

**O DIREITO PENAL DO ESTADO “INIMIGO”**  
***THE CRIMINAL LAW OF THE STATE "ENEMY"***

**Paulo Henrique Helene<sup>1</sup>**

**Fernanda Valério Helene<sup>2</sup>**

**RESUMO**

O presente trabalho reconhece que hoje vivemos num Estado que, diante de sua postura e ineficiência exacerbada, apresenta-se como “inimigo”. A questão centra-se na produção exagerada de leis severas, no âmbito do Direito Penal; na ineficácia do aparelho estatal de combate e de repressão ao crime; na realidade, a qual ostenta um quadro indigesto, na medida em que os direitos fundamentais não constituem realidade para a maior parte dos brasileiros. A ideia é romper este paradigma, a fim de abrir os olhos de uma massa fascinada pelo espetáculo penal, absolutamente influenciada pela pressão midiática, e convencê-la a se insurgir contra esta política pública irresponsável de que aumentar as penas e criar novos tipos penais seriam as soluções dos problemas.

**Palavras chave:** Estado Penal; Direito Penal do Inimigo; Clamor Social.

**ABSTRACT**

This work recognizes that we live in a state that, before his posture and exacerbated inefficiency, presents itself as "the enemy." The issue focuses on the overproduction of stringent laws under the Criminal Law; the ineffectiveness of the state apparatus of repression and fighting crime; in reality, which show a stodgy box, to the extent that fundamental rights

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela FAG – Faculdade Assis Gurgacz. Especializando em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Especializando em Direito Civil e Processual Civil pela UNIVEL – União Educacional de Cascavel. Advogado licenciado. Estagiário de pós-graduação do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

<sup>2</sup> Acadêmica do quinto ano do Curso de Direito da FAG – Faculdade Assis Gurgacz.

are not reality for most Brazilians. The idea is to break this paradigm in order to open the eyes of a mass fascinated by criminal spectacle, absolutely influenced by media pressure, and convinces them to rise up against this irresponsible policy that increase penalties and create new crimes would be solving problems.

**Keywords:** State Penal Law; Criminal Law of the Enemy; Social Outcry.

## 1. INTRODUÇÃO

Na aurora do terceiro milênio é certo que vivemos um momento pós-finalista. Recordamos que até meados da década de 70, em nosso país, imperou a tese causalista. Os grandes autores clássicos como Hungria e Fragoso viam a conduta como mero comportamento humano involuntário que modificava o mundo exterior. Para os causalistas, dolo e culpa, estão dentro da culpabilidade, e não dentro do tipo.

Na década de 80, chega com força ao Brasil o pensamento finalista, o finalismo de Hans Welzel, que desloca o dolo e a culpa para o tipo.

A partir da reforma de 1984, podemos afirmar que o Código Penal se tornou finalista. Prova disso é seu artigo 20, *caput*. Nele se prevê o instituto do erro de tipo essencial, onde sempre há exclusão do dolo. Logo, se o erro incide sobre o tipo e exclui o dolo, é porque o dolo está no tipo e não mais na culpabilidade, como anteriormente apontado.

Ocorre que hoje o finalismo é o ponto de partida para a teoria pós-finalista ou teoria funcionalista. Assim, não nos preocupamos mais em definir o que é o Direito, mas se busca saber para o que serve o Direito, em especial, na esfera criminal, qual seria a função do Direito Penal.

Há várias vertentes do funcionalismo, a saber: um mais moderado, outro mais radical, e até um contencionista ou reducionista (onde está situada a tese da tipicidade conglobante<sup>3</sup>).

---

<sup>3</sup> Tipicidade conglobante (Zaffaroni) trata-se de um dos aspectos da tipicidade penal, que se subdividiria em *tipicidade legal* (adequação do fato com a norma penal, segundo uma análise estritamente formal) e *tipicidade conglobante*. Por meio desta, deve-se verificar se o fato, que aparentemente viola uma norma penal proibitiva, não é permitido ou mesmo incentivado por outra norma jurídica (como no caso das intervenções médico-

O funcionalismo moderado ou teleológico tem como expoente o professor alemão Claus Roxin. Segundo esse autor, o Direito Penal serve para administrar a vida social, ou seja, reger a vida em sociedade. Significa que o Direito Penal é um controlador social formalizado, não serve tão-somente para criar e dizer o que é crime, porque a sociedade é quem se rege.

Importante salientar que Roxin é minimalista – assim como Luigi Ferrajoli<sup>4</sup> e Eugenio Raul Zaffaroni – e está ligado a teses como o princípio da insignificância<sup>5</sup> e a teoria da imputação objetiva<sup>6</sup> (a qual vem controlar a teoria da equivalência dos antecedentes, inserida no artigo 13 do Código Penal).

---

cirúrgicas, violência desportiva, estrito cumprimento de um dever legal etc.). Não teria sentido, dentro dessa perspectiva, afirmar que a conduta do médico que realiza uma cirurgia no paciente viola a norma do art. 129 do CP (não ofenderás a integridade corporal alheia) e, ao mesmo tempo, atente ao preceito constitucional segundo o qual a saúde é um direito de todos (não é lógico dizer que ele viola uma norma e obedece a outra, ao mesmo tempo). Por meio da tipicidade conglobante (análise conglobada do fato com todas as normas jurídicas, inclusive extrapenais), situações consideradas tradicionalmente como típicas, mas enquadráveis nas excludentes de ilicitude (exercício regular de um direito ou estrito cumprimento de um dever legal), passariam a ser tratadas como atípicas, pela falta de tipicidade conglobante. (ESTEFAM, 2013, p. 215-216).

<sup>4</sup> O *minimalismo* penal preconizado por Ferrajoli não se confunde com o *abolicionismo* penal, no sentido de se extinguir o sistema penal como um todo – normas e sanções penais. Destarte, não seria legítima prescindir-se do Direito Penal que representa, em primeira instância, uma evolução das sociedades humanas: o fim da vingança privada e, conseqüentemente, a separação entre Direito e Moral. (PRADO, 2008, p. 106).

<sup>5</sup> O *princípio da insignificância* foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, partindo do velho adágio latino *minima non curat praetor*. A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de *princípio de bagatela*, é imperativa uma *efetiva proporcionalidade* entre a *gravidade* da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal*. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma *relevância material*. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. A *irrelevância* ou *insignificância* de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao *grau de sua intensidade*, isto é, pela *extensão da lesão produzida*, como, por exemplo, nas palavras de Roxin, “mau-trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitativa de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como *força* deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser *sensível* para ultrapassar o umbral da criminalidade”. (BITENCOURT, 2014, p. 60-61).

