

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: ESTUDO E CONSIDERAÇÕES FACE AO
CENÁRIO NACIONAL.**

João Pedro Campanharo Marans

Presidente Prudente/SP

2015

MARANS, João Pedro Campanharo.

Direito Penal do Inimigo: Estudo e Considerações Face ao Cenário Nacional/ João Pedro Campanharo Marans. Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2015.

Nº. de folhas: 83.

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2015.

Penal. Direito Penal. Processo Penal. Direito Penal do Inimigo. Inimigo. Constituição. Direitos Fundamentais. Sociedade de Risco.

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: ESTUDO E CONSIDERAÇÕES FACE AO
CENÁRIO NACIONAL.**

João Pedro Campanharo Marans

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP

2015

**DIREITO PENAL DO INIMIGO: ESTUDO E CONSIDERAÇÕES FACE AO
CENÁRIO NACIONAL.**

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Rodrigo Lemos Arteiro

Claudio José Palma Sanchez

Mário Coimbra

Presidente Prudente/SP, 24 de novembro de 2015

Midnight, our sons and daughters
Were cut down and taken from us.
Hear their heartbeat
We hear their heartbeat.
U2 – Mothers Of The Disappeared

Dedico este trabalho àqueles que se dedicam à promoção de uma sociedade mais justa, serena e guiada pela sabedoria que há de prevalecer.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por ter me agraciado com a vida e me proporcionado, em tão breves anos, a oportunidade de crescer e amadurecer em inúmeras situações.

À minha família que com seu apoio, paciência e bondade, me mostra, dia após dia, através de suas atitudes, o significado da palavra honestidade. Minha eterna gratidão e amor.

Aos meus amigos, com quem compartilho angustias, tristezas e momentos de pura e simples alegria. Meus anos de graduação ficarão para sempre na memória, graças à eles. Para sempre em meu coração.

Ao meu orientador, homem de conhecimento singular e didática irreparável, que me convenceu, ainda em suas aulas, sempre dadas com disposição e competência, de que seria um bom parceiro. Meu reconhecimento.

RESUMO

RESUMO: o trabalho aqui desenvolvido propõe uma análise do Direito e Processo Penal do Inimigo, teoria desenvolvida pelo jurista alemão Gunther Jakobs. Para iniciar a discussão, parte-se de uma breve apreciação histórica do direito penal como um todo, levando em consideração suas diversas fases e o caminho de evolução percorrido desde a antiguidade até a contemporaneidade. Partindo desse viés histórico, importante para a base da compreensão das diferentes vertentes do direito penal, verifica-se que marchamos sempre em direção à humanização do direito penal, buscando o respeito pelos direitos fundamentais na aplicação das penas e lutando pela existência de um direito mais garantista. Tanto que, nesse sentido, se estabeleceu nossa Carta da República. Considerando essa evolução, a teoria do Direito Penal do Inimigo soa um tanto quanto paradoxal. Assim, os preceitos e justificativas de referida tese, fundamentais para uma adequada cognição daquilo que se pretende, também são abordados e debatidos, visando a interpretação daquilo que é passível de aplicação e já vem sendo utilizado em nosso ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, é feito um estudo sobre a base filosófica que sustenta a teoria e, também, a respeito dos princípios, direitos e garantias fundamentais mais relevantes para o processo penal e sua possibilidade e métodos de relativização. Por fim, constatam-se diversas nuances da doutrina de Jakobs no ordenamento jurídico brasileiro e faz-se uma análise de algumas leis que exemplificam essa interferência.

Palavras-chave: Penal. Direito Penal. Processo Penal. Direito Penal do Inimigo. Inimigo. Constituição. Direitos Fundamentais. Sociedade de Risco.

ABSTRACT

ABSTRACT: the work developed here proposes an analysis of the Enemy's Criminal Law theory created by the German jurist Gunther Jakobs. To start the discussion, one begins with a brief historical appreciation of criminal law as a whole, taking into account its various phases and the evolution from ancient times to the contemporary. Based on this history, significant to the base of understanding the various aspects of criminal law, it turns out that ever marched toward the humanization of criminal law, seeking respect for fundamental rights in the application of penalties and fighting for the existence of a right more guarantor. Much so, in that sense, we have established our Constitution. Given this evolution, the theory of the Enemy's Criminal Law sounds somewhat paradoxical. Thus, the commandments and justifications that thesis, essential for proper cognition of what is intended, are also discussed and debated, seeking the interpretation of what it can be applied and is already being used in our Brazilian legal system. Therefore, it is made a study of the philosophical basis to support the theory, and also on the principles, rights and fundamental guarantees more relevants to the criminal case and your chance and relativity methods. Finally, realize up several Jakobs doctrine nuances of the Brazilian legal system and makes an analysis of some laws that exemplify this interference.

Key-words: Criminal Law. Law. Enemy's Criminal Law. Fundamental Rights. Constitution. Criminal Process. Risk society.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ESCORÇO HISTÓRICO DO DIREITO PENAL	11
2.1 Escolas Penais	14
3 A EVOLUÇÃO GLOBAL	17
3.1 Avanços Tecnológicos (Globalização) e a Sociedade de Risco	17
3.2 O papel da mídia e sua influência na criação de um Direito Simbólico	22
3.3 O Brasil nesse contexto de evolução tecnológica e social e a otimização do crime organizado.....	27
3.4 Breves considerações quanto à instalação do crime organizado.....	30
4 A DOCTRINA FUNCIONALISTA (E FUNCIONALISTA SISTÊMICA) E SUA INFLUÊNCIA NO TEMA	33
4.1 Autopoiese e Funcionalismo Sistêmico	34
5 A TEORIA DAS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL SEGUNDO JESÚS-MARIA SILVA SÁNCHEZ	38
6 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA RELAÇÃO COM A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL	42
6.1 O Direito Penal do inimigo em si	42
7 A DOCTRINA DO INIMIGO FACE AO GARANTISMO	50
7.1 A Constituição Federal Brasileira e a problemática do garantismo exacerbado..	50
7.2 Direitos Fundamentais: linhas gerais; colisão; proporcionalização.	55
7.2.1 As gerações dos Direitos Fundamentais e suas diferenças em relação às garantias fundamentais.	57
7.2.2 Os Direitos e Garantias Processuais Penais.....	59
7.2.3 Princípios e Regras	62
7.2.3.1 Conflitos entre princípios: núcleo essencial; limites dos limites; proporcionalidade.....	63
7.2.4 Direitos fundamentais como princípios: Do caráter absoluto (?) e resolução de conflitos - proporcionalização.	69
8 EXEMPLO DE INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE	74
9 CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78

1 INTRODUÇÃO

O direito penal é, dos ramos do direito como um todo, aquele grande responsável pela possibilidade da existência da vida em comunidade. Não fossem as regras penais, os indivíduos viveriam em estado de conflito constante. As ambições e desejos de alguns, bem como as necessidades e carências de outros fazem com que a paz e a tranquilidade sejam colocadas em risco. Nesse sentido, é crucial que o sistema penal esteja adequadamente engrenado para que, na medida do possível, levando em consideração as vicissitudes das relações sociais, seja capaz de dirimir os imbróglis que se sucedem.

Isso motivou o presente trabalho que buscou, então, estabelecer uma relação entre a forma como o Direito Penal foi delineado até os dias de hoje e a forma pela qual ele vem sendo desafiado e colocado à prova.

Revolvendo a história e buscando no passado da humanidade as formas como as mais variadas organizações sociais lidavam com os crimes e violações de direitos, verificou-se, sem grandes dificuldades, que eram comuns as sanções desproporcionais, aquelas cujas penalidades impostas extravasavam os limites do mal causado. As penas tinham caráter de vingança muito acentuado, com pouca ou nenhuma preocupação na recuperação do indivíduo que cometera o crime.

Esse período foi superado. Passamos por diversas escolas penais e desenvolvemos o Direito Penal como forma independente de direito, procurando conciliar a aplicabilidade das punições com o respeito aos direitos humanos inerentes a todos os cidadãos. O Direito Penal Liberal se construiu como um direito que deve ser aplicado apenas em defesa dos bens jurídicos considerados mais importantes, observando sempre as garantias e direitos fundamentais de todos, inclusive daqueles que violam as normas e leis impostas pelo Estado. Destarte, esse garantismo penal passou a ser uma das bases dos Estados Democráticos de Direito mais modernos que encontramos no mundo.

Expôs-se a partir dessa premissa que, ao mesmo tempo que o ordenamento jurídico penal evoluiu ao ponto de verificar a imprescindibilidade do respeito ao cidadão e suas prerrogativas, o crime também evoluiu e alcançou patamares sem precedentes na história. As organizações criminosas construíram-se e se estabeleceram de forma ousada em todo o mundo, com o fim de delinquir nas mais diversas esferas, seja no tráfico de entorpecentes, tráfico de pessoas, etc. Não

fosse o bastante, o surgimento de grupos terroristas, com os mais variados tipos de fundamentação (política, religiosa, etc.) também representou uma grande ameaça ao *status quo* ora pretendido, qual seja, de organização, pacificação e respeito às diretrizes determinadas pelo Estado.

Essa evolução do crime acompanhou todo um contexto da evolução global pelo qual a sociedade foi acometida, notadamente, no que tange ao contexto da recente revolução tecnológica experimentada, que promoveu-se como facilitadora das comunicações e da transmissão de informações. Os agentes mal intencionados, obviamente, não se colocaram à margem dessas inovações, buscando tirar o máximo de proveito dos “novos horizontes” proporcionados pela tecnologia.

Foi examinando essas novas configurações e facetas dos crimes bem como a disseminação de atos terroristas arrasadores da ordem e do bem estar que Günther Jakobs, um dos maiores juristas alemães do século XX, professor das disciplinas de Direito Penal e Filosofia Penal na Universidade de Bonn, na Alemanha, e autor de inúmeras obras conceituabilíssimas, idealizou sua teoria do Direito Penal do Inimigo (também considerada como a Terceira Velocidade do Direito Penal), segundo a qual existem duas modalidades de Direito Penal, quais sejam, o Direito Penal do Cidadão (aplicável a todos os indivíduos que, por algum descaminho, cometem um delito) e o Direito Penal do Inimigo (aplicável àqueles indivíduos que reiteradamente rejeitam a ordem social imposta). Assim, a teoria de Jakobs foca sua atenção na eventual existência de um inimigo para o Estado. Essa tese vem despertando o interesse de numerosos juristas, penalistas, acadêmicos e estudiosos do Direito em geral, que debatem seu caráter polêmico quando comparada com o garantismo e, assim, discutem sua viabilidade.

A teoria funcionalista e, principalmente, funcionalista sistêmica, foi uma das bases sobre a qual Jakobs alicerçou sua tese, ao entender que foram alçadas demasiadas demandas ao Direito Penal, demandas estas que ele, devido a suas limitações, não está apto a dirimir e resolver.

Na análise do contexto nacional, constatou-se que o cotidiano dos jornalísticos é permeado de notícias que lançam ao público o estado de constante ameaça que assola as cidades brasileiras, não só as grandes metrópoles, mas também os pequenos centros do interior. Esse sentimento de déficit na segurança não é causado apenas por conta dos noticiários. A população mesmo percebe essa realidade em seu dia a dia, seja como vítima direta, seja por meio de conhecidos que

já experimentaram esses dissabores que já são considerados corriqueiros na nossa sociedade.

Esse cenário abre margem, então, para pensarmos na possibilidade da adoção de um Direito Penal do Inimigo em nosso território. Seria possível aplicá-lo em território nacional? Seria constitucional? Independente dessas respostas, uma coisa é certa: já há características dessa doutrina inseridas no nosso ordenamento jurídico, entretanto, sem a devida distinção que deveria a separar do direito penal do cidadão.

É o caso, como visto ao final, da Lei 12.850/13, lei que trata do crime organizado e que traz em seu corpo diversos dispositivos que ilustram como tem se estabelecido a influência dessa doutrina em nosso ordenamento jurídico.

As discussões entre operadores do direito (muitos juízes, procuradores e advogados têm abordado o tema) e doutrinadores brasileiros têm crescido e esbarram constantemente, como há de se esperar, no caráter preponderantemente garantista da nossa Constituição Federal e da nossa sistemática penal como um todo.

Por isso, tendo em vista essa colisão observada de plano na análise da doutrina do Direito Penal do Inimigo, é que se faz pertinente uma exploração mais pormenorizada do tema. É comum ver a doutrina de Jakobs ser refutada sem, muitas vezes, ser lhe dado o devido crédito.

Para a concretização desse trabalho, foram utilizados diversos métodos e raciocínios de pesquisa. Inicialmente, pelo método histórico, foram analisadas os caracteres que guiaram o desenvolvimento penal até seu modelo atual. Pelos métodos interpretativos axiológico, teleológico e sociológico buscou-se estabelecer uma relação entre nosso modelo garantista e o período em que foi criado, frisando-se assim a necessidade de uma recalibragem entre a legislação e as novas configurações sociais. Os métodos indutivo e dedutivo também se fizeram presentes, respectivamente, por exemplo, na constatação de que há, sim, influência da estudada doutrina permeando nosso direito e de que vivemos, indubitavelmente, um período ditado pelo risco.

2 ESCORÇO HISTÓRICO DO DIREITO PENAL

O Direito Penal está em constante evolução desde que o homem passou a viver em sociedade. Faz-se sempre pertinente uma análise do passado para se entender o presente de forma mais clara e completa. Somente assim referida evolução é constatável.

Magalhães Noronha já dizia, com uma síntese que não poderia ser mais esclarecedora, que "A história do Direito Penal é a história da humanidade. Ele surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou."¹

O historiador francês Numa Denis Fustel de Coulanges, em sua vetusta obra *A Cidade Antiga*, ensina que:

(...) felizmente, o passado nunca morre totalmente para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guarda-lo em seu interior, pois o seu estado, tal como se apresenta em cada época, é o produto e o resumo de todas as épocas anteriores. E se cada homem auscultar a sua própria alma, nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas e o que cada uma dessas épocas lhe legou.²

A princípio, havia a Vingança Privada, onde as ofensas cometidas contra determinado indivíduo deveriam ser revidadas pelo outro ou por seus familiares e sua tribo/comunidade. Existia um dever de revide e este, não raramente, era desproporcional.

Em Instituições de Direito Penal, o jurista Basileu Garcia expõe:

(...) era a vingança privada violenta e quase sempre eivada de demasias. Sem observar, mesmo aproximadamente, a lei física da reação igual e contrária à ação, o ofendido e os do seu agrupamento procediam desordenada e excessivamente, de modo que, às vezes, aquilo que constituía ofensa a um indivíduo passava a sê-lo relativamente à comunidade toda a que ele pertencia, travando –se lutas e guerras que o ódio eternizava.³

Essa falta de organização e regulamentação estava se mostrando prejudicial, bastante danosa e pouco eficaz. Nesse contexto surgiu a Lei de Talião, que pregava uma punição proporcional à culpa do causador do dano. Vislumbra-se,

¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 1. p. 28.

² COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de Jonas Camargo Neto e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975. p. 9.

³ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1982. p. 13.

então, um passo em direção a organização das normas. Mas ainda tratava-se de algo primitivo, pouco elaborado, muito embora essencial.

Nos períodos marcados pela Vingança Divina, de caráter teocrático, as penas se mostravam exageradamente cruéis, objetivando punir a ofensa ao Deus e promover a purificação daquele que delinuiu.

O seguinte fragmento ilustra bem esse período:

Julgado pelo tribunal de Palas por ter matado a própria mãe, em vingança ao assassinato do pai, ocorrido logo que este retornou vitorioso de Tróia, Orestes teria sido absolvido graças a Palas Atena que, em virtude do acordo com o escrito de Eurípedes, Orestes teria sido insuflado pelo próprio deus Apolo para que vingasse o assassinato do pai, contando com a ajuda da irmã Electra.⁴

Mário Coimbra também estampa o tema em seu livro Tratamento do Injusto Penal da Tortura:

(...) É pelo predomínio do misticismo no homem primitivo que o delito foi visto durante muitos séculos como um pecado, visando acalmar a ira divina, do que propriamente uma ofensa à ordem social. Tal concepção do delito, aliada ao poder sacerdotal de aplicar castigos, fez com que a pena em tal período fosse extremamente cruel.⁵

Subsequentemente, com a organização dos Estados, que foram ficando cada vez mais fortes, passamos ao período da Vingança Pública. Entretanto, apesar da punição ter passado para as mãos do estado, não havia a mínima segurança jurídica. As penas ainda eram cruéis, era comum o acusado não saber o motivo pelo qual estava sendo punido e não havia direito de defesa.

O Direito Penal Romano, por sua vez, foi bastante pioneiro em inúmeros conceitos, como a separação entre Estado e religião, as primeiras divisões e traços delineadores entre direito público e direito privado, o desenvolvimento da ideia de culpa, a consideração da legítima defesa e estado de necessidade, por exemplo, como causas de justificação, dentre outras inovações. Interessante pontuar que, já no direito romano, havia a figura de “inimigo” do estado. Eram assim considerados aqueles que cometessem o crime de traição à pátria e, desse modo, eram punidos com a morte.

A respeito, Luiz Regis Prado:

⁴ CORDEIRO, Gecianny Carvalho. **A privatização do sistema penitenciário brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. p. 13.

⁵ COIMBRA, Mário. **Tratamento do Injusto Penal da Tortura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 15.

Roma apresenta uma verdadeira síntese da sociedade antiga – servindo de liame entre o mundo antigo e o moderno -, e o seu Direito oferece um ciclo jurídico completo. Bem cedo, e de forma louvável, o positivismo romano dissociará o *faz* do *jus*, elidindo a confusão entre o religioso e o laico, o que vai possibilitar a afirmação do caráter público da pena.⁶

O Direito Penal Germânico começou a trabalhar as noções de composição frente aos crimes cometidos pelas pessoas, de forma que eram atribuídos valores pecuniários, tarifas, como punição. Apesar de isso mostrar uma evolução no raciocínio de como se reparar a ofensa cometida, ainda era um conceito muito primitivo, que levava em consideração as características do infrator e, se esse não tivesse condições de pagar, seriam aplicadas penas corpóreas. Também foi um direito que valorizava apenas o elemento objetivo, não levando em conta o elemento subjetivo da conduta. Luiz Regis Prado leciona:

(...) relevante característica desse direito vem a ser sua objetividade. O que importa é o elemento objetivo, isto é, o resultado causado. Assim, há uma apreciação meramente objetiva do comportamento humano e uma confusão no que diz respeito à ilicitude. Despreza-se o aspecto subjetivo, não sendo punida a tentativa. A responsabilidade penal é objetiva, pelo evento (*Erfolgshaftung*) ou pela simples causação material (*Causalhaftung*). Daí a máxima: *o fato julga o homem*. Importa, tão somente, o efeito danoso da ação, e a pena não sofre nenhuma oscilação se o resultado s3e produz voluntariamente ou não, ou por caso fortuito.⁷

Foi o Direito Penal Canônico que trouxe uma maior consideração, diferentemente do Direito Penal Germânico, do elemento subjetivo. Dessa forma, observou-se o intento da imposição de penas mais humanas, com o estabelecimento da noção de igualdade dos homens. Aqui também houve o desenvolvimento do direito penitenciário. Prado também ensina:

A influência do cristianismo na legislação penal foi extensa e importante. Iniciou-se com a proclamação da liberdade de culto pelo imperador romano Constantino (313), acentuando-se a partir de 379, quando cristianismo foi declarado pelo imperador Teodósio I a única religião do Estado. Mas é, sobretudo, com a conversão (496) e batismo (499) de Clodoveu (Clóvis), rei dos francos, em Reims, que a religião cristã penetra na monarquia franca e dá lugar a uma verdadeira jurisdição eclesiástica. As relações entre os reis e os bispos são bem definidas> o rei detém o poder supremo e é, ao mesmo tempo, filho da Igreja Católica. Embora unida ao Estado, a Igreja permanece independente e superior no campo religioso. O citado monarca franco, ao

⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 85.

