir do século XIX.

Prega-se uma diversidade nas penas, mas, a modernidade criou como padrão a prisão para todo e qualquer crime, apenas sendo modificada a intensidade da pena, o tempo que se passa recluso e como se passa esse tempo. Vários modelos prisionais surgiram (e ainda surgem), no entanto, em sua maioria, pregam que deve se prezar pelo trabalho, tornar os condenados uma força produtiva, dar a eles certa utilidade social, com bases na aprendizagem de um ofício, de uma profissão.

O próprio nome reformatório dá a idéia de transformação, é preciso transformar os corpos e as mentes ociosas dos que cumprem pena, de modo que eles possam dar uma retribuição à sociedade que os acolheu e contra a qual atentaram com o seu crime²²⁷, tais finalidades foram formalmente incorporadas aos códigos de leis da época.

As penas, de acordo com esse novo sistema, devem ser cada vez mais ajustáveis a cada um dos condenados, de modo que os sistemas carcerários passam a ter variações a fim de atender as peculiaridades de cada um. A sanção sempre será a privação de liberdade, mas o jeito como o sujeito passa o tempo a ser cumprido varia conforme suas necessidades de adaptação, tratamento e correção, sempre se voltando para a prevenção futura de outros delitos.

²²⁷ Ibidem, p.101.

Pois é preciso inculcar no prisioneiro novamente os bons hábitos, fazer com que ele se restabeleça no pacto social anteriormente violado. Na verdade, o pacto social, o contratualismo tão pregado na época é uma ficção criada para justificar o poder das leis sobre todos, pois assim se dá a impressão de um consenso geral, de que a pena está sendo aplicada por todo e em defesa de todos, quando existem redes de poderes capazes de moldar o indivíduo de acordo com o que dele se espera: uma pessoa dócil, obediente, enfim, submissa²²⁸.

Um dos pontos mais trabalhados por Foucault quanto a esse novo tipo de sistema é o surgimento e desenvolvimento em larga escala do que ele denomina: Disciplinas.

As disciplinas são relações de poder que se exercem sobre os corpos das pessoas numa analogia ao “homem-máquina”²²⁹, ou seja, surgem diversas técnicas de manipulação dos corpos e das mentes a fim de moldar e transformar as pessoas e seus corpos. Tais poderes não estão concentrados nas mãos de uma única pessoa ou instituição, em verdade, eles se disseminam em rede por todas as instituições, dentre as quais Foucault menciona explicitamente: as fábricas, as escolas, os hospitais e as penitenciárias.

O homem-máquina somente poderia ser concebido numa sociedade industrial, na qual a produção de bens seja escalonada, medida, qualificada, quantificada e classificada, buscando uma maior eficiência e desempenho na execução das tarefas destinadas a que se produza cada vez mais, melhor e em menos tempo. Assim se fez com as coisas, logo se passou a fazer também com os homens. Era a nova mentalidade da época, mentalidade esta que perdura até os dias de hoje visto que esta escala de produção é cada vez mais eficiente adquirindo contornos globais.

De acordo com Foucault as disciplinas são: “métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade”.²³⁰

²²⁸ Ibidem, p.106.

²²⁹ Ibidem, p.117.

²³⁰ “fabricar (...) corpos submissos e exercitados, corpos ‘dóceis’ (...) aumentar as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminuir essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma ‘aptidão’, uma ‘capacidade’ que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita.” *In*: FOUCAULT, op. cit., p.119.

Cada um se isola em seu próprio mundo bem organizado e acredita piamente necessitar das disciplinas para uma vida em comum, para a organização social, visto que passa a se sentir como um peão de um jogo muito mais amplo, do qual é parte acessória e tem uma função específica que nunca pode ser alterada. O sujeito forma-se de acordo com as disciplinas, ela cria e molda as pessoas num mundo normalizado.

E quando há qualquer desvio em relação ao comportamento padrão é imposta uma sanção. No entanto, tal sanção não se iguala aos suplícios sofridos pelos desajustados e criminosos durante a idade média, a sanção visa corrigir, quer dizer, fazer com que a pessoa volte a agir como seria o esperado. É, nos dizeres de Foucault, uma sanção normalizadora. São micro-sanções que visam, num primeiro plano, deixar explícito para a pessoa autora do desvio, bem como para todo grupo social, que um erro foi cometido e precisa ser corrigido. A correção deve ser efetivada, muitas vezes, pela repetição de exercícios que deixem patente o erro e qual seria a atitude ajustada. Além das micro-sanções, também são devidas recompensas para aqueles que atuarem de forma eficiente, que melhor desempenharem suas funções e se destacarem dentro de determinado grupo social: é o aluno que recebe somente notas altas, o operário padrão e assim por diante. Há uma comparação permanente entre as pessoas que faz com que elas passem a competir entre si. Cria-se um corpo social homogêneo, mas, ao mesmo tempo, hierarquizado e escalonado de acordo com programas e funções a serem seguidas com retidão.

O poder disciplinar não é necessariamente um poder político, ele não está concentrado nas mãos do Estado, na realidade, Foucault não constrói em seus estudos um conceito de poder, ele trata das relações de poder entre as pessoas numa sociedade e não numa abordagem estatal. As relações de poder podem sim ser políticas, e dentro do aparato estatal (no qual se encontra o poder de punir) existem diversas disciplinas, mas elas não são exclusividade dessa forma de poder. Foucault compreende a política como a continuação da guerra por outros meios, ou seja, existem e sempre existirão, no meio social, dominadores e dominados, uma disputa perene pelo poder, uma ameaça constante de guerra física, mas, que se faz presente através dessa rede contínua de micro-poderes. Assim, não há que se falar em qualquer espécie de contrato social, pois as coerções fazem parte da sociedade e das relações intersubjetivas: “não aos direitos fundamentais, mas aos

treinamentos indefinidamente progressivos, não à vontade geral, mas à docilidade automática”²³¹.

É a disciplina dos corpos que pauta nossa sociedade, é a coletividade bem adestrada pelas disciplinas e não os direitos promulgados fantasiosamente pelo Estado (grande ficção remetente ao pacto primitivo) que vige na sociedade moderna e contemporânea cada vez mais massificada e normalizada e menos consciente disso.

Um dos métodos aperfeiçoados pelo poder disciplinar foi o de ver sem ser visto, denominado por Foucault de “Panoptismo” numa associação à obra de Bentham que se preocupa primordialmente com a arquitetura das penitenciárias com a finalidade de que haja possibilidade de vigilância permanente dos prisioneiros sem que eles possam saber se em determinado momentos estão sendo observados ou não. O fato de que existe a mera possibilidade de serem vistos faz com que automaticamente passem a se comportar como se sempre estiverem sendo observados.

Atualmente tal mecanismo está cada vez mais reforçado com os sistemas de câmaras instalados nos mais diversos espaços: órgãos públicos, bancos, aeroportos, hospitais e mesmo em ruas e logradouros públicos. Ou seja, a vigilância constante tende a se tornar cada vez mais rígida, ampla e econômica, pois os diversos “olhos” podem ser controlados via tecnologia o que exige muito menos dispêndio de tempo e de dinheiro.

O poder de vigilância se ramifica e se dispersa, mas, ao mesmo tempo, tem sua intensidade aumentada sem que as pessoas percebam ou possam se revoltar contra isso. O poder se reparte em arquiteturas capazes de ver cada vez mais, de interligar as pessoas e também observar de mais perto todos seus hábitos (cartões de crédito, internet etc).