<sup>6</sup> A *teoria da imputação objetiva do resultado* procura fixar os critérios normativos que permitem atribuir um resultado a determinado comportamento (ação ou omissão). Com vista a elaborar uma teoria geral da imputação para os delitos de resultado (dolosos ou culposos) desvinculada do dogma causal, Claus Roxin elaborou uma série de critérios normativos, a saber: a diminuição do risco; a criação ou não criação de um risco juridicamente relevante; o incremento ou falta de aumento do risco permitido e o âmbito de proteção da norma. O denominador comum desses critérios encontra-se no princípio do risco, pela qual o decisivo é saber se a conduta do autor criou ou não um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico em relação com determinado resultado. Para que um resultado seja objetivamente imputável a um comportamento é preciso que este incorpore um risco juridicamente desaprovado consubstanciado em um resultado. A teoria da imputação objetiva visa a separar o mero acaso, a causalidade, daquilo que é realmente obra do sujeito. Mas não é possível conseguir tal propósito através do tipo objetivo, pois este só permite imputar ao sujeito os acontecimentos fortuitos, a mera causalidade, nada que possa ser qualificado como obra sua. Somente saberemos se algo é obra do sujeito se esse acontecimento se encontrar abarcado pela vontade – tipo objetivo e tipo subjetivo devem operar em conjunto. (PRADO, 2008, p. 305).

Noutro giro, a polêmica se centra no funcionalismo radical, sistêmico ou normativista, do professor Günter Jakobs. Dá-se o nome radical, em razão da tese antigarantista do Direito Penal do Inimigo. Sistêmico, porque é embasada na teoria sistêmica ou da autopoiese de Niklas Luhmann. Normativista, uma vez que, para Jakobs, o Direito Penal serve para proteger a norma – ao contrário de Roxin, que entende que o Direito Penal visa à proteção do bem jurídico.

## **2. PERSPECTIVA RADICAL**

Salienta o autor alemão que o Direito Penal serve para reafirmar a norma, e, nesse viés, o Estado pode, inclusive, tratar o delinquente como inimigo, combatendo-o ilimitadamente, de forma a ligá-lo ao Estado de natureza e excluí-lo do Estado de direito, sendo assim o autor se torna uma fonte de perigo, como um animal selvagem.

Jakobs traz toda uma fundamentação filosófica para a tese do Direito Penal do Inimigo. Lembramos, nesse ponto, dos famosos filósofos contratualistas (Rousseau, Locke e Hobbes) que pensavam o Estado como um contrato social, tratando da passagem de um Estado de natureza para um Estado de cultura.

A ideia é de que estávamos em um Estado de natureza, ou seja, num Estado selvagem, que reflete a lei do mais forte, verdadeiramente, uma luta de todos contra todos. No entanto, resolvemos passar a um Estado civil, com regras e normas, onde nos reunimos em assembleias e firmamos o “pacto social”.

Esta metáfora do “pacto social” é toda fundamentação filosófica da tese do professor alemão Günter Jakobs. Não só nesses filósofos está baseada sua tese, mas também em Immanuel Kant.

Há diversas maneiras de se violar o pacto social, e uma delas é pelo crime. O sujeito que pratica o delito não pode estabelecer uma relação jurídica com as demais pessoas, já se considera inimigo do Estado e poderá dele ser expurgado.

Isso porque, semelhantemente às teorias contratualistas radicais, violada a norma, rompe-se o contrato social, implicando a suspensão desse em relação ao seu infrator. No contexto penal, tem-se, destarte, a despersonalização do inimigo.

Conseqüentemente, com a despersonalização do inimigo, afirma-se, mesmo que timidamente, a existência do criminoso nato, como defendia Cesare Lombroso em sua Tese da Bioantropologia criminal.

Verifica-se que “a criminologia positivista patologizou uma presença que sempre preocupou as classes dominantes: as multidões.” (ZAFFARONI, 2012, p. 111).

Somando-se a isso, tem-se a rotulação do criminoso, ou melhor, do inimigo. O Estado fixa um parâmetro de aparência e de comportamento desviantes e a partir destes avalia o desvio. Essa análise feita por Labeling Approach, em 1960, é denominada de Teoria do Etiquetamento.

As duas teorias criminológicas sobreditas reivindicam a periculosidade sem delito, escancaram o Direito Penal do autor instalado em nossa sociedade, onde o criminoso é o ponto central do julgamento, e não o crime cometido.

A partir disso, surgem dois tipos de Direito penal. Segundo Jakobs:

O Direito penal conhece dois polos ou tendências de suas regulações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exterioriza seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua periculosidade. (JAKOBS, 2003; CANCIO MELIÁ, 2003, p. 42).

Assim, temos de um lado, o Direito Penal do Cidadão e, de outro, o Direito Penal do Inimigo. Para o primeiro, o “delinquente-cidadão” é aquele que se coloca fiel à norma. Não obstante tenha praticado seu crime, ele ostenta garantias de que permanecerá fiel a norma. Portanto, este “delinquente-cidadão” receberá um Direito Penal com garantias, prerrogativas, com assistência de advogado, assegurado o contraditório e a ampla defesa. Em suma, o delinquente pratica o crime, mas não quer romper o contrato social.

Além disso, a Constituição reconhece que para o cidadão conter o *status* de pessoa, este não precisa ter bom comportamento, isto é, para o alcance das garantias constitucionais não se faz necessária à meritocracia.

Doutra banda, o “delinquente-inimigo” é aquele que não demonstra que continuará fiel à norma. O inimigo comete o delito exatamente para romper o pacto social. Logo, sujeita-se a um Direito Penal em que não há garantias, prerrogativas, assistência de advogado, onde se punem atos preparatórios, pois para a aquisição do *status* de pessoa se fazem altas exigências

e, quando a norma é violada, adquire-se a legitimidade necessária para a caracterização do transgressor como não-pessoa – responsabilidade penal do autor.

Analisando a proposta de Jakobs, Manuel Cancio Meliá (2003, p. 79-81), esclarece:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionadamente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas.

Pode-se cogitar como exemplos emblemáticos de legislação típica desse setor do Direito Penal o *Patriot Act* dos EUA (Lei Patriota), em que se autorizou, entre outras disposições, a detenção de pessoas por tempo indeterminado, se suspeitas de envolvimento em atentados terroristas, e a violação a outros direitos individuais. Ainda, é possível apontar como medidas jurídicas características do Direito Penal do Inimigo, as prisões norte-americanas de Guantánamo (Cuba) e de Abu Ghraib (Iraque), em que se empregou a detenção por tempo indeterminado e a tortura como meios legítimos de interrogatório (ESTEFAM, 2013, p.52).

Em nome da prevenção de perigos, diante de não-pessoas, a permissão para abusos é quase completa, visto que inimigos legitimam a aplicação de medidas excepcionais e a otimização da proteção de bens jurídicos em caráter emergencial, resultando em uma legítima “legislação de combate”.

Nesse contexto de guerrilha contra os supostos algozes, verifica-se que:

Não interessa ao gestor de riscos atuar após a ocorrência de lesão, mas antecipar-se a ela, diante da magnitude dos danos possíveis. Nestas circunstâncias, a norma penal surge como um elemento de antecipação de tutela, sob uma perspectiva que acentua o papel preventivo do direito. (BOTTINI, 2007, p. 118).

Mas quem é o inimigo?

A resposta depende do contexto histórico. Isso porque o inimigo será escolhido ao bel prazer do governante. A esse propósito, verificamos que o inimigo já foi Jesus Cristo, o herege, a mulher chamada de bruxa e queimada na fogueira, o comunista (durante a guerra

fria), o terrorista (a partir de 11 de setembro de 2001). Recentemente, o inimigo eleito é o imigrante clandestino, tanto nos Estados Unidos como na Europa.