⁷ PRADO, 2011, loc. cit. p. 90.

aceitar essa concepção de unidade na independência mútua e no respeito às verdades reveladas, lança as bases de uma nova sociedade.

O papel da lei penal da Igreja Católica foi de suma relevância, por duas razões: a primeira, porque fez com que as tradições jurídicas romanas penetrassem em definitivo na vida social do Ocidente; a segunda, porque contribuiu para civilizar as práticas brutais germânicas, adaptando-as à vida pública.⁸

Como produto da somatória das três últimas formas de direito penal mencionadas, surgiu o Direito Penal Comum. Entretanto, não representou grande avanço devido ao acentuado arbítrio, dentre outros abusos. Em resposta a essa exorbitância do poder de punir por parte dos aplicadores da lei, se desenvolveu o Período Humanitário com um Movimento Codificador. Assim, um dos grandes expoentes dessa reforma foi Cesare Beccaria, com sua obra *Dos Delitos e das Penas*. Princípios como o da legalidade ganharam espaço. O acusado passou a ter mais ciência e noção de suas prerrogativas e as penas passaram a ser mais humanas e moderadas. Com a codificação, o raciocínio penal ficou mais organizado, propiciando a aplicação da justiça no real sentido conferido ao termo.

2.1 Escolas Penais

Passamos, também, por diversas escolas penais, que despontaram a partir do século XIX como correntes de pensamento jurídico tendo como objeto de estudo os crimes e as formas de organização dos sistemas penais. Segundo o jurista Aníbal Bruno, “As escolas penais são corpos de doutrinas mais ou menos coerentes sobre os problemas em relação com o fenômeno do crime e, em particular, sobre os fundamentos e objetos do sistema penal”.⁹

A Escola Clássica parte do pressuposto que o ser humano tem livre arbítrio para realizar seus atos, podendo escolher entre cometer ou não cometer um crime contra a ordem social. Dessa forma, o crime consiste no ultraje ao direito. A pena, então, tem o objetivo de reestabelecer a ordem atingida e retribuir ao causador do delito uma sanção.

A Escola Positiva partia de um viés diferente. Ao contrário do livre arbítrio, pregava uma visão mais determinista, segundo a qual o homem não teria muito poder de escolha acerca de suas atitudes devido a fatores naturais, sociais e

⁸ PRADO, 2011, loc. cit. p. 91.

⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1967. p. 56.

psíquicos. Nesse sentido, a pena constituía uma forma da sociedade se defender desse criminoso determinado e objetivava a prevenção.

Uma outra escola, a Escola Crítica, também não acreditava no livre arbítrio, pregando uma forma de determinismo psicológico. A pena também constituía forma de defesa e prevenção da sociedade.

A Escola Penal Humanista partia de uma forte premissa quanto a influência da ética e da moral no direito, considerando que havia uma mistura entre esses elementos. Nesse diapasão, seria crime tudo aquilo que ofende-se a moral de uma pessoa. A pena teria, ainda, um caráter educacional.

A Escola Técnico Jurídica, como o próprio nome sugere, era bem mais técnica, refutando o emprego da filosofia no campo do direito penal. Aqui, o entendimento era de que o crime é fruto de uma relação entre os campos individual e social. A pena apresentava uma função preventiva geral e preventiva especial, objetivando punir o criminoso e proteger a sociedade.

Foi com a Escola Moderna Alemã que houve evolução em relação a noção de política criminal. Essa escola propôs a divisão do direito penal em relação a criminologia e demais ciências penais. Considera o crime, o delito, como fato jurídico e como um fenômeno social e humano. Nesse sentido, o delinquente teria sim livre arbítrio, todavia, também haveria certa influência do meio em que vive. As penas tem caráter defensivo, objetivam a manutenção da ordem e podem ser individualizadas.

Diferentemente, a Escola Correccionalista partia de uma premissa bastante distinta da Moderna Alemã, considerando o crime apenas como ente jurídico e o delinquente como um ser que deveria receber uma pena indeterminada (isto é, assim, verifica-se a pena com a mesma característica de uma medida de segurança) e de forma mais arbitrária.

Mais tarde surgiu o movimento denominado de Escola da Nova Defesa Social, que entendia o delito como um fenômeno que afetava a ordem social de tal forma a prejudicar sua evolução e aperfeiçoamento. Assim, a pena surgia como um mecanismo necessário para a proteção dessa sociedade em aprimoramento, visando o respeito aos direitos inerentes ao ser humano.

A menção de referidas escolas de pensamento penal, ainda que explicadas de forma bastante sucinta, faz-se necessária para a compreensão do caminho que o raciocínio jurídico penal veio tomando ao longo dos anos. Segundo o ilustríssimo jurista, acadêmico e Promotor de Justiça do Estado de São Paulo

Alexandre Rocha Almeida de Moraes, em sua obra intitulada *Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal*:

Compreender, sem juízos precipitados, as mudanças que vêm se anunciando na dogmática penal, pressupõe analisar brevemente as escolas penais e as teorias do delito. Como observa com justeza Mezger, não é possível compreender ramo algum do Direito em sua situação atual sem conhecer o seu desenvolvimento histórico.

Barros dá o nome de 'escolas penais' ao pensamento jurídico-filosófico acerca da etiologia do delito e dos fundamentos e objetivos da sistemática penal. Segundo o autor, é um equívoco considerar exclusivamente metafísica ou filosófica a discussão dos problemas do fundamento jurídico do direito de punir e dos fins da pena, uma vez que a matéria apresenta inquestionável interesse prático, influencia a configuração da pena nas legislações e direciona os sistemas penais.¹⁰

De forma bastante sucinta, essa foi a caminhada percorrida pelo direito penal até as suas concepções mais atuais, que gozam de fundamentações humanistas e pretendem a pena de uma forma que objetive a recuperação e a reabilitação do indivíduo infrator, sempre obedecendo e estando de acordo com todas as garantias.

Mais a frente, verificar-se-á de forma ainda mais clara a relação, ainda que paradoxal, desse garantismo em relação ao *Direito Penal do Inimigo*.

¹⁰ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo**: a Terceira Velocidade do Direito Penal. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p. 109.

3 A EVOLUÇÃO GLOBAL

É imperioso registrar, para que o trabalho se guie por um viés hodierno e contextualizado com as demandas atuais, algumas características proeminentes da evolução a que todas as civilizações humanas foram submetidas na história recente.

Nos adaptamos, homens e mulheres, às novas configurações sociais apresentadas. A mulher exclusivamente caseira, mãe e dona de casa se tornou a mulher profissional (que, em muitos casos, se equilibra em ambas as funções). A população rural que era, antes, significativa (principalmente no Brasil), migrou para as cidades, o que aumentou a população e o tamanho dos grandes centros metropolitanos. Esses são alguns exemplos dentre tantas numerosas alterações pelas quais passamos nos últimos tempos.

Da mesma forma, os crimes e suas variantes também evoluíram e passaram a surpreender a sociedade com a adoção de novos arranjos e formatações. E o Direito, sendo uma ciência que não pode atuar pelo viés do imediatismo (embora o Direito Penal venha o fazendo em alguns casos), exigindo muito estudo e ponderação, não consegue acompanhar essas mudanças no mesmo ritmo em que se desenrolam.

Isto posto, a seguir analisaremos apenas algumas das modernas implicações que influenciam a forma como nos relacionamos e contribuem para a criação da chamada “Sociedade de Risco”.

3.1 Avanços Tecnológicos (Globalização) e a Sociedade de Risco

A percepção do desenvolvimento humano nas últimas décadas da história contemporânea tem nos mostrado características peculiares que, devido ao seu ineditismo, têm exigido muito daqueles institutos responsáveis pela organização da sociedade como um todo, notadamente os governos e o poder judiciário em si.

As sociedades civilizadas que, antes, viviam delimitadas em seus espaços territoriais e, conseqüentemente, culturais, hoje se veem inseridas em um contexto global, proporcionado pelos avanços comunicativos tecnológicos intensificados nas últimas décadas. Os processos de comunicação que outrora eram lentos e/ou pouco eficazes, hoje se mostram instantâneos e eficientíssimos.

Todas essas variantes influem significativamente na forma como as pessoas (individualmente e em grupo) interagem com o meio em que estão inseridas, devendo ser trazidas à tona para uma melhor contextualização dos fenômenos que observamos emergir.

Um dos maiores filósofos do século XX, o canadense Herbert Marshall McLuhan é autor de um dos termos mais rememorados quando se aborda o tema da globalização. Ao falar em Aldeia Global, o estudioso condensa esses fenômenos proporcionados pelos avanços tecnológicos em uma expressão que, sinteticamente, demonstra a forma como as civilizações humanas se organizam ao redor de todo o globo, formando uma grande aldeia una, onde as fronteiras e margens são tão tênues que parecem desaparecer.

Dessa forma, não há acontecimento relevante (ou, até mesmo, irrelevante) que não seja rapidamente transmitido para um número indeterminado de pessoas. As agências de notícias, dotadas de projeção global, principalmente em países desenvolvidos, já vêm trabalhando com a noção de que seu público alvo é o universal e não mais nacional ou regional.

Nos referidos países desenvolvidos, tais como os EUA e, mais recentemente, a França, que sofrem atentados terroristas causados por motivações religiosas e políticas (pouco comuns em países como o Brasil, por exemplo), as suas tragédias são transmitidas pelos meios de comunicação de forma imediata, em alguns casos, até mesmo ao vivo. Os atentados de 11 de setembro são um dos maiores exemplos de como o “espetáculo” terrorista foi arquitetado tendo, também, em vista o objetivo de ser um acontecimento midiático global.

Outro fenômeno interessante observado recentemente é a utilização que criminosos e terroristas têm feito da internet e das redes sociais para divulgar seus próprios atos atroz.

O grupo radical sunita Estado Islâmico é um dos que tem se valido desse tipo de ferramenta. Sendo um grupo proveniente da enorme instabilidade política que se verificou desde o início da Guerra do Iraque, a partir de 2003 (dois anos após os mencionados atentados ao World Trade Center, em Nova Iorque, EUA), esses radicais arrasam cidades inteiras, subjagam suas respectivas populações e sequestram pessoas que tenham opinião contrária aos preceitos religiosos e políticos radicais pregados pela organização. Por meio das redes sociais esses terroristas compartilham imagens e vídeos de suas execuções e sessões de tortura, com o

objetivo de disseminar sua doutrina extremista e demonstrar todo o seu poderio bélico e ideológico.

Mencionados acontecimentos ilustram a forma como as dinâmicas sociais têm se alterado e como os agentes mal intencionados se aproveitam disso em prol de seus objetivos vis.

No livro *Crime Organizado e Proibição da Insuficiência*, escrito por José Paulo Baltazar Júnior, Juiz Federal da 1ª Vara Criminal de Porto Alegre, há acertada referência a forma como os meios tecnológicos podem colaborar para a operacionalidade mais eficaz do crime:

(...) muitas vezes os meios tecnológicos de que dispõem as organizações criminosas são aqueles mesmo de que dispõe, hoje em dia, qualquer cidadão com uma mínima capacidade de consumo, ou seja, telefone fixo e celular, computador e automóvel, o que não é de estranhar, uma vez que, estando a criminalidade inserida na sociedade, faz uso dos mesmos meios dispostos a todos os integrantes do grupo social. No caso do PCC, há registro da elaboração de centrais telefônicas, bem como do serviço de teleconferência, geralmente sem pagamento dos serviços, mediante utilização de contratos fraudulentos em nome de pessoas interpostas, substituídos após a interrupção dos serviços por falta de pagamento, ou de créditos para celulares pré-pagos obtidos mediante fraude ou extorsão.¹¹

Assim, ao mesmo tempo que a tecnologia proporcionou uma comunicação mais eficiente para fins positivos e pacíficos, alguns dos próprios usuários (no caso, os criminosos/terroristas que se utilizam das ferramentas para fazer “propaganda” de seus feitos) e a grande mídia têm contribuído para a disseminação da sensação de insegurança sentida pelas pessoas em toda a parte do mundo.

O sentimento de que algo está para acontecer é comum no cotidiano dos cidadãos de diversas partes do mundo, seja por medo de atentados terroristas provenientes de agentes internacionais, seja por crimes de agentes internos.

O sensacionalismo e a forma julgadora como a mídia trata do assunto são grandes incrementadores dessa noção de sociedade de risco que tem surgido, onde o perigo é (aparentemente) iminente.

Maria José Esteves de Vasconcellos, em sua obra *Pensamento Sistêmico*, expõe adequadamente essa percepção tão fundamental ao estudo desse

¹¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição da Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 142-143.

fenômeno do risco como característica inerente ao cotidiano das organizações sociais mais recentes:

(...) essa mesma tradução tecnológica dos conhecimentos desenvolvidos pela ciência está trazendo novidades num ritmo superacelerado, tornando essas novidades presentes simultaneamente em todos os pontos do nosso planeta, manifestando-se, por exemplo, no que se tem chamado de globalização. Isso está impactando fortemente nossa organização social, nossas relações, e exigindo de todos nós mudanças profundas na nossa forma de estar no mundo. Começa-se a falar de um mundo excessivamente complexo e acusa-se a ciência de não dar conta de responder às novas necessidades nele instaladas.¹²

E é justamente essa complexidade do mundo pós-moderno que tem acarretado uma série de empecilhos na forma como o Direito deve operar. A ciência jurídica do Direito apresenta natural dificuldade em acompanhar todas essas alterações sociais que têm aparecido no mundo. O surgimento de novos sujeitos passivos e ativos, o surgimento de novos bens jurídicos a serem tutelados, a prática de crimes nunca antes previstos pelos legisladores são apenas alguns dos desafios que se puseram face a face com a ordem jurídica de cada uma das nações civilizadas e democráticas do nosso planeta.

Mestre e advogado criminalista, Walter Arnaud Mascarenhas Jr., no livro *Aspectos Gerais do Risco na Imputação Objetiva*, ensina:

Foi precisamente por intermédio das contribuições de Ulrich, Beck e Niklas Luhmann que, hoje em dia, o que se costuma chamar de sociedade do risco ganhou um acento próprio no estudo do direito penal moderno.

E com o aprofundamento dos aspectos sociológicos da noção de risco, a dogmática jurídico-penal se viu compelida a enfrentar novos desafios que até então o Direito Penal tradicional ainda não havia se apercebido.

As consequências que a modernização dos novos estilos de vida tem operado em relação à necessidade de prevenção e proteção dos bens jurídicos têm demandado uma nova perspectiva de controle social perante os avanços da medicina genética, da cibernética, do progresso industrial e de outros.

Por isso, para Luhmann, a sociedade do risco (*Risikogesellschaft*) é fruto da industrialização que a cada dia promove novos perigos para os cidadãos, gerando um fomento por melhoramento das condições de segurança.

Assim se tem observado um gradual abandono do protótipo de uma sociedade industrial antiga, onde a tutela dos bens jurídicos basicamente se preocupava com a preservação dos bens de natureza eminentemente individual e clássico, como a vida, a saúde, o patrimônio etc., por uma sociedade altamente tecnológica e complexa que não se sente mais amparada pelos tradicionais meios de defesa que o Direito Penal sempre ofereceu. Agora a sociedade se vê vulnerável a novos gêneros de ameaça, de naturezas muitas vezes difusas, de caráter coletivo e que portais razões,

¹² VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento Sistêmico**. O novo paradigma da ciência. 3. ed. Campinas: Papirus. 2003. p. 18-19.

impõem a criação de novos bens jurídicos relacionados ao meio ambiente, ao mercado de capitais, ao processamento de dados etc.¹³

Como bem citado no excerto acima, o sociólogo alemão Ulrich Beck foi um dos grandes responsáveis pelo desenvolvimento e estudo dos conceitos que compõem a noção de “Sociedade de Risco”. A seguir, verifica-se trecho do livro “Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade”:

A indiferença diante dos riscos, de todo modo imperceptíveis, que sempre encontra na superação da carência palpável sua justificação – e, na verdade, tem-na (vide o Terceiro Mundo) -, é o terreno cultural e político no qual os riscos e ameaças *florescem, crescem e frutificam*. Na sobreposição e concorrência entre as situações problemáticas da sociedade de classes, da sociedade industrial e da sociedade de mercado, de um lado, e aquelas da sociedade de risco, de outro, a lógica da produção de riqueza, dadas as relações de poder e os critérios de relevância vigentes, acaba por prevalecer – e *justamente por conta disso prevalece no fim das contas a sociedade de risco*. A evidência da carência ofusca a *percepção* dos riscos; mas, em compensação, apenas sua percepção, e não sua concretude e eficácia: riscos denegados prosperam particularmente bem e rápido. Num certo estágio da produção social, marcado pelo desenvolvimento da indústria química, mas também pelo da tecnologia de reatores, da microeletrônica, da tecnologia genética, a preponderância da lógica e dos conflitos da produção de riquezas, e conseqüentemente da invisibilidade social da sociedade de risco, não chega a ser uma prova da sua inconcretude, e sim o inverso: um motor mesmo de seu surgimento e, portanto, uma prova de sua concretização.¹⁴

Mais adiante, Ulrich Beck disserta a respeito de alguns dos efeitos da maximização dos riscos e do medo:

Quanto mais enfática for a ampliação dos perigos no processo de modernização, quanto mais conspícua for a ameaça aos valores básicos do público geral e quanto mais evidente isto passar a ser na consciência de todos, tanto mais profundamente é abalada, na relação entre economia, política e esfera pública, a estrutura funcional de poder e de competências baseada na divisão do trabalho, e é tanto mais provável que, sob a égide do perigo iminente, responsabilidades sejam redefinidas, competências de atuação centralizadas e todos os pormenores do processo de modernização cobertos por controles e planejamentos burocráticos.¹⁵

Fica, assim, clarividente a problemática singular que deve ser constada no presente estudo. A sociedade, hoje, vive um paradigma dominado pelo excessivo medo e conseqüente anseio por segurança.

¹³ MASCARENHAS JÚNIOR, Water Arnaud. **Aspectos gerais do risco na imputação objetiva**. Porto Alegre: Editora Nuria Fabris, 2008. p. 63-64

¹⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 54

¹⁵ BECK, op. cit. p. 97

O presente trabalho não pretende, de forma alguma, apresentar solução para essas particularidades todas, mas, tão somente, abordar um aspecto da política criminal que emergiu a partir desse novo contexto social e, por fim, elucubrar com o tema proposto.

3.2 O Papel da Mídia e Sua Influência na Criação de um Direito Simbólico

Com o desenvolvimento e a disseminação da internet, os canais de TV e as emissoras de rádio podem não ter mais o mesmo poder de massificação de conteúdo que tinham há algumas décadas atrás, mas, certamente, esses veículos ainda detém grande parcela de audiência e conseguem atingir uma fatia considerável da população. De qualquer forma, rádio e TV não são os únicos meios de comunicação, dividindo o espaço com a mídia impressa e, como mencionado, com a recente e poderosa internet, que chegou para revolucionar a forma como nos comunicamos e interagimos, tanto individualmente quanto com o grande público.