Não há um só olho, mas, olhos dispersos e anônimos a controlar todas as condutas, numa sociedade com base no Panoptismo como uma penitenciária exacerbada para além de seus próprios muros:

A multidão, massa compacta, local de múltiplas trocas, individualidades que se fundam, efeito coletivo, é abolida em proveito de uma coleção de individualidades separadas. Do ponto de vista do guardião, é substituída

²³¹ Ibidem, p.142.

por uma multiplicidade de enumerável e controlável; do ponto de vista dos detentos, por uma solidão seqüestrada e olhada.²³²

Como esse poder não tem rosto, é inominado, pode ser exercido de forma indistinta por qualquer pessoa e pode facilmente e (por que não?) de forma arbitrária treinar e modificar os indivíduos vigiados, é uma tecnologia absurda de controle de corpos e mentes, podendo amplificar ao infinito tal vigilância e fabricar sujeitos em níveis cada vez mais amplos e de modo cada vez mais organizado, criando a aparente impressão de que a sociedade inteira exerce o poder de observação. A vigilância gera um conhecimento profundo do meio social em que se pretende exercer o poder de controle.

O desenvolvimento da instituição da Polícia em praticamente todos os Estados contemporâneos teve papel primordial na esfera de vigilância dos indivíduos, não interessa o nome ou a pessoa por trás do policial, mas, sim a função por ele exercida e toda a simbologia que existe nela. A Polícia age sempre em defesa do povo, da sociedade, para proteção do pacto social, essas são as razões jurídicas e “racionais” para sua criação, no entanto, são fictícias, irreais. Em verdade, a polícia representa, além de uma proteção efetiva em muitos casos, uma vigilância constante sobre os corpos das pessoas que entendem que devem a ela se submeter não por características pessoais dos seus representantes, mas pela própria essência da instituição representada.

O Estado, a cada dia que passa, regula mais a vida das pessoas em todos os detalhes, no entanto, não há um só poder centralizador de toda a vigilância e controle. As táticas e tecnologia de observação estão disseminadas por todo o meio social, ordenando e homogeneizando a complexidade do corpo social através das disciplinas. As pessoas não percebem a ingerência em suas vidas, pois acreditam piamente que as têm exclusivamente em suas mãos, são autônomas e “livremente concordaram” em participar do que ainda hoje chamam de “pacto social”.

Tal pacto serve para justificar o direito e a obediência generalizada a suas normas, mas a sociedade moderna foi e é regida por técnicas disciplinares, micro poderes dispersos em todas as relações aparentemente de pouca importância, mas que moldam a base da sociedade e o comportamento dos corpos em um determinado grupo. Observando com Foucault:

²³² Ibidem, p. 166.

[...] enquanto os sistemas jurídicos qualificam os sujeitos de direito, segundo normas universais, as disciplinas caracterizam, classificam, especializam; distribuem ao longo de uma escala, repartem em torno de uma norma, hierarquizam os indivíduos em relação uns aos outros, e, levando ao limite, desqualificam e invalidam.²³³

Além do direito, existe toda uma tecnologia voltada a moldar e adestrar as pessoas, um sistema que se desenvolve dentro do próprio sistema jurídico, como na execução prática das penas privativas de liberdade, na vida cotidiana dentro das penitenciárias, dos reformatórios e nas medidas sócio-educativas aplicadas aos adolescentes infratores.

As normas jurídicas e seus modelos abstratos não impedem as classificações, os treinamentos e configurações de individualidade perpetradas pelas disciplinas. Os criminosos devem ser úteis, as penas se voltam para sua dita “ressocialização” que nada mais é do que torná-los dóceis, obedientes e treinados para o retorno à vida em sociedade, em suma, padronizá-los, fazer de cada um deles um cidadão comum, seguidor do direito e dos bons costumes.

A manifestação do poder de punir além de exercer a vigilância constante dos detentos (e a penitenciária é o melhor meio de se observá-los continuamente) busca discipliná-los de forma total e permanente. Observar para classificar, classificar para treinar, treinar para obedecer.

No entanto, mesmo com as mais mordazes críticas a prisão continua a existir, não existindo sequer previsão futura de sua completa substituição por outros tipos de penalidades. Foucault explica que a prisão foi criticada desde sua instituição, mas sobreviveu durante todo esse período, pois é modelo em que melhor se concretiza a aplicação prática dos poderes disciplinares.

Em primeiro lugar porque afasta a execução das penas dos olhos do público e, ao trabalhar com a liberdade dos condenados, dá a impressão de ser uma pena não cruel, aplicada em nome de toda a sociedade.

Além disso, a penitenciária se tornou, com sua tecnologia de aplicação da pena, um aparelho eficiente e voltado para a transformação e adestramento dos que lá cumprem pena. Existem diversas técnicas para que tal modificação seja implantada, como, por exemplo: o isolamento dos prisioneiros, de modo que não formem comunidades autônomas entre si (o que, sabemos, não ocorre no Brasil,

²³³ Ibidem, p.184.

pois o crime é muito mais organizado dentro de algumas prisões do que fora), a solidão serve para que se possa mais facilmente controlar aquela pessoa, submetendo-a a um rígido controle físico e moral; também o trabalho realizado pelos condenados como modo de se tornar útil à sociedade, para que se tornem indivíduos “mecanizados”²³⁴.

Atualmente, a sociedade ora vê o delinqüente como um sujeito doente que deve ser necessariamente isolado, por isso se clama por penas mais severas, um fortalecimento da prisão, ao mesmo tempo em que existem correntes que procuram justificar a criminalidade como produto do meio, enfatizando não a periculosidade do sujeito criminoso, mas, do meio social em que ele foi criado. Estes afirmam que as prisões servem apenas para pobres, não solucionando os problemas sociais por trás daqueles que cometem delitos, ainda mais porque a criminalidade daqueles que têm dinheiro, das classes mais privilegiadas, não é efetivamente punida. Portanto, o poder de punir está envolto por discussões de natureza social, jurídica, científica e também sofre pressões de classes e da mídia, mas, mesmo assim, a prisão perdura, incapaz de ser “vencida” como o instrumento muitas vezes ineficaz, mas, imprescindível, para punir.

O poder das técnicas carcerárias procura, na medida do possível, normalizar os condenados através do controle de suas condutas, leituras, corpo, religião, aptidões, desempenhos, como um produto a ser montado, catalogado e colocado à exposição social. Assim, o modelo prisional é o trunfo moderno do poder disciplinar, tornou-se a instituição modelo (com todos os seus defeitos, mas, totalmente necessária) da sociedade normalizadora, que é essencialmente a sociedade hodierna e a tendência cada vez maior do direito penal em criar mais crimes, aumentar as penas e reconhecer a legitimidade de um direito penal do inimigo.

3.10 A visão constitucionalista dos direitos fundamentais de Ronald Dworkin: o papel dos juízes na aplicação concreta de tais direitos

O presente tema apresenta a visão de Dworkin sobre a questão, fazendo referências diretas as suas idéias na análise da aplicação concreta dos direitos fundamentais pelos magistrados como forma de preservar as garantias das pessoas

²³⁴ Ibidem, p.204.

previstas em norma. Portanto, apenas apresentamos a teoria tal como foi tratada pelo autor.

3.10.1 Direito e política

Dentre os mais diversos pontos sempre colocados e debatidos pelos mais notáveis juristas, encontra-se aquele referente ao caráter político ou meramente normativo do Direito. É fato comprovado que questões e controvérsias políticas são decididas pelos Tribunais, pois é característico do século XX o alargamento das funções do Poder Judiciário como limitador das ações praticadas pelos Governos, através da imposição concreta das normas e princípios da Constituição. Para evitar qualquer tipo de abuso ou arbitrariedade por parte do Estado, a comunidade volta-se aos Tribunais como órgãos imparciais, capazes de fiscalizar os próprios atos do governo, por isso se fala em Estado de Direito. Segundo Dworkin:

Quando questões políticas vão ao Tribunal – como sempre acontece, mais cedo ou mais tarde, nos Estados Unidos, pelo menos – exigem uma decisão que seja, ao mesmo tempo, específica e calcada em princípios. Devem ser decididas pormenorizadamente, na sua plena complexidade social, mas a decisão deve ser fundamentada como a emanação de uma visão coerente e imparcial de equidade e justiça porque, em última análise, é isso que o império da lei realmente significa.²³⁵

Fica claro que direito e política, por mais que não se confundam, não pertencem a mundos totalmente apartados. Os juízes não devem ser legisladores, mas, não se pode falar também que sejam meros aplicadores mecânicos das leis positivas, pois ambas as idéias não correspondem a qualquer sistema legal vigente no mundo contemporâneo ocidental.