A propósito, pontua E. Raúl Zaffaroni (2011, p. 162) que:

ninguém pode prever exatamente o que qualquer um de nós fará no futuro – nem sequer nós mesmos –, a incerteza do futuro mantém em aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem tem o poder de decisão deixe de considera-lo *inimigo*. Assim, o *grau de periculosidade* do inimigo dependerá sempre, na medida em que o poder real o permitir, do juízo subjetivo do individualizador. O próprio Jakobs adverte, imediatamente depois de demandar a estrita limitação da “despersonalização do inimigo, que se o inimigo incrementa sua periculosidade, sem dúvida, também aumentará a sua despersonalização; os prisioneiros de Guantánamo são um exemplo da perda de limites desta guerra”.

Vê-se, portanto, que o inimigo é o diferente. Entretanto, quando se pretende eliminar determinados grupos de pessoas, afasta-se das diretrizes de um Direito Penal do fato, convertendo-se em uma manifestação das tendências autoritárias do Direito Penal do autor.

Ocorre que trabalhar com um Direito Penal do autor é tudo o que não se quer hoje. Hodiernamente, sustenta-se que devemos trabalhar com o Direito Penal do fato, ou seja, punir o sujeito por sua feitura e não por seu estigma.

Bem, Jakobs embaraça o atual panorama sustentando que o inimigo é um imputável perigoso. Explicamos. No Direito Penal, podemos visualizar a figura do imputável (juízo de culpabilidade) e do imputável (juízo de periculosidade). A ideia de Jakobs é associar o imputável ao juízo de periculosidade. Nesse quadro, não haveria um prazo máximo para a sanção imposta ao inimigo, apenas um mínimo, sem tempo determinado, como ocorre na aplicação das medidas de segurança, as quais tem finalidade essencialmente preventiva.

Abrimos um parêntese para observar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que a medida de segurança não tem mais função terapêutica, mas sim, punitiva, assim como a pena (*vide* HC 98.360<sup>7</sup>, HC 84.219<sup>8</sup>, HC 250.717/SP<sup>9</sup> e HC

---

<sup>7</sup> Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizar\\_Ementa.asp?s1=000163212&base=base\\_Acordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizar_Ementa.asp?s1=000163212&base=base_Acordaos)> Acesso em 10. jun. 2014.

<sup>8</sup> Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizar\\_Ementa.asp?s1=000092444&base=base\\_Acordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizar_Ementa.asp?s1=000092444&base=base_Acordaos)> Acesso em 10. jun. 2014.

<sup>9</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=29138015&sReg=201201636283&sData=20130621&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=29138015&sReg=201201636283&sData=20130621&sTipo=5&formato=PDF)> Acesso em 10. jun. 2014.

208.336/SP<sup>10</sup>). Por isso, a medida de segurança estaria limitada ao prazo máximo de trinta anos.

Nesse diapasão, impende destacar o entendimento de Zaffaroni (2001, p. 857), o qual aduz que, de acordo com as regras legais expressas, as medidas de segurança não teriam limite máximo, ou seja, poderiam por hipótese, perdurar durante a vida das pessoas a elas submetidas, sempre que não advenha uma perícia indicativa da cessação da periculosidade do submetido. Destaca que esta consequência deve chamar a atenção dos intérpretes de qualquer lei penal, por menos que reflexionem sobre uma medida de segurança significar limitações da liberdade e restrições de direitos, talvez mais graves do que os dotados de conteúdo autenticamente punitivo.

Em arremate, o professor argentino pontualmente critica, afirmando que: “não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal.” E acrescenta: “se a lei não estabelece o limite máximo, é o intérprete que tem a obrigação de fazê-lo.” (ZAFFARONI, 2001, p. 858).

### **3. A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL**

O Direito Penal do Inimigo encontra-se, atualmente, naquilo que se reconhece como a *terceira velocidade do Direito Penal*. Jesús-María Silva Sánchez, ao desenvolver a teoria das velocidades do Direito Penal, a qual está umbilicalmente relacionada com os movimentos ideológicos das políticas criminais – abolicionista, Direito Penal mínimo e Direito Penal máximo – e com a expansão do Direito Penal, visualizou três enfoques diferentes que podem ser concedidos ao Direito Penal:

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual se haveriam de manter rigidamente os princípios políticos-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 à menor intensidade da sanção. A pergunta que há que elaborar, enfim, é se é possível admitir uma “terceira velocidade” do Direito Penal, na qual *o Direito Penal de pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais*. (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 193, grifo do autor).

---

<sup>10</sup> Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=20702320&sReg=201101250545&sData=20120329&sTipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=20702320&sReg=201101250545&sData=20120329&sTipo=91&formato=PDF)> Acesso em 10. jun. 2014.



O autor reconhece a existência da terceira velocidade, em ampla medida, no Direito Penal socioeconômico, e continua:

A questão anterior guarda uma estreita relação com o denominado, a partir da difusão dessa terminologia por Jakobs, “Direito Penal do Inimigo” (*Feindstrafrecht*), que se contrapõe ao dos cidadãos (*Bürgerstrafrecht*). Se nos restringirmos à definição desse autor, o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta. As características do Direito Penal de inimigos seriam então, sempre segundo Jakobs, a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a um porvir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais. (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 194, grifo do autor).

Portanto, verifica-se que a primeira velocidade é caracterizada pela pena de prisão por excelência e o respeito às garantias constitucionais, sejam elas penais ou processuais penais.

Na sequência, caminha-se para uma segunda velocidade, em que há uma substituição da pena de prisão por penas alternativas e se flexibilizam as garantias constitucionais. No Brasil, tal velocidade está atrelada ao instituto da transação penal constante na Lei dos Juizados Especiais Criminais – artigo 76 da Lei n.º 9.099/95<sup>11</sup>.

Por fim, apresenta-se a terceira velocidade, a qual resgata a pena de prisão por excelência e relativiza as garantias constitucionais.

Tem-se procurado entender o Direito Penal do Inimigo – Pan Penalismo ou Direito de Emergência – como uma terceira velocidade. Seria, portanto, uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade – primeira velocidade –, com a minimização das garantias necessárias a esse fim – segunda velocidade (GRECO, 2011, p. 25).

Hoje ainda é possível avançar para uma quarta velocidade do Direito Penal (ou Neopunitivismo). Critica-se, pois parece algo mais ligado à competência, uma vez que este

---

<sup>11</sup> Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

enfoque guarda relação com o cargo ocupado pelo autor da infração penal, não se tratando, especificamente, de uma fusão das velocidades anteriormente citadas (GRECO, 2011, p. 29).

Nessa perspectiva, temos um réu que ostentou a função de chefe de Estado e, como tal, violou gravemente tratados internacionais que tutelam Direitos Humanos. Este réu, portanto, será submetido ao Tribunal Penal Internacional (TPI), e terá restringidas suas garantias penais e processuais.