As agências de notícias, diante desse novo cenário, também se adaptaram a essa nova era tecnológica e passaram a fornecer seus serviços por meio de outras plataformas, como portais na internet, e por meio do compartilhamento de informações em redes sociais. Essas agências, via de regra, tendo a informação como seu produto, veiculam e noticiam os fatos da forma que mais chame a atenção de seu público, de seus espectadores. Quanto mais espectadores, mais anunciantes e mais dinheiro para a empresa. Trata-se de uma lógica simples de mercado.

Entretanto, essa fórmula capaz de captar a atenção do público acaba por se traduzir em notícias com caráter extremamente exagerado e sensacionalista, criando uma cultura midiática do espetáculo e do medo.

O crime organizado, por exemplo, de fato, age de forma bastante atuante em todo o território nacional, de forma bem planejada e bastante funcional. Crimes de patrimônio, de tráfico e crimes contra a vida acontecem. Mas a mídia dá um tempero singular a todas essas ocorrências e acaba se tornando mais um fator a alimentar a sensação de impunidade que fomenta toda a revolta social que se verifica e constata em torno do assunto.

Assevera José Paulo Baltazar Junior:

(...) muito se tem publicado, em todo o mundo, nos últimos anos, sobre crime organizado, que tem sido objeto da criminologia, da doutrina penal e processual penal, de documentos internacionais e legislações nacionais, de decisões judiciais, de relatórios policiais, sem falar nas fartas referências das mídias escrita e eletrônica e do grande número de filmes e livros históricos, ficcionais ou semificcionais.¹⁶

Rogério Greco, em sua obra *Direito Penal do Equilíbrio*, introduz seus estudos com pertinente observação referente a influência dos meios de comunicação nessa dinâmica social tão afetada pelo crime, tamanha a relevância dessa temática.

Leciona:

Os meios de comunicação de massa não se cansam de divulgar notícias ligadas, de alguma forma, à criminalidade em nossa sociedade. Jornalistas, atores, apresentadores de televisão e rádio, enfim, todos os comunicadores têm sempre o crime, o criminoso e a vítima como temas de pauta. As discussões travadas são as mais bisonhas e grotescas possíveis. Todos se intitulam especialistas no assunto. A fim de acabar com as práticas criminosas, propõem soluções sempre ligadas à neocriminalização ou a neopenalização, ou seja, as propostas são sempre dirigidas ao aumento das hipóteses típicas ou ao recrudescimento das penas já existentes.¹⁷

De forma bem pontuada, Rogério Greco critica essa força midiática que induz e sugere alterações no sistema penal sem, ao menos, ter o cuidado de fazer as adequadas ponderações e análises, vez que profissionais não qualificados para tal tarefa tem se pronunciado. Jornalistas e apresentadores, comunicadores de uma maneira geral, têm se valido de sua reputação como formadores de opinião para propagar a revolta e exigir das autoridades públicas providências que, no mais das vezes, não são as mais apropriadas.

Essa pressão faz com o poder legislativo se veja obrigado a tomar alguma atitude de forma rápida, vez que a opinião pública já está completamente tomada pela ânsia de ver algo efetivamente sendo feito.

Assim, acabamos todos, isto é, a sociedade em sua totalidade, sendo tutelados por um Direito Penal de emergência, refém de um populismo hiperbólico, o que não é nada saudável e prejudica a conservação de um sistema que deveria ser sólido e confiável, mas, ao invés disso, mostra-se fragilizado e bastante penetrável.

¹⁶ BALTAZAR JUNIOR, 2010, loc. cit. p. 19

¹⁷ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 6. ed. Niterói: Editora Impetus, 2011. p. 1.

Um dos mais importantes nomes do iluminismo penal, Cesare Beccaria, já em 1764, publicou *Dos Delitos e das Penas* e, nessa importantíssima obra de vanguarda, já atestava que: “Felizes são aquelas poucas nações que não esperaram até que a sucessão de vicissitude humanas, do extremo da maldade, fizesse surgir uma transição para o bem, mas que, por leis prudentes, facilitaram o progresso de um para o outro”.¹⁸

Infelizmente, não é isso que enxergamos em nossa pátria. A edição de leis, como mencionado, têm sido feita de forma aligeirada mediante a ocorrência de casos de destaque, o que é ainda pior, vez que a singularidade de um crime envolvendo alguém dotado de prestígio social acaba tendo mais força que a massa de crimes envolvendo o cidadão comum, este, desprovido de todo o prestígio e apelo.

A jornalista Laura Diniz, em matéria publicada no jornal *O Estado de São Paulo*, intitulada *A Lei que Muda no Ritmo das Tragédias*, faz menção à essa exacerbada influência da opinião pública e midiática que atinge o legislativo brasileiro:

Se os empresários Abílio Diniz e Roberto Medina não tivessem sido sequestrados, o Brasil provavelmente não teria a Lei dos Crimes Hediondos. Se Daniela Perez não fosse brutalmente assassinada, o homicídio qualificado poderia não estar no rol desses crimes. Se a imprensa não revelasse a violência policial na Favela Naval, em Diadema (SP), a lei contra a tortura poderia não existir. E assim por diante, com anticoncepcionais de farinha, as mortes de Liana Friedenbach e João Hélio Fernandes, os ataques do Primeiro Comando das Capital (PCC) em São Paulo e tantos outros crimes de interesse nacional. É somente assim, aos trancos, a reboque de grandes tragédias, que se legisla no Brasil em matéria penal.¹⁹

Mais adiante, a jornalista ainda traz opinião profissional sobre o assunto:²⁰

“O Legislador brasileiro, especialmente no que diz respeito à lei penal, é incapaz de pensar em termos de sistema. Sua intervenção é pontual e casuística”, resume o criminalista Cristiano Avila Maronna. Segundo ele, a lei penal no Brasil “não é concebida no contexto de uma reflexão ponderada a respeito do rumo político-criminal mais adequado à nossa realidade, mas sim como fruto do estrépito causado na opinião pública”.

¹⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 1. ed. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Editora Hunter Books, 2012. p. 10.

¹⁹ DINIZ, Laura. **A lei que muda no ritmo das tragédias**. In: Estadão. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,a-lei-que-muda-no-ritmo-das-tragedias,174529>>. Acesso: em 28 ago. 2015.

²⁰ DINIZ, op. cit.

Mediante todo esse poderio e arbítrio que alçou a mídia a um patamar que não é de sua jurisdição, alguns autores tem falado, inclusive, que esta corresponderia a um Quarto Poder, ao lado da tradicional tripartição de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) que faz parte do Estado Democrático de Direito.

O respeitabilíssimo jurista e professor Luiz Flávio Gomes, afirma, de forma absolutamente precisa, que: “De todas as possíveis formas de instrumentalização do Direito Penal (ou seja, de seu uso indevido), duas, desde logo, merecem destaque: a *política* e a levada a cabo pelos *meios de comunicação* (instrumentalização ‘midiática’)”.²¹

A magnitude da questão adquire outros contornos quando ilustrada com exemplos, como os trazidos pelo jurista mencionado supra:²²

1) no final dos anos 80 e começo dos anos 90, em razão da onda de sequestros (do empresário Abílio Diniz, de Roberto Medina – irmão de um parlamentar, na época – etc.) veio a lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/1990), que aumentou penas, criou crimes, cortou direitos e garantias fundamentais, etc.;

2) em dezembro de 1992 a atriz Daniela Perez foi assassinada brutalmente pelo casal Guilherme de Pádua e Paula Thomaz. Daniela era filha da escritora Glória Perez, que fez um movimento nacional pró endurecimento da lei dos crimes hediondos (veio, com isso, a Lei 8.930/1994, que incluiu o homicídio qualificado como crime hediondo);

3) em 1997 a mídia divulgou imagens chocantes de policiais militares agredindo e matando pessoas na Favela Naval (Diadema/SP); a repercussão imediata foi a edição da lei de tortura (Lei 9.455/1997);

4) em 1998 foi a vez da “pílula falsa” (ganhou notoriedade o caso do anticoncepcional Microvlar, que continha farinha, o que não evitou a gravidez de incontáveis mulheres); esse constitui um exemplo marcante não só de Direito Penal midiático como, sobretudo, eleitoreiro. O legislador brasileiro, sob os efeitos do “escândalo dos remédios falsos”, não teve dúvida em reagir imediatamente: elaborou primeiro a Lei 9.677/98, para alterar o marco penal de diversas condutas relacionadas com o tema (a falsificação de remédio agora é sancionada, no mínimo, com dez anos de reclusão. Por meio do mesmo diploma legal, outras condutas não tão graves, como a falsificação de creme para alisar o cabelo, passaram a receber a mesma punição). Depois, publicou-se a Lei 9.695/98, para transformar diversos desses delitos em “hediondos” (o que, desde aquela outra lei, já se pretendia, mas que, por defeito de técnica legislativa não se conseguiu). De forma inédita, a lei foi aprovada em quarenta e oito horas;

5) em novembro de 2003 a estudante Liana Friedenbach e seu namorado Felipe Caffé foram brutalmente assassinados por um grupo de criminosos, sendo que o chefe da quadrilha era um menor (“Champinha”). O Congresso Nacional se mobilizou rapidamente, incontáveis projetos foram apresentados para ampliar ou tornar mais rígida a internação de menores infratores;

6) em maio de 2006 ocorreram os ataques do PCC – Primeiro Comando da Capital, que assassinaram vários policiais. Logo em seguida o Senado

²¹ GOMES, Luiz Flávio. **Mídia e direito penal: em 2009 o “populismo penal” pode explodir**. In: Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI77967,21048-Midia+e+direito+penal+em+2009+o+populismo+penal+pode+explodir>>. Acesso: em 28 ago. 2015.

²² GOMES, op. cit.

aprovou nove projetos de lei, incluindo-se, dentre eles, o RDD – Regime Disciplinar Diferenciado Máximo;²³

7) em fevereiro de 2007 o menor João Hélio Fernandes, de seis anos, foi arrastado e morto, num roubo ocorrido no Rio de Janeiro. Em seguida, a Comissão de Constituição e Justiça – CCJ do Senado aprovou proposta de redução da maioridade penal, porque um dos autores do roubo era menor. Esse projeto está pronto para ir ao plenário e só está aguardando (evidentemente) um outro fato midiático;²⁴

8) em 2008, para tentar coibir a expansão das milícias no Rio de Janeiro, a Câmara dos Deputados aprovou um projeto de lei que altera vários dispositivos do Código Penal, sem nenhuma chance de efeito prático (até porque, para evitar a impunidade, bastaria cumprir a lei vigente). Foi mais uma “legislação penal de emergência”, ou seja, mais uma inovação legislativa apressada, que foi editada para acalmar os ânimos da população (isto é: “mostrar serviço à sociedade”);

9) ainda em 2008, depois da absolvição do fazendeiro Vitalmiro Bastos de Moura, o Congresso Nacional aprovou o fim do protesto por novo júri.

E o rol de alterações legislativas promovidas por influência midiática e popular continua, sendo mais extenso. Temos, por exemplo, o recente caso da edição da Lei 12.737/2012 (também conhecida como Lei Carolina Dieckmann), que traz tipificações relacionadas a crimes de informática. O que motivou a edição de tal diploma foi o envolvimento da mencionada atriz em um caso de vazamento de fotos íntimas obtidas pelo acesso ilegal de hackers ao seu computador pessoal.

Nota-se, com essa coletânea de dados, que o legislador brasileiro acabou liderando os rumos da política criminal nacional instalando uma espécie de Direito Simbólico por meio de uma inflação legislativa desregulada, isto é, procurando mostrar que ele está “atento” as demandas sociais, procura agir prontamente frente à grandes escândalos e até mesmo criminalizando condutas que não são comprovadamente danosas socialmente. Vejamos o ensinamento de Pablo Rodrigo Alflen da Silva quanto ao Direito Penal Simbólico:

(...) caracteriza-se, aliás, pelo fato de que o comportamento que vai ser tipificado não se considera previamente como socialmente inadequado, ao contrário, criminaliza-se para que seja considerado como socialmente desvalorado, ou seja, de acordo com o Direito Penal clássico, as condutas não eram criminalizadas porque se apresentavam como socialmente

²³ Nessa parte, o autor se refere ao Projeto de Lei 7.223/2006 que cria o regime de segurança máxima nos presídios brasileiros. <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=327891>>.

²⁴ À época da elaboração desse artigo, os projetos propondo a redução da maioridade penal ainda não haviam sido levados ao plenário. Entretanto, em 1º de julho de 2015, o projeto original de emenda à Constituição que propõe a redução da maioridade de 18 para 16 anos foi derrotado na Câmara dos Deputados e, de forma polêmica, por meio de uma emenda aglutinava, um texto mais brando do projeto foi aprovado, em primeiro turno, cerca de 24 horas após a rejeição do projeto original. <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/07/entenda-as-diferencas-entre-o-projeto-de-reducao-da-maioridade-penal-aprovado-e-o-rejeitado-4792978.html>>

inadequadas, enquanto, ao contrário, no Direito Penal do risco proíbem-se condutas para que com isso elas se tornem socialmente inadequadas.²⁵

De fato, como visto nos exemplos trazidos por Luiz Flávio Gomes e Laura Diniz, muitos comportamentos não eram considerados socialmente inaceitáveis até que os fatos acontecessem com pessoas de estirpe social. Claramente, legislou-se com o objetivo de colocar em vitrine a atividade legiferante.

A partir das considerações acima, fica claro, então, que mais que a criação de um “inimigo” pelo Direito Penal, assistimos a criação de um inimigo pela mídia, que demoniza seus eleitos sem lhes dar a devida chance de defesa, sejam culpados ou inocentes, condenados ou suspeitos e, ainda, influencia àqueles que deveriam ser blindados as especulações e sensacionais abordagens midiáticas.

3.3 O Brasil Nesse Contexto de Evolução Tecnológica e Social e a Otimização do Crime Organizado

Como dito, todas essas alterações no contexto das relações sociais são universais. Por óbvio, portanto, o Brasil encontra-se inserido nesses novos parâmetros.

A população, de uma forma geral, principalmente as parcelas provenientes das camadas mais humildes que compõem a sociedade, experimentou uma potencialização no seu poder econômico e aquisitivo desde o início dos anos 2000. O progressivo aumento do salário mínimo, a facilitação da obtenção de crédito e a própria difusão e proliferação das tecnologias (que, por isso, tornaram-se mais acessíveis) fizeram com que todos pudessem adquirir equipamento eletrônicos mais modernos e facilitadores da comunicação.

Muito embora o país esteja, atualmente, passando por um momento de recessão econômica, fato é que a população percebeu significativo incremento no que tange a aquisição de bens e essa mudança traz reflexos que repercutem em variadas esferas político-sociais.

²⁵ ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 87.

Infelizmente, toda essa evolução econômica experimentada pela população veio desacompanhada de desenvolvimento em outras áreas, das quais destacam-se: educação e segurança pública.

As escolas públicas continuaram operando sob a precariedade de todo o falho sistema educacional nacional, que não é capaz de garantir o desenvolvimento intelectual e a formação cidadã dos jovens. As famílias, em muitos casos, desprovidas de uma educação financeira e de planejamento adequado, acabaram aproveitando as novas condições e investindo em bens supérfluos ao invés de investir na educação.

O que vemos, então, é um grande contingente de pessoas com acesso à tecnologia e à informação, mas que não sabe usar essas ferramentas de forma a fomentar seu desenvolvimento intelectual ou profissional. Assim, a utilização inadequada da tecnologia (boa parte por conta dos jovens) acaba contribuindo para a disseminação de informações inadequadas e para a propagação de comportamentos danosos, como incitação ao crime, ao uso de drogas e os próprios delitos virtuais em si.

Desta maneira, também, fica claro que o crime se modernizou e se adaptou à nova realidade. E essa nova conjuntura é um desafio para os órgãos de segurança pública que, por sua vez, não são capazes de conter toda a audácia e os recursos criminosos. Um exemplo é a deplorável situação das penitenciárias, que sofrem, dentre tantos outros infortúnios, com a falta de recursos e equipamentos para bloquear a comunicação dos detentos com o mundo exterior. São numerosos os casos de detentos que aplicam golpes de dentro dos estabelecimentos prisionais e que, mesmo reclusos, ainda comandam esquemas de roubos, furtos e tráfico que operam do lado de fora.

Muito embora os agentes penitenciários, na maioria dos casos, tentem realizar um bom trabalho, a infraestrutura que lhes é oferecida não colabora para que a prevenção e a interceptação de dispositivos eletrônicos seja efetiva.

Recentemente, no estado de São Paulo (estado este que há muito tempo vive sob a ameaça de uma das maiores e mais bem estruturadas organizações criminosas do país, qual seja, o PCC – Primeiro Comando da Capital) foi sancionada a Lei 15.552/2014, pelo governador Geraldo Alckmin, que proíbe a revista íntima nas pessoas que visitam os presos, em sua grande maioria mulheres (esposas e mães) que comparecem com frequência, aos finais de semana, nas unidades penitenciárias,

acompanhadas, muitas vezes, de seus filhos e que vem, inclusive, em diversos ônibus fretados, tamanha a quantidade de visitas.

Diz a letra da lei, em seus artigos 2º e 3º:²⁶

Artigo 2º - Para os efeitos desta lei, consideram-se:

I - vetado;

II - visitante: toda pessoa que ingressa em estabelecimento prisional para manter contato direto ou indireto com detento;

III - revista íntima: todo procedimento que obrigue o visitante a:

1 - despir-se;

2 - fazer agachamentos ou dar saltos;

3 - submeter-se a exames clínicos invasivos.

Artigo 3º - Todo visitante que ingressar no estabelecimento prisional será submetido à revista mecânica, a qual deverá ser executada, em local reservado, por meio da utilização de equipamentos capazes de garantir segurança ao estabelecimento prisional, tais como:

I - “scanners” corporais;

II - detectores de metais;

III - aparelhos de raios X;

IV - outras tecnologias que preservem a integridade física, psicológica e moral do visitante revistado.

Como se bem pode verificar, a lei proíbe que se proceda a revista íntima em todos os visitantes das unidades prisionais e determina que a revista seja processada por meio de equipamentos como scanners corporais, aparelhos de raio x e detectores de metais.

Entretanto, o próprio Estado de São Paulo não forneceu os mencionados equipamentos para a totalidade das unidades presentes em seu território, o que compromete ainda mais a já tão fragilizada barreira para que os criminosos não consigam enviar, através das visitas, equipamentos eletrônicos comunicadores para dentro das celas.

Assim, é explícita a clara disparidade de recursos que se denota ao comparar o poder estatal com o poder dos que delinquem. As consequências de todas essas evoluções da modernidade e de todo esse contexto social são sentidas dia após dia pela população em geral, o que fomenta a ânsia por ver algo sendo feito e enseja a revolta que se verifica em relação aos delitos e sua habitualidade.

²⁶ SÃO PAULO. Lei nº 15.552, de 12 de agosto de 2014. Proíbe a revista íntima dos visitantes nos estabelecimentos prisionais e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**. São Paulo, SP, 13 ago. 2014. Disponível em: < <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2014/lei-15552-12.08.2014.html>>. Acesso: em 30 ago. 2015.

A seguir, entretanto, veremos, ainda que superficialmente, uma outra face que essa força do crime organizado criou, polarizando a sociedade ao fazer com que os mais socialmente fragilizados se aliem a sua estrutura e modus operandi.

