

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**NOVOS RUMOS DA POLÍTICA CRIMINAL: OS CRIMINOSOS
ORDINÁRIOS E OS “INIMIGOS” DO ESTADO**

Rafael José Nadim de Lazari

Presidente Prudente/SP

2008

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**NOVOS RUMOS DA POLÍTICA CRIMINAL: OS CRIMINOSOS
ORDINÁRIOS E OS “INIMIGOS” DO ESTADO**

Rafael José Nadim de Lazari

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

Presidente Prudente/SP

2008

NOVOS RUMOS DA POLÍTICA CRIMINAL: OS CRIMINOSOS ORDINÁRIOS E OS “INIMIGOS” DO ESTADO

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Mario Coimbra

Antenor Ferreira Pavarina

José Wagner Parrão Molina

Presidente Prudente, data da apresentação.

Em Itaquera, mais uma vítima: Doutor Hideo Sasaki:
O médico do Hospital Santa Marcelina, que atendia e curava também assaltantes e bandidos, morreu nas mãos de um deles: bastou uma bala para acabar com sua vida. O medo cresce na zona leste (...) Na quarta-feira em que Sasaki foi assaltado, seus colegas trataram de um assaltante com muitas tatuagens e duas inscrições nos dedos: 'Deus perdoa, eu não' e 'Deus não mata, eu mato'. (Jornal da Tarde, edição de 27 de abril de 2001 in "Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas", de Ricardo Dip e Volney Corrêa Leite de Moraes Jr.).

Idêntica à situação a respeito do Direito em si mesmo é a das instituições que cria e, especialmente, da pessoa: se já não existe a expectativa séria, que tem efeitos permanentes de direção da conduta, de um comportamento pessoal – determinado por direitos e deveres -, a pessoa degenera até converter-se em um mero postulado, e em seu lugar aparece o indivíduo interpretado cognitivamente. Isso significa, para o caso da conduta cognitiva, o aparecimento do indivíduo perigoso, o inimigo. (Günther Jakobs, "Direito Penal do Inimigo: noções e críticas").

Dedico esta Obra aos meus pais Nedécio e Soraya, à minha irmã Sarah, e à minha namorada Pâmela, por todo o amor que nutro por eles.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, a Nossa Senhora de Aparecida e a São Francisco de Assis, por cuidarem da minha razão e do meu coração.

Agradeço ao meu orientador, Dr. Mario Coimbra, pela seriedade com que tratou meu trabalho e por ser o exemplo que sigo como grande jurista que é.

Agradeço aos meus examinadores, Dr. Antenor Ferreira Pavarina e Dr. José Wagner Parrão Molina, por atenderem ao meu convite para esta banca de imediato.

Agradeço ao Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza, pelos frutuótos encontros de Processo Civil, e ao Prof. Sérgio Tibiriçá Amaral, por ter apostado em mim.

Agradeço a todos os professores das disciplinas que cursei.

Agradeço a todos aqueles que, em corpo físico ou em espírito, estiveram comigo até agora.

RESUMO

A Obra em tela alude a uma nova tendência do Direito Penal contemporâneo, a saber, a do Direito Penal do Inimigo. Entretanto, o que se pretende aqui é fornecer subsídios e argumentos auxiliares para que a teoria formulada por Günther Jakobs não sucumba à rejeição imotivada e falaciosa dos conservadores e garantistas do Direito Penal; e não discutir os casuísmos em que o indivíduo será ou não considerado inimigo do Estado, vez que isso é tema para discussões mais profundas a ocorrerem sobre os alicerces edificados nesta Obra. O Direito Penal do Inimigo é mais que uma maneira de punir o malfeitor diferenciado. É também um instrumento de pacificação social, pois a sociedade precisa do Direito Penal do Inimigo, vez que se encontra inserida numa tendência de minimização de riscos alavancada pela saída do Estado de sua condição inerte, para agir ofensivamente no combate a seus inimigos e aos inimigos da sociedade. Ademais, a despeito do Direito Penal do Inimigo mostrar-se como tendência em voga, ele não visa sufocar nem anular o Direito Penal da Sociedade, pois ambos se complementam, isto é, enquanto este continuará a existir para os cidadãos que vivem ordeiramente, bem como para aqueles que, mesmo infratores, praticaram seus delitos sem que isso tenha importado necessariamente num risco ao Estado; aquele trata dos casos em que o criminoso de periculosidade diferenciada deverá ser tratado como inimigo do Estado.

Palavras-chave: Direito penal do inimigo. Direito penal da sociedade. Estado perigoso. Sociedade do risco. Soberania.

RÉSUMÉ

L'oeuvre en question s'agit d'une nouvelle tendance du Droit Pénal contemporaine, à savoir, à du Droit Pénal de l'Ennemi. Cependant, ce qu'ont vent c'est fournir des subsides et des arguments qui aident pour que la théorie formulée par Günther Jakobs ne succombe pas à la réjection imotivée et fausse des conservateurs et assurées du Droit Pénal; et ne pas discuter les cas en ce que l'individu sera ou pas considéré ennemi de l'État puisque il s'agit d'un thème pour les discussions plus profondes que se passent sur les structures edifiées dans cette oeuvre. Le Droit Pénal de l'Ennemi est plus qu'une manière de punir le malfaiteur différencé. Et aussi un instrument de la pacification sociale, car la société précise du Droit Pénal de l'Ennemi, puisqu'il se passe inseré dan une tendance de diminuer risques causé par la sortie de l'État de sa condition inerte, pour agir offensivement au combat de ses ennemis et aux ennemis de la société. Par ailleurs, concernait le Droit Pénal l'Ennemi se montre comme tendance en vogue, il ne veut pas suffoquer ni annuler le Droit Pénal de la Société, puisque les deux se complémentent, c'est à dire, tandis qu'il continuait a éxister pour les citoyens qui vivent en ordre ansi que pour aux qui, même infracteurs, pratiquent leur délit san resulter dans un risque á l'État, celui s'ocuppe des cas dont le coupable de la periculosité différencée devra être traitée comme ennemi de l'État.