O Brasil há muito propugnou pela criação de um tribunal internacional dos direitos humanos – artigo 7º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias<sup>12</sup>. Na sequência, com a Emenda Constitucional n.º 45/2004 (apelidada como “reforma do Judiciário”) acrescentou-se um §4º ao artigo 5º da Constituição<sup>13</sup>, e houve a ratificação oficial a adesão ao TPI por meio do Decreto n.º 4.388/2002.

O TPI tem sede em Haia, na Holanda, e foi criado por um acordo internacional denominado Estatuto de Roma (1998). Estabelece em seu Estatuto princípios como o da irretroatividade e da complementaridade, relativo à entrada em vigor deste e ao afastamento do *bis in idem*, respectivamente (CHOUKR, 2000; AMBOS, 2000, p. 222-223).

Quanto à competência material, o TPI exerce jurisdição em relação ao genocídio, aos crimes contra Direitos Humanos, aos crimes de guerra, aos crimes de agressão e aos crimes contra a administração de sua justiça.

#### **4. O “INIMIGO” BRASILEIRO**

Como já visto, o inimigo é aquele que o governante quer que o seja, dependendo do momento histórico. Ocorre que num Estado Democrático de Direito, ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado sem um devido processo legal, com todas as garantias possíveis.

Todavia, não obstante a inequívoca opção constitucional e a retórica sempre rejeitada em todos os discursos oficiais, a realidade ostenta um quadro melancólico, na medida em que os direitos fundamentais não constituem realidade, ao menos para a maior parte dos brasileiros.

---

<sup>12</sup> Art. 7º. O Brasil propugnar pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

<sup>13</sup> § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Com a omissão estatal sendo observada reiteradas vezes pelos cidadãos, verifica-se, conseqüentemente, um enfraquecimento da imagem de Estado presente e protetor, incentivando, negativamente, a conversão de trabalhos lícitos em ilícitos – pelo lucro fácil, inerente e imediato – e a disseminação entre o povo de uma visão desqualificada e ineficaz do Estado.

Como bem salienta Leonardo Sica (2002, p. 77):

O terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana.

Não é necessária estatística para afirmar que a maioria das sociedades modernas, a do Brasil dramaticamente, vive sob o signo da insegurança. O roubo com traço cada vez mais brutal, ‘sequestros-relâmpagos’, chacinas, delinquência juvenil, homicídios, a violência propagada em ‘cadeia nacional’, somados ao aumento da pobreza e à concentração cada vez maior da riqueza e à verticalização social, resultam numa equação bombástica sobre os ânimos populares.

Lamentavelmente, o Estado social foi posto de lado para dar lugar ao Estado penal, policial, “inimigo”. Há uma inversão absoluta de valores. A esse propósito, José Renato Nalini (2011, p. 83) assinala:

A incompetência para cuidar da *questão social* implica em substituir a regulação estatal da pobreza, fruto da crescente desproteção, por um gerenciamento punitivo por meio da polícia, Justiça e sistema correccional. O Estado Penal se caracteriza por cinco dimensões: 1) *expansão vertical*, via hiperinflação carcerária; 2) *expansão horizontal*, via dilação da suspensão condicional da pena, reestruturação da liberdade condicional e ampliação das bases de dados eletrônicas e genéticas para propiciar maior vigilância à distância; 3) *advento do big government penal*, a par da redução dos investimentos com educação, saúde pública e bem-estar social; 4) desenvolvimento frenético de um *indústria carcerária privada*. Desde a construção de presídios, até o fornecimento de alimentação aos presos e de sistemas sofisticados de segurança – vide a celeuma do bloqueio de celulares nas penitenciárias –, tudo interessa ao capital que só está interessado em rápido retorno; e, finalmente, 5) política de *ação afirmativa carcerária*, seja por meio da guerra às drogas, tolerância zero e outros estímulos à imediata segregação dos indesejáveis.

O raciocínio é que verdadeiramente vivemos num cenário de guerra, razão pela qual, numa guerra, as regras do jogo devem ser diferentes, conforme salienta Jakobs.

Nosso país é violento e sangrento. Temos uma violência estrutural no âmbito das relações sociais, que decorrem das relações de produção, as quais se encontram fundadas no capital, cuja lógica é de concentração de riqueza e de generalização da miséria.

Isso é apenas uma das evidências da desigualdade social e da opressão do capital. O capital se forma a partir da exploração do trabalho, da extração de “mais-valia”<sup>14</sup> e, portanto, uma opressão estatal (organização jurídica e política do capital).

O estresse causado pela ausência de perspectivas existenciais compatíveis com o padrão proclamado pela publicidade constitui uma das causas para explosões de violência. O mercado impõe o consumo e investe, inclemente, no “consumo de luxo” para uma estrita minoria que suscita sem cessar nova demanda (NALINI, 2011, p. 27).

Assim, para manter estas profundas desigualdades sociais e conservar a população excluída na situação de miséria, dependência e privação, faz-se necessário um vasto aparato policial, cada vez maior, e um sistema de justiça criminal mais repressivo, em face dos miseráveis, dos explorados e dos pobres.

## **5. MAIS (E MAIS) PENITENCIÁRIAS!**

Dados estatísticos evidenciam a hipertrofia do Estado Penal, a primeira prova disso que trazemos à baila é que de 1994 a 2009 o Brasil fechou escolas e construiu muitos presídios:

A partir de dados do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada –, coletados pelo Instituto Avante Brasil, sabe-se que no período compreendido entre 1994 e 2009 houve uma queda de 19,3% no número de escolas públicas do país, já que em 1994 havia 200.549 escolas públicas contra 161.783, em 2009. Em contrapartida, no mesmo período, o número de presídios aumentou 253%. Em 1994 eram 511 estabelecimentos, este número mais que triplicou em 2009, com um total de 1.806 estabelecimentos prisionais. (GOMES, 2013, p. 74).

A redução do número de escolas se deve, em boa parte, à unificação as pequenas escolas rurais em escolas urbanas, porém tal fato não se justifica num país que conta com mais de quatorze milhões de analfabetos. É absolutamente indigesto se investir mais em punição e prisão do que em educação ao longo de quatorze anos:

---

<sup>14</sup> Termo empregado por Karl Marx à diferença entre o valor final da mercadoria produzida e a soma do valor dos meios de produção e do valor do trabalho, que seria a base do lucro no sistema capitalista.

Ora, tudo isso implica em excessivo dispêndio. Manter alguém no presídio é muito mais caro do que uma vaga em universidade pública. Daí a urgência de algumas estratégias que não sejam o repisado argumento de apresentar despesas penais como “investimentos” na “guerra contra o crime”. São elas: 1) reduzir o nível dos serviços e os padrões de vida carcerária. Isso significa eliminação de “privilégios” ou amenidades como educação, esporte, orientação e sistemas de reabilitação; 2) utilizar inovações tecnológicas em eletrônica, informática, para vigiar e também para impor rapidez aos julgamentos, como a videoconferência; 3) transferir parte dos custos de encarceramento para os prisioneiros e suas famílias; 4) reintroduzir trabalho não qualificado em massa dentro dos presídios. (NALINI, 2011, p. 84).