3.4 Breves Considerações Quanto à Instalação do Crime Organizado

As considerações desenvolvidas nesse tópico, embora bastante breves (vez que a análise aprofundada do crime organizado não é o objetivo do trabalho e demandaria muito mais estudo e especialidade), ilustrarão com um pouco mais de clareza aquilo que é considerado como sendo uma das grandes razões para a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Como visto no encerramento do tópico supra, a sensação de insegurança percebida por boa parte da população faz a mesma clamar por medidas penais mais firmes, crentes de que essa seria a solução.

Entretanto, concomitante à esse desejo de “justiça” demonstrado pela população, é notável também que as organizações criminosas, principalmente nas regiões mais periféricas e marginalizadas, acabam encontrando apoio de habitantes locais que, ao se sentirem ignorados pelas forças estatais que lhe negligenciam o básico, encontram no poder das organizações criminosas um suplemento às suas necessidades mais básicas e, em recompensa, prestam fidelidade para com os criminosos (muito embora seja por meio de coação e medo impostos pelos severos “códigos” de conduta das organizações). Assim, verifica-se o estabelecimento de uma relação de protecionismo e clientelismo que reforça ainda mais a as estruturas sobre as quais se funda mencionadas organizações.

Além disso, o Estado, por meio de agentes e operadores corruptos, têm demonstrado intensa dificuldade em administrar um poder cada vez mais crescente e que, como veremos adiante, não deve ser nem qualificado como paralelo. Os agentes do crime organizado se valem dessa corrupção nas diversas áreas em que a mesma se constata, seja direta ou indiretamente. Valem-se indiretamente quando, como dito, oferecem as proteção e condições básicas de vida àqueles que não as observam garantidas na esfera econômica e estatal. Valem-se diretamente quando encontram, infelizmente, alguns agentes estatais que se corrompem e admitem (por medo ou por ambição) práticas delituosas, se omitindo ou favorecendo as tais.

No seguinte trecho de Silvia Reiko Kawamoto, que se trata da Máfia, é perceptível como o crime se vale desse protecionismo, corrupção e clientelismo ainda hoje tão latentes:

Pautam-se os membros da “Cosa Nostrì” pelas máximas a seguir descritas: somos sempre fortes; a Máfia não esquece nunca; numa sociedade estabelecida no protecionismo, clientelismo e corrupção, a Máfia torna-se legítima e necessária; um homem da Máfia não rouba bancos, apossa-se dos conselhos administrativos; a Máfia não está abaixo, mas inserida no poder; a justiça é para os tolos, se tem amigos e dinheiro, a justiça estará do teu lado; os homens da Máfia são uma necessidade para os políticos, está incrustada no poder político uma pedra no passado de impede o passo? Necessário eliminá-la.²⁷

A gravidade da situação é tanta que os governos têm sido obrigados à adotar uma postura de submissão às vontades criminosas, chegando ao ponto de “negociar” a segurança pública com os líderes dessas verdadeiras empresas. Temos, mais uma vez, o Estado de São Paulo como exemplo dessa situação. Recentemente, o Delegado José Luiz Ramos Cavalcanti admitiu ter havido explícita negociação do governo do Estado de São Paulo com o líder do PCC em 2006, como se confirma no trecho de reportagem de Alexandre Hisayasu para o Estadão à seguir:

Depoimento obtido com exclusividade pelo Estado mostra que representantes da cúpula do governo estadual fizeram um acordo com o chefe do Primeiro Comando da Capital (PCC), Marco Willians Herbas Camacho, o Marcola, para pôr fim à onda de ataques da facção criminosa, em maio de 2006. A reunião foi feita dentro do presídio de segurança máxima de Presidente Bernardes.

A declaração, do delegado José Luiz Ramos Cavalcanti, foi dada durante depoimento em processo judicial que investigou advogadas supostamente ligadas ao crime organizado. Ele foi um dos escolhidos pelo governo para participar do encontro em 2006. Apesar de essa possibilidade ter sido divulgada na época dos atentados, o governo do Estado sempre negou o acordo com o PCC e admitiu apenas que a conversa com Marcola foi uma condição para a rendição da facção.

A proposta do crime organizado foi levada pela advogada Iracema Vasciaveo, então presidente da ONG Nova Ordem, que defendia o direito dos presos e, na época, representava o PCC: se os responsáveis pelo comando dos atentados nas ruas fossem informados de que Marcola estava bem fisicamente, que não havia sido torturado por policiais e que os presos amotinados não seriam agredidos pela Polícia Militar, os ataques seriam encerrados.²⁸

²⁷ KAWAMOTO, Sílvia Reiko. **Breves Apontamentos sobre o Crime Organizado e a Proteção à Testemunha na Itália e nos Estados Unidos**. Revista Justiça Penal 7. São Paulo: Editora RT. p. 414.

²⁸ HISAYASU, Alexandre. **Estado fez acordo com PCC para cessar ataques, diz depoimento**. In: Estadão. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,estado-fez-acordo-com-pcc-para-cessar-ataques-de-2006--mostra-depoimento,1732413>>. Acesso: em 28 ago. 2015.

Assim, atesta-se com veemência o que afirma Guaracy Mingardi em *O Estado e o Crime Organizado*,²⁹ ao afirmar que não mais encontram respaldo fático as afirmações de que as organizações criminosas são paralelas ao poder estatal, vez que estão se cruzando com o Estado de forma quase perpendicular. A autora afirma que esse paralelismo não só não existe como é constatável à medida que se admite a existência de funcionários públicos corruptos e o entrelaçamento entre os poderes de agentes estatais e agentes criminosos. Ou seja, o poderio alcançado pelo crime organizado só foi possível devido a seu desenvolvimento interdependente com setores e agentes estatais.

²⁹ MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o Crime Organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998. p. 64-65.

4 A DOUTRINA FUNCIONALISTA (E FUNCIONALISTA SISTÊMICA) E SUA INFLUÊNCIA NO TEMA

Embora o escopo do presente trabalho não seja delinear pormenorizadamente todo o esforço histórico e filosófico do direito penal, vale reforçar que é fundamental trazer à baila algumas perspectivas históricas e teóricas, em que pese a necessidade de se alicerçar o presente estudo sobre premissas elucidativas claras.

O funcionalismo, enquanto conceito analítico de delito, apresenta-se como uma proposta com viés mais pragmático quando comparado com outras teorias como, por exemplo, o positivismo, o causalismo, o neokantismo e o finalismo, como explica Luiz Flávio Gomes:

Na atualidade os conceitos causais de delito (causal-naturalista e neokantista) encontram-se praticamente abandonados. A admissão do dolo no tipo (como requisito típico) é amplamente aceita e foi conquista do finalismo de Welzel (...). Mas não se aceita a teoria das estruturas ontológicas ou lógico-objetivas de Welzel, que acabaram por não limitar o legislador (como ele imaginava). Desde os anos setenta (do século passado) são as teorias funcionalistas que vêm ganhando terreno.³⁰

O funcionalismo (ou normativismo funcional), com seu pragmatismo, busca limitar o legislador a partir da noção de que o Direito Penal é um subsistema do Direito e deve atuar, como o próprio nome diz, de forma funcional, para que consiga se manter de maneira consistente frente as intempéries que surgem. Segundo Alexandre Rocha Almeida de Moraes:

Trata-se de uma metodologia que, marcada pela preocupação pragmática e tida como reação à excessiva abstração do finalismo, em especial ao seu ontologismo, pretende orientar a dogmática penal segundo as funções político-criminais exercidas pelo Direito Penal, tornando-a funcional ou funcionalizando-a.³¹

São variadas as vertentes do funcionalismo que se desenvolveram no século XX. Elas vão desde concepções mais moderadas, que visam apenas superar a metodologia mais complexa das outras teorias até concepções mais severas e

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio Garcá-Pablos de. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. v. 2. p. 182-183.

³¹ MORAES, 2011, loc. cit. p. 125.

enérgicas, que visam restringir ao máximo as eventuais interferências que venham estorvar o Direito e, mais especificamente, o Direito Penal, operacionalizando de forma prática, funcional. A esse respeito, sintetiza Luiz Flávio Gomes:

O que importa para as correntes funcionalistas é a função do Direito Penal. Para Roxin sua função consiste na proteção de bens jurídicos, de modo fragmentário e subsidiário (contam com grande relevância no Direito Penal os princípios de Política-criminal). De acordo com Jakobs a função do Direito Penal consistiria na proteção da norma penal. Hassemer defende a função garantista o Direito Penal. Zaffaroni, por fim, defende seu papel de contenção (função redutora) do Estado de polícia.³²

De todas essas tendências do funcionalismo, para o estudo do Direito Penal do Inimigo é imperioso analisar com atenção e cautela, ainda que de forma rasa, a vertente do funcionalismo desenvolvida por Günther Joakobs.

4.1 Autopoiese e Funcionalismo Sistêmico

A doutrina do Direito Penal do Inimigo se desenvolve tendo como um de seus principais eixos a teoria funcionalista, mais precisamente o funcionalismo sistêmico, elaborado e potencializado pelo próprio Günther Jakobs que, por sua vez, inspirou-se nos sistemas autopoieticos.

Como já abordado, hoje vivenciamos um momento bastante singular no que tange às relações sociais. A modernidade, o desenvolvimento da tecnologia, os imbrólios econômicos que sucedem em uma crise que assola inúmeros países (e, recentemente, em especial o Brasil), a disparidade social e o aumento da criminalidade são os ingredientes da complexa sociedade do risco em que nos relacionamos.

Sendo um vivaz e astuto observador dessas mudanças que foram se manifestando, o alemão Niklas Luhmann foi um dos mais importantes e representativos sociólogos do século XX, tendo entre seus grandes destaques de produção intelectual a Teoria dos Sistemas Autopoieticos.

Para trabalhar sua tese, Luhmann partiu de estudos biológicos, como nos mostra Regis Prado:

³² GOMES; MOLINA, 2007, loc. cit. p. 183.

O funcionalismo sistêmico tem origem no campo das ciências biológicas, especialmente na biologia molecular, nos anos 70 do século XX, graças aos estudos dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, passando, depois, ao domínio das ciências sociais (sistemas sociais como sistemas autorreferenciais de comunicação), por obra do sociólogo alemão Niklas Luhmann.³³

O sociólogo percebeu que esta tese biológica pode ser adequadamente contextualizada para incrementar e colaborar com o avanço dos estudos sociais.

Em suma, então, essa teoria prega que a sociedade consiste em um sistema composto por diversos outros subsistemas. Esses sistemas e subsistemas, em razão da já mencionada complexidade social, funcionam (ou, ao menos, deveriam funcionar) de forma independente e, também, comunicativa. Sendo assim, a principal base da sociedade consiste na comunicação e não, necessariamente, nas pessoas, nos integrantes do sistema. Confirma Zaffaroni:

Luhmann considera que o ambiente é composto de subsistemas (humanos) cada vez mais diferenciados (fenômeno diverso daquele que ocorreria nas sociedades primitivas, tese originária de Dirckheim), mas ao mesmo tempo mais necessitados de dependência. O progresso aumentaria a incompatibilidade e a dependência entre os seres humanos, exigindo uma permanente reelaboração do sistema para manter seu equilíbrio diante da crescente complexidade social.³⁴

Para Luhmann, no Direito essa comunicação se estabelece tendo como referência um código que deve ser sempre observado, qual seja, análise de lícito/ilícito ou legal/ilegal. No Direito tudo estaria vinculado à essa observação, a esse parâmetro comunicativo, onde se verificaria a validade, ou não, de determinado fato. Este é, então, o paradigma de auto referência do sistema do Direito.

A sistematização e o delineamento desse código fica a cargo da legislação de determinado local, isto é, de sua Constituição Federal e suas variadas leis, como Código Civil, Código Penal, etc.

Com fulcro nessa sistematização de tudo aquilo que é considerado legal ou ilegal pelo Direito é que são construídas as expectativas de uma sociedade. Ou seja, as expectativas são fruto de tudo aquilo quanto é permitido ou proibido pela lei.

³³ PRADO, 2011, loc. cit. p. 123.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 623-625.

Nas palavras do próprio Luhmann, o Direito “é um sistema especializado na generalização congruente de expectativas normativas”.³⁵

Desta feita, quando um indivíduo age de forma contrária a lei, de forma oposta aquilo que está determinado pelo legislador, ele está contrariando as expectativas da sociedade, o que põe em cheque a validade do sistema e o desequilibra. Ao Direito (e as penas) cabe a função de assegurar a obediência às expectativas.

Nesse sentido de recompor e reedificar o equilíbrio e a ordem social o Direito não deveria agir senão por meio da análise exclusiva desse código binário lícito/ilícito, caso contrário, se tomar caminhos alternativos, estaria tomando para si funções que lhe são alheias e as quais o próprio Direito, enquanto sistema fechado, não teria condições de satisfazer adequadamente.

Todavia, é o que tem acontecido com certa frequência. Vê-se, em diversos casos, o Poder Judiciário atuando e tentando resolver os problemas de setores que são de responsabilidade da administração pública. Assim, criam-se errôneas expectativas sobre a função do Direito e, vez que este é um sistema que, obviamente, não pode resolver tudo, as frustrações acabam se excedendo.

Em linhas gerais, Alexandre Rocha Almeida de Moraes sintetiza bem este raciocínio de restrição às expectativas que devem ser alçadas ao Direito:

Aí está, pois, uma importante virtude da Teoria que, delimitando os sistemas, aclara para o intérprete do Direito a função do sistema jurídico. De outra parte, limitam-se as frustrações, aclarando-se uma reivindicação racional, pois, os efetivos responsáveis passam a ser cobrados, evidenciando-se quais os sistemas estão aptos a processar determinadas demandas.³⁶

E é com base nessas balizas e contornos que Günther Jakobs construiu a teoria do Funcionalismo Sistêmico, também conhecido como funcionalismo radical.

Para o funcionalismo sistêmico, a proteção de bens jurídicos, muitas vezes efêmeros, não deve ser o principal foco da ciência penal. O que deve ser efetivamente protegido é a norma penal que, por sua vez, já protege os bens jurídicos. Logo, se há a violação de uma norma, há a violação do bem jurídico. Buscar a proteção do bem jurídico, de acordo com esse raciocínio sistêmico, seria não atuar na raiz do problema e deixá-lo ainda apto a trazer mais prejuízos. De outra forma,

³⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. V. 75.

³⁶ MORAES, 2011, loc. cit. p. 97.

proteger a norma penal seria mais eficaz e resguardaria, invariavelmente, o bem jurídico.

Em seu livro *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional*, Günther Jakobs discorre sobre a necessidade de efetiva proteção das normas:

Por que a configuração da identidade normativa que realiza o Direito Penal resolve um problema social? Porque a constituição da sociedade (do mesmo modo que a de pessoas ou inclusive de sujeitos) tem lugar por meio de normas. Tentarei explicar essa ideia em poucas palavras. A sociedade é a construção de um contexto de comunicação que em todo caso poderia estar configurado de modo diverso de como está configurado no caso concreto (de outro modo, não se trataria de uma construção). Visto que se trata da configuração, e não da constatação de um estado, a identidade da sociedade se determina por meio das regras de configuração, vale dizer, por meio de normas, e não por determinados estados ou bens (...).³⁷

E a seguir, Jakobs continua o seu raciocínio, desta vez, acerca do caráter da pena:

Desde o fim do Direito Natural, a pena já não se impõe a sujeitos irracionais, mas a sujeitos refratários. A sanção contradiz o projeto do mundo do infrator da norma: esta afirma a não vigência da norma para o caso em questão, mas a sanção confirma que essa afirmação é irrelevante.³⁸

Para arrematar essa breve análise de duas das mais importantes vertentes doutrinárias que alicerçam o Direito Penal do Inimigo, sintetiza Moraes:

Trata-se, como se vê, de uma corrente doutrinária que atribui ao Direito Penal a função de estabilização da sociedade e que individualiza o fenômeno delitivo como uma disfunção social. É justamente o setor mais radical desse funcionalismo, segundo Hassemer, que defende a ideia de acordo com a qual o Direito Penal protege exclusivamente a vigência das normas, e que danoso socialmente não é o fato que ofende o bem jurídico, senão o que contraria a validade da norma.³⁹

A partir de todo o exposto pode-se passar, então, para uma análise mais apropriada e contextualizada da Terceira Velocidade do Direito Penal ou Direito Penal do Inimigo, como veremos adiante.

³⁷ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Editora Manole, 2003. p. 10-11.

³⁸ JAKOBS, op. cit. p. 13.

³⁹ MORAES, 2011, loc. cit. p. 132-133.

5 A TEORIA DAS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL SEGUNDO JESÚS-MARIA SILVA SÁNCHEZ

A teoria das velocidades do Direito Penal tem como grande precursor o professor e respeitabilíssimo penalista Jesús-María Silva Sánchez, que defende a ideia de que o Direito Penal possui “marchas” para a sua aplicação, sendo um direito mais precavido e preservado em determinados momentos, ao passo que, em outras situações, pode ser um direito mais célere e menos observador de determinadas prerrogativas vigentes.

A Primeira Velocidade do Direito Penal (ou também denominada Direito Penal Nuclear) constitui aquela em que são obedecidas e verificadas todas as prerrogativas e direitos penais e processuais penais inerentes aos cidadãos pertencentes a um estado democrático de direito. Dessa forma, há a integralidade do cumprimento de princípios como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório. A Constituição é plenamente respeitada aqui. Àquele que é objeto da persecução penal do Estado são destinados todos os meios de defesa possíveis, já que aqui o que se objetiva é a pena restritiva de liberdade. Portanto, tem-se que para a aplicação de uma pena mais dura, são necessárias a aplicação de todas as faculdades disponíveis em direito para que o acusado se defenda e não seja vítima de eventual arbítrio ou exagero. Manuel Cancio Meliá aborda essa divisão em seu *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*, escrito em parceria com Günther Jakobs:

(...) a primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõe penas privativas de liberdade, e no qual, segundo Silva Sánchez, devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade seria constituída por aquelas infrações em que, ao impor-se só penas pecuniárias ou restritivas de direito – tratando-se de figuras delitivas de cunho novo -, caberia flexibilizar de modo proporcional esses princípios e regras clássicos a menor gravidade das sanções.⁴⁰

A Segunda Velocidade do Direito Penal (também conhecida como Direito Penal Moderno), portanto, se caracteriza por ser mais flexível em relação à concessão de garantias ao acusado. Como visto, essa maior flexibilização vem acompanhada da aplicação de sanções mais brandas, isto é, distintas das mais

⁴⁰ JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 92.

severas penas privativas de liberdade. Isto posto, devido ao caráter menos detalhado e garantista do caminho percorrido até essa forma de punição (menos severa) é que essa velocidade seria mais célere, sendo distinta da primeira.

Para melhor esclarecer essa segunda velocidade, seguem as palavras do respeitabilíssimo professor da Universidade Pompeu Fabra:

Seria razoável que em um Direito Penal mais distante do núcleo do criminal e no qual se impusessem penas mais próximas das sanções administrativas (privativas de direitos, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas) se flexibilizassem os critérios de imputação e as garantias político-criminais. A característica essencial de tal setor continuaria sendo a judicialização (e a conseqüente imparcialidade máxima), da mesma forma que a manutenção do significado “penal” dos ilícitos e das sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena de prisão.⁴¹

Fica evidente, também, a intenção do autor em deixar clara a necessidade da manutenção do caráter “penal”, mesmo nas sanções distintas das penas de prisão.