Mots-clé: Droit pénal de l'ennemi. Droit pénal de la société. État dangereux. Société du risque. Souveraineté.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRÓITO..... | 09 |
| 2 UM OLHAR SOBRE O HOMEM E SUAS NECESSIDADES..... | 11 |
| 2.1 O Homem e sua Natureza..... | 11 |
| 2.2 O Homem e sua Liberdade..... | 13 |
| 2.3 O Homem e seu Aprisionamento..... | 15 |
| 3 A SOBERANIA DO ESTADO CONTEMPORÂNEO FRENTE À DELINQUÊNCIA..... | 18 |
| 3.1 Por que não se respeita mais o Estado?..... | 19 |
| 3.2 A Necessidade do Estado em Atender aos Anseios Populares..... | 23 |
| 3.3 A Necessidade do Estado em Punir os Desregrados: a Repressão em Garófalo e o “Estado Perigoso” de Jiménez de Asúa..... | 27 |
| 4 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO..... | 36 |
| 4.1 A Prisão..... | 36 |
| 4.2 O Carcerário..... | 42 |
| 4.3 A Pena..... | 47 |
| 4.4 A Reinserção..... | 51 |
| 4.5 A Reincidência..... | 54 |
| 4.6 As Organizações Criminosas..... | 56 |
| 5 UM OLHAR SOBRE O CRIMINOSO: O ORDINÁRIO E O “INIMIGO” DO ESTADO..... | 59 |
| 6 CONCLUSÃO..... | 78 |
| 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 85 |

1 INTRÓITO

Faz-se mister hodiernamente a busca por qualquer explicação que justifique a constante crescente da criminalidade como uma necessidade muito mais de “autoblindagem” que partilhável à sociedade.

Em face disso, há que se reconhecer a existência de etapas a serem cumpridas neste processo e a primeira delas alude à compreensão da natureza humana e suas peculiaridades, sobremaneira no pertinente ao seu subjetivismo e na sua vontade livre e inequívoca de ser liberta. Foi justamente isto o analisado no primeiro tópico desta Obra: O Homem e sua Natureza, o Homem e sua Liberdade e o Homem e seu Aprisionamento.

Posteriormente, numa segunda etapa abandonou-se transitoriamente este enfoque singular e individualizado do ser humano, para uma análise da coletividade enquanto ente soberano frente ao comportamento desgarrado - melhor denominado “delito” - dos padrões por ela estabelecidos. Insta frisar que, por questões de dinamismo e técnica literária, neste capítulo falou-se apenas da soberania do “Estado Contemporâneo” frente à delinqüência e não do Estado Moderno ou Medieval, em face de ser aquele uma evolução lógico-natural do que um dia foram estes dois últimos.

Desta forma, sem pretensões exaurientes ao tema, foram elencadas algumas razões que levam à delinqüência bem como a necessidade do Estado em punir os desregrados e atender aos anseios populares.

O Sistema Prisional Brasileiro e tudo o que está nele contido, a saber, a pena, o preso, a reinserção social, a reincidência criminal, dentre outros; foi o eixo central da etapa seguinte. Discorreu-se acerca de fatos tangíveis às condições pessoais e estruturais do sistema penitenciário pátrio, bem como se debateu o trato com o preso e a eficácia de seu apenamento. Ademais, foi discutida a complementaridade ou a conflitância do binômio reinserção/reincidência criminal; e por derradeiro, tratou-se da participação das organizações criminosas dentro das prisões na atualidade.

Indo em direção ao fim da trilha traçada por este Autor, na etapa seguinte aprofundou-se sobre a figura do criminoso, o qual fora dividido em dois grupos básicos: os *criminosos ordinários*, assim denominados aqueles delinqüentes “comuns” que, na opinião deste Autor, ainda são a maioria dos praticantes de crimes e cumpridores de pena; e os chamados “*inimigos*” do Estado, uma classe diferenciada da criminalidade que se destina não só ao desregramento social como também à desestabilização do Estado.

Elaborou-se um critério de distinção entre estes e, sobretudo, foi feita uma perspectiva crítica do que se entende pelo chamado “Direito Penal do Inimigo”.

Por fim, concluindo o percurso nesta Obra proposto e confluindo os argumentos em conclusões de caráter eminentemente protecionistas à sociedade, em detrimento do “paternalismo” exacerbado dispensado aos delinqüentes; defendeu-se um novo prumo para a Política Criminal contemporânea, a ser norteadada o quanto antes pela “bússola” desenvolvida por Günther Jakobs, a qual representa a sua teoria do Direito Penal do Inimigo.

2 UM OLHAR SOBRE O HOMEM E SUAS NECESSIDADES

Como medida salutar à análise de uma perspectiva circunspeta da natureza humana, é preciso enfocá-la sob um prisma sócio-filosófico. Neste diapasão, a natureza, a liberdade e o aprisionamento humanos formam uma tríade mestra sobre a qual se alicerçará esta Obra.

2.1 O Homem e sua Natureza

A conceituação da *natureza* humana apresentou múltiplas variantes no transcorrer dos séculos acompanhando, de certa maneira, as tendências ideológicas pelas quais o mundo passava. Nos interstícios entre o arcaico e o vanguardista, o temor a este último era o que consubstanciava a *crise existencialista* de Sartre¹, e foram estes temores os “momentos-chave” de mais proveitosa classificação da natureza humana.

Nesta ânsia por uma definição, Thomas Hobbes dispôs que “[...] as faculdades da natureza humana podem ser reduzidas a quatro espécies: força corporal, experiência, razão e paixão”. (2002, p. 25). Desta forma, entende o autor que o homem não se associa ao seu congênere somente para coexistir, mas para se preservar da violência recíproca. Isto porque “[...] no estado de natureza, todos os homens têm desejo e vontade de ferir, mas que não se procede da mesma causa, e por isso não deve ser condenado com um igual vigor”. (HOBBS, 2002, p. 29). Logo, para Hobbes, a natureza humana seria caracterizada pelo medo do homem de seu símile² e que, em razão disso, esta se colocaria em estado de agressividade.