Nessa faixa esquecida, onde o Estado não chega, abrigam-se os desalojados, os rejeitados sociais, excluídos da vida e dos empregos formais. Isso torna os jovens, os adolescentes e até mesmo as crianças, recrutas ideais para organizações criminosas, gangues e grupos paramilitares, sendo que quando estas ficam a dever ao tráfico, por exemplo, aparecem mortos e engrossam as pesquisas de encontros de cadáver (NALINI, 2011, p. 62).

## **6. MAIS (E MAIS) LEIS PENAIS!**

### **6.1. PLS N.º 508/13.**

No contexto atual da República Federativa do Brasil tem-se a espetaculosa Copa do Mundo de Futebol. Apesar da escolha do Brasil para sediar tal evento ter ocorrido no ano de 2007, apenas no ano passado, 2013, é que a população foi às ruas se mostrar desfavorável a esse evento, além de protestar sobre outros temas – *verbi gratia*, “alguém ainda acha que eram apenas pelos 20 (vinte) centavos?”.

Nesse ínterim, de manifestações e de vandalismos que se sucederam, foi proposto pelo Senador Armando Monteiro o Projeto de Lei do Senado n.º 508 de 2013, que objetiva a tipificação de vandalismo, a saber:

Art. 1º É crime de vandalismo promover ou participar de atos coletivos de destruição, dano ou incêndio em imóveis públicos ou particulares, equipamentos urbanos, instalações de meios de transporte de passageiros, veículos e monumentos, mediante violência ou ameaça, por qualquer motivo ou a qualquer título.

Pena – reclusão, de quatro a doze anos e multa, além das penas correspondentes à violência e à formação de quadrilha, e ressarcimento dos danos causados.

Ocorre que os verbos e os bens jurídicos protegidos nesse “novo” tipo penal, já existem e recebem tutela no artigo 163, parágrafo único, inciso III do Código Penal (Dano qualificado), *ipsis litteris*:

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: (...)

Parágrafo único - Se o crime é cometido: (...)

III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista;

Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Nota-se, claramente, a desproporção assustadora entre as penas cominadas ao vandalismo e ao dano qualificado, sendo que o mesmo bem jurídico é protegido em ambos os tipos penais.

Além disso, e mais assustador ainda, observa-se o § 1º do artigo 1º do PLS n.º 508/2013:

§ 1º O crime também se configura pela presença do agente em atos de vandalismo, tendo em seu poder objetos, substâncias ou artefatos de destruição ou de provocação de incêndio ou qualquer tipo de arma convencional ou não, inclusive porrete, bastão, barra de ferro, sinalizador, rojão, substância inflamável ou qualquer outro objeto que possa causar destruição ou lesão.

Inegável a clara tipificação de atos preparatórios, o que é vedada em nossa legislação penal, reflexo dos princípios constitucionais do estado de inocência e da não autoincriminação previstos, respectivamente, nos incisos LVII e LXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Infelizmente, encontra-se novamente nesse Projeto a tipificação de condutas que já são penalizadas. Isso porque o § 2º, artigo 1º do PLS n.º 508/2013 cuida de bem jurídico já protegido pelos artigos 286 e 287 do Código Penal, incitação ao crime e apologia de crime ou criminoso, respectivamente:

§ 2º Incorre nas mesmas penas aquele que idealiza, coordena, estimula a participação, convoca ou arregimenta participantes para fins de atos de vandalismo, mediante distribuição de folhetos, avisos ou mensagens, pelos meios de comunicação, inclusive pela internet.

Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

Na verdade, o que, novamente, chama-nos a atenção é a discrepância das penas, seja em seu regime, seja em seu *quantum*.

Nota-se também o recrudescimento do regime inicial para o cumprimento da pena, sendo necessariamente fechado segundo o artigo 1º, § 5º do Projeto:

§ 5º Qualquer que seja o tempo de condenação, a pena será cumprida inicialmente em regime fechado.

Todavia, o crime de dano qualificado sobredito em sua pena em abstrato mais alta – três anos - não comporta tal rigidez, pois se tem a possibilidade de iniciar o cumprimento da pena em regime aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal.

De mais a mais, os crimes previstos nos artigos 286 e 287, ambos do Código Penal, têm a pena máxima abstrata de seis meses que possibilita o cumprimento inicial da pena em regime aberto (artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal) e a substituição por multa ou pena restritiva de direitos, conforme o artigo 44, § 2º, do Código Penal.

Na justificação do Excelentíssimo Senador, uma das justificativas se pauta na repulsa e na “rejeição da população, da imprensa, dos políticos e autoridades” diante dos atos de vandalismo. Ora, os clamores populares não podem ensejar nem mesmo uma prisão preventiva, que dirá majorar desproporcionalmente penas em abstrato.

Nessa mesma justificação, observa-se a seguinte indagação final: “o presente Projeto de Lei tem por objetivo justamente suprir a grave omissão da legislação”. Cordialmente, discordamos de tal afirmação, visto que as argumentações e as comparações supracitadas justificam a desnecessidade desses “novos” tipos penais insertos no Projeto, pois já existem e recebem a reprimenda penal compatível com a lesão provocada ao bem jurídico protegido.

Nota-se, destarte, que a legislação penal pátria está verdadeiramente afetada pelo Direito Penal do Inimigo, visto que diante das observações desses “novos” tipos penais supramencionados, verifica-se a presença dos três elementos caracterizadores do Inimigo: a

punição de atos preparatórios (fato futuro), penas desproporcionalmente altas e supressão de garantias constitucionais.

## **6.2. LEI N.º 12.850/2013.**

Sobre a inutilidade prática e as reformas mais recentes do Código Penal, destaca-se o cenário dos novos delitos criados pela Lei n.º 12.850/2013. Esta lei cuida das Organizações Criminosas e regulamenta medidas a serem utilizadas na investigação dessa rede de delitos, como instrumentos combatedores dessa associação ilícita (colaboração premiada, ação controlada e infiltração de agentes).

Anteriormente, esses institutos já detinham previsão, a delação premial, por exemplo, encontra-se nos artigos 8º da Lei n.º 8.072/1990, 6º da Lei n.º 9.034/1995 (revogada), 1º, § 5º da Lei n.º 9.613/1998, 13 e 14 da Lei n.º 9.807/1999, 41 da Lei n.º 11.343/2006 e 87 da Lei n.º 12.529/2011.

Já a ação controlada está expressa nos artigos 2º, inciso II da Lei n.º 9.034/1995 (revogada) e 53, inciso II da Lei n.º 11.343/2006, e a infiltração de agentes nos artigos 2º, inciso V da Lei n.º 9.034/1995 (revogada) e 53, inciso I da Lei n.º 11.343/2006.

A colaboração ou delação premiada, artigos 4º a 7º da nova Lei, trata-se de um instrumento que vai além da investigação e pode ser útil ao Estado até mesmo no cumprimento da pena.

Esta delação, que só poderá ser efetivada se preenchidos os requisitos legais, auxilia grandemente na investigação, visto que proporciona o conhecimento de informações vitais da cadeia de atividades ilegais, facilitando o seu desmantelamento.

“A ação controlada mitiga o poder estatal de agir imediatamente após o cometimento do delito” (NUCCI, 2013, p. 70), possibilitando a extensão e a eficácia das investigações policiais para o alcance e o conhecimento de mais crimes cometidos e criminosos envolvidos.