O que tem se observado na atualidade é um destaque dessa segunda velocidade do Direito Penal como forma de promover, justamente, a celeridade dos processos criminais envolvendo crimes de proporções consideradas pouco ofensivas ou lesivas. Entretanto, o uso dessas penas restritivas de direitos, o uso desse direito penal mais “leve”, tem ensejado, no longo prazo, a legitimação de uma sociedade descrente nas leis penais, amedrontada e que acaba clamando por um Direito Penal mais severo.

Ralf Dahrendorf, respeitabilíssimo estudioso alemão, adotava uma postura bastante tenaz em relação à essa flexibilização dos métodos de punição, mas que é de pertinente menção:

Uma teoria penal que abomina a detenção a ponto de substituí-la totalmente por multas e trabalho útil, por “restrições ao padrão de vida”, não só contém um erro intelectual, pois confunde lei e economia, como também está socialmente errada. Ela sacrifica a sociedade pelo indivíduo. Isso pode soar a alguns como incapaz de sofrer objeções, até mesmo desejável. Mas também significa que uma tal abordagem sacrifica certas oportunidades de liberdade em nome de ganhos pessoais incertos. Ser gentil com infratores poderá trazer à tona a sociabilidade escondida em alguns deles. Mas será um desestímulo para muitos, que estão longe do palco criminoso, de

⁴¹ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 145.

contribuir para o processo perene de liberdade, que consiste na sustentação e na modelagem das instituições criadas pelos homens.⁴²

Como se pôde notar, referido autor considera, de forma contundente, que a excessiva mitigação de aplicação das tradicionais consequências atinentes a violação das leis penais desprestigia a sociedade em detrimento de benefícios subjetivos individuais que podem nunca ser alcançados. Nesse diapasão, portanto, entende o autor que a segunda velocidade estaria fomentando uma “aposta” na incerta “gratidão” e recuperação de um criminoso por meio do desabono da sociedade, esta sim, devendo ser preservada com todas as certezas.

No Brasil, a Lei dos Juizados Especiais Criminais é um dos grandes expoentes da influência dessa dita segunda velocidade do Direito Penal, vez que surgiu como maneira de regulamentar formas alternativas de punição à crimes considerados de pequena lesividade aos bens jurídicos. No entanto, boa parte dos estudiosos, doutrinadores e operadores do direito que concordam e defendem essas modalidades mais alternativas e céleres de manejo processual (modalidades essas que suprimem direitos fundamentais de defesa e processo legal) são os mesmos que recusam a constatação de existência de um Direito Penal do Inimigo que já está se infiltrando no ordenamento jurídico e rechaçam a delineação proposta por Jakobs. Como Almeida de Moraes elucida:

(...) este tipo de legislação, ao menos no caso brasileiro, parece ter legitimado, na prática, a banalização da própria tipificação das infrações sujeitas ao procedimento célere, haja vista que hoje é mais fácil lavrar um termo circunstanciado e encaminhar os envolvidos ao Poder Judiciário do que aquilatar se, efetivamente, houve infração penal que justifique a continuidade da persecução. Aqui vale o dito popular: ‘na prática, a teoria é outra’.

Esse tipo de legislação, enaltecido por muitos daqueles que acidamente criticam um modelo de ‘Direito Penal do inimigo’, não teria contribuído para legitimar e institucionalizar um modelo de Direito Penal que flexibilizasse garantias penais e processuais? Por outro lado, se é certo que tais características, tanto no Direito material, quanto no processual, estão presentes na legislação do Ocidente, como seria possível o enfrentamento da criminalidade econômica, organizada e terrorista, com parâmetros exclusivamente liberais clássicos?⁴³

Essa crítica mostra que o estabelecimento da segunda velocidade do direito penal no ordenamento jurídico brasileiro não padeceu de tantas objeções.

⁴² DAHRENDORF, Ralf. **A Lei e a Ordem**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997. p. 109

⁴³ MORAES, 2011, loc. cit. p. 206.

Como arremata Moraes,⁴⁴ o legislador, no anseio de promover a celeridade para agilizar o sistema penal, acabou relativizando e flexibilizando direitos fundamentais de tamanha forma que, até mesmo alguns tipos foram afetados para que se coadunassem com penas mais brandas, de modo que fatos que não eram graves e não receberiam duras penas como sanção passaram a ser considerados lesivos o bastante para, pelo menos, ensejar a lavratura de um termo circunstanciado, o qual guiará à penas restritivas de direito sem a observância plena do devido processo, da ampla defesa, etc. Assim, infelizmente, pode-se dizer que, de certa forma, ocorreu uma banalização tanto dos tipos que abrangem fatos pouco lesivos, quanto de suas respectivas penas.

Vejamos, então, como a interseção entre os conceitos de primeira e segunda velocidades aqui analisados forma aquilo que vem sendo chamado de Terceira Velocidade.

⁴⁴ MORAES, 2011, loc. cit. p. 230.

6 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E SUA RELAÇÃO COM A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL

A tese supra apresentada das velocidades do direito penal parte da premissa de que o que viabiliza a flexibilização das garantias fundamentais é, justamente, a aplicação de sanções mais brandas, menos ofensivas a liberdade daquele que cometeu determinado ilícito penal.

Assim, as penas mais comedidas podem ser aplicadas por meio de um processo mais célere e menos observador de todas as nuances garantistas, ao passo que às penas mais severas caberá o processo mais pormenorizado.

A Terceira Velocidade do Direito Penal, por sua vez, caracteriza-se como uma forma de hibridização das duas primeiras velocidades. Prega-se, assim, a aplicação de penas restritivas de liberdade, penas mais severas (característica da Primeira Velocidade), entretanto, por meio de mecanismos mais flexíveis de aplicação da lei penal, isto é, por meio de um processo menos rigoroso quanto a obediência das garantias.

Diz a notável doutrina de Alexandre Rocha Almeida de Moraes:

Surge com a Teoria do “Direito Penal do Inimigo”, o conceito de *terceira velocidade* do Direito Penal. O modelo clássico (pena de prisão e garantias penais e processuais clássicas) já dera espaço ao Direito de *segunda velocidade* (mitigação da pena privativa de liberdade e alternativa à pena de prisão, ainda que a custo do devido processo legal) e agora assiste ao surgimento teórico do que antes já impregnava as legislações, ou seja, de um Direito de *terceira velocidade*, em que se conjugam a flexibilização de garantias penais e processuais e a pena privativa de liberdade.⁴⁵

Essa Terceira Velocidade, portanto, corresponde, em linhas gerais, àquilo que preleciona a teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs, sendo fruto das construções doutrinárias atinentes a essa tese.

6.1 O Direito Penal do Inimigo em Si

O desenvolvimento das nações civilizadas nas últimas décadas, como visto, irrompeu concomitantemente com a extraordinária evolução tecnológica

⁴⁵ MORAES, 2011, loc. cit. p. 33.

conquistada pelas ciências. As distancias foram diminuídas e os indivíduos, ainda que distantes, aproximaram-se.

Vale repisar que essa onda de progresso experimentada pelas sociedades ao redor do mundo permitiu que ocorresse o fenômeno da globalização. Não há, portanto, mais limites para a comunicação humana. Com a difusão das tecnologias de rádio, televisão, satélites e, mais recentemente, a internet, todos passaram a ter acesso praticamente instantâneo a informação.

Entretanto, essa informação geralmente está atrelada ao acontecimento de fatos ruins, fatos que configuram ameaças e violações de direitos dos cidadãos, tais como notícias de furtos, assaltos, assassinatos, dentre tantas outras mazelas associadas ao modelo de organização sócio econômica moderno.

Esse cenário de transtorno e perturbação da ordem se mostra ainda mais alarmante quando analisamos o contexto brasileiro de forma isolada, onde a ocorrência de crimes tornou-se algo usual e cotidiano. O mercado de drogas, como causa e razão maior de todos os delitos, é responsável pelo financiamento descomedido das forças do crime organizado que vem se estabelecido dia após dia.

Diante dessa conjuntura do risco, bem distinta da verificada na sociedade há décadas atrás, como bem assinala Alexandre Rocha Almeida de Moraes,⁴⁶ a grande dúvida que se instala, portanto, é em relação à capacidade de o Direito Penal vigente suprir as demandas dessa pós-modernidade. O surgimento de novos tipos de delito, os crimes virtuais, a articulação meticulosa das organizações criminosas, o crescimento desproporcional da demanda penal frente a estrutura organizacional do Estado dentre outras incógnitas são alguns dos quesitos que incendeiam esse debate acerca da eficácia (ou não) do nosso Direito Penal tradicional.

Foi observando essas nuances que começaram a se delinear e se destacar que Günther Jakobs, em 1985, começou a desenvolver sua tese de Direito Penal do Inimigo.

Referida teoria constrói-se, como visto, sedimentada em conceitos elaborados já há bastante tempo, como a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhman (que prega que, nas sociedades, a ordem jurídica é uma representação das expectativas da sociedade), a noção de pena fornecida por Hegel (segundo a qual os delitos são

⁴⁶ MORAES, 2011, loc. cit. p. 40.

negações das normas e as penas, por sua vez, constituem negação dessa negação), elaborações acerca dos cidadãos por Kant, Rousseau e Hobbes, dentre outras construções filosóficas e doutrinárias.

Sobretudo, o raciocínio do Direito Penal do Inimigo pauta-se grandemente na tese do Funcionalismo Sistemico (Prevenção Geral Positiva) construída pelo próprio Günther Jakobs. Sendo assim, como bem assinala Moraes,⁴⁷ Günther Jakobs enxerga que a sociedade tal como é não se alicerça sobre bens jurídicos pré-constituídos, tais como a propriedade de um bem, por exemplo, mas sim sobre normas de conduta, isto é, sobre o ordenamento jurídico.

É nesse sentido, portanto, que Jakobs trabalha sua argumentação. Ele defende que o direito penal deve atuar no sentido de se reafirmar, isto é, no sentido de confirmar a aplicação da ordem normativa vigente, garantindo a validade das normas.

Na concepção de Jakobs – funcionalista extrema ou radical – a ação aparece como parte da teoria da imputação (conduta do agente/infração à norma/culpabilidade) que, por sua vez, deriva da função da pena. Primeiro deve-se estabelecer quem deve ser punido por contrariar a estabilidade normativa: o agente é punido porque agiu de modo contrário à norma e de forma culpável. Para os funcionalistas, a imposição da pena terá, assim, o caráter de reestabilizar a norma, uma vez que sua função é justamente garantir essas expectativas. A pena terá a função de garantir a norma e, conseqüentemente, assegurar por via indireta essa expectativa.⁴⁸

Tendo em vista toda essa concepção a respeito do bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal é que Jakobs tenta vislumbrar quem seriam os verdadeiros inimigos do Estado.

Não sendo esta uma diferenciação particularmente simples, o autor alemão parte dos estudos e reflexões acerca dos entendimentos de filósofos e sociólogos contratualistas, como Jean-Jacques Rousseau, Johan Gottlieb Fichte, além de Thomas Hobbes e Immanuel Kant. De forma sintética:

Para Rousseau e Fichte, todo delinquente é, *de per se*, um inimigo; para Hobbes, ao menos o réu de alta traição assim o é. Kant, que fez uso do modelo contratual como ideia reguladora na fundamentação e na limitação do poder do Estado, situa o problema na passagem do estado de natureza (fictício) ao estado estatal. Na concepção de Kant toda pessoa está

⁴⁷ MORAES, 2011, loc. cit. p. 131.

⁴⁸ MORAES, 2011, loc. cit. p. 134.

autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã.⁴⁹

Dessas observações, Jakobs pondera as posições dos mencionados filósofos para determinar aquilo que considera ser o mais sensato em seu ponto de vista no que tange à essa “divisão” entre cidadãos e inimigos, não sendo tão radical a ponto de considerar inimigos do estado aqueles criminosos que violam as regras singularmente. Assim, ao sopesar os pareceres dos estudiosos quanto ao tema, Jakobs afirma:

Não quero seguir a concepção de Rousseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro lado, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.⁵⁰

Para o professor de Bonn, devem se enquadrar no conceito de inimigo aqueles indivíduos que cometem seus crimes por princípio, isto é, por opção consciente e, dessa forma, optam pela reiteração de suas condutas delitivas e ofensivas do conjunto normativo construído pela comunidade em que estão inseridos, sem oferecer nenhuma salvaguarda no sentido de que não voltarão a cometer ilícitos. Já aqueles que obedecem a vigência normativa e, por um deslize, um descuido, cometem algum tipo de delito, ainda seriam considerados como cidadãos, como pessoas, tendo não apenas o direito de permanecer fazendo parte do meio social, mas também o dever de, se reintegrando, arcar com suas responsabilidades na reconstituição do *status quo ante* ao delito praticado.

Nas palavras do próprio Jakobs, em *Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal*, o conceito de inimigo está mais relacionado à seguinte noção:

(...) o não-alinhado é um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento (criminoso grave) ou em sua ocupação profissional (criminosa e grave) ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização (criminoso), vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandona o direito e, por conseguinte, não

⁴⁹ JAKOBS; MELIÁ, 2012, loc. cit. p. 26-27.

⁵⁰ JAKOBS; MELIÁ, 2012, loc. cit. p. 25-26.

garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta.⁵¹

Portanto, o “não cidadão” será aquele que encontra no crime e na desobediência às normas uma forma de levar sua vida, o não cidadão será aquele que atribui uma caráter “profissional” aos seus crimes ou que, ainda que de forma não reiterada, pratique atos de extrema gravidade.

Em sua obra *Fundamentos do Direito Penal*, Günther Jakobs também aborda essa questão de classificação dos autores de determinados tipos de delito como inimigos:

Para a definição do autor como inimigo do bem jurídico, segundo a qual poderiam ser combatidos já os mais prematuros sinais de perigo, embora isso possa não ser oportuno no caso concreto, deve-se contrapor aqui uma definição do autor como cidadão. O autor não somente deve ser considerado como potencialmente perigoso para os bens da vítima, como deve ser definido também, de antemão, por seu direito a uma esfera isenta de controle; e será mostrado que do *status* do cidadão podem se derivar limites, até certo ponto firmes, para as antecipações de punibilidade.⁵²

Isto posto, fica evidenciada a intenção de Jakobs, qual seja, a de propor um sistema penal mais rigoroso e menos garantista aos inimigos, de modo que essa rigidez não “contamine” o sistema penal ora vigente. Para o professor alemão, a constatação de que está havendo uma miscelânea de um Direito Penal voltado aos inimigos em meio ao Direito Penal geral é algo grave e que deve ser evitado.

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

(...) Por outro lado, entretanto, em princípio, nem todo delinquente 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.⁵³

Assim, o que Jakobs pretende é a criação de um Direito Penal do Inimigo à par de um Direito Penal do Cidadão, ainda que o próprio autor reconheça que essa

⁵¹ JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. v. 1. p. 57.

⁵² JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 111.

⁵³ JAKOBS; MELIÁ, 2012, loc. cit. p. 40-41.

divisão entre cidadão e inimigo seja bastante tênue na sociedade, como se verifica em *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*, ao explicar que

Quando no presente texto se faz referência ao Direito penal do cidadão e ao Direito penal do inimigo, isso no sentido de dois tipos ideais que dificilmente aparecerão transladados à realidade de modo puro: inclusive no processamento de um fato delitivo cotidiano que provoca um pouco mais que tédio – Direito penal do cidadão – se misturará ao menos uma leve defesa frente a riscos futuros – Direito penal do inimigo -, e inclusive o terrorista mais afastado da esfera cidadã é tratado, ao menos formalmente, como pessoa, ao lhe ser concedido no processo penal os direitos de um acusado cidadão. Por conseguinte, não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois pólos de *um só* mundo ou de mostrar duas tendências opostas em *um só* contexto jurídico-penal.⁵⁴

Esse Direito Penal do inimigo difere do Direito Penal do cidadão em alguns pontos bastante cruciais quando em comparação com as prerrogativas e sistemáticas do Direito Penal tradicional vigente. Notoriamente, as principais características residem em:⁵⁵ um adiantamento da punição, isto é, a adoção de postura de prospecção, punindo atos preparatórios, meras condutas; a cominação de penas mais altas de forma desproporcional (aqui se verifica bem o caráter misto dessa Terceira Velocidade em relação a Primeira e a Segunda velocidades do Direito penal); e a mitigação de garantias processuais.

É em face dessas características gerais que são desferidas as críticas mais abarroadas.

A punição pelo perigo e não pela lesão é bastante criticada sob a alegação de que se estaria assumindo, assim, um Direito Penal do Autor e não mais do fato.

A desproporcionalidade e, principalmente, a mitigação de garantias e prerrogativas processuais iriam de encontro e se chocariam com os preceitos estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito e, no caso do Brasil, mais precisamente, com a Constituição Federal de 1988.

O Direito Penal do inimigo, também estaria respaldando uma forma de Direito Simbólico, isto é, um direito que se projeta com o objetivo de se mostrar “atuante” e “eficaz” mesmo que não seja criado e aplicado de forma raciocinada, mas apenas com o objetivo de promover respostas incidentais para eventuais impasses. Tal crítica, já se pode dizer, não prospera, vez que Günther Jakobs enxerga

⁵⁴ JAKOBS; MELIÁ, 2012, loc. cit. p. 21.

⁵⁵ JAKOBS; MELIÁ, 2012, loc. cit. p. 90.

justamente nesse simbolismo excessivo a necessidade de se livrar o Direito Penal geral desses inconvenientes gerados pela sensação de risco que estimula, como já dito capítulos acima, a inflação legislativa.

Ciente do caráter polêmico inerente a defesa da divisão do Direito Penal em dois ramos bastante distintos, Jakobs procura deixar claro que sua intenção não é corroborar um sistema de violação de direitos humanos. O que se deseja com o Direito Penal do Inimigo é, justamente, tentar garantir a existência de um direito penal mais “puro” para os cidadãos em geral, protegendo-o da contaminação por noções de flexibilização de garantias, de modo a assegurar um direito e um processo penal completos em termos de preservação de direitos fundamentais processuais, tendo em vista, inclusive, aqueles criminosos e delinquentes ocasionais. E, reitera-se, ainda com o objetivo de assegurar os direitos fundamentais da sociedade como um todo, a divisão seria importante de modo a oferecer alternativas de coação mais enérgicas e céleres àqueles que comprometem a segurança dos demais e afrontam o poder do Estado de modo contundente. Explica Jakobs:

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 por seu nome: Direito Penal do Inimigo.⁵⁶

Logo, de fato, as garantias devem ser preservadas e o respeito aos direitos fundamentais devem ser observados. Entretanto, se essas máximas devem ser aplicadas aos delinquentes, elas também devem, com mais certeza e intensidade, ser garantidas aos cidadãos comuns que tem seus próprios direitos fundamentais violados.

Mesmo diante das críticas, já se observa a aplicação dessa modalidade de direito nas legislações, que guardam relação e trazem nuances dessa teoria. No Brasil mesmo, já se observa essa influência na legislação na Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.078/90), Lei de Drogas (Lei 11.343/06), Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95), Lei do Abate (Lei 7.565/86), dentre outras.

Assim, a realidade tem mostrado ser inelutável que a influência penetre nas legislações (de forma emergencial, em virtude do constante risco a que estamos

⁵⁶ JAKOBS; MELIÁ, 2012, loc. cit. p. 46.

submetidos, como visto supra), uma vez que as demandas penais tem obrigado a adoção de medidas mais alarmantes.

Da mesma forma que as críticas ao Direito Penal do Inimigo têm seu espaço e suas preocupações em relevantes aspectos, principalmente no que diz respeito a defesa de uma sociedade democrática, o Direito Penal do Inimigo também encontra sua razão quando oferece uma forma diferente e organizada de aplicação de um direito mais duro, vez que também é inegável que o Direito tradicional não mais consegue administrar necessidades da atualidade.