No esclarecimento prestado por Dworkin pode-se dizer que influenciam no direito tanto argumentos de política como argumentos de princípio:

Nossa prática política reconhece dois tipos diferentes de argumento que buscam justificar uma decisão política. Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas,

²³⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p.VIII.

mesmo que a comunidade como um todo fique conseqüentemente pior. Os argumentos de princípio são baseados em direito.²³⁶

O ato de interpretar o direito é essencial para que ele seja bem aplicado, quer dizer, capaz de efetivamente apresentar soluções plausíveis e justas para os casos concretos que se apresentem. Essa interpretação é feita, essencialmente, pelos juízes, pois, em última instância, as regras e princípios têm como finalidade solucionar tais casos, elas não existem por existir, mas, sempre terão esse caráter eminentemente social, pois esse é o caráter intrínseco do próprio direito: pacificar a sociedade, resolvendo os conflitos que lhe sejam apresentados de forma obrigatória com base num sistema organizado e lógico de normas que se relacionam entre si.

Quando um juiz decide baseando-se num argumento político, segundo o autor, ele não deve se ater a opiniões de grupos e correntes políticas, não é uma decisão partidária, mas, sim fundada em princípios de moralidade política. Ao agir dessa forma, ele deve pensar no bem da comunidade como um todo, justificando sua decisão no bem comum como princípio maior de toda e qualquer teoria política.

Nos Estados Unidos, essa é uma questão cada vez mais controversa. Segundo alguns, num sistema baseado na Common Law não há como se evitar que juízes tomem decisões com base em argumentos políticos, visto que os casos concretos servem como guia maior na interpretação do direito. Não que os juízes devam se transformar em legisladores, pois tal não seria aceito nem justificado perante a própria sociedade, mas, que eles teriam uma liberdade mais ampla para decidir além dos limites impostos pelas regras jurídicas.

Na visão de Dworkin, os juízes podem, em última instância, em relação aos casos mais difíceis e controversos, fundamentar sua decisão em argumentos políticos, ou seja, pensando no bem estar geral da sociedade, pois as normas não deixam clara qual posição deveria ser tomada, restando ao Judiciário, a decisão política.

3.10.2 Estado, Constituição e seus princípios fundamentais

Qualquer Estado atual no mundo ocidental tem, como lei principal, uma Constituição, que rege seus principais poderes, limitando a arbitrariedade estatal e

²³⁶ Ibidem, p.IX.

prevendo meios de se regulamentá-lo e formas de participação popular. Esse tipo de Estado foi denominado, com sua estabilização no século XX, Estado de Direito.

O Estado de Direito pode ser concebido como uma forma de limitação aos poderes do governo, priorizando sempre os direitos individuais do cidadão em relação ao próprio Estado. As normas estatais jurídicas devem ser obedecidas não apenas pelos indivíduos, mas, também pelo Estado, independentemente de seu conteúdo. Quer dizer, existindo esse “livro de regras”, elas devem ser respeitadas.

Há, por outro lado, uma segunda concepção de Estado de Direito que procura se voltar aos direitos morais e políticos dos cidadãos e não necessariamente a um texto legal. O direito positivado nada mais faz do que reconhecer tais direitos pré-existentes, aplicando-os concretamente. Os problemas desse ideal se apresentam em relação ao modo como tais direitos individuais serão reconhecidos pelas normas positivas, pois o ordenamento pode não reconhecer todos os direitos ou reconhecê-los de forma deficitária.

São dois ideais de direito que procuram tornar uma sociedade mais justa, mas que podem apresentar problemas de difícil solução. Logicamente, seria justo que os tribunais se ativessem aos textos legais e sempre reconhecessem direitos individuais, no entanto, em certos casos de maior complexidade tal pode não ocorrer. Não há como, no mundo atual, prescindir do direito positivo, todos os Estados tem um ordenamento e, a não ser em hipóteses excepcionais, devem se voltar a ele para a solução dos conflitos que se apresentarem. Mas, ao mesmo tempo, a justiça demanda uma certa equidade que somente pode ser sanada perante o caso concreto, não sendo suficientemente amparada pelas normas abstratas. Já em relação à proteção inerente aos direitos individuais, ela não pode ser absoluta, pois, em certos casos existem direitos maiores que devem ser protegidos, direitos que protegem a todos, não podendo se pensar no jurídico de uma forma individualista.

Se o direito é compreendido como um texto legal de normas que devem ser seguidas e interpretadas pelos juízes, nos casos controversos eles devem descobrir qual seria o verdadeiro sentido da lei, ela nunca pode deixar de servir como guia e parâmetro para a decisão judicial, sendo vedada uma decisão fundamentada exclusivamente em motivações políticas do magistrado. Como já foi previamente afirmado, a interpretação em busca do sentido das normas é essencial à atividade jurisdicional, pois as leis nem sempre se apresentam de forma clara e indubitável. O

papel do juiz é interpretar esse “livro de regras” que diante de si foi colocado como guia, usando das mais diversas técnicas de comunicação possíveis. Assim não se admite de forma explícita o papel criador dos juízes, pois, de uma forma ou de outra, eles sempre devem se voltar ao texto legal.

Já se o Estado de Direito for compreendido como fundamentado nos direitos morais e políticos dos cidadãos, pode se dizer que o juiz, perante um caso difícil, deve descobrir quais são os direitos violados dentro daquele caso em relação às pessoas envolvidas. Nos casos cuja solução legal é explícita não deve haver qualquer decisão política por parte do julgador, visto que essa concepção de direito impescinde do texto legal, que não deixa de ser uma fonte de reconhecimento dos direitos morais. Já nos casos difíceis, em que a norma não é clara ou há certa lacuna, o juiz deve decidir reconhecendo os direitos morais das pessoas envolvidas no conflito real. Isso não quer dizer que o magistrado deve desconsiderar completamente o texto legal, na realidade, ele deve buscar sua solução nos princípios mais abstratos, desde que sejam compatíveis com o resto do sistema jurídico. Se houver colisão de princípios, daí sim será cabível uma decisão política, pois é um caso controverso que admite, em tese, a aplicação de dois ou mais princípios legais.

Logicamente, o Legislativo, ao criar leis, também, de forma conseqüente, acaba por definir políticas públicas no caminhar e desenvolver do Estado. Os princípios contidos nas normas jurídicas são, por assim dizer, atos aprovados e discutidos pelo Poder Legislativo e, como tais, acabam servindo de parâmetros necessários à decisão dos juízes, de acordo com o princípio maior da democracia.

Os princípios não excluem a possibilidade de que as leis possam ser interpretadas, muito pelo contrário, eles servem como guias de interpretação, sem que se fira a democracia, pois aprovados pela vontade do povo representada pelos legisladores. Ao buscar o que se denomina de vontade da lei ou do Parlamento, na realidade, o magistrado está se perguntando qual princípio ou política pública deve guiá-lo na decisão do caso controvertido, ou seja, em suma, acaba sendo uma decisão muito mais política do que histórica.