A ação retardada do Estado, artigos 8º e 9º da nova Lei, segundo Nucci (2013, p. 71) é “fruto da observação e do acompanhamento das atividades da organização criminosa” e permite o maior acúmulo de provas incriminatórias e de conhecimento da estrutura ilícita, aumentando as possibilidades de condenações posteriores e diminuindo os riscos na operação, bem como identificando o maior número de agentes criminosos, mormente os de alto escalão dentro da organização.



A infiltração de agentes, artigos 10 a 14 da nova Lei, trata-se de um meio de prova misto – por envolver a busca por provas comprovadoras das práticas desviantes e o policial infiltrado será testemunha nos autos do Inquérito Policial e da Ação Penal - de natureza subsidiária, devido à sua complexidade e risco, sendo utilizada somente nos casos em que não houver outro meio hábil.

No entanto, a dificuldade prática enfrentada se dá pela vagueza da Lei, pois esta não discrimina as consequências jurídicas dos atos praticados pelos agentes infiltrados durante a infiltração, por exemplo.

Além disso, verifica-se a ausência de aparato estatal para com os agentes de segurança pública, tanto no treinamento quanto nos instrumentos – armamento. Esta triste realidade brasileira imobiliza as ideologias dessa nova Lei.

Diante de todos esses instrumentos investigatórios, deve-se atentar para a realidade brasileira, pois essa nova lei isolada em nosso sistema investigatório desgastado e sem preparo instrumental para tornar o teórico prático se anula automaticamente.

A eficácia jurídica sem a eficácia prática - aplicabilidade da lei na sociedade - não agrega valor algum. Infelizmente, as instituições ilícitas já vêm se beneficiando das fraquezas do sistema penal há algum tempo, contudo essa realidade deve ser modificada.

## **7. ALIMENTANDO O CLAMOR SOCIAL.**

Gostemos ou não, como destaca o autor alemão, o Direito Penal do Inimigo também já existe em nossas legislações. É notório que nossos legisladores são verdadeiros colecionadores de tipos penais. Não há dúvidas quanto à proliferação de leis no campo penal, fato que pode ser atribuído à falta de costumes cívicos, como a honestidade, exemplaridade e honorabilidade.

Em especial, nos países latinos, a regra matriz da boa-fé é mal compreendida, pois muitas vezes nas relações interpessoais, parte-se da premissa do “levar vantagem”, do “jeitinho”. Toma-se por base o pressuposto que alguém está prestes a “passar a perna noutro”; ao que tudo indica, para que uma relação negocial – para os latinos – tenha êxito, o outro terá que, obrigatoriamente, ter prejuízo. É mal concebida a possibilidade de que ambos possam

realizar um bom negócio e, mesmo assim, ter o lucro ou retorno esperado (HELENE, 2012; HOFFMANN, 2012, p. 357).

Daí parte a ideia de conversão de corrupção em crime hediondo, o que não passa de um exemplo de mecanismo de captar e utilizar as paixões populares. A esse propósito, registra Luiz Flávio Gomes (2013, p. 87-88):

O cidadão, afetado profundamente em seu *self* (em sua identidade), não percebe que às vezes é uma vítima ávida por mais vitimização, sujeitando-se facilmente às manobras ilusórias dos midiáticos demagogos, que acabam por influenciar a produção legislativa. Nesse contexto simbólico e demagógico se insere a aprovação, pelo Senado, do projeto que transforma a corrupção em crime hediondo. Puro formalismo e demagogia, porque dizem que só a edição de lei seria suficiente para a solução do problema. Seríamos aéticos se não condenássemos com veemência a corrupção. Somos ao mesmo tempo aéticos quando pedimos contra ela medidas totalmente ineficazes e desproporcionais. Toda dureza contra a corrupção é louvável, mas para isso devem ser adotados os caminhos corretos: pena de empobrecimento e rapidez no julgamento. Crimes não violentos não justificam a pena de prisão. Não é uma lei nova que vai resolver esse ancestral e tradicional problema.

O problema das novas leis penais é sua inutilidade prática. Muda-se a lei e deixa-se de tocar do no cerne da questão, que é a ridícula e sucateada capacidade investigativa do estado. Certamente a reforma do delito de corrupção não será distinta das anteriores 136 reformas do Código Penal, que ocorrem de 1940 a 2012. Nunca jamais nenhum crime diminuiu depois da reforma da lei. Nunca! Todos os crimes reformados aumentaram, porque o Estado falido somente atua em pouquíssimos casos. Os 20 centavos representam, para o trabalhador e o estudante, algo muito mais concreto e palpável. Se você tem uma casa que não lhe agrada e você reforma 136 vezes e continua não gostando dela, o que seria melhor: mudar de casa ou reforma-la mais uma vez?

O clamor social, melhor dizendo, o clamor midiático, pode ser considerado uma das molas propulsoras da legislação de emergência, a exemplo do que ocorreu com a lei que definiu os crimes hediondos e afins (Lei n.º 8.072/90).

Ocorre que este populismo penal é a doença das democracias da atualidade, e corresponde à política pública mais irresponsável dos governos democráticos. A população acredita que mais crimes e mais penas resolvem o problema. Ouvindo este clamor, o legislador aprovou inúmeras leis penais especiais desde a promulgação da Constituição Federal, vejamos alguns exemplos:

- Lei n.º 7.492/1989 – Define os crimes contra o sistema financeiro nacional e dá outras providências.

- Lei n.º 7.716/1989 – Define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor.
- Lei n.º 8.072/1990 – Dispõe sobre os crimes hediondos, regulamenta o art. 5º inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.
- Lei n.º 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor.
- Lei n.º 8.137/1990 – Define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.
- Lei n.º 8.179/1991 – Define os crimes contra a ordem econômica e cria do Sistema de Estoques de Combustíveis.
- Lei n.º 9.034/1995 – Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.
- Lei n.º 9.099/1995 – Dispõe sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.
- Lei n.º 9.296/1996 - Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, prevendo a forma pela qual o judiciário deveria autorizar a interceptação telefônica.
- Lei n.º 9.455/1997 – Define os crimes de tortura e dá outras providências.
- Lei n.º 9.605/1998 – Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.
- Lei n.º 10.259/2001 – Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.
- Lei n.º 10.741/2003 – Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.
- Lei n.º 10.826/2003 – Dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm –, define crimes e dá outras providências.
- Lei n.º 11.340/2006 – Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.
- Lei n.º 11.343/2006 - Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.
- Lei n.º 11.671/2008 – Dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências.
- Lei n.º 12.030/2009 – Dispõe sobre as perícias oficiais e dá outras providências.
- Lei n.º 12.037/2009 – Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal.
- Lei n.º 12.681/2012 - Institui o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais e sobre Drogas - SINESP; altera as Leis n.º 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e 11.530, de 24 de outubro de 2007, a Lei Complementar n.º 79, de 7 de janeiro de 1994, e o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal; e revoga dispositivo da Lei n.º 10.201, de 14 de fevereiro de 2001.
- Lei n.º 12.694/2012 – Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera

o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências.

- Lei n.º 12.714/2012 – Dispõe sobre o sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança.