¹ Jean-Paul Sartre preceitua que: “A realidade humana não poderia receber seus fins, como vimos, nem de fora nem de uma pretensa natureza interior. Ela os escolhe e, por essa mesma escolha, lhes confere uma existência transcendente como limite externo de seus projetos”. (1997, p. 548). Desta maneira, entendemos ser o homem temerário àquilo que escapa à sua compreensão, buscando definir logo o *novo*, como medida de pacificação interior. É neste espaço temporal efêmero entre a morte e o nascimento de uma nova ideologia, em que urge uma resposta, que se situa a chamada *crise existencialista*.

² Hobbes, em sua obra “Do Cidadão”, afirma, sem circunlóquios, que “[...] a origem de todas as grandes e duradouras sociedades não provém da boa vontade recíproca que os homens tivessem uns para com os outros, mas do medo recíproco que uns tinham dos outros”. (2002, p. 28).

Sob enfoque crítico, Rousseau principia seu raciocínio mostrando, preliminarmente, o homem passivo e covarde de Pufendorf, de maneira que “[...] nenhum ser é tão tímido quanto o homem em estado de natureza, e que ele está sempre tremendo e pronto a fugir ao menor ruído que o alcance, ao menor movimento que perceba”. (1978, p. 239). Seria o homem de Pufendorf o extremo oposto do homem *hobbesiano*. Enquanto em Hobbes este é marcado por sua agressividade, aqui é caracterizado por sua passividade. Todavia, o próprio Rousseau discorda deste posicionamento ao afirmar que (1978, p. 239):

Tal coisa pode ser verdadeira em relação aos objetos que não conhece e duvido que não se atemorize com todos os novos espetáculos que se lhe oferecem, sempre que não pode distinguir o bem e o mal físicos que deles deva esperar, nem comparar suas forças com os perigos pelos quais deve passar [...]. Mas o homem selvagem, vivendo disperso entre os animais e vendo-se desde cedo na iminência de medir força com eles, logo fez a comparação e, verificando que mais os ultrapassa em habilidade do que eles o sobrepujam pela força, aprende a não mais temê-los.

Trata-se, portanto, do “homem selvagem” de Rousseau, moldado pela natureza a qual “[...] faz com que eles precisamente como a lei de Esparta com os filhos dos cidadãos; torna fortes e robustos aqueles que são bem constituídos e leva todos os outros a perecerem [...]”. (ROUSSEAU, 1978, p. 238). Desta maneira, sem caracteres pré-estabelecidos, seria o “selvagem” uma verdadeira “folha em branco” a ser preenchida durante sua vida. Diante de tais atributos, o homem não seria bom ou mau por natureza, mas sim neutro; moldado por um determinismo biológico/social/econômico/político/religioso responsável pela formação e consolidação de sua personalidade³.

Perfilha-se este Autor, pasme, a um *sincretismo* entre os homens *hobbesiano* e *rousseauiano*, fundando-se nas seguintes argumentações: considerando não vir o ser humano ao mundo fadado ao sucesso ou ao fracasso, predestinado a herói ou vilão da história universal; entende-se que, nada obstante a

³ Deve-se concordar com a nota de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado acerca da obra de Jean-Jacques Rousseau, “Do contrato social; ensaio sobre a origem das línguas; discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; discurso sobre as ciências e as artes”, que trata do amoralismo integral, pelo qual “[...] o homem não é então nem bom nem mal, ignora tanto as virtudes quanto os vícios. O estado da natureza é mais vantajoso para ele e lhe proporciona mais felicidade que o estado social”. (1978, p. 207).

carga genética que traz consigo, o meio pode ser determinante quando da construção de um caráter marcado inicialmente pela neutralidade e isso reflete um pendor por Rousseau.

Entretanto, apesar da perícia com que mostra uma civilização inicialmente homogeneizada de caracteres, Rousseau é insuficiente quando fala no desenvolvimento do homem e sua conseqüente perda da neutralidade; perda esta inclusive em desfavor da coexistência. É justamente neste momento que surge Hobbes para complementá-lo e dar um norte filosófico às medidas a serem aplicadas àqueles que optarem por um posicionamento negativo, isto é, em favor da não-coexistência.

Neste sentido, Hobbes vai ainda mais longe e, dentre os desvirtuados, distingue os meros dissonantes daqueles que podem constituir empecilho à ordem comum; distinção esta que influenciará e muito a maneira de aplicação do Direito Penal conforme se verá nesta Obra.

Em suma, o sincretismo Rousseau/Hobbes num mesmo homem se dá não pelo critério da heterogeneidade de sua natureza, mas em razão do seu mero desenvolvimento, de maneira que o ser humano resolve-se com o Estado acerca de seus direitos e deveres, consoante Rousseau, mas em caso de descumprimento destes receberá um tratamento diferenciado melhor previsto por Hobbes.

2.2 O Homem e sua Liberdade

Qualquer que seja a natureza humana entendida como a mais azada dentre as mencionadas *supra*, há entre elas um ponto de não-animosidade: o homem não sabe viver “sufocado”. A sua resiliência dura até o limite da eclosão revoltosa contra sua opressão. Não há lugar no mundo em que se conceba a supressão da liberdade como algo natural. Desde Estados ditatoriais às tribos africanas e indígenas; desde as sociedades estamentais hierarquicamente imutáveis às culturas nas quais se prega a submissão feminina; os anseios liberais sempre estarão presentes, ainda que subversivamente e/ou meramente implícitos.