7 A DOCTRINA DO INIMIGO FACE AO GARANTISMO

O garantismo constitucional, os princípios e direitos fundamentais e direitos humanos, enfim, todas essas vertentes influem no modo como o Direito Penal do Inimigo é abordado e criticado. Assim, a seguir serão expostos alguns esclarecimentos sobre como a Constituição brasileira adquiriu seus atuais contornos, quais os problemas dessa exacerbada percepção social e como a doutrina do Direito Penal do Inimigo reage frente à isso.

7.1 A Constituição Federal Brasileira e a Problemática do Garantismo Exacerbado

O Brasil passou por um intenso e controverso período de Ditadura Militar entre os idos de 1964 à 1985. Muito embora o debate acerca dos acontecimentos desse capítulo da história nacional seja acalorado, fato é que, independentemente de qualquer intenção que pudesse motivar os atos praticados, nada pode justificar a tortura e a vilania frente à diferenças ideológicas.

Após essa fase, passamos por um período de redemocratização e elaboração da nova constituinte. A Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova forma de organização jurídica e social e consagrou novos objetivos a serem alcançados, tanto pelo próprio Estado quanto por seus membros. Para compreender melhor, ainda que este não seja o objeto de estudo, vale analisar o conceito (ou conceitos) de Constituição.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, em seu Curso de Direito Constitucional, vislumbram que a Constituição possui conceitos atrelados à alguns sentidos, quais sejam, sentidos político, sociológico, formal, jurídico e de abertura constitucional. Desses, em síntese, os conceitos observados nesses sentidos afirmam, basicamente, que a constituição é “algo que emana de um ato de poder soberano”⁵⁷, deve ser estabelecida em observância e delimitação com a realidade do ambiente,⁵⁸ situando-se em posição hierarquicamente superior à das demais normas do ordenamento jurídico. A definição do sentido jurídico é bastante esclarecedora:

⁵⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2012. p. 30.

⁵⁸ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, op. cit.

(...) podemos definir Constituição como a organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional.⁵⁹

A Constituição é composta, ainda, de regras e princípios (cuja distinção será verificada mais adiante) que procuram nortear, orientar, todos esses objetivos.

No momento da elaboração de nossa constituinte, ainda estávamos bastante impressionados com os recentes acontecimentos de abuso oriundos da ditadura. Assim, a Constituição Federal brasileira, já em seus primeiros acordos, explicita sua preocupação em construir-se sobre alicerces humanos e garantistas.

Nesse sentido, de nossa Carta Política de direitos podem ser extraídas, tanto expressa quanto implicitamente, diversas normas, regras e princípios que objetivam prestigiar um princípio maior, qual seja, o princípio da humanidade, da dignidade da pessoa humana (artigo 1, inciso III, Constituição Federal).

Houve uma grande mudança no que tange às funções estatais e ao modo de participação do Estado na vida dos cidadãos. O Estado que antes deveria não interferir, com posturas negativas, passou a ser um Estado de posturas positivas, para que se realizem todos os direitos e garantias sociais previstos na carta magna. Assim, se desenvolveu uma constituição com enfoque no direito social, como explicam David Araújo e Vidal Serrano:

Este modelo constitucional seria derivado da consagração do Estado de bem-estar social. Nele, o papel do Estado sofre uma profunda ressignificação, deixando o caráter de mero garantidor das liberdades individuais para assumir um papel mais ativo, quer no que tange a uma presença normativo-reguladora na economia, quer no que se refere ao desempenho de uma função prestacional em matéria social.⁶⁰

No próprio preâmbulo da Constituição Federal encontram-se previstas essas intenções pelos legisladores:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia

⁵⁹ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2012, loc. cit. p. 31.

⁶⁰ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2012, loc. cit. p. 33.

social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.⁶¹

Um dos mais importantes filósofos e juristas brasileiros, Miguel Reale faz pertinente observação quanto a esse estado democrático de Direito suplantado pela constituição. Nas palavras do doutrinador e estudioso:

Poder-se-á acrescentar que o adjetivo “Democrático” pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade. “Estado Democrático de Direito”, nessa linha de pensamento, equivaleria, em última análise a “Estado de Direito e de Justiça Social”. A meu ver, esse é o espírito da Constituição de 1988 (...).⁶²

Esse tipo de entendimento quanto ao Estado Democrático de Direito encontra respaldo também na doutrina de Lenio Luiz Streck, que verifica a intenção constitucional de se superar um estado capitalista tradicional na tentativa de se instituir e aprimorar um Estado com viés social mais intenso:

(...) é o novo modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivelmente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdade e liberdade.⁶³

É irrefutável, portanto, que a Constituição Federal colocou o Estado numa posição ativa de garantidor da saúde, educação, moradia, segurança, enfim, tantos direitos que não é difícil perceber que, na realidade fática, criaram-se expectativas que estão sendo frustradas dia após dia.

A realidade política e administrativa do país, no decorrer dos anos (e isso desde outubro de 1988, quando foi promulgada a Constituição de 1988) inviabilizou a efetividade da realização de todos esses direitos.

E não é de se espantar que o Estado brasileiro não tenha capacidade para cumprir tudo o que foi proposto. Poucos Estados teriam essa capacidade.

⁶¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

⁶² REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 2.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 5. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004. p. 39.

Obviamente, é de conhecimento geral que a corrupção que permeia as esferas de poder corresponde a um dos grandes obstáculos que se colocam frente à execução de todo o proposto, mas a consagração por si só dessas garantias todas, em um Estado com as dimensões continentais e populacionais do Brasil, já representa uma proeza.

À esse respeito, Bruno Garschagen mestre em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade Católica Portuguesa e Universidade de Oxford, tem uma opinião bastante relevante. Em seu artigo *A Utopia Social na Constituição Federal*, fica explícito o exagero do constituinte brasileiro:

É enorme a quantidade de pessoas que atribuem ao Poder Público um amplo leque de funções e responsabilidades. Se perguntarem a respeito de qualquer tema diretamente relacionado ao dia a dia da população, a opinião corrente dirá: é um direito, portanto, cabe ao estado (...).

A Constituição Brasileira é um sintoma dessa mentalidade. Concebida e aprovada sob a ressaca dos 20 anos de um governo militar, a Carta Magna é extensa, detalhada, confusa e desequilibrada. Originalmente, continha 250 artigos. (...)

Para efeitos comparativos, a Constituição do Chile tem 129 artigos, a da Argentina tem 129 artigos, a da Alemanha tem 146 artigos, a dos Estados Unidos tem sete artigos originais e 27 emendas. O Reino Unido não tem uma Constituição como a conhecemos, mas um conjunto de leis criadas no Parlamento (*Statute Law*), decisões judiciais (*Common Law* e *Cases Law*) e as Convenções Constitucionais.

Além dos números, uma diferença marcante entre a Constituição Brasileira e as dos demais países (não apenas os citados) é a inserção de direitos sociais que não deveriam ser matéria constitucional e são de impossível provisão. Ninguém de boa fé seria contra assegurar às pessoas emprego, renda, saúde, habitação etc. Mas essas garantias impõem ao estado o papel de provedor daquilo que foi prometido e de coator, tanto dos pagadores de impostos que o financiam quanto dos empreendedores obrigados a prestar alguns daqueles serviços a preços abaixo dos de mercado — em alguns casos, até mesmo do custo.⁶⁴

Em seu recente livro “*Pare de Acreditar no Governo: Porque os brasileiros não confiam nos políticos e amam o Estado*” o autor ainda aprofunda a perspectiva e confirma como isso desencadeia em uma atividade legiferante excedida em quantidade, mas carente de qualidade:

A carga tributária foi moldada ao longo dos anos para cobrir as necessidades do governo e cumprir mal parte das promessas políticas convertidas em lei. A Constituição de 1988, aliás, é o exemplo perfeito do casamento da utopia política com a distopia da realidade: muito direito para pouco dever e mínima responsabilidade.

⁶⁴ GARSCHAGEN, Bruno. **A Utopia Social na Constituição Federal**. In: Instituto Ordem Livre. Disponível em: <<http://ordemlivre.org/posts/a-utopia-social-na-constituicao-federal--2>>. Acesso: em 01 out. 2015.

Desde que a Constituição foi promulgada, “foram editadas 4.960.610 normas para reger a vida do cidadão brasileiro, entre emendas constitucionais, leis delegadas, complementares e ordinárias, medidas provisórias, decretos e normas complementares e outros”. Isso significa a publicação, em média, de “522 normas a cada dia do período ou 782 normas por dia útil”.

Em 26 anos, o Estado criou “inúmeros tributos, como CPMF, Cofins, Cides, CIP, CSLL, PIS Importação, Cofins Importação, ISS Importação” e quase todos sofreram reajustes. Além disso, “o termo ‘direito’ aparece em 22% das normas editadas e os temas da saúde, educação, segurança, trabalho, salário e tribulação aparecem em 45% de toda a legislação”.⁶⁵

Diante desse cenário constata-se que o legislador se embaralhou em meio a tantas responsabilidades atribuídas ao Estado. Como se a Constituição já não fosse demasiadamente detalhada, temos uma legislação inflacionada e pouco eficaz.

No campo penal isso também se verifica, e com tanta ou mais prejudicialidade. Não conseguindo ser uma nação inclusiva e com capacidade de instruir e educar, é consequência quase direta que a violência se manifeste. Entretanto, o Estado também não foi capaz de proporcionar o mínimo de segurança pública aos seus cidadãos, aos seus pagadores de impostos, mesmo tendo elevado diversas normas criminalizadoras à níveis constitucionais, o que fomenta ainda mais a atividade criminalizadora do país. Nesse sentido, Alexandre Rocha Almeida de Moraes com arrimo em Eduardo Medeiros Cavalcanti:

Tomando por base o caso específico brasileiro, Cavalcanti situa essa transformação, usando como exemplo a própria Constituição federal de 1988 que, a par de assegurar muitos direitos e garantias individuais e coletivas aos cidadãos, teve “a peculiaridade de trazer inúmeros indicativos acerca do processo de criminalização brasileiro, tanto de forma implícita quanto explícita”. Assim, segundo ele, é fácil perceber que a própria Carta política contribuiu em certa medida para encorajar o aumento de leis criminalizadoras.⁶⁶

Nas palavras do próprio Eduardo Medeiros Cavalcanti, a situação ganha contornos ainda mais claros:

Ora, não obstante o problema dos riscos pós modernos, cuja criminalização requer certa flexibilidade das tradicionais garantias, o que se vê na criminalização pós-Constituição de 1988 é justamente uma manifestação clara da desenfreada expansão criminalizadora, vale dizer, não se trata da nebulosa área da criminalização dos riscos atuais, mas de tipificações que poderiam estar na área administrativa, sem maiores problemas. (...). Assim, é que a Constituição prevê como crimes inafiançáveis e imprescritíveis a prática de racismo (art. 5º, XLII) e ação de grupos armados, civis ou

⁶⁵ GARSCHAGEN, Bruno. **Para de Acreditar no Governo:** por que os brasileiros não confiam nos políticos e amam o Estado. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2015. p. 250.

⁶⁶ MORAES, 2011, loc. cit. p. 283.

militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (art. 5º, XLIV); estabelece serem crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo (art. 5º, XLIII); indica as sanções dos atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível (art. 37, §4º); determina que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, §4º); e, dentre outras coisas, dispõe que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas (art. 225, §3º).⁶⁷

Vale mencionar que esses dispositivos representam Mandados de Criminalização na Constituição Federal. Como leciona o Promotor de Justiça e Doutrinador Cléber Masson, “os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral”.⁶⁸ Tais mandados podem ser explícitos, como alguns dos exemplos contidos no excerto de Cavalcanti supra mencionado, ou implícitos, “dentre os quais se pode citar o exemplo do necessário e urgente combate eficaz à corrupção, seja no campo eleitoral, seja no Poder Público como um todo”.⁶⁹

A constituição, então, além de seu detalhismo, ainda determina aquilo que deve ou não ser criminalizado em legislações esparsas. Numa realidade ditada pelo alto nível de violência, ditada pelos novos paradigmas do risco, esse aspecto tem uma convivência conturbada e paradoxal junto à todos os direitos fundamentais e direitos penais e processuais penais previstos no seio da própria Carta Magna.

Fica nítida, portanto, a necessidade de, para atender aos novos desafios que se prostram a frente do Direito Penal, superar (óbvio, não totalmente) parte desse garantismo, por meio das relativizações de alguns direitos fundamentais.

7.2 Direitos Fundamentais: Linhas Gerais; Colisão; Proporcionalização.

Os Direitos Fundamentais constituem elemento essencial das modernas civilizações ao redor do mundo. São garantidores, uma vez presentes nas constituições de cada país que os consagram, de um padrão mínimo de dignidade

⁶⁷ CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e Sociedade Complexa**. Campinas: Editora LZN, 2005. p. 199-200.

⁶⁸ MASSON, Cléber. **Teoria constitucional do Direito Penal e os mandados de criminalização**. In: *Jornal carta Forense*. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-constitucional-do-direito-penal-e-os-mandados-de-criminalizacao/5222>>. Acesso: em 01 out. 2015.

⁶⁹ MASSON. op. cit.

que deve ser respeitado em relação a todos os cidadãos, em relação à cada ser humano.

A importância do estudo desses direitos se dá em razão da necessidade de preservá-los, tanto no âmbito particular/individual quanto no âmbito da coletividade. Sendo assim, inúmeros autores tratam do assunto e procuram conceitua-lo. Segundo a doutrina de David Araújo e Vidal Serrano:

Os Direitos Fundamentais constituem uma categoria, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Dessarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade).⁷⁰

Deste mesmo conceito é possível extrair e entender, de plano, uma confusão muito comum. Sendo os Direitos Fundamentais direitos que buscam, no plano constitucional, proteger a dignidade da pessoa humana, muitos juristas, doutrinadores, estudiosos em geral, acabam considerando-os sinônimos de Direitos Humanos. Vale constar que, apesar da semelhança, não são termos que correspondem ao mesmo conceito, tendo em vista que os Direitos Fundamentais se referem ao plano constitucional nacional e os Direitos Humanos, por sua vez, se referem ao plano internacional.

Ingo Wolfgang Sarlet, em *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, trabalha essa diferença de forma elucidativa:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos', guardaria relação como os documentos de Direito Internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.⁷¹

⁷⁰ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2012, loc. cit. p. 143.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35.

Portanto, embora haja semelhanças, delinear tais conceitos é importante, até mesmo para se ter ciência dos planos de efetividade de cada direito, isto é, se nacional ou internacional.

7.2.1 As gerações dos direitos fundamentais e suas diferenças em relação às garantias fundamentais.

Tradicionalmente, os Direitos Fundamentais vinham sendo interpretados sob uma divisão em três gerações. Mais modernamente, têm-se admitido a existência de até cinco gerações desses direitos. A primeira geração abrange direitos relacionados à liberdades civis, ligados a liberdades individuais dos indivíduos em relação ao Estado, relacionados à Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade. Para Paulo Bonavides:

(...) os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.⁷²

A segunda geração de Direitos Fundamentais, por sua vez, diz respeito a direitos referentes à esferas sociais, trabalhistas, relacionados à paridade econômica e acesso à cultura. Sob o ponto de vista de Wolfgang Sarlet:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e de igualdade não gerava a garantia de seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.⁷³

Os Direitos Fundamentais de terceira geração são uma evolução dos direitos alcançados em níveis individuais para as esferas transindividuais, devido aos novos padrões de organização e comunicação que se estabeleceram no mundo com o advento da globalização. De acordo com Sarlet, são direitos que “trazem como nota

⁷² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 563-564.

⁷³ SARLET, 2006, loc. cit. p. 51.

distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se a proteção de grupos humanos”⁷⁴

Como mencionado, a doutrina mais recente vêm trazendo, além das já resumidamente explicadas três gerações, outras duas. A quarta geração, segundo Norberto Bobbio, é referente ao desenvolvimento da ciência genética, biológica, que pode, caso não haja regulamentação, interferir na espécie humana de modo perigoso. Nas palavras de Bobbio:

(...) já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.⁷⁵

Esse posicionamento de Norberto Bobbio, no entanto, não encontra tanto arrimo quanto o de Paulo Bonavides que afirma serem os direitos de quarta geração referentes à democracia e institucionalização de Direitos Fundamentais. Sarlet cita Bonavides a respeito:

Paulo Bonavides, se posicionava a favor ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão de direitos, sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, em sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.⁷⁶

Em relação à quinta geração dos Direitos Fundamentais, Paulo Bonavides afirma se tratar do direito à paz.

Ultrapassada essa análise acerca das gerações dos direitos fundamentais, é oportuno demarcar que, assim como há diferença entre os termos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, como visto acima, também há diferença entre as definições de Direitos Fundamentais e garantias. Direitos e garantias não necessariamente guardam relação de sinonímia entre si. Alexandre de Moraes traz essa diferença:

A distinção entre *direitos* e *garantias fundamentais*, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro

⁷⁴ SARLET, 2006, loc. cit. p. 53.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Delitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 6.

⁷⁶ SARLET, 2006, loc. cit. p. 55.

juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.

Para Canotilho, rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *caráter instrumental* de proteção de direitos.⁷⁷

Traçadas essas linhas gerais introdutórias, passemos ao exame mais específico dos direitos fundamentais atinentes ao estudo da temática proposta, notadamente, direitos processuais penais consagrados na Constituição Federal Brasileira.

7.2.2 Os direitos e garantias processuais penais

A estruturação de todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro se dá em torno do princípio da humanidade, tal qual fosse uma medula espinhal. A força desse princípio se irradia por todos os níveis constitucionais e infraconstitucionais, desse forma, não é diferente com os mandamentos de direito processual, responsáveis pela forma como se dá a aplicação do direito material.

O Código de Processo Penal Brasileiro, de outubro de 1941, teve de passar, claramente, por algumas alterações no decorrer das décadas para se alinhar aos novos paradigmas constitucionais institucionalizados. Um exemplo desse ajuste é a previsão do direito ao silêncio, consagrado em âmbito constitucional, e que passou a ser previsto no Código de Processo Penal apenas anos depois, em 2003. Eugênio Pacelli de Oliveira ensina:

O direito ao silêncio deflui da regra constitucional prevista no art. 5º, LXIII, da CF, e implicou a imediata revogação (implícita, por incompatibilidade) daquilo que dispunha o art. 186 (posteriormente revogado pela Lei nº 10.792/03) e o art. 198 do Código de Processo Penal, pela simples e bastante razão de não se poder atribuir qualquer forma de sanção a quem esteja no exercício de um direito a ele assegurado em lei.⁷⁸

É clarividente a obrigatória influência que os mandamentos constitucionais exercem em todo o conjunto jurídico nacional. Mesmo aqueles dispositivos que não são alterados por legislação posterior, como visto, são considerados, de plano, inconstitucionais de forma implícita. Eduardo Cambi em

⁷⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 31

⁷⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 41.

Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo faz análise dessa força de imposição dos mandamentos fundamentais constitucionais:

Na dimensão objetiva, os valores constitucionais (da liberdade, da igualdade e da dignidade), que suportam os direitos fundamentais, penetram pelo sistema jurídico, condicionando a interpretação das regras e dos princípios, além de servirem de diretrizes para a atuação do legislador, do administrador e do Judiciário.⁷⁹

Todas essas observações demonstram a estatura hierarquicamente superior que as normas constitucionais possuem em relação às demais. Mas, uma vez estando previstas dentro da Constituição, essas normas não são hierarquicamente superiores umas as outras, gozando do mesmo nível de importância e necessidade de preservação.