“Se apenas um conjunto de princípios é compatível com uma lei, então um juiz que siga a concepção centrada nos direitos deve aplicar esses princípios. Se mais de um é compatível, a questão de qual interpretação decorre mais ‘naturalmente’ da lei como um todo exige uma escolha entre

maneiras de caracterizar a lei que reflita a própria moralidade política do juiz.²³⁷

Não se pode confundir democracia com ditadura das multidões, ou seja, muitas vezes as maiorias tomam decisões injustificáveis ou mesmo injustas e elas não deveriam se legitimar em direitos simplesmente porque a maioria assim desejou de forma impensada e irracional. Esse tipo de pressão social é sentida diretamente pelos legisladores muito mais do que pelos juízes, pois eles podem perder suas funções ou não se reeleger no caso de proferirem decisões impopulares.

A questão é mais propriamente de aparente ilegitimidade das decisões políticas tomadas pelo Judiciário perante o público que não o aceita como possuidor de tal função considerada essencial num Estado Democrático:

A democracia supõe igualdade de poder político, e se decisões políticas genuínas são tiradas do legislativo e entregues aos tribunais, então o poder político dos cidadãos individuais, que elegem legisladores mas não juízes, é enfraquecido, o que é injusto.²³⁸

Entretanto, em nenhum momento Dworkin afirma que devam ser restringidas as funções políticas do Legislativo e entregues total e livremente para o Judiciário. Nem todas as decisões judiciais serão políticas, somente poderão ser aquelas controvertidas, nas quais não há uma única resposta (ou qualquer resposta) a ser fornecida diretamente pelo texto legal.

É ingênuo afirmar que a democracia é o poder do povo considerado como um todo homogêneo, que não existiriam diferenças entre os cidadãos, quando, na realidade, muitos outros poderes influenciam nas decisões políticas e sociais tomadas por um governo, como, a exemplo, o poder econômico restrito a poucas pessoas, mas, que exerce influência em todas as classes sociais. O simples fato de existirem diversas classes numa sociedade (alguns com muito e outros com quase nada) evidencia que a democracia é muito mais jurídica e formal do que material e praticada.

Os Tribunais não ignoram essa situação e devem aplicar as leis de forma que se garantam os direitos individuais de todos perante todos, ou seja, determinando que, perante casos concretos, minorias ou cidadãos específicos possam ter garantido certo poder político em detrimento ao poder político das maiorias. A

²³⁷ Ibidem, p.25.

proteção dos direitos fundamentais de toda e qualquer pessoa é uma das principais funções e metas de todos os Tribunais e isso faz com que sua decisão, mesmo que política, seja guiada por esse princípio maior e, assim sendo, acaba justificando-se perante a idéia de democracia substancial, efetivada em casos concretos, pois o legislador nunca irá trabalhar ou se importar diretamente com esses casos, que é exatamente o papel do juiz.

Num caso criminal, como deve efetivamente o juiz decidir, deve ele levar em conta segurança pública, mesmo se arriscando em condenar um inocente, ou deve sempre prevalecer, de modo absoluto, o princípio da inocência do réu como direito individual inviolável? Até que ponto as provas podem ser admitidas para absolver ou acusar alguém? Deve-se levar em conta o interesse público na economia processual ao se ter um processo mais rápido, porém, com menos possibilidades de revisão mesmo que isso diminua substancialmente seu grau de exatidão?

Estas são questões atualíssimas em todos os Estados, independentemente do sistema legal adotado, seja com base na civil law seja com base na common law. É imperioso descobrir-se o meio termo entre a proteção dos interesses gerais e dos interesses individuais, mas, como fazer isso sem que se perca a legitimidade da decisão, especialmente num caso controverso?

Isso se torna ainda mais complexo quando se verifica que questões de política se tornam, perante casos concretos, reais questões de direito a serem decididas. O legislador, ao criar leis, muitas vezes leva em conta questões de política pública para privilegiar, de forma utilitarista, o bem do maior número possível de pessoas. Ele as cria num nível alto de abstração, pensando no maior benefício gerado do que em casos concretos específicos e assim deve ser, pois tal é a função da lei. No entanto, leis criadas com base em questões econômicas e não em questões de princípio podem ser tornar um problema ao estabelecerem direitos em casos concretos. A lei pode, portanto, ao ser aplicada sem maiores reflexões, não gerar os benefícios esperados, muito pelo contrário, pode suceder que ocorram decisões injustas se tomadas com base somente na aplicação mecânica do dispositivo legal.

Nos casos controversos não há uma resposta fácil ao juiz, pois ele deve dar preferência a um dos argumentos igualmente válidos e justificáveis apresentados de

²³⁸ Ibidem, p.30.

forma contraposta pelo autor e pelo réu. A preferência por cada um deles irá gerar uma resposta diferente, ora atribuindo direitos ao autor, ora ao réu. Nesses casos, deve o magistrado perguntar-se qual seria a decisão que privilegiaria o interesse público ou apenas ficar adstrito aos interesses dos envolvidos?

O interesse público não pode ser usado como desculpa para que sejam causados danos a direitos de indivíduos. Não há uma coerência em se garantir o bem comum em detrimento a um direito individual, no sentido de que seria viável condenar um inocente desde que este ato trouxesse benefícios ao sistema penal e à segurança pública em geral. Por outro lado, não há como se priorizar o procedimento em si em busca de uma exatidão completa nas provas com fim de condenação ou absolvição se isto poderia gerar deficiência em diversos ramos do Estado e do governo voltados para interesses primordiais da comunidade, tais como educação, saúde etc.

A sociedade deve sim prezar pelo cuidado nos processos e procedimentos a fim de evitar qualquer tipo de erro que acabe condenando acidentalmente um inocente. Ainda mais grave do que erros impensados são os atos do governo de deliberadamente prejudicar alguém em seus direitos fundamentais (especialmente no âmbito de uma condenação penal) para, em tese, salvaguardar um interesse maior, generalizado.

Em primeiro lugar, coloca Dworkin, o Estado deve garantir a equidade entre as pessoas, as decisões políticas devem levar em conta o interesse da comunidade, mas, também o interesse de cada indivíduo que compõe essa comunidade. Isso não quer dizer que, na prática, diferenças entre as pessoas não podem ser impostas ou reconhecidas, ora, o princípio tributário da capacidade contributiva assim o faz, impondo impostos maiores a pessoas com mais posses em relação aos que têm menos bens.

Ao se decidir condenar deliberadamente um inocente, o Estado está agindo de forma desproporcional em relação ao princípio da igualdade, pois sua decisão é voltada exatamente para o ato de causar um dano àquela pessoa com base numa mentira.

A comunidade teme a injustiça e a arbitrariedade muito mais do que um engano por parte do Estado, pois no primeiro caso a segurança jurídica foi fragilizada de forma pensada, o que acaba por ruir completamente as razões pelas quais foi instituída. De nada adianta um direito que não sirva como garantia aos

indivíduos, passando os atos estatais a serem mera arbitrariedade e, portanto, totalmente injustificáveis numa sociedade pretensamente democrática.

A própria sociedade, ao se organizar, aceita a possibilidade de riscos e erros que sejam realizados desde que acabem por resultar em ganhos maiores ou que estejam dentro do chamado “risco tolerado”, mas, de modo algum permite que, do risco tolerado ou socialmente aceito, se possa decretar propositadamente danos a indivíduos em nome da coletividade.

Dentro de uma sociedade, mesmo que se reconheça a existência de diferentes classes sociais, não se pode prescindir de uma decisão com base na democracia, pois, de qualquer forma, diferentes pessoas beneficiar-se-ão diferentemente de cada dispositivo legal e não há como se impedir esse fato. Por isso, em certos casos, é preferível diminuir a exatidão de um processo na obtenção da verdade final em prol de benefícios gerados em outras áreas de políticas públicas consideradas essenciais. Esse é um risco que todo e qualquer Estado corre, para que possa funcionar de modo satisfatório.