Acerca deste estado de liberdade discorreu com louvor Jean-Paul Sartre (1997, p. 542-543):

[...] a liberdade é fundamento de todas as essências, posto que o homem desvela as essências intramundanas ao transcender o mundo rumo às suas possibilidades próprias. Mas se trata, de fato, de *minha* liberdade. [...] Assim, minha liberdade está perpetuamente em questão em meu ser; não se trata de uma qualidade sobreposta ou uma *propriedade* de minha natureza; é bem precisamente a textura de meu ser [...]

Urge ressaltar, contudo, que a busca pela liberdade nem sempre se deu por guerras e derramamento de sangue. Apesar do reconhecimento de que a história da humanidade correlaciona-se à de suas batalhas, estas não raras vezes se deram no campo filosófico, consubstanciando um jogo estratégico capaz de provocar “estragos” tão ou mais consistentes que o belicismo puro e simples.

Entretanto, ainda que se atribua grande valia às considerações ditas alhures, cumpre ponderar que o ideal de liberdade suprema é utópico. Não é possível conceber ordem em uma sociedade em que a liberdade é irrestritamente exercida contra todos, vez que isso remonta ao anarquismo de Phroudon⁴.

Neste contexto, o Estado pode ser entendido como um “aparador de arestas”, nos moldes idealizados pelo contrato social de Rousseau⁵, funcionando

⁴ Edson Passetti faz uma análise crítica da obra de Pierre-Joseph Phroudon denominada “O princípio federativo” (São Paulo: Imaginário/Nu-Sol, 2000) e afirma que: “O principal problema reside na autonomia do indivíduo. Os anarquismos individualistas e/ou coletivistas afirmam miríades de associações federadas perante a iminência de uma possível sociedade totalizadora. Fundam-se num direito de secessão, com base num contrato sinalagmático e comutativo, como formulou Phroudon em um dos seus derradeiros escritos, *O princípio federativo*. Nem regime de deveres para uma entidade, nem direitos para quem se governa; apenas afirmação de um sujeito soberano. Eis o problema!”. (2003, p. 24). Neste diapasão, o autor remonta a Max Nettlau e sua obra, “La anarquia a través de los tiempos” (Madrid, Espanha: Jucar, 1977), o qual, segundo Passetti, “[...] remete o anarquismo às experiências em longínquas fases da nossa existência para atualizar suas virtualidades em invenções de liberdade diante da autoridade centralizada. Jamais haverá liberdade absoluta ou dissociação completa da autoridade”. (2000, p. 21).

⁵ Jean-Jacques Rousseau dispõe que “[...] as cláusulas desse contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e de nenhum efeito, de modo que, embora talvez jamais enunciadas de maneira formal, são as mesmas em toda a parte, e tacitamente mantidas e reconhecidas em todos os lugares, até quando, violando-se o pacto social, cada um volta a seus primeiros direitos e retoma sua liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual renunciara àquela”. (1978, p. 32). Nesta frequência, a nota n° 11 da aludida obra, situada a p. 22 e inserida por Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado; acrescenta que “[...] o objetivo primordial do Contrato Social está em assentar as bases sobre as quais legitimamente se possa efetuar a passagem da liberdade natural à liberdade convencional, como mais adiante se verá. Não obstante, essa expressão genérica, posta à entrada do texto e antes de estabelecer-se o sentido dos termos que a compõem, leva a pensar numa defesa do individualismo, quando em verdade se inicia uma exposição acerca da organização social”.

como um conversor de direitos naturais originariamente advindos do homem em direitos coletivamente convencionados, como medida de coexistência⁶. A maneira de se fazer cumprir o acordado dar-se-ia *contratualmente*, pela positivação de tais direitos; *legalmente*, pelos atos estatais de coerção; e *punitivamente*, pelos atos combativos às condutas desvirtuosas antagônicas ao coletivismo.

É preciso ressaltar, entretanto, que uma conduta “desvirtuosa” pode ser *ilegal e/ou imoral*, e cujos conceitos são distintos. A conduta ilegal é *modus operandi* viciado e ofende um conjunto objetivista de normas e princípios pré-estabelecidos e positivados. Por sua vez, a conduta imoral reside no inconsciente de quem assim a aprecia. É subjetiva. Quando este subjetivismo salta aos olhos da coletividade de maneira negativa, impera a imoralidade. Toda conduta ilegal é imoral, todavia, nem toda conduta imoral é ilegal, e é preciso respeitar esta nuance.

O Estado enquanto máquina punitiva se atém às condutas ilegais, assim definidas *a priori* costumeiramente por um povo, em um determinado tempo; e *a posteriori* contextualizadas nos códigos de conduta pátrios. É assim que funciona a criação dos institutos penalizadores de resposta aos chamados “delinqüentes” a excepcionar o estado liberal que é regra.

2.3 O Homem e seu Aprisionamento

A supressão da liberdade é um estado de exceção na natureza humana, como dito alhures. Quando ocorre desarmonia do indivíduo para com as regras de conduta positivadas, mostra-se como medida plausível retirar o dissonante do convívio social.

Primariamente, tal ato pôde ser justificado como medida retributiva⁷ imposta pela sociedade por ter o criminoso, com sua prática lesiva, colocado em

⁶ São novamente oportunas as palavras de Jean-Jacques Rousseau: “O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quando aventura e pode alcançar. O que com ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui”. (1978, p. 36).

⁷ Trata-se, neste apontamento, de posição pela qual: “O sentido da pena radica-se na retribuição: imposição do mal da pena pelo mal do crime. Nisso exaure-se a função da pena. A pena é, pois, consequência justa e necessária do crime praticado, entendida como uma necessidade ética (imperativo categórico), segundo Kant, ou necessidade lógica (negação do crime e afirmação da pena), segundo Hegel”. (ALBERGARIA, 1996, p. 20).

risco a soberania desta⁸. Posteriormente, isto passou a dar-se como caráter impeditivo à prática de novos delitos, consoante explana Foucault (2004, p. 87):

Encontrar para o crime um castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja idéia seja tal que torne definitivamente sem atração a idéia de um delito. [...]. A punição ideal será transparente ao crime que sanciona; assim, para quem a contempla, ela será infalivelmente o sinal do crime que castiga; e para quem sonha com o crime, a simples idéia do delito despertará o sinal punitivo.