- Lei n.º 12.830/2013 – Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.

- Lei n.º 12.845/2013 – Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual.

- Lei n.º 12.847/2013 – Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências.

- Lei n.º 12.850/2013 - Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

A mídia tem um papel fundamental na disseminação do populismo penal, uma vez que divulga amplamente o medo e a insegurança, a partir da exploração e da espetacularização desses sentimentos, disseminando o ódio e a sede de vingança.

O sofrimento e a humilhação (sobretudo midiática) do criminoso gera prazer, um prazer equivalente à satisfação do crédito (prazer proporcionado pelo “direito” de vingar). Há uma equivalência (subjéctiva, psicológica) entre a dor infligida contra o infrator e o dano causado (ou supostamente causado) por ele. Existe uma espécie de compensação entre o sofrimento ou humilhação do acusado e a ofensa por ele praticada (ou supostamente praticada). O ser humano sente prazer em ver o inimigo (o devedor, o acusado, o condenado, o marginal preso, o político corrupto) sofrer ou ser humilhado, sobretudo quando possível, publicamente (midiaticamente). A raiva e o ódio (impregnados de vingança) são descarregados sobre o acusado (ou seja: sobre o bode expiatório) como forma de punição prazerosa pelo que ele fez (ou pelo que ele é). Toda a manifestação coletiva pode desaguar nessa festa.

Fazer sofrer (pondera Nietzsche, em *A genealogia da moral*) causa um prazer infinito. “Fazer sofrer é, assim, uma verdadeira festa. Sem crueldade não existe gozo possível: isso é o que ensina a mais longa história do ser humano.”

Ocorre que o castigo, quando a ele se agrega o adicional (simbólico) do prazer *festivo*, deixa de ser tal para se transformar em vingança. Quando se fala em castigo do delinquentes, na verdade, muitos estão querendo o *prazer festivo* gerado pela vingança, pelo sofrimento, pela crueldade, pelo massacre, pelo aniquilamento (do criminoso, do inimigo), sobretudo, midiático, que constitui o moderno pelourinho. Quando condenadas as pessoas tidas como inimigas, pode a Justiça satisfazer o desejo de vingança contido no íntimo de cada um. De qualquer forma, desde que o Estado tomou para si o monopólio da violência, o cidadão (evidentemente) ficou privado da prática dessa vingança. Daí as cobranças dirigidas ao Estado, para que o substitua nesse papel (vingativo). É dessa forma que o próprio Estado transforma a potência (do castigo) em prepotência. (GOMES, 2013, p. 92).

Aqui se apresenta o poder de formação, construção e direção da opinião pública, neste ou naquele sentido, que a mídia detém. Por isso, pode-se afirmar que sem ela, o populismo penal seria pífio. A mídia explora o medo e a insegurança, gera pânico na sociedade, para em seguida postular mais aumento de pena. Na medida em que faz isso, a mídia contribui para a política pública irresponsável da edição de leis penais, como se isso fosse à solução do país.

Há toda uma indústria construída sobre os crimes, em especial os dolosos. Temos a televisão, os jornais, os rádios explorando essa tendência popular, mediante pesquisas, para saberem o que a população quer ver ou ouvir e, via de consequência, obterem mais audiência, pois por meio dela se pode cobrar mais pela publicidade.

Ocorre que muitas autoridades no Brasil, verdadeiros charlatões, acabam assumindo essa onda de populismo penal, vendendo para a população um produto falso: Direito Penal duro soluciona problemas sociais.

Qualquer que seja hoje a proposta penal que tramite no Congresso, sofre influência do populismo penal, porque o legislador descobriu que lei penal gera votos. Porém, quando se transforma o Direito Penal em mercadoria eleitoreira, o risco de sair do Congresso Nacional leis escabrosas é muito grande, e se continua vendendo a ideia de que o Direito Penal soluciona problemas.

Luiz Flávio Gomes (2013, p. 36) questiona e na sequência responde:

O que está por detrás desse Estado ineficiente e corrupto?

A exaustão do nosso modelo socioeconômico, fundado em dois pilares: (a) consumismo materialista (típico do modelo neoliberal de economia de mercado e (b) desenvolvimento retrógrado (produtivismo ou industrialismo). O terceiro pilar desse modelo socioeconômico consiste na distribuição de renda aos mais pobres (proteção social dos mais carentes). Apesar de todas as críticas, este terceiro aspecto retrata um programa de emancipação das pessoas, ou seja, é tendencialmente civilizatório.

Na medida em que o Direito Penal se expande desse modo, torna-se produto de uma espécie de perversidade estatal, que busca na legislação penal uma aparente solução de conflitos e de problemas sociais.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2006, p. 13) preleciona que:

A complexidade e contingência da atualidade e a forma inadequada com que se vem legislando, máxime diante das novas demandas da sociedade pós-industrial

(interesses difusos, criminalidade organizada, lavagem de dinheiro etc.), têm permitido que uma legislação com sinais de ‘Direito Penal do Inimigo’ se infiltre de forma contumaz, no direito pátrio e estrangeiro, sem clara delimitação com o Direito penal clássico, pautado por garantias e prerrogativas típicas de um ‘Direito Penal do Cidadão’.

Identifica-se que o princípio da legalidade vem sofrendo séria mitigação de sua eficácia, diante do uso indiscriminado de normas penais quando se trata de criminalizar condutas.

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõe necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo.

O princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. (BITENCOURT, 2014, p. 50.)

Vale lembrar, que este princípio, precipuamente, no âmbito criminal, garante ao cidadão a capacidade de conhecer os fatos que podem ou não serem praticados. Significa que, de maneira prévia, sem qualquer surpresa, o agente que comete um fato típico, automaticamente será passível de punição, visto que previsto em lei.

Todavia, com a expansão do Direito Penal, a exceção vem se transformando em regra, o que não se pode aceitar. Sendo que:

Esta expansão do Direito penal possui como elemento intrínseco o recrudescimento das penas, notadamente a privativa de liberdade. Esse fenômeno ocorre em dupla medida. De um lado, os novos tipos penais, frutos de opções políticas de criminalização, comumente cominam sanções proporcionalmente graves se cotejadas com os delitos tradicionais. (...) Por outro lado, delitos já consagrados, por meio de reformas legislativas pontuais, verificam o aumento da gravidade de suas punições. (SALVADOR NETTO, 2008, p. 5).

Somente os ataques mais insuportáveis (mais graves), os que podem gerar repercussões visíveis (palpáveis) e muito preocupantes para terceiros (para a convivência social), é que devem ser castigados penalmente. Fora disso, não se deve usar o Direito Penal, que é fragmentário e subsidiário, ou seja, que está subordinado ao princípio da intervenção mínima.

O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade decorrente das ideias de necessidade e de utilidade da intervenção penal, estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais.

Nesses termos a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade – como *ultima ratio legis* –, ficando reduzida a um mínimo imprescindível. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia. (PRADO, 2008, p. 138).

Está se negando o próprio Direito Penal e o garantismo duramente conquistado. Esqueceu-se de quanto sangue já foi derramado para chegarmos ao nosso presente ordenamento jurídico?