É certo que o próprio fato de alguém ser suspeito de um crime e ter contra si uma investigação criminal gera certos danos em âmbito social e moral, no entanto, para que seja apurada a verdade e que possam ser condenados os verdadeiros culpados, é necessário que tal investigação seja realizada, mesmo havendo risco de danos. O que ela não pode ser é parcial, ou seja, haver qualquer espécie de pré-julgamento condenando aquela pessoa. Por outro lado, é também verdade que, para contrabalancear, existe o princípio da dúvida razoável impedindo que qualquer pessoa seja condenada por um crime se existir, em relação aos fatos, qualquer dúvida cabível, ou seja, que possa ser logicamente considerada como relevante e capaz de colocar em xeque a ocorrência ou não do fato criminoso ou da autoria em relação à determinada pessoa.

Deve haver este equilíbrio entre os princípios jurídicos e as políticas públicas para que se possa aplicar o direito e, ao mesmo tempo, garantir qualquer organização ou/e desenvolvimento social.

Esse equilíbrio deve ser buscado em relação a todos os princípios jurídicos, como, por exemplo, o princípio do devido processo legal. Tais princípios, portanto, deve ser interpretados, admitindo-se, inclusive, uma interpretação histórica para que se possa compreender o real sentido de cada um deles frente a um caso concreto. As pessoas que respondem por um processo criminal têm, antes de tudo, direito a

um processo legal no qual sejam tratadas de forma equânime, não pesando sobre elas qualquer tipo de discriminação.

Com base nestes princípios os juízes devem interpretar o direito buscando soluções que se adequem ao caso concreto e também ao cenário jurídico que os envolve. Segundo essa concepção de Dworkin, os princípios admitem (dentro de certos limites) respostas diferentes a conflitos substancialmente diferentes, mas, que envolvem abstratamente dois ou mais princípios. As normas legais não podem engessar as decisões jurídicas, pois assim como elas fazem parte do ordenamento jurídico também o fazem os princípios.

As decisões judiciais, prioritariamente nos casos difíceis, são geradas por princípios. Com isso o que se tem é a inserção do político no jurídico, ao passo que as decisões judiciais devem fazer valer, ou cumprir, os direitos políticos anteriores à própria legislação. Assim, o que se tem na base é a moralidade pessoal do juiz, enquanto pertencente a uma instituição cujo fundamento é uma teoria política, congruente com princípios e com a moralidade pública, o que vem a ser a base de julgamento (político) feito pelos juízes.

Dworkin, segundo Citadino, faz parte do grupo de constitucionalistas denominados liberais que têm uma concepção específica da política democrática e mesmo do papel da constituição no seguinte sentido:

No que diz respeito aos liberais, na medida em que o pluralismo está associado à compreensão das democracias contemporâneas como sociedades onde há uma multiplicidade de concepções individuais a respeito do bem, o ideal de justiça delineado busca assegurar a cada indivíduo a realização de seu projeto pessoal de vida.²³⁹

Assim, os liberais aceitam (e não há como negar) a pluralidade da sociedade atual, mas, compreendem que o direito deve procurar, em primeiro lugar, harmonizar essa pluralidade com os direitos individuais de cada pessoa, de modo imparcial e se valendo da interpretação dos princípios jurídicos perante os casos concretos.

A Constituição, de acordo com tal entendimento, será sempre uma Constituição garantista, que procura limitar os poderes estatais em relação aos direitos dos cidadãos, em contrapartida ao pensamento comunitário, segundo o qual a que se falar na participação dos cidadãos e suas diversas identidades no campo

²³⁹ CITADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. p.5.

político, tendo a Constituição papel ativo e essencial no ato de aprimorar essa participação conjunta e pluralista, pois somente ela garante a própria democracia.

O direito constitucional não pode simplesmente renegar vários de seus aspectos políticos, pois a democracia é o palco da política, seja ela compreendida como consenso entre as pessoas ou como tensão constante e perene entre as mais diversas pluralidades encontradas em toda e qualquer sociedade atual.

A participação da comunidade como intérprete da Constituição é essencial nos dias de hoje e tal abertura é inerente ao Estado democrático de Direito, fazendo com que o direito e a política possam caminhar juntos a uma maior efetividade dos próprios direitos fundamentais.

Ainda de acordo com Citadino:

O liberalismo de Dworkin, paradoxalmente, não o impede de dar à Suprema Corte um papel proeminente na interpretação da Constituição. Partindo da crítica ao positivismo, que confere prioridade às normas em detrimento aos princípios, Dworkin ataca a defesa positivista do poder discricionário dos juízes no caso a ausência de normas (...). Para ele, a moralidade política pode influenciar os juízes nos casos excepcionais, especialmente no que diz respeito à interpretação da constituição. Ante os chamados 'casos difíceis', os juízes devem recorrer aos princípios, adotando uma interpretação fundacional da constituição como um todo.²⁴⁰

A função jurisdicional é essencial dentro da teoria de Dworkin, entretanto, o autor não ignora o papel democrático do Poder Legislativo no Estado atual, pois, são seus membros os representantes diretamente eleitos pela comunidade tendo por função primordial a criação e aplicação das políticas públicas em prol do bem comum. Assim, os juízes somente atuam perante os casos concretos que lhe são apresentados, nunca em abstrato como fazem os legisladores. Mas, não se pode negar que as decisões judiciais também influenciam os rumos coletivos de uma sociedade mesmo que de forma indireta.

A aplicação concreta do direito pelos magistrados depende da interpretação do cenário maior em que os direitos foram concebidos, e essa noção (não as particularidades de cada juiz) deve guiá-lo como intérprete das normas. A racionalidade e não o sentimentalismo serve como parâmetro maior de julgamento.

As Constituições atuais cada vez mais são voltadas para a comunidade, para os direitos coletivos e sociais, para bens jurídicos importantes a todos, tais como o

²⁴⁰ Ibidem, p.28.

meio ambiente, a educação e assim por diante. Pensando nesses bens, na complexidade e na pluralidade do mundo moderno que os juízes devem aplicar os princípios jurídicos na decisão dos *hard cases*.

Dworkin claramente compreende essa diversidade social e cultural ao apontar que as decisões judiciais podem dar respaldo político às classes menos representadas, às minorias que não têm voz no palco da política democrática. A democracia, desse modo, está sendo exercida de forma plena pela aplicação judicial, pelo reconhecimento de direitos a pessoas que estão politicamente desorganizadas e, portanto, desprotegidas.

Por isso que muitas vezes se justifica uma revisão judicial dos atos do poder legislativo e mesmo dos atos de política pública praticados pelo governo, pois a política pura e simples não necessariamente garante uma democracia substancial entre as pessoas, de modo que os direitos dos iguais sejam efetivados no cenário real.

O direito constitucional pode perfeitamente atender a essa diversidade sócio-cultural na medida em que, segundo o autor, é composta tanto por regras como por princípios, sendo o direito, portanto, um sistema aberto à interpretação, admitindo respostas diferentes de acordo com os princípios mais adequados aos casos concretos.

Há, portanto que se falar numa moralidade política de toda a comunidade, moralidade esta que irá pautar as políticas públicas e que, ao mesmo tempo, irá auxiliar os juízes na aplicação dos princípios aos casos concretos, pois a comunidade, para o autor, é, em suma, uma associação de princípios que convivem entre si.

À indagação sobre o que é o direito, responde Dworkin ser uma forma de atitude, a se efetivar da seguinte maneira:

É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. (...) A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito

representa para nós: para pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.²⁴¹

Esse é o Império do Direito de Dworkin, que busca a valorização da idéia universal de justiça inserida numa comunidade real e protegida primordialmente pelos princípios jurídicos que possam atender aos casos concretos e garantir a equidade social, fazendo do princípio da igualdade não apenas um princípio abstrato e inerte, mas, uma prática voltada ao concreto, a ser aplicada pelos Tribunais e refletida na própria política democrática dos Estados contemporâneos.