Este segundo momento denota, portanto, atividade saneadora estatal de prevenir a desordem mediante a retirada do criminoso das ruas até se transformar, num terceiro e último instante, em medida necessária à ressocialização e à recuperação moral do indivíduo, num simbolismo “cicatricial” do caráter “ferido” pela prática delitiva.⁹

Muito se discute e muito se critica se o aprisionamento é medida mais eficaz de repreensão ao cometimento de crimes. Alegam os opositores desta idéia ser a prisão um local de patranhas e refolhos, onde se transforma o pequeno criminoso em um grande perigo à sociedade, formando um ciclo ininterrupto no qual os “aprendizes” do presente são os formadores de opinião do amanhã.¹⁰

Por outro lado, os defensores desta filosofia do encarceramento, aos quais se harmoniza o autor desta Obra, reconhecem não atingir a prisão sua finalidade precípua, mas que, num mundo que já conheceu a tortura e as horripilantes maneiras de matar o violador, parece ser a prisão um “meio termo”

⁸ Ana Messuti explana com brilhantismo que “[...] o conceito de retribuição tem uma importância fundamental para a vida social, responde à estrutura do intercâmbio, sem a qual a vida social não existiria. Cada prestação dá lugar a uma contraprestação”. (2003, p. 20). Fica clarividente nesta contextualização que “[...] a prisão punitiva implicaria o total isolamento do delinqüente frente ao resto da comunidade de pessoas. É evidente o desejo de apartá-lo (nenhum contato com os homens livres)”. (MESSUTI, 2003, p. 29).

⁹ Esta terceira fase é chamada por Jason Albergaria de *prevenção especial*, pela qual o que se pretende é “[...] a reeducação e ressocialização do delinqüente”. (1996, p. 20). É explícita a alusão do autor à obra de Francisco Muñoz Conde (“Introducción al derecho penal”. Barcelona: Bosch, 1984), que definiu as teorias da pena em *absolutas*, *relativas* e *da união*. Esta prevenção especial faria parte da teoria da união.

¹⁰ Este posicionamento criticista do sistema prisional tem em Michel Foucault seu maior expoente ao afirmar que: “A prisão em seu todo é incompatível com toda essa técnica de pena-efeito, da pena-representação, da pena-função geral, da pena-sinal e discurso. Ela é a escuridão, a violência e a suspeita”. (2004, p. 95).

aceitável¹¹. Em outras palavras, o cárcere abranda o que um dia não passou de brutalidade punitiva e evita o laxismo penal¹², que não passa de um garantismo exacerbado transviado.

¹¹ Edmundo Oliveira discorre com brevidade que: “A prisão é velha como a memória de um homem e, mesmo com o seu caráter aflitivo, ela continua a ser a panacéia penal a que se recorre em todo o mundo”. (1996, p. 05).

¹² Ricardo Dip e Volney Corrêa Leite de Moraes Jr. explicam o laxismo penal como a “[...] tendência a propor a) solução absolutória, mesmo quando as evidências do processo apontem na direção oposta, ou b) punição benevolente, desproporcionada à gravidade do delito, às circunstâncias do fato e à periculosidade do condenado, tudo sob o pretexto de que, vítima do fatalismo socioeconômico, o delinqüente sujeita-se, quando muito, a reprimenda simbólica”. (2002, p. 02). Desta forma, para os autores, “[...] o laxismo *bem pensante* metamorfoseia-se, a olhos vistos, no corpo sapiencial, na assessoria doutrinária, no *braço intelectual* do crime organizado, fonte de estímulo à indisciplina no sistema penitenciário”. (DIP, MORAES JR., 2002, p. 07).

3 A SOBERANIA DO ESTADO CONTEMPORÂNEO FRENTE À DELINQUÊNCIA

Importante no germinar das argumentações do capítulo em lume é chamar a atenção do leitor ao seu título, desprovido de divagações ou devaneios: a soberania do Estado “Contemporâneo” frente à delinquência. Nesta trilha, abdicou-se, *mui* custosamente, dos pensamentos *aristotélicos*, *rousseauunianos*, *hobbesianos*, *platônicos*, dentre outros pré-contemporâneos, a bem da formulação de teoremas pertinentes à relação “Estado – Indivíduo” (não necessariamente nessa ordem, consoante se verá a seguir); e cujo ponto de partida reside nas idéias de Hassemer, Garófalo, Foucault, Sartre, Jiménez de Asúa, etc.

O fator determinante desta tomada de atitude, a saber, a cisão da contemporaneidade dos demais períodos ocidentalmente convencionados, se deu por dois critérios: o *temporal*, cujo marco inicial é a eclosão da Revolução Francesa em 1789, que pôs fim à era moderna; e o *sócio-filosófico*, cujos expoentes são os pensadores representantes deste atual período.

Munido de tais critérios, analisou-se com olhos críticos os significados do poder nos Estados moderno e contemporâneo, respectivamente. No primeiro, Calogero Pizzolo analisa Hobbes e conclui que (2004, p. 102):

El poder soberano que nace a partir de la institución del Estado mediante el *pacto*, es pensado por Hobbes como un poder enteramente “absoluto” y, por tanto, “indivisible” en lo que hace a sus atributos. Poder ilimitado es soberania absoluta, y el soberano, en todo Estado, es el representante absoluto de todos los súbditos [...]¹³

No segundo, José Luis Bolzan de Moraes implode a idéia de absolutização e perpetuidade do poder no Estado moderno *hobbesiano* ao afirmar que (1996, p. 42):

¹³ “O poder soberano que nasce a partir da instituição do Estado mediante o pacto, é pensado por Hobbes como um poder inteiramente absoluto e, portanto, indivisível no tocante a seus atributos. Poder ilimitado é soberania absoluta, e o soberano, em todo Estado, é o representante absoluto de todos os súditos”.