Aproximamo-nos, portanto, da Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, a qual insere garantias, que nada mais são que direitos, privilégios e isenções que a constituição de um país confere aos seus cidadãos (PRADO, 2008).

Ferrajoli trabalha com a antítese: de um lado, a liberdade do homem, doutro, o poder punitivo do Estado. A liberdade do homem deve ser aumentada ao máximo, e o poder punitivo do Estado deve ser diminuído ao máximo.

Nesse viés, rechaça-se dois extremos: o Estado antiliberal (movimento de *Law and Order*, com suas políticas radicais de “Tolerância Zero”, *Broken Windows, Three strikes and you are out*, Direito Penal do Inimigo); e a liberdade selvagem dos movimentos abolicionistas e sua completa ausência de regras.

Chegamos a um modelo de Direito consistente em uma liberdade regrada, ou seja, a um termo de igual distância entre estes dois extremos, aliás, Aristóteles já reconhecia que a virtude está no meio-termo.

Assim, Ferrajoli sugere algumas técnicas de minimização do poder de institucionalidade, seus dez axiomas, conhecidos como Sistema Garantista (SG) de Ferrajoli, os quais guardam relação com a pena, com o delito e com o processo.

As garantias de Ferrajoli relativas à pena são as seguintes: primeiramente, a *nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade); em segundo, *nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade); e, em terceiro, a *nulla lex poenalis sine necessitate* (princípio da necessidade). Quanto às garantias relacionadas ao delito tem-se *o nulla necessitas sine iniuria*

(princípio da ofensividade); o *nulla iniuria sine actione* (princípio da exteriorização da ação), e o *nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade). Por fim, quanto às garantias relativas ao processo, tem-se o *nulla culpa sine iudicio* (princípio da jurisdicionalidade); o *nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório); o *nulla acusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova); e o *nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório).

Vê-se claramente uma limitação imposta ao poder punitivo estatal, a qual reforça determinadas diretrizes de proteção dos indivíduos diante do arbítrio estatal, e ratifica os princípios penais fundamentais estampados em nosso texto constitucional.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2006, p. 299) bem salienta que “o panorama do atual Direito Penal nada mais representa, como pretendem Luhmann e Jakobs, que um retrato da sociedade. Nesse sentido, o ‘Direito Penal do Inimigo’ é o retrato da crise da humanidade” que denuncia o tratamento despersonalizado do transgressor.

Todavia, vislumbra-se que não se educa uma sociedade que vive num território que exterioriza a não integração, a violência, e a corrupção (fruto da “dialética da malandragem”), por intermédio do Direito Penal.

Trabalhar com o Direito Penal do autor é retroceder ao Terceiro *Reich*, onde se punia a pessoa por ser judeu, negro, deficiente físico, em síntese, aquela que não pertencia à raça ariana.

É fato que não existe Direito Penal perfeito, seria uma violência semântica acreditar no contrário. Evidentemente, o Direito Penal é imperfeito. Como a violência, que é uma intervenção maléfica, pode ser perfeita?

O Estado brasileiro necessita urgentemente adotar novos paradigmas. E paradigma na visão de Thomas Kuhn<sup>15</sup>, de um *design* novo, que se adequa às novas exigências impostas pelo natural processo da humanidade.

---

<sup>15</sup> A ciência, na visão de Kuhn, altera períodos de “normalidade” e de “crise”. A ciência normal é o processo rotineiro no qual cientistas trabalhando dentro de um sistema teórico, ou “paradigma”, acumulam resultados que não questionam as escolas teóricas desse sistema. Às vezes, obviamente, resultados anômalos ou não familiares aparecem, mas estes são geralmente considerados como erros dos cientistas – prova, de acordo com Kuhn, que a ciência normal não visa às novidades. Ao longo do tempo, contudo, resultados anômalos podem se acumular até



A mudança mais difícil é a de consciência, pois as pessoas fogem dela, permanecendo inertes, contaminadas pela mentalidade formalmente jurídica, apoiadas pela aversão de se reposicionar intelectualmente.

A ideia central é combater o Estado “Inimigo”. Nós brasileiros devemos nos insurgir contra essa política pública irresponsável baseada no aumento da pena como solução dos problemas pátrios. Temos que atacar a raiz dos problemas e efetivamente resolvê-los, caso contrário, nunca seremos uma nação próspera, rica e respeitada.

O foco é desvendar os olhos para as consequências nítidas do endurecimento penal por pressão midiática, pois, infelizmente, há uma massa ainda fascinada pelo espetáculo penal que apoia tais medidas drásticas e descabidas. “É preciso que a justiça criminal puna em vez de se vingar.” (FOUCAULT, 2011, p. 72).

Novas legislações penais não influenciariam, efetivamente, na repressão ao ciclo da Criminalidade Organizada, pois essa estrutura ilícita exige, para a sua coação, o aparelhamento do sistema penal pátrio como um todo, da prevenção à execução.

Não é por falta de leis que o País não é mais justo. Ao contrário, nunca antes um pacto republicano foi tão audacioso em consagrar princípios fundamentais e direitos humanos com tamanha ênfase. Nem só isso. Proveu o direito um Judiciário chamado a solucionar todas as questões, cuja inafastabilidade em controlar qualquer lesão ou ameaça a direito é igualmente consagrado na Constituição, e ampliou a legitimação para que o acesso à Justiça fosse assegurado a todos com abrangência até então desconhecida. (NALINI, 2011, p. 137).

Isso porque a norma idealista nova num sistema pré-constituído corrompido detém apenas eficácia jurídica, pois sua eficácia prática fica suspensa diante de sua inaplicabilidade.

Entendemos que o Direito Penal deve continuar com a natureza de *ultima ratio*, juntamente com o Direito Penal mínimo, afastando-se o Direito Penal do Inimigo e o encarceramento em massa.

---

que um ponto de crise seja atingido. Após a crise, se uma nova teoria é formulada, há uma mudança no paradigma e um novo sistema teórico substitui o antigo. No fim, esse sistema é admitido como certo, e a ciência normal prossegue até outras anomalias surgirem. Um exemplo de tal mudança foi o desmoronamento da visão clássica de espaço e tempo como a confirmação das teorias da relatividade de Einstein (BUCKINGHAM *et al*, 2011, p. 293).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio de precaução na sociedade do risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BUCKINGHAM, et al (Org.). *O livro da Filosofia: as grandes ideias de todos os tempos*. São Paulo: Globo, 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ESTEFAM, André. *Direito Penal, 1: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2011

GOMES, Luiz Flávio. *Saberes Críticos. Por que estamos indignados? Das barbáries dos poderes à esperança de civilização, justiça social e democracia*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio. Uma visão minimalista do Direito Penal*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2011.

HELENE, Paulo Henrique; HOFFMANN, Eduardo. *Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar sua própria perda*. Niterói: Editora FUNJAB, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=148>>. Acesso em 11. jun. 2014.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'*, 2006

NALINI, José Renato. *Direito que a cidade esqueceu*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Ética para um judiciário transformador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal*. Volume 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidade da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/>>. Acesso em 11. Jun. 2014.

SÁNCHEZ, Jesús-Mária Silva. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

\_\_\_\_\_. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.