Sua teoria volta-se à prática jurídica norte-americana, um sistema baseado nos princípios da common law, mas, nada impede que muitas de suas idéias e convicções possam servir de base e fundamento ao Constitucionalismo democrático independente de fronteiras nacionais, e, especialmente, em países como o Brasil que visa cada vez mais a inclusão de minorias desprotegidas politicamente, inclusão esta que pode ser feita pelo direito, pela via judicial, desde que existam meios legais e vontade política para tanto.

3.11 Algumas constatações e possíveis soluções para se evitar a expansão do direito penal rumo a um Direito Penal Máximo

O direito penal dos países ocidentais caminha a passos largos (especialmente após os atentados de 11 de setembro) a tendências de maximização e incorporação de diretrizes combativas ao terrorismo, narcotráfico, crimes via internet, crimes sexuais, dentre outros. Tais diretrizes acabam tratando os criminosos como inimigos, visando impedir a ocorrência do crime através da punição *a priori*, ou seja, do simples perigo, em muitos casos, perigo abstrato.

O Judiciário acaba por incorporar tais tendências anti-democráticas das manifestações de “lei e ordem”, “tolerância zero” e de “direito penal de combate” (ou do inimigo). O direito penal passa a pregar um discurso da eficiência e assim, poder Judiciário e Polícia acabam por trabalhar em nome desse mecanismo de controle social, sem se dar conta que tal eficiência nem sempre condiz com os princípios previstos em nossa Constituição, princípios estes que se sobrepõem a toda e

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 492.

qualquer idéia de eficiência. Atuam como se existisse uma guerra contínua entre o bem e o mal, sendo os juízes e policiais os guardiões do Bem, da moral social, o que, de certa forma, lhes dá uma dimensão exacerbada do poder que possuem, recaindo em excessos e abusos que não podem ser tolerados.

Com foco nos EUA, os movimentos de Lei e Ordem buscam o fortalecimento da repressão penal, criminalizando o maior número possível de condutas e vigiando todas as pessoas, mas, em especial, as classes já marginalizadas pela pobreza e exclusão social (exclusão esta que é aumentada pelo direito penal nesses casos de etiquetamento). O que basicamente está se formando, é um modelo de exclusão a ser adotado por diversos países, inclusive pelo Brasil, que procura, antes de tudo, normatizar as pessoas pela prevenção e repressão, inculcando medo e insegurança.

Além disso, há a grande influência da mídia no espetáculo da violência e na disseminação de uma cultura do medo e da insegurança, o que recrudescer ainda mais a Defesa Social. Num sistema baseado na Defesa Social, a sociedade deve ser protegida contra os delinquentes, nem que para isso as garantias penais e processuais sejam mitigadas. Deve-se “tratar desigualmente os desiguais” pela regra da exceção, pois se eles se desviam das regras e normas de conduta, não devem ter o mesmo *status* de cidadãos. Não se fala mais em igualdade ou isonomia entre todos.

Assim, a mídia e sua propaganda influenciam e, por vezes, determinam, posições estatais e movimentos sociais. Ela é a primeira a propagar uma idéia de insegurança generalizada e, assim, como única resposta possível, apresenta-se o aumento da repressão e do direito penal, pois se valoriza, pelos meios de comunicação, a violência como espetáculo público. E as idéias pregadas pela televisão, para grande parte das pessoas, transformam-se em verdades absolutas, quando, na realidade, não passam de manipulações de versões parciais de fatos, nunca se podendo falar em verdade.

Com base em todo esse quadro, o direito reproduz esses anseios e, de modo implícito, acaba por excluir da convivência estatal as pessoas (arbitrariamente selecionadas) consideradas más, doentes, anormais ou desviantes em nome da Defesa Social. Cria-se um Estado Policial e ideológico.

Ao mesmo tempo em que as atividades sociais do Estado (de acordo com os postulados de um Estado Neo-Liberal) devem ser restringidas, pois o Mercado Internacional e a Economia globalizada acabam por manter a ordem naturalmente,

as funções penais e repressivas passam a ser ampliadas, criminalizando, muitas vezes, problemas de natureza social. O direito penal, nessa visão, acaba justificando o poder dominante e excluindo um número enorme de pessoas da proteção jurídica que a eles está constitucionalmente garantida²⁴².

Nessa mesma linha de pensamento, está a teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs, que faz uma distinção entre cidadão e inimigo. Em nome da defesa social, os inimigos não teriam os mesmos direitos dos cidadãos. O resultado desse tipo de posição é um direito penal autoritário, de autor e que, em seus tipos penais, volta-se à proteção de bens jurídicos difusos e indeterminados. Mesmo que o autor alemão afirme que “os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm um direito à segurança”²⁴³, ainda assim não se pode passar por cima dos direitos individuais do homem, dando ao Estado poderes quase que absolutos em relação à liberdade das pessoas que, em certos casos, segundo a doutrina do direito penal do inimigo, nem mesmo pessoas seriam consideradas.

É preciso se rechaçar de uma vez por todas os movimentos voltados para a Defesa Social e se pautar por um direito que reflita as garantias estipuladas no texto constitucional numa posição crítica. Essa postura deve se refletir especialmente na prática e aplicação dos direitos, conforme propagado por Dworkin, pois é lá que tais direitos fundamentais serão efetivamente violados. Os magistrados não podem mais ser meros aplicadores mecânicos das leis, decidindo arbitrariamente quem são os bons e quem são os maus, devem sim se pautar criticamente na aplicação concreta dos princípios constitucionais que, acima de tudo, são leis e leis de caráter superior, dirigente e de aplicabilidade imediata, não podendo mais ser por eles, nem pelos legisladores de ocasião e eleitores, ignorados. Mesmo que essa posição acabe indo, muitas vezes, de encontro aos anseios populares (que, manipulados pela mídia, sempre se colocam no lugar das pretensas vítimas e exigem penalidades mais

²⁴² “Isto é, a existência da norma penal – deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas, a curto prazo, dos agentes políticos – persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como ‘outros’, não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do ‘outro’. E parece claro, por outro lado, que para isso também são necessários os traços vigorosos de um punitivismo exacerbado, em escala, especialmente, quando a conduta em questão já está apenada. Portanto, o Direito Penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal” – na visão de Cancio Meliá, *In*: JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do Inimigo. Noções e Críticas**, p.65.

²⁴³ JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do Inimigo. Noções e Críticas**. p.29.

severas e garantias mais restritas). Deve-se voltar para um direito penal mínimo, pois tais garantias não podem ceder nem mesmo pela vontade da maioria²⁴⁴.

A aplicação de um sistema garantista, nos moldes propostos por Ferrajoli, é um dos caminhos possíveis para a democratização do Direito Penal Brasileiro, pois, instituindo-se limites intransponíveis às normas penais, é capaz de evitar abusos e discricionariedades por parte do Estado e mesmo do Judiciário e da Polícia. Muitas das idéias propostas pelo autor não conseguiriam ser colocadas em prática, mas, partindo-se da necessidade do direito penal e da sua própria limitação, o garantismo serviria como modelo para criação e aplicação das normas penais num Estado considerado de Direito e se evitando a propagação irrestrita de modelos penais máximos ou de autor.

Ciente da limitação da verdade processual, Ferrajoli, propõe, através da aplicação do sistema garantista, uma restrição aos abusos cometidos em nome do direito, havendo critérios pré-determinados em lei que devem ser seguidos no acertamento do caso penal. O juiz deve atentar para a singularidade dos casos concretos numa visão realista do direito contextualizando a aplicação das leis. Para tanto deve-se valer do princípio da co-responsabilidade social²⁴⁵, pois todas as pessoas vivem e convivem entre si, as condições desse viver devem ser analisadas pelo juiz na imputação da pena.

O direito e, conseqüentemente, o Poder Judiciário, não podem atuar alheamente aos fatos históricos e casos concretos do povo que pretende regular. Afinal de contas, o direito não se desenvolve em uma abstração completa, num sistema puro e fechado como apontava Kelsen, muito pelo contrário, as normas jurídicas têm uma finalidade intrínseca, a de serem aplicadas como forma de solução aos casos concretos apresentados.