Falar em soberania, nos dias que correm, como um poder irrestrito, muito embora seus limites jurídicos, parece mais um saudosismo do que uma avaliação lúcida dos vínculos democráticos que implicam um efetivo controle conteudístico de sua atuação.

Com amparo nos critérios e idéias mencionados alhures, permitiu-se concluir que a essência e a definição do “poder” são frutos de uma evolução cognitiva, formadas por “camadas de pensamento condensadas” que foram sobrepujando-se umas às outras ao longo dos tempos, levando à formação de um conceito que historicamente apenas se complementou, se aperfeiçoou e pouco se contradisse. Desta maneira, entendeu-se que para estudar a soberania do Estado, ainda mais frente à ameaça da delinqüência, basta uma análise da contemporaneidade, por já conter este período o que há de melhor em se tratando de poder e soberania.

3.1 Por que não se respeita mais o Estado?

Há no processo solidificador da soberania de um Estado uma tênue divisa entre a *opressão* e *obediência* de um povo, apesar de ambas derivarem de um máximo divisor comum: o *poder*.

Foi justamente sobre o *poder* e suas intrigantes nuances que se debruçou Norberto Bobbio (2004, p. 151):

O alfa e o ômega da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele. Mas o mesmo problema pode ser considerado de dois pontos de vista diferentes, ou mesmo opostos: *ex parte principis* ou *ex parte populi*. Maquiavel ou Rousseau, para indicar dois símbolos. A teoria da razão de Estado ou a teoria dos direitos naturais e o constitucionalismo. A teoria do Estado-potência, de Ranke a Meinecke e ao primeiro Weber, ou a teoria da soberania popular. A teoria do inevitável domínio de uma restrita classe política, minoria organizada, ou a teoria da ditadura do proletariado de Marx e Lênin. O primeiro ponto de vista é o de quem se posiciona como conselheiro do príncipe, presume ou finge ser o porta-voz dos interesses nacionais, fala em nome do Estado presente; o segundo ponto de vista é o de quem se erige em defensor do povo, ou da massa, seja ela concebida como uma nação oprimida ou como uma classe explorada, de quem fala em nome do anti-Estado ou do Estado que será. Toda a história do pensamento político pode ser distinguida conforme se tenha posto o acento, como os primeiros, no dever da *obediência*, ou, como os segundos, no direito à resistência (ou à revolução).

Nestas contraposições bipolares, Bobbio conseguiu mapear as faces paradoxais de um poder uno que se resumiram, num passado recente, em capitalismo e socialismo (comunismo); se resumem hodiernamente em direita e esquerda políticas; e certamente se resumirão, num futuro próximo, em confiança e incredulidade na política estatal de segurança pública, dependendo do desfecho que lhe for conferida.

Não bastassem tais confrontações acima traçadas, a contemporaneidade *jurisfilosófica* inverte a fonte emanante do poder, consoante observa Norberto Bobbio (2004, p. 154):

[...] o Estado era a realização do domínio da razão na história, o “racional em si e para si”, todas as grandes correntes políticas do século passado inverteram o caminho, passando a contrapor a sociedade ao Estado, descobrindo na sociedade (e não no Estado) as forças que se orientem no sentido da libertação e do progresso histórico, e vendo no Estado uma forma residual arcaica, em via de extinção, do poder do homem sobre o homem.

Como espeque à asserção supra, Diogo de Figueiredo Moreira Neto observa que “[...] o *poder estatal* não exclui o *poder grupal* de outras instituições, nem, muito menos, o *poder individual* que é o fenômeno básico e originante dos demais”. (1992, p. 18). Este fenômeno pode ser mais bem absorvido pela racionalidade crítica como uma atribuição valorativa à *microfísica do poder* idealizada por Foucault.¹⁴

Postas as cartas na mesa, é chegado o momento de rememorar o primeiro parágrafo deste tópico, no qual se aduziu que a *opressão* e a *obediência*,

¹⁴ Trata-se a *microfísica do poder* de idéia formulada por Michel Foucault, segundo a qual: “O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão”. (1999, p. 183). Faz-se mister, pois, no estudo do Estado contemporâneo, mencionar a “microfísica” de Foucault, vez que a mesma “retira” deste todo o poder que foi intensamente concentrado desde o Estado Moderno de Hobbes e o “dilui” entre a sociedade. Inverte-se, neste sentido, a sua fonte dimanante. Ademais, nesta mesma frequência Jean-François Revel explica: “Portanto, os aspectos que opõem as duas concepções no domínio filosófico: a concepção de acordo com a qual “é o Estado que produz o cidadão” e a concepção segundo a qual “é o cidadão que produz o Estado”. Eu acho que nós temos aqui uma opção moral essencial e acho que as nossas civilizações tenderam em relação à primeira concepção, por algum tempo, e, agora, estamos assistindo a uma virada no sentido de uma proeminência do cidadão sobre o Estado”. (1985, p. 15).

derivadas do poder, são ingredientes a dar temperos distintos quando da formação do maciço estatal.

A primeira, que encontra ambiente ideal ao seu desenvolvimento nos Estados simpatizantes com regimes ditatoriais (totalitários) e não raramente respaldados pelo militarismo; mostra suas “garras” através da manutenção da “ordem” com vigor exasperado¹⁵ e da centralização do poderio pelos governantes adeptos dela¹⁶, de maneira que sua força oposita e reativa é a *resistência*.

A segunda não encontra guarida em um regime governamental específico. É na verdade um modo de proceder do povo para com o Estado. Insta frisar, contudo, desarmado do propósito de exaurir o debate desde já proposto, que o conceito de “obediência” é um dos que mais foram deturpados com o advento do Estado Contemporâneo pós-Revolução Francesa. Pode-se dizer que o mundo vive hoje uma “crise de obediência”, agravada pela descrença na funcionalidade do Estado, graças a esta desfiguração conceitual.