No Título II de nossa Carta da República, que trata justamente dos Direitos e Garantias Fundamentais no artigo 5º, destacam-se alguns incisos importantes no âmbito penal e processual penal, como o inciso II (que trata da legalidade), o inciso III (que trata da proibição da tortura), o inciso XI (que trata da inviolabilidade do domicílio), o inciso XXXVII (que trata da impossibilidade de júri e tribunal de exceção), o inciso XLIII (que trata de alguns crimes inafiançáveis, como já mencionado alhures), o inciso XLVII (que trata da proibição das penas de morte – salvo em casos de guerra -, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis), XLIX (que trata da integridade física dos presos); LIV (que trata do Devido Processo Legal), LV (que trata do contraditório e da ampla defesa), dentre outros. A seguir, mais detalhadamente:

Fomos buscar no artigo 5º da Constituição Federal disposições que tratassem de assuntos intimamente relacionados ao direito processual penal, e nos deparamos com diversos incisos. Vejamos alguns deles: inciso XI, trata da inviolabilidade do domicílio; inciso XII, sobre a inviolabilidade de correspondência e de comunicações telefônicas; inciso XIV, dispõe sobre o acesso à informação; inciso XXXVII, que repudia júri ou tribunal de exceção; inciso XXXVIII, que dispõe sobre a organização do júri; inciso XXXIX, sobre a anterioridade da lei penal; inciso XLV, sobre a intranscendência da pena; inciso XLVI, sobre a individualização da pena; inciso LIII, que garante o processo e julgamento feito por autoridade competente; inciso LIV, sobre o devido processo legal para ser privado da liberdade e de bens; inciso LV, sobre o contraditório e a ampla defesa; inciso LVI, sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas; inciso LVII, sobre a presunção de inocência; inciso LVIII, sobre a identificação criminal; inciso LX, sobre a publicidade dos atos em caso de defesa da intimidade; inciso LXI, sobre a prisão legal e fundamentada;

⁷⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 105.

inciso LXII, sobre a comunicação da prisão aos familiares do preso e ao juiz; inciso LXIII, sobre a informação ao preso de seus direitos; inciso LXIV, sobre a identificação do responsável pela prisão; inciso LXV, sobre o relaxamento da prisão ilegal; inciso LXVI, sobre a liberdade provisória; LXVIII, sobre o habeas corpus; inciso LXIX, sobre o mandado de segurança e o habeas data na esfera criminal; inciso LXXIV, sobre a assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; inciso LXXV, sobre a indenização, por parte do Estado, pelo erro judiciário; e LXXVIII, que garante a todos a razoável duração do processo, seja ele judicial ou administrativo.⁸⁰

Todos estes incisos trazem, explícita ou implicitamente, princípios fundamentais que regem a forma como deve se operar o processo penal e aquilo que deve ser, via de regra, respeitado, obviamente, dentro das balizas do que for viável diante do caso concreto.

O devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa (autodefesa e defesa técnica), a vedação a tribunais de exceção, promotor e juiz natural, vedação das provas ilícitas, publicidade dos atos processuais, presunção de inocência, são todos princípios fundamentais, com status constitucional.

Nem todas essas diretrizes estão no artigo 5º, como é o exemplo das motivações das decisões judiciais, direito previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Há uma polêmica, também, em torno do princípio do Duplo Grau de Jurisdição, se seria ele um preceito fundamental constitucional ou não. O STF não o tem considerado como princípio constitucional, vez que não está expressamente previsto. Esse entendimento se dá por conta da política processual da jurisprudência defensiva. Por outro lado, há quem entenda na doutrina que trata-se de princípio constitucional implícito no capítulo referente ao Poder Judiciário, organizado em hierarquização de instâncias.

Portanto, em um estado ideal de desenvolvimento processual, todos esses direitos e garantias devem ser respeitados. No entanto, como já visto, passamos por um momento de mudanças de paradigmas criminais, com a evolução do crime para patamares superiores aos imaginados pelos legisladores penais e constitucionais anos atrás. O conflito entre direitos fundamentais individuais e coletivos está cada vez mais proeminente. Sendo assim, se faz necessária análise

⁸⁰ FERRAREZI, Ellim Fernanda Silva. **Direitos fundamentais e processo penal constitucional: Devido processo legal e seus corolário.** In: *Âmbito Jurídico*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13388&revista_caderno=9>. Acesso: em 01 out. 2015.

acerca de como proceder em eventuais conflitos, para qual deve-se entender, previamente, distinções acerca de princípios, regras e postulados normativos.

7.2.3 Princípios e regras

Em relação a distinção dos princípios e regras, existem diversos posicionamentos, sendo a maioria predominantemente capitaneada pelas ideias de Robert Alexy e Ronald Dworkin. Mais recentemente, Humberto Ávila, com sua Teoria dos Princípios, também ajudou a agigantar a importância do assunto.

A doutrina majoritária, festejando os entendimentos de Alexy e Dworkin, considera que princípios são espécies de normas finalísticas que indicam um estado de coisas idealizado, mas de forma aberta, sem determinar as condutas à serem obedecidas para que se atinja tal objetivo. Ao passo que as regras, aplicadas por subsunção, tem maior grau de especificidade, sendo normas que determinam as condutas para a efetivação de determinado fim. Eduardo Cambi, nesse sentido:

As regras se esgotam em si mesmas, não tendo nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas significam. Isto é, proporcionam o critério das ações, dizendo como se deve ou não se deve agir, em situações específicas, previstas pelas próprias regras. Em contrapartida, os princípios não dizem, diretamente, como se deve agir, podendo ser aplicados, tão somente, diante de situações concretas. Diferentemente das regras, não possuem suporte fático, tendo significado operativo apenas frente a determinado caso concreto, vale dizer, não podem ser concebidos em abstrato e seu alcance somente pode ser entendido em razão dos casos concretos (...) Em outras palavras, os princípios são constituídos por um conjunto aberto de condutas, tendo um componente representacional altamente complexo. Não preveem, diretamente, a conduta a ser seguida, estabelecendo apenas fins normativamente relevantes. Contêm comandos *prima facie*, por que a esfera de aplicabilidade dos princípios é relativamente indeterminada.⁸¹

É comum a assertiva, baseada numa análise simplista de conceitos como o acima transcrito, de que regras seriam inferiores aos princípios, justamente por não serem dotadas de tanta abrangência no ordenamento. Humberto Ávila critica esse entendimento. Os princípios, muito embora distintos das regras em razão do seu maior grau de abrangência e generalidade de incidência no ordenamento jurídico, não são “mais importantes” que elas. Nesse diapasão, “além de afastar a controvérsia e a incerteza, a opção pelas regras tem a finalidade de eliminar ou reduzir a arbitrariedade

⁸¹ CAMBI, 2009. loc. cit. p. 90-91

que pode potencialmente surgir no caso de aplicação direta de valores morais”.⁸² Nesse aspecto, Ávila é categórico ao afirmar que:

Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria. Bem ao contrário, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais.⁸³

Quanto ao modo de aplicação, entende-se que as regras são aplicáveis através da subsunção, por meio de um raciocínio dedutivo, onde se encaixa o fato à norma. Nessa percepção, Dworkin citado por Baltazar Júnior, afirma que “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela dá deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”⁸⁴

Os princípios, a seu modo, reconhecidos predominantemente pela convivência conflitual e generalidade que possuem, não gozam da mesma aplicação proveniente do encaixe fático à que as regras se prestam, se estabelecendo mediante a análise variante concreta de cada situação.

7.2.3.1 Conflitos entre princípios: núcleo essencial; limites dos limites; proporcionalidade.

Ao estudar os princípios, ainda que de forma não aprofundada, é impossível não se engajar no que tange ao seu modo de aplicação e aos métodos de resolução de conflitos entre os mesmos, sobretudo quando se trata de princípios de Direitos Fundamentais, como é o presente caso.

A doutrina predominante analisa o conflito entre princípios pelo viés da ponderação. Tendo em vista que constituem normas que visam um estado ideal a ser atingido, contemplando direitos que, no mais das vezes, prestigiam a humanidade e a justiça, pela ponderação busca-se não a supressão de um princípio pelo outro, mas um balanceamento. Nessa perspectiva:

⁸² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011. p. 113.

⁸³ ÁVILA, op. cit. p. 114

⁸⁴ BALTAZAR JUNIOR, 2010, loc. cit. p. 27.

Pela ponderação ou balanceamento, busca-se a melhor solução para a colisão entre dois ou mais princípios jurídicos. Porém, não existe, *a priori*, uma relação absoluta de precedência entre os princípios.

As relações entre os princípios somente se estabelecem sob as condições do caso concreto ou de um conjunto determinado de casos, isto é, diante da verificação concreta das possibilidades fáticas e jurídicas. Afinal, se já houvesse uma pré-definição *a priori* e absoluta de qual princípio deveria prevalecer, não haveria ponderação, mas mera *sobreposição* (trunfo prévio) de um princípio sobre o outro.⁸⁵

No entender do ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, a respeito da ponderação, “consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas”.⁸⁶

À vista disso, tem-se que nesse exercício de sopesamento de valores, de princípios, deve ser preservado um mínimo necessário referente à cada qual dos que estejam em situação de conflito. Por “mínimo necessário” deve-se entender um núcleo essencial presente em cada direito fundamental, núcleo este que corresponde àquela parte que deve permanecer intacta, de modo a não descaracterizar completamente o direito e configurar uma supressão total.

Existem algumas teorias acerca desse núcleo essencial. Os adeptos da teoria absoluta consideram que os direitos fundamentais já possuem, fixamente, um núcleo que deve permanecer inatingível. Os adeptos da teoria relativa, entendem que esse núcleo deve ser verificado no caso concreto. Gilmar Mendes, com arrimo em Hermann Hesse, em recente voto no STF sobre a descriminalização da posse de drogas, proferido em 20 de agosto de 2015, explica as diferenças entre ambas as teorias e menciona a proposta mista de interpretação do tema:

1) Os adeptos da chamada teoria absoluta entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais como unidade substancial autônoma que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de

⁸⁵ CAMBI, 2009. loc. cit. p. 92.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional**. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; BARCELLOS, Ana Paula de; OLIVEIRA, André Gualtieri de; TAVARES, André Ramos; PAULA, Daniel Giotti de; SARMENTO, Daniel; GARCIA, Emerson; OLIVEIRA, Felipe Faria de; SARLET, Ingo Wolfgang; ADEODATO, João Maurício; SOARES, Ricardo Maurício Freire; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; FILHO, Willis Santiago Guerra; NOVELINO, Marcelo (coord.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Bahia: Editora JusPodivm, 2009. p. 166.

limitação. Neste caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um "limite do limite" para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação. (HESSE, *Grunzuge des Verfassungsrechts*, cit., p. 134).

2) Por outro lado, os defensores da chamada *teoria relativa* entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução. (HESSE, ob. cit. p. 134).

(...) propõe HESSE uma fórmula conciliadora, que reconhece, no princípio da proporcionalidade, uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. É que, observa HESSE, a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida (HESSE, op. cit., p. 149).

A ordem constitucional brasileira não contemplou qualquer disciplina direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. É inequívoco, porém, que o texto constitucional veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, §4º, IV). Tal cláusula reforça a ideia de um "limite do limite" também para o legislador ordinário.⁸⁷

Nesse aspecto, o esmerado voto do exímio Ministro é bastante completo e menciona, inclusive, a questão dos "limites dos limites" (Schranken-Schranken), que consistem em limites para, justamente, não se exceder na atividade de reservas impostas aos limites propostos pela própria Carta Magna. Isto é, deve haver um "limite" no âmbito de incidência dos próprios limites, justamente para se preservar um núcleo essencial aos respectivos direitos. Assim, têm-se a "necessidade de limites aos limites (Schranken-Schranken), constituídos pela reserva de lei, pelo princípio da proporcionalidade e pela proteção do núcleo essencial".⁸⁸ A professora Jane Reis Gonçalves Pereira os considera "pautas acessórias e dependentes das disposições de cunho material que consagram os direitos".⁸⁹ Em Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, Gilmar Mendes expõe com maestria:

É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites iminentes ou 'limites dos limites' (Schranken-Schranken), que balizam a ação do legislador quando restringe

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Tipicidade. Descriminalização. Posse de drogas para consumo pessoal. Dado provimento ao Recurso Extraordinário. Inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06. RE 635659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes, 20 de agosto de 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso: em 01 out. 2015.

⁸⁸ BALTAZAR JUNIOR, 2010, loc. cit. p. 44.

⁸⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais nas perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 297.

direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.⁹⁰

A proteção do núcleo essencial fora abordada logo acima. Quanto a reserva de lei, trata-se da necessidade de, no ordenamento jurídico, haver expressa autorização que vislumbre eventual interferência em direito fundamental por meio de lei. Nesse sentido:

(...) a reserva de lei (*Gesetzvorbehalt*), pela qual a restrição ao direito fundamental deverá estar prevista ou fundada em Lei aprovada pelo parlamento, como se extrai da leitura do art. 19 da Lei Fundamental alemã. Assim também no Brasil, onde tal restrição pode ser extraída do princípio da legalidade, uma vez que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CRFB, art. 5º, II).⁹¹

A consagração dos limites dos limites e da ponderação se dá, enfim, pela proporcionalidade. Logo de plano é perceptível que a proporcionalidade trata-se de uma espécie diferente de norma, não se encaixando nas perspectivas do conceito de regra e nem do conceito de princípio. Basta imaginar, por exemplo, o quão difícil é vislumbrar uma situação em que a proporcionalidade esteja em confronto direto com outro princípio. Por essa característica, é que a doutrina moderna considera que a Proporcionalidade não se trata de um princípio (como é largamente difundido), mas sim de um postulado normativo.

Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. (...) os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.⁹²

A proporcionalidade se aplica a partir de três critérios, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Pela adequação, em princípio, analisar-se-á se a restrição a ser imposta é apta a atingir o fim a que se

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 41.

⁹¹ BALTAZAR JUNIOR, op. cit.

⁹² ÁVILA, 2011, loc. cit. p. 147-148.

destina. Isto é, “o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim”.⁹³ Pela necessidade, verificar-se-á se a restrição imposta é a menos onerosa, com a mesma eficácia possível, em outras palavras, meios “que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.”⁹⁴ Finalmente, pela proporcionalidade em sentido estrito, haverá a análise da “importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”.⁹⁵ Com esses três critérios, portanto, a doutrina tenta dirigir como os juízes devem aplicar esse postulado. De forma sinóptica, Eduardo Cambi sela o entendimento:

Os dois primeiros elementos – da adequação e da necessidade – analisam as possibilidades fáticas de cada um dos direitos fundamentais, dizendo respeito ao que é fática ou factualmente possível. Em outras palavras, não superadas essas duas perguntas, não há verdadeiro conflito entre direitos fundamentais. (...)

O postulado da proporcionalidade em sentido estrito visa a maior realização dos direitos fundamentais no quadro das possibilidades jurídicas. Ao estabelecer que “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios, maior será a importância da satisfação do outro”, busca a justa medida ou a relação de adequação entre o sacrifício imposto pela restrição e o benefício por ela perseguido, para a melhor otimização em relação aos princípios que jogam em sentido contrário.⁹⁶

Muito se discute, também, acerca da previsibilidade da proporcionalidade estar presente ou não no ordenamento jurídico pátrio. Paulo Bonavides dirime essa dúvida com a seguinte análise (muito embora ainda se utilize da nomenclatura “princípio” ao tratar da proporcionalidade):

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição (...).⁹⁷

Além disso, a proporcionalidade ainda se relaciona com os institutos da proibição do excesso e proibição da infraproteção ou proteção deficiente. Uma norma ou um ato podem ser inconstitucionais, de um lado, em detrimento do excesso com

⁹³ ÁVILA, 2011, loc. cit. p. 177.

⁹⁴ ÁVILA, 2011, loc. cit. p. 182.

⁹⁵ ÁVILA, 2011, loc. cit. p. 185.

⁹⁶ CAMBI, 2009, loc. cit. p. 468-469.

⁹⁷ BONAVIDES, 2004, loc. cit. p. 436.

que defendem determinado direito, mas, por outro lado, o mesmo pode ocorrer caso a proteção seja tão moderada a ponto de não consumir o dever do Estado de proteger aquilo que deve ser defendido. Lenio Streck, debruçando-se sobre o tema, leciona:

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*). (...) A proibição de proteção deficiente pode definir-se como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção.⁹⁸

Insta esclarecer uma diferenciação que Humberto Ávila considera pertinente. Muitos consideram que os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade são sinônimos, compartilhando os mesmos conceitos e métodos de aplicação. Entretanto, a razoabilidade “exige, por exemplo, a consideração das particularidades individuais dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do Direito, sem qualquer menção a uma proporção entre meios e fins”,⁹⁹ diferentemente da proporcionalidade que, como visto, exige que se observe a adequação.

Para finalizar esse tópico, com a finalidade de aprimorar um pouco mais a noção de ponderação de normas princípios, Luís Roberto Barroso observa (com influência em Ávila) três estágios para se obedecer no exercício de ponderação, cuja liga condutora é o princípio da proporcionalidade. De forma bastante sintética, cabe mencionar que em uma primeira etapa “cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas”.¹⁰⁰ Em um segundo estágio “cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos”.¹⁰¹ A terceira etapa, por sua vez, caracteriza a efetivação da ponderação, no sentido de que serão analisados, associadamente, as normas e os fatos em questão, “de modo a apurar os

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e constituição:** da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: Ensaios Jurídicos. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a30-da-proibic3a7c3a30-de-excesso-lenio.pdf>>. Acesso: em 10 out. 2015. p. 8

⁹⁹ ÁVILA, 2011, loc. cit. p. 177.

¹⁰⁰ BARROSO, 2009, loc. cit. 166.

¹⁰¹ BARROSO, 2009, loc. cit. 166.

pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso”.¹⁰²

À vista de todo o exposto, é cristalino que os princípios fundamentais, via de regra, se analisam a partir de critérios fáticos, a partir dos quais podem ser relativizados. A seguir, os aspectos mais específicos atinentes aos princípios de Direitos Fundamentais.

7.2.4 Direitos fundamentais como princípios: do caráter absoluto (?) e resolução de conflitos - proporcionalização.

O ordenamento jurídico brasileiro, como já salientado, é inteiro construído com base nos reflexos que a irradiação de direitos fundamentais incide de dentro para fora da Constituição em todas as direções. Procura-se estabelecer, assim, por meio de uma legislação mais tolerante e humana, um Estado de paz e de benevolência, onde o tratamento dado ao criminoso não seja cruel, pautando-se pela esperança de que haverá uma espécie de ressocialização em forma de gratidão proveniente daquele que fora objeto da persecução penal, mas foi tratado com dignidade.

Para tanto, o legislador constitucional não traçou, via de regra, normas específicas à ponto de definir os comportamentos à serem respeitados linearmente, mas deixou normas claras o bastante para se entender qual o objetivo que se almeja em um Estado construído sob os alicerces do garantismo. Nessa esteira de pensamento, Cambi:

Os direitos fundamentais, por terem caráter geralmente principiológico, informam os atos do Estado e dos cidadãos, impondo a cada decisão de agir um processo racional de ponderação, cujo resultado não é único nem absoluto. Não há direitos fundamentais absolutos, na medida em que são dotados por imanente reserva geral de ponderação, vale dizer, independentemente da forma e da força constitucionais que lhe são atribuídas, podem ter de ceder diante da maior força ou peso que apresentar, no caso concreto, os direitos, os bens, os princípios ou os interesses de sentido contrário.¹⁰³

¹⁰²BARROSO, 2009, loc. cit. 167.