Os juízes, como intérpretes e aplicadores do Direito, não podem ofender a democracia constitucional, julgando conforme seus próprios ditames individuais. Eles devem priorizar o direito em relação às políticas públicas, pois mesmo as políticas desenvolvidas pelo Estado devem respeitar o texto constitucional garantidor

²⁴⁴ Na concepção de CADEMARTORI: “Nenhuma maioria pode decidir a supressão (ou não decidir a proteção) de uma minoria ou tão sequer de um só cidadão. Neste aspecto, o estado de direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos, visando à garantia dos direitos fundamentais, contrapõe-se ao estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático. Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir – ou consentir que se decida – que um homem morra ou seja privado de sua liberdade, que pense ou escreva, que se associe ou não a outros.” *In*: CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. p 159.

da democracia e, ao mesmo tempo, dos direitos individuais de todo e qualquer cidadão, pois, “os direitos são trunfos políticos de que dispõem os cidadãos contra a força coercitiva do governo e seus interesses mais imediatos”²⁴⁶.

Como salienta ainda Chueiri:

Nem a política, nem o direito conseguem, em última análise, reconciliar os princípios que estão na base do constitucionalismo contemporâneo, como também aqueles não são entre si reconciliáveis, no sentido de um consenso final. Esta aporética construção do Estado constitucional, democrático e de direito, não significa, porém, que estamos fadados a viver em tensão, sobrestados no que não se resolve. Ao contrário, uma aporia (e assim, o Estado constitucional) requer decisão (política e jurídica), a qual, no entanto, será sempre contingente e como tal, provisória, porém, atenta ao chamamento da justiça.²⁴⁷

Desse modo, o constitucionalismo atual não pode ficar alheio à pluralidade racial, cultural, enfim, social, da comunidade e também não pode ignorar os ditames jurídico-políticos da democracia contemporânea., sendo um fato que o direito é um sistema aberto que visa estabilidade e, ao mesmo tempo, que procura disseminar a justiça concreta e social.

A admissão de um direito penal com princípios e conseqüências sancionatórias diferenciadas seria possível, desde que a restrição das garantias não implicasse em penas de prisão, no entanto, não é o que se vê nas tendências de política criminal nos mais diversos países, nas quais as penas se tornam mais severas e as garantias diminuem na mesma proporção. Tal se faz na intenção de combater e neutralizar criminosos que praticam atos graves, como o terrorismo. Esse seria, segundo Silva Sanches, um direito penal de terceira “velocidade”²⁴⁸ no qual há a flexibilização dos princípios e o recrudescimento das penas, entrando aí o Direito Penal do Inimigo.

²⁴⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. p.341-342.

²⁴⁶ CHUEIRI, Vera Karam de. **O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org). *Direito e discurso – discursos do direito*. p.165.

²⁴⁷ Ibidem, p.170.

²⁴⁸ “Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal ‘da prisão’, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção. A pergunta que há de elaborar, enfim, é se é possível admitir uma ‘terceira velocidade’ do Direito Penal, na qual o *Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais*”. In: SILVA SANCHÉS, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. p.148.

Na opinião do autor, o Direito Penal do inimigo (se é que se poderia falar em direito, mas apenas na criação excepcional de normas específicas para situações absolutamente anormais) somente poderia ser aplicado em situações emergenciais, frente a casos de extrema gravidade e periculosidade para toda a sociedade que afrontam o sistema jurídico como um todo – e ainda assim com muitas reservas! Não seria o caso de sua aplicação indiscriminada a todas as novas formas de criminalidade, especialmente a criminalidade econômica, nas quais outras formas de sanção bastariam para prevenir a prática delituosa, sendo inócuas as penas de prisão.

CONCLUSÃO

O Estado cada vez mais se faz presente na vida dos indivíduos, é um Estado vigilante que procura regular a ordem social, de modo a tentar, assim, harmonizar os diferentes interesses, garantindo a igualdade para os iguais. No entanto, tal tendência jurídica de igualdade bate de frente com os micropoderes que efetivamente regulam as relações humanas, especialmente aqueles decorrentes do poder de executar as sanções penais aos autores dos mais diversos crimes. Ao se fazer uma abordagem Foucaultiana do tema do poder, não se pode querer identificá-lo com o Estado, pois não há um poder, mas diversos poderes exercidos nas relações entre as pessoas.

Pode se dizer que o poder²⁴⁹ implica necessariamente em dois sujeitos numa relação recíproca em que um manda e o outro (ou outros) obedece (obedecem). O poder político e o poder disciplinar (que existe em toda e qualquer esfera social, não apenas política, mas também em outras manifestações de poder de cunho educacional, pedagógico, médico, higienista etc) também funcionam dessa forma. Tal ocorre, pois os poderes geram discursos (saberes que os irão legitimar). O discurso jurídico é mais uma forma de manifestação de poderes que, na prática, são lotados de disciplinas, como visto anteriormente, especialmente na aplicação das penas de prisão.

Cada vez mais nos encontramos numa sociedade de normalização e as pessoas são moldadas desde o nascimento pela padronização geral e científica das disciplinas, de modo que, criticando ou elogiando as penas privativas de liberdade, não podem escapar do fato de que os poderes disciplinares estão generalizados, regulamentando não só os discursos penais, mas muitos outros, pois, como já afirmado, funcionam em rede de forma dispersa e não concentrada.

Tanto é assim nossa sociedade que Foucault não menciona apenas as disciplinas nas relações de poder, mas, também, um poder que age coletivamente, tratando as pessoas como coletividades que devem ser regulamentadas e adestradas através de um controle demográfico, de nascimentos, mortes, epidemias, controle de políticas urbanas, higienização etc. É o que o autor denomina de Biopolítica, objeto, porém, de uma outra análise.

²⁴⁹ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O direito como garantia – pressupostos de uma teoria constitucional.** p.46.

Ainda assim, não pode se prescindir dos ditames democráticos que pautam nossa sociedade, por mais “normalizada” e “disciplinada” que ela esteja. Portanto, compreende-se, com Dworkin, que o discurso constitucional do século XX deve acompanhar uma sociedade democrática e pluralista, não podendo estar desconectado do Estado ao qual inexoravelmente faz parte.

Os direitos fundamentais elencados em normas constitucionais também devem ser analisados conforme os princípios democráticos que pautam os atos do governo e as políticas sociais. Feita essa afirmação, é verificável que, por mais que tal coerência seja necessária, não se pode negar que existe uma crise do constitucionalismo atual no início desse século. O direito, por muito tempo guiado por um positivismo cego, ficou adstrito à aplicação das normas legais, como um sistema fechado que, “em tese” não receberia qualquer influência da política, da moral ou de qualquer outra esfera que não a estritamente jurídica. A relação entre direito e política, no entanto, não pode mais ser negada. As sociedades plurais atuais estruturadas em Estados democráticos não mais admitem e possibilitam a aplicação positivista do direito.

Nesse contexto a teoria dos princípios de Dworkin procura, de certo modo, diminuir esse antagonismo, fazendo dos magistrados o elo principal entre direito, justiça, política e ética, pois, qualquer teoria com pretensões de se calcar na realidade dos fatos não pode negar a crise que se instaurou e o fato de que o direito é um sistema aberto que visa estabilidade, ao mesmo tempo, que procura disseminar a justiça concreta e social.

Nossa Constituição é uma Constituição dirigente, portanto, os direitos fundamentais têm aplicabilidade, mesmo que sua efetivação seja complicada, num mundo cada vez mais globalizado. O meio para tal no âmbito penal é um sistema pautado num direito penal mínimo e garantista, ou seja, o garantismo jurídico deve servir de modelo abstrato a ser seguido pelos ordenamentos penais.