Norberto Bobbio explica que “[...] o contrário da resistência é a obediência, o contrário da contestação é a aceitação”. (2004, p. 152). Entrementes, foi defendido no parágrafo que discorre sobre a *opressão*, que sua força reativa é a *resistência*. Se for considerada a afirmação de que o contrário da *resistência* é a *obediência*, logo, à luz de um binômio paradoxal trazido por Bobbio, se estará admitindo como plausível a idéia de que *opressão* e *obediência* harmonicamente integram a mesma face da moeda (em outras palavras, se o oposto da opressão é a resistência, e o contrário da resistência é a obediência, logo, obediência e opressão pertencem a um ventre comum); o que deve ser considerado inverídico e porque não absurdo, senão veja-se:

¹⁵ Acerca do tema, Calogero Pizzolo acrescenta ainda que: “El discurso irracional coincide siempre en la naturaleza de la fuerza que desata, pero asume en la realidad diversas formas. La racionalidad sobre la cual busca legitimarse, esto es el Estado, no siempre es la misma”. (2004, p. 299-300). (“O discurso irracional coincide sempre com a natureza da força que desata, mas assume na realidade diversas formas. A realidade sobre a qual busca se legitimar, isto é o Estado, nem sempre é a mesma”).

¹⁶ “A máxima concentração de poder ocorre quando os que detêm o monopólio do poder coercitivo, no qual consiste propriamente o poder político, detêm ao mesmo tempo o monopólio do poder econômico e do poder ideológico (através da aliança com a Igreja única elevada à Igreja de Estado), ou, modernamente, com o partido único; em outras palavras, ocorre quando o soberano tem, como na teoria também aqui paradigmática de Hobbes, ao lado do imperium e do dominium, também a potestas spiritualis, que é, de resto, o poder de pretender obediência dos próprios súditos por força de sanções não só terrenas, mas também ultraterrenas”. (BOBBIO, 2004, p. 154-155).

Há uma tendência em voga, na verdade um processo “osmótico”, do meio mais para o menos concentrado (leia-se de um Estado intenso e recém-consolidado pós-feudalismo, para um Estado totalitário onipresente e sufocador, para a atualidade de um *welfare state* não-ubíquo e garantista); de não se querer mais obedecer ao Estado, vista haja este ser encarado como um empecilho à vida das pessoas e como uma “estrutura arcaica”, conforme dito alhures, dada a sua má-gestão e a descrença na funcionalidade a que se propõe ao menos no campo teórico.

Nesta linha de raciocínio, encaixam-se ao contexto as palavras de Jean-François Revel (1985, p. 15-16):

Para voltar a certos aspectos mais práticos, eu diria que a razão que motivou essa virada, no fundo, é a constatação, devida em parte à crise econômica, de que essa absorção da sociedade pelo Estado não traz, geralmente, qualquer prosperidade, nem mesmo a felicidade na escravidão, porque as sociedades coletivistas não trazem essa felicidade na escravidão. Estamos quase todos de acordo na crítica às sociedades coletivistas, mas começamos, agora, a fazer críticas às sociedades estatizadas, ou democráticas por demais estatizadas, porque constatamos que quanto mais o Estado estatiza e se torna mais rico, mais ele tem capital e empresas e, cada vez menos, conseqüentemente, deveria ele exigir dinheiro dos cidadãos tributando os cidadãos. Mas vemos o contrário na prática.

Ainda o autor, sobre a ingerência administrativa do Estado (1985, p. 18):

O Estado se revela um mau administrador, não encontra formas de se satisfazer e nem é capaz de subscrever aos aumentos de capital que seriam necessários em suas empresas. Nesse esquema, temos uma redução das liberdades políticas – o que é o principal perigo -, seguido do aumento cada vez maior das limitações econômicas tributárias.

Além das já enumeradas, uma outra provável razão para esta desobediência é a tomada de consciência popular de que o poder emana do individual para o coletivo, ou seja, da sociedade para o Estado, e não do Estado para a sociedade, conforme já havia ressaltado Foucault em sua *microfísica do poder* (vide nota nº 14). Louvável considerar, pois, a hipótese de que as pessoas sabem, ainda que inconscientemente, que sem elas o Estado nada é.

Neste cenário, se o Estado tenta reafirmar-se sobre seus tutelados através de qualquer imperativo que possa implicar em restrição ou exclusão de alternativas garantistas destes, é chamado opressor, sendo que; em primeiro lugar, este adjetivo deve caber tão-somente aos Estados violadores do estado liberto, que deve ser regra, consoante aduzido no segundo capítulo desta Obra. Em segundo lugar, é preciso despir-se da “paranóia ditatorial” de que qualquer ato impositivo do Estado consubstancia uma tentativa de opressão; e, por último, às vezes, tudo que o Estado almeja é nada mais que a obediência do povo visando à continuidade da sua soberania e à manutenção da paz social contratualmente acordada com seus comandados.

No entanto, em razão da falaciosa idéia de que o oposto da resistência é a obediência, subtendendo que opressão e obediência caminham “lado a lado”, insiste-se em não cumprir as ordens do Estado, e o pior, resiste-se a elas, sob bandeira de que a sua submissão formaliza renúncia aos direitos e garantias fundamentais pelos quais tanto se lutou, quando, na verdade, tais ordens objetivam nada mais que a obediência coletiva tão preciosa a um Estado de Direito.

A proposta que se faz, frente a este ponto de vista, é a de uma readequação de conceitos, de maneira que melhor se entenda que, contrariamente à resistência há a aceitação, enquanto que, opondo-se à obediência há a contestação. Isto porque a aceitação pressupõe resignação, uma não-oposição a uma questão que aflora e afronta. Já a contestação mostra-se como uma forma cívica e politizada em não aceitar incondicionadamente tudo que é imposto, pressupondo debates e argumentações a bem de esclarecimento, sendo, portanto, um importante instrumento de democracia, e, conseqüentemente, de soberania ao Estado e poder ao povo.