¹⁰³CAMBI, 2009. loc. cit. p. 103.

Mais adiante, o nobre doutrinador corrobora o entendimento de que esses princípios fundamentais constitucionais lançam seus feitos por todo o ordenamento:

Na dimensão objetiva, os valores constitucionais (da liberdade, da igualdade e da dignidade), que suportam os direitos fundamentais, penetram pelo sistema jurídico, condicionando a interpretação das regras e dos princípios, além de servirem de diretrizes para a atuação do legislador, do administrador e do judiciário.¹⁰⁴

No entanto, no que tange ao âmbito dos direitos e garantias fundamentais penais, sabe-se que foram planejados no contexto de uma outra estruturação política e social, muito menos complexa e polivalente que a observada na atualidade. Perante essa nova realidade, diante dessas novas características que, ao mesmo modo que os direitos fundamentais, também se irradiam por toda a vida em sociedade, deve haver uma adaptação, para que o direito se enquadre adequadamente dentro desses novos contornos.

Alexandre de Moraes explicita essa necessidade de se relativizar os direitos fundamentais:

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.¹⁰⁵

Baltazar Júnior, de seu turno, consubstancia a concepção de que os mecanismos procedimentais do direito penal e do processo penal foram criados em circunstâncias distintas das verificadas na contemporaneidade, no que pese:

O instrumental penal e processual foi, todavia pensado para outra realidade criminal, em que os delitos eram cometidos de forma artesanal e não profissional. Tanto o direito quanto o processo penal foram pensados para crimes unipessoais, de um agente contra o outro, enquanto o modelo atual é de uma pluralidade de agentes albergados por trás de estruturas organizacionais ou de aparatos organizados de poder. Nesse novo quadro fático, o argumento da perda de conquistas seculares e da tradição da dogmática penal e processual penal não pode ser erigido a uma verdade absoluta (...). Também o argumento de que o direito e o processo penal têm por função única a garantia do réu peca pelo excessivo individualismo, esquecendo da

¹⁰⁴ CAMBI, 2009. loc. cit. p. 105.

¹⁰⁵ MORAES, 2015, loc. cit. p. 30.

existência de bens jurídicos coletivos, do conteúdo objetivo material dos direitos fundamentais e também dos interesses sociais (...).¹⁰⁶

Reconhece-se que um sistema penal como o brasileiro, onde ao acusado são cabíveis todos os meios para que se defenda e prove (ou pelo menos tente provar) sua inocência é um avanço que merece ser festejado, tendo em vista sua contribuição para a sedimentação de um estado sólido e preservador de liberdades, inclusive de expressão e opinião. Entretanto, fato é que a criminalidade profissional, cada vez mais ostensiva e articulada, se utiliza dessas prerrogativas constitucionais como forma de perpetuar essa dinâmica delituosa que se instalou no seio da nossa comunidade.

É bem verdade que na investigação penal brasileira, logo de plano se percebe que há uma certa porcentagem de relativização, inevitável e primordial para que se consiga proceder ao mínimo necessário à que uma investigação se presta.

Em sua dissertação de mestrado, o advogado, professor e orientador Rodrigo Lemos Arteiro constata:

Atualmente, a doutrina é uníssona em reconhecer que a atividade investigatória do Estado, caracteriza-se pela indispensável relativização de direitos fundamentais dos particulares envolvidos em um contexto criminoso, em favor da supremacia do interesse público, consistente na elucidação da verdade dos fatos e na consagração da justiça penal frente aos delitos perpetrados no meio social.

Todavia, quando a investigação criminal é desempenhada por instituições que integram uma esfera pública democrática, faz-se indispensável por imperativo constitucional – art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal – que tais supressões de direitos não sejam afastadas da apreciação do Poder Judiciário, isso por se tratar a Jurisdição de função constitucionalmente vocacionada ao amparo de eventuais direitos violados ou em risco de violação, porventura praticados por uma determinada autoridade persecutória.¹⁰⁷

Em matéria para o Jornal Folha de São Paulo, em julho de 2005, Alexandre de Moraes dialoga com a problemática de enfrentamento entre direitos individuais e coletivos de forma ímpar:

A restrição é ato anormal, que demonstra a situação crítica em que se acha a sociedade e a necessidade de meios incomuns, porém institucionais, para

¹⁰⁶ BALTAZAR JÚNIOR, 2010, loc. cit. p. 91-92

¹⁰⁷ ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **Agir Comunicativo na Investigação Criminal**: uma via democrática para a inclusão social. 2012. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2012.

o retorno à normalidade, sendo circunscrita aos princípios da necessidade e da temporariedade.

Mas falar em restrição não significa falar em extinção, não é eliminação, não é abuso ou arbitrariedade, sendo absolutamente vedada a supressão de todos os direitos individuais, sob pena de tirania ou anarquia, pois não há como suprimir, em hipótese alguma, o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à liberdade de consciência e religião, à honra, ao acesso ao Judiciário, entre outros, pois, na lição de Rui Barbosa, esse regime é extraordinário, porém não arbitrário, é de exceção, mas de exceção circunscrita pelo direito constitucional, submetida à vigilância das autoridades constitucionais”.¹⁰⁸

E estamos passando por uma situação crítica. Moraes trabalha com bastante consciência a questão, ressaltando que tratam-se sim de medidas urgentes, mas adequadas e necessárias para o enfrentamento dos problemas que se sucedem.

Como bem ressalta, não se defende a extinção. O artigo 60, §4º, da Constituição Federal (cláusula pétrea) não permite a abolição de direitos, o que não significa a impossibilidade ponderá-los. Estes não só podem, como, de acordo com todo o exaustivamente exposto, devem sê-los. Assim, “negar espaço ao Direito Penal para enfrentar as demandas da modernidade significa, como bem afirmara Costa, ‘a confissão resignada de que ao direito penal não pertence nenhum papel na proteção das gerações futuras’”.¹⁰⁹

O discurso dos garantistas, abolicionistas, se perde em tentar blindar o Direito Penal à todo custo, posto que em sua convicção de defenderem um direito penal mínimo, que corra o mínimo risco de ser injusto com um inocente acusado, acaba deixando a sociedade, também inocente vítima, a mercê de abusos. Nas palavras de Alexandre Rocha Almeida de Moraes, “alguns, em nome de uma alardeada ‘liberdade do cidadão’, criticam de antemão a possibilidade de um ‘Direito Penal do Inimigo’, sem pensar que ele já existe e, à sorrelfa, vem adentrando aos sistema penais de todo o mundo”.¹¹⁰

A própria Constituição já prevê em seu corpo algumas exceções. O artigo 5º, inciso XI, que trata da inviolabilidade domiciliar, carrega em si mesmo uma exceção, qual seja, a possibilidade de invasão “em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Outro exemplo reside no inciso seguinte, artigo 5º, XII, que dispõe sobre a inviolabilidade de

¹⁰⁸ MORAES, Alexandre de. **Pela Democracia e Pelo estado de Direito**. In: Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1607200510.htm>>. Acesso: em 10 out. 2015.

¹⁰⁹ MORAES, 2011, loc. cit. p. 285.

¹¹⁰ MORAES, 2011, loc. cit. p. 295.

dado, de comunicação, mas também abre exceção para as hipóteses infraconstitucionais para fins de instrução e investigação criminal.

Aos que pregam a inconstitucionalidade de dispositivos mais relativizadores, cabe o convite a uma análise mais detida da realidade fática e, em conjunto, lembrar que mesmo a constituição admite relativizações. Ocorre que hoje, com a evolução comportamental, social e, conseqüentemente, criminal à que somos submetidos diariamente, o nível dessas relativizações deve ser recalibrado.

8 EXEMPLO DE INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE

Não é mais raro observar-se traços do recrudescimento penal já se instalando em nossa ordem jurídica. Observe-se o tratamento da Lei de Drogas (Lei 11.343/06) dado ao traficante, o da lei que institui o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD (Lei 10.792/03), o da Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13) e o da Lei que trata do crime de extermínio de seres humanos (Lei 12.720/12).

O presente tópico se prestará à apreciar a letra da Lei 12.850/13 e fazer alguns breves apontamentos que demonstram a presença de características do Direito Penal do Inimigo em alguns de seus dispositivos, para tanto, remontando às três características gerais da doutrina de Jakobs, quais sejam, adiantamento da punibilidade, penas desproporcionadas e relativização de garantias. Também cabe observação quanto a Lei 12.720/12.

O artigo 24 da Lei 12.850/13 alterou o artigo 288 do Código Penal e o artigo 4º da Lei 12.720/12 tipificou a conduta do artigo 288-A, também do Código Penal, dessa forma, passando a vigorar nos seguintes termos, respectivamente:

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos. ¹¹¹

Portanto, como se percebe, há clara influência da característica do adiantamento da punibilidade em relação à produção de algum fato em ambos os artigos supra. Pune-se, nesse caso, a mera associação de pessoas com o objetivo de praticar algum crime, sem a necessidade de se confirmar qualquer tipo de resultado referente à uma outra conduta típica. Pune-se o perigo que essas condutas representam, não pune-se o fato, nem se exige que crimes sejam praticado. O bem jurídico tutelado nesses tipos penais é a paz e a segurança pública.

¹¹¹ BRASIL. **Código Penal**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Darlan Barroso e Marco Antonio de Araújo Junior. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

No artigo 288-A, do Código Penal, criado pela Lei fica ainda mais clara a influência da característica da desproporção entre a pena e o fato, podendo chegar a até 8 anos de reclusão sem que haja o cometimento de nenhum crime.

Já no artigo 3º, da Lei 12.850/13, é notável a intenção de se flexibilizarem algumas garantias dos investigados, tais quais, direito ao sigilo das comunicações e sigilo bancário.

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

- I - colaboração premiada;
- II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;
- III - ação controlada;
- IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;
- V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;
- VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;
- VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;
- VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.¹¹²

É nítida a relativização mais severa de direitos á que são submetidos os investigados dessa modalidade de crime, objetivando aumentar a eficiência das investigações e obter o maior número de informações possíveis acerca dos planos e intenções dos grupos criminosos.

Como se vê, portanto, uma análise simples foi capaz de detectar dispositivos que se alinham, ainda que moderadamente, ao Direito Penal do Inimigo. Nesses casos, houve relativização, mas é notável o caráter altamente perigoso das condutas e sua imperiosa necessidade de reprovação e evitabilidade.

¹¹² BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 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 nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 ago. 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12850-2-agosto-2013-776714-publicacaooriginal-140689-pl.html>>. Acesso: em 01 out. 2015.

9 CONCLUSÃO

O Direito, muitas vezes, acaba se tornando vítima das mudanças ininterruptas pelas quais passam as sociedades. Os contingentes humanos se desenvolvem, evoluem (ou, até mesmo, regridem em alguns aspectos) e impulsionam a caminhada das nações em direções imprevisíveis.

Nesse sentido, o Direito, incapaz de acompanhar todo esse arrojo da transformação humana, sofre por acabar não se adequando mais as situações que outrora eram muito bem dirimidas pelas suas leis. E o Direito Penal, especificamente, vem sentindo esses reflexos de forma bastante singular.

A sistemática criminosa se aperfeiçoou de modo que a sistemática penal foi incapaz de se adaptar. Novos paradigmas foram introduzidos nas sociedades. Assim, não é sensato permitir que haja estagnação no raciocínio jurídico penal.

É justamente esse relativo “atraso” que ocasiona crises de tempos em tempos. Isto posto, na medida em que não se comprometa a segurança jurídica, é clara a utilidade que revisões legislativas mais frequentes trariam à ciência do direito penal, de modo a promover a reconexão entre este e o mundo dos fatos.

Foi captando essas mudanças que a teoria do Direito Penal do Inimigo surgiu e ganhou notoriedade ao redor do mundo. Constatou-se que o ideal atingido quanto a estabilização de prerrogativas de direitos humanos e fundamentais, infelizmente, estava/esta sofrendo abusos por meio daqueles que se aproveitam dessa “inviolabilidade” penal/processual para permanecer impunes e perpetuar a violação do ordenamento jurídico estatal.

Assim, prega-se a necessidade de haver uma cisão entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, com flexibilização de direitos fundamentais e endurecimento na repressão por parte do Estado.

Justamente por conta desse viés mais repressivo e pouco garantidor é que tal tese vem sendo duramente criticada. A crítica encontra sua razão no que tange a vigilância para que jamais se ofenda a democracia e para que a ponderação de valores seja sempre feita da forma mais sensata possível.

Entretanto, apesar dos argumentos contrários, é inegável que o Direito Penal do Inimigo se oferece como uma resposta à esses novos arquétipos sociais e, sobretudo, é nobre sua intenção de proteger o ordenamento jurídico e o Direito.

Se, por um lado, com um direito penal tradicional é preservada a democracia e contido o autoritarismo por parte do Estado, por outro lado, agentes estranhos ao Estado estão se impondo e ofendendo, da mesma forma, a democracia, o direito de ir e vir com tranquilidade das pessoas, as propriedades, a vida e outros inúmeros direitos fundamentais.

A situação caótica brasileira, nos últimos anos, potencializou a atividade legislativa. Na edição de muitas das novas leis, é perceptível que o legislador atuou não no intuito de promover efetivo avanço, mas apenas na pretensão de demonstrar pró atividade, num viés mais simbólico que autêntico.

Ademais, é nítida a influência de atributos do Direito Penal do Inimigo já em meio ao Direito Penal Geral, isto é, se infiltrando em meio ao Direito Penal dirigido a todos os cidadãos. Ao passo que os operadores do direito, acadêmicos e doutrinadores se delongam em discussões filosóficas a respeito dos reflexos da adoção desse direito, os legisladores, sem depositarem a mesma energia ou raciocínio ao elaborar leis, já vêm introduzindo essa doutrina em nosso meio.

Ante o exposto, a questão que se põe atualmente não é a de aceitar ou não a influência e a dinâmica de um Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico, mas, sim, admitir e reconhecer que esse modelo já está entre nós, permeando a legislação vigente, se infiltrando no Direito Penal geral.

À mesma maneira, é momento de admitir que não há espaço para a perpetuação de abrandamentos penais, quando a criminalidade cresce exponencialmente e desafia a sociedade, o povo.

Deve-se, portanto, enfrentar sempre todos os obstáculos que interferem na realização do direito e da justiça como um todo. A teoria do Direito Penal do Inimigo personifica uma tentativa de combater as injustiças exalantes na contemporaneidade. Sua atuação talvez seja análoga a da espada nas mãos da Deusa Themis, que é bruta, mas se levanta em prol de um bem maior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **Agir Comunicativo na Investigação Criminal: uma via democrática para a inclusão social**. 2012. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional**. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; BARCELLOS, Ana Paula de; OLIVEIRA, André Gualtieri de; TAVARES, André Ramos; PAULA, Daniel Giotti de; SARMENTO, Daniel; GARCIA, Emerson; OLIVEIRA, Felipe Faria de; SARLET, Ingo Wolfgang; ADEODATO, João Maurício; SOARES, Ricardo Maurício Freire; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; FILHO, Willis Santiago Guerra; NOVELINO, Marcelo (coord.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Bahia: Editora JusPodivm, 2009.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição da Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 1. ed. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Editora Hunter Books, 2012.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Delitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Código Penal**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Darlan Barroso e Marco Antonio de Araújo Junior. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 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 nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e

dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 ago. 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12850-2-agosto-2013-776714-publicacaooriginal-140689-pl.html>>. Acesso: em 01 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Tipicidade. Descriminalização. Posse de drogas para consumo pessoal. Dado provimento ao Recurso Extraordinário. Inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06. RE 635659. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso: em 01 out. 2015.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1967.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e Sociedade Complexa**. Campinas: Editora LZN, 2005.

COIMBRA, Mário. **Tratamento do Injusto Penal da Tortura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **A privatização do sistema penitenciário brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de Jonas Camargo Neto e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

DAHRENDORF, Ralf. **A Lei e a Ordem**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997.

DINIZ, Laura. **A lei que muda no ritmo das tragédias**. In: Estadão. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,a-lei-que-muda-no-ritmo-das-tragedias,174529>>. Acesso: em 28 ago. 2015.

FERRAREZI, Ellim Fernanda Silva. **Direitos fundamentais e processo penal constitucional: Devido processo legal e seus corolário**. In: Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13388&revista_caderno=9>. Acesso: em 01 out. 2015.

GARSCHAGEN, Bruno. **A Utopia Social na Constituição Federal**. In: Instituto Ordem Livre. Disponível em: <<http://ordemlivre.org/posts/a-utopia-social-na-constituicao-federal--2>>. Acesso: em 01 out. 2015.

_____. **Para de Acreditar no Governo:** por que os brasileiros não confiam nos políticos e amam o Estado. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2015.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal.** 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1982.

GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio Garcá-Pablos de. **Direito Penal:** parte geral. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

_____. **Mídia e direito penal: em 2009 o “populismo penal” pode explodir.** In: Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI77967,21048-Midia+e+direito+penal+em+2009+o+populismo+penal+pode+explodir>>. Acesso: em 28 ago. 2015.

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

HISAYASU, Alexandre. **Estado fez acordo com PCC para cessar ataques, diz depoimento.** In: Estadão. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,estado-fez-acordo-com-pcc-para-cessar-ataques-de-2006--mostra-depoimento,1732413>>. Acesso: em 28 ago. 2015.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito.** 16. ed. Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal.** Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2003. v. 1

_____. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Fundamentos do Direito Penal.** Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Sociedade, norma e pessoa:** teoria de um direito penal funcional. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Editora Manole, 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal:** parte geral. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

KAWAMOTO, Sílvia Reiko. **Breves Apontamentos sobre o Crime Organizado e a Proteção à Testemunha na Itália e nos Estados Unidos.** Revista Justiça Penal 7. São Paulo: Editora RT.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I.** Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. V. 75.

MASCARENHAS JÚNIOR, Water Arnaud. **Aspectos gerais do risco na imputação objetiva.** Porto Alegre: Editora Nuria Fabris, 2008.

MASSON, Cléber. **Teoria constitucional do Direito Penal e os mandados de criminalização**. In: Jornal carta Forense. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-constitucional-do-direito-penal-e-os-mandados-de-criminalizacao/5222>>. Acesso: em 01 out. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o Crime Organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MONTEIRO, Fernanda Borini. **Direito Penal do Inimigo em Combate ao Crime Organizado**. 2011. 55 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

_____. **Pela Democracia e Pelo estado de Direito**. In: Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1607200510.htm>>. Acesso: em 10 out. 2015.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo: a Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1979. V. 1.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais nas perspectivas da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

PEREIRA, Marcos Antônio. **Meio de comunicação não pode ignorar sociedade**. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-23/marcos-antonio-pereira-meio-comunicacao-nao-ignorar-sociedade>>. Acesso: em 28 ago. 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SÃO PAULO. Lei nº 15.552, de 12 de agosto de 2014. Proíbe a revista íntima dos visitantes nos estabelecimentos prisionais e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**. São Paulo, SP, 13 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2014/lei-15552-12.08.2014.html>>. Acesso: em 30 ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 5. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento Sistêmico**. O novo paradigma da ciência. 3. ed. Campinas: Papyrus. 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.