A dogmática penal garantista preza pelo brocardo *nullum crimen nulla poena sine lege scripta, stricta, praevia et certa* como princípio básico de um direito penal cujas normas incriminadoras descrevem de forma clara as condutas que pretende sancionar. O que se pune são ações, nunca estados de ser ou modos de vida, não se definem pelas leis criminosos, mas, crimes, condutas passíveis de sanção. Não se deve punir quem não praticou qualquer conduta descrita em lei, qualquer conduta que não coloque em perigo ou lesione bem jurídico relevante e

essencial para a vida em sociedade que não pôde ser protegido de outra maneira (princípio da intervenção mínima). A estrita legalidade anuncia de antemão o que será punido, evitando que pessoas sejam punidas por aspectos morais, raciais ou religiosos num direito penal de autor, autoritário e vazio de qualquer legitimação, numa falsa afirmação de que se protege a sociedade de riscos que ainda não ocorreram e que nem sequer se pode afirmar com certeza que irão ocorrer.

Os sistemas de direito penal máximo, dentre eles o modelo do Direito Penal do Inimigo, prezam pela ampla regulamentação de condutas sociais através da ampliação de normas incriminadoras, diminuindo cada vez mais o espaço de liberdade dos indivíduos, apenas para acalmar os ânimos de uma população que sente medo. É preferível condenar inocentes a absolver qualquer culpado. Esse modelo de sistema penal fundado na Defesa Social acaba desembocando numa concepção organicista de sociedade em que o homem vive para o Estado, e não o contrário. E, a partir do momento em que o Estado se torna livre para incriminar quem ele quiser, seus limites foram perdidos. Ele cria seus inimigos do modo como bem entender, tendo um poder quase divinal. As pessoas não são mais cidadãos, mas sim súditos sem direitos, sem garantias, pois podem ser taxados de inimigos a qualquer hora. Não se pode mais falar em liberdade como prerrogativa básica, mas, sim, de segurança coletiva.

Tais prerrogativas não vão diminuir a insegurança, mas, apenas aumentá-la. Somente será diminuído o direito à liberdade, de não ser preso, nem julgado, nem condenado sem garantias tais como: devido processo legal, ampla defesa, contraditório; definindo de forma certa e clara a conduta que se pretende punir pelo ordenamento jurídico-constitucional.

Com essa flexibilização são instituídas normas penais que afrontam todos os princípios de um direito penal de garantia, chegando-se ao extremo de se deflagrar em abundância (como efetivamente ocorre em épocas de medo e urgência) tipos penais de autor, nos quais se pune alguém pelo seu modo de vida, independente de qualquer conduta. Passa-se não mais a se considerar o princípio da culpabilidade e retribuição das penas, mas, sim, em primeiro plano, a periculosidade, o risco que determinadas categorias de pessoas geram para o Estado, que age ilegalmente em nome de uma falsa segurança social, muitas vezes completamente deslegitimado pela sociedade que pretende regular. Num sistema punitivo baseado na criação de crimes e diminuição de garantias contra inimigos

cria-se um direito de guerra, no qual não há que se falar em proporcionalidade, mas, sim no uso indiscriminado de sanções ou medidas de segurança, visto que a finalidade primordial é impedir os riscos criados por tais pessoas consideradas perigosas. A prisão e a restrição das liberdades se tornam comuns, como reafirmação de um direito penal inconstitucional e anti-democrático que faz do Estado ditador, não só das normas jurídicas, mas da própria moral, sem qualquer limitação lógico-racional e sem qualquer prevenção real e efetiva da criminalidade, tornando-se, enfim, um direito penal de autor e simbólico.

Uma sociedade democrática, com valores fundamentais positivados e com mecanismos instrumentais de intervenção judicial, necessita de transparência teórica e prática na vivência destes valores, especialmente quando o bem jurídico atingido compreende não apenas a esfera individual do sujeito e suas relações civis e particulares, importando a toda sociedade. Tais valores definidos em normas constitucionais, no entanto, precisam ser aplicados na prática, servindo de guia para as decisões dos magistrados perante os casos concretos em razão de seu efeito obrigatório e vinculante, exigindo, por parte do Poder Judiciário, uma atitude crítica para torná-los fortes e dirigentes, com respaldo em todo o meio social.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção: homo sacer, II**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Bontempo, 2004.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad. de Juarez Cirino dos Santos, 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Bauru: Edipro, 1993.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Campinas: Red livros, 2000.

BITTENCOURT, César Roberto. **Lições de direito penal**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria Editora Acadêmica, 1993.

_____. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo, Saraiva, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: Para uma teoria geral da política**. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

_____. *Et al.* **Dicionário de política – 2 vol.** 10. Ed., Brasília: Editora UnB, 1997.

_____. **Igualdade e liberdade**. 5 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

BOTTINO, Thiago. **Segurança versus liberdade: repercussões no sistema penal de um novo paradigma constitucional.** Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 01 de agosto de 2006.

BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo.** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 25/07/2006.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.p 159.

CANCIO MELIÁ, Manuel. JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo, noções e críticas.** Org. e trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias: uma leitura de Luigi Ferrajoli no Brasil.** Porto Alegre: Lúmen Júris, 2001.

CARVALHO, Salo. **Garantismo e direito de punir: teoria agnóstica da pena.** In: http://andreschmidt.sites.uol.com.br/Salo_garantismo_e_direito_de_punir.htm. Acesso dia 20/01/2008.

CHUEIRI, Vera Karam de. **O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo.** In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org). *Direito e discurso – discursos do direito.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

CITADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

CLÉVE, Clemerson Merlin (coord.). SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) et PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro.** Texto inicialmente preparado no âmbito da comissão de estudos criada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Instituto Max Planck – Alemanha. Projeto A justiça como garantia dos direitos humanos na América Latina, 1998.

_____. **O papel do novo juiz no processo penal.** Trabalho originalmente preparado e em parte apresentado no Seminário Nacional sobre Uso Alternativo do Direito, 1993.

_____. **Glosas ao “verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito.** Síntese de um curso proferido na pós-graduação em direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 1997, sob o título A verdade no processo penal. Trabalho preparado com algumas modificações para o painel Direito e Psicanálise do Seminário Nacional O Direito no III Milênio: Novos direitos e direitos emergentes. Canoas, 1997.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O direito como garantia – pressupostos de uma teoria constitucional.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DELMANTO, Celso. **Código penal anotado.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia - O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena.** Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **La ley del más débil.** Madrid: Editorial Trotta, 1999.

_____. **A soberania no mundo moderno.** São Paulo, Martins Fontes, 2002.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. História da violência nas prisões.** 32ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Disponível em: http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_47
Acesso em: 01 de agosto de 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997, Págs.107/133 e 141/151.

JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003

_____. **Direito penal do inimigo. Noções e críticas**. 2 ed. Trad. André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Ciência do direito e ciência do direito penal**. Coleção Estudos de Direito Penal v.1. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Sociedade, norma e pessoa**. Coleção Estudos de Direito Penal v.6. Barueri: Manole, 2003.

KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaios sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. 2ªed. Petrópolis: Vozes, 1999.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1964. V.1.

MARTIN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. Série ciência do direito penal contemporânea v.10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez coord. **Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión**. 2 vol. Madrid: Edisofer, 2006.

ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **A moderna teoria do fato punível**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SARAIVA, Railda. **Poder, violência e criminalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**. Madrid: Tecnos, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Democracia, segurança e garantismo**. In: Notícia do Direito Brasileiro. Nova série. Nº 7. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000. p.163-174.

SILVA SANCHÉS, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Série As ciências criminais no século XXI v.11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Eficiência e direito penal**. Coleção Estudos de Direito Penal 11. Barueri: Manole, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **O inimigo no Direito Penal**. Coleção Pensamento Criminológico nº14. Rio de Janeiro: Revan, 2007.