3.2 A Necessidade do Estado em atender aos Anseios Populares

Conforme aduzido no tópico anterior, o Estado contemporâneo atravessa uma “crise de obediência”, que pode ser ainda chamada sinonimamente de “*niilismo político*”¹⁷.

Com supedâneo neste ponto de vista, julga-se cabível a seguinte indagação: afinal, qual é a função do Estado atualmente?

A História e a Política contabilizam *dois momentos* distintos do Estado contemporâneo, desde seu nascimento em 1789, fruto da união entre a Revolução Francesa e o Movimento Iluminista europeu dos séculos XVII e XVIII, até a atualidade: o *liberal* e o *providente*.

Acerca do primeiro momento, a saber, o liberal, este já vinha sendo esculpido desde a pré-contemporaneidade, nos moldes de uma classe social emergente denominada “burguesia”¹⁸, atingindo seu ápice, contudo, somente quando coadunaram os interesses revolucionários de burgueses e anti-absolutistas, sob o lema da Revolução Francesa “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, instante em que se mostrou ao mundo sua política de intervenção minimalista condensada na frase “*laissez faire, laissez passer*”¹⁹.

Por sua vez o momento providente, pelo qual larga margem populacional renegada a um estado de miséria e desamparo ansiou, somente ganhou fôlego com as dolorosas feridas mundiais oriundas da Primeira Grande

¹⁷ “Niilismo, s.m. Redução a nada; descrença completa; doutrina política segundo a qual o progresso da sociedade só é possível após a destruição de tudo aquilo que existe socialmente.” (BUENO, 2000, p. 539). Buscando mais que um significado para a expressão, Gilberto Cotrim explica a essência idealizada por Friedrich Nietzsche: “Ser niilista significa não crer em nenhuma verdade moral ou hierarquia de valores pré-estabelecidos” (2000, p. 214). Com base nas definições *supra* (uma literal e outra teleológica, respectivamente), fica clarividente que o filósofo alemão pretendia não um mundo libertário, mas sim um mundo sem submissão, e sem resignação; algo totalmente compatível com a idéia de não se reconhecer o Estado como um ente soberano, e, portanto, não obedecê-lo.

¹⁸ Em conluio com as palavras de Fábio Roque Sbardelotto: “A conformação do Estado Liberal de Direito decorre da ideologia identificada por Liberalismo, surgido, historicamente, na Europa da Idade Moderna, após o século XVI, acentuando-se nos séculos XVII e XVIII como reflexo de uma nova *visão-de-mundo* de uma classe social emergente, até então submissa, a burguesia, em sua luta histórica contra os domínios do feudalismo aristocrático e fundiário”. (2001, p. 33).

¹⁹ “Deixe fazer, deixe passar.” Interpretando esta expressão, sábio é o entendimento de Pat O'Malley: “Este era el orden imaginado por el capitalismo del *laissez-faire*. [...] Ni la tradición ni el Estado debían intervenir en la libertad de mercado. El derecho tomó cuenta de esto de manera rápida y creciente, creando nuevas instituciones e imágenes de los ciudadanos basadas em el riesgo”. (2006, p. 170). (“Esta era a ordem imaginada pelo capitalismo do *deixe fazer*. [...] Nem a tradição nem o Estado deviam intervir na liberdade de mercado. O Direito tomou conta disso de maneira rápida e crescente, criando novas instituições e imagens dos cidadãos baseadas no risco”).

Guerra (1914-1918) e com a difusão marxista pela Europa e pela América Latina, e seus conseqüentes movimentos almejando a estatização dos bens e da produção²⁰.

Dando “precisão cirúrgica” aos dois momentos, louváveis são as palavras de José Luis Bolzan de Moraes (1976, p. 79):

O *Estado Liberal de Direito* apresenta-se caracterizado pelo conteúdo liberal de sua legalidade, onde há o privilegiamento das liberdades negativas, através de uma regulamentação restritiva da atividade estatal. A lei, como instrumento da legalidade, caracteriza-se como uma *ordem geral e abstrata*, regulando a ação social através do *não-impedimento* de seu livre desenvolvimento; seu instrumento básico é a *coerção* através da *sanção* das condutas contrárias. O ator característico é o indivíduo. O desenrolar das relações sociais produziu uma transformação neste modelo, dando origem ao *Estado Social de Direito* que, da mesma forma que o anterior, tem por conteúdo jurídico o mesmo ideário liberal agregado pela convencionalmente nominada *questão social*, a qual traz à baila os problemas próprios ao desenvolvimento das relações de produção e aos novos conflitos emergentes de uma sociedade renovada radicalmente, com atores sociais diversos e conflitos próprios a um modelo industrial-desenvolvimentista. Temos aqui a construção de uma ordem jurídica na qual está presente a limitação do Estado ladeada por um conjunto de garantias e prestações positivas que referem a busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal. A lei assume uma segunda função, qual seja a de *instrumento de ação concreta do Estado*, aparecendo como mecanismo de facilitação de benefícios. Sua efetivação estará ligada privilegiadamente à promoção das condutas desejadas. O personagem principal é o grupo que se corporifica diferentemente em cada movimento social.

Apresentadas estas duas “facetas” do Estado contemporâneo, faz-se mister desenvolver uma teoria inusitada, que pode significar um terceiro momento deste período ou o primeiro de uma Era ainda não convencionalizada pela Doutrina ocidental: conforme foi dito, houve um instante primeiro no Estado contemporâneo denominado *liberalismo*, caracterizado pelo “abandono” do povo em vista de uma política não-intervencionista nas relações intersubjetivas.

Posteriormente, o Estado infiltrou-se na vida de seus tutelados ofertando-lhes *bem-estar social* e fazendo-se presente no resguardo do mínimo necessário à sobrevivência de cada um garantindo isso, inclusive, constitucionalmente, até o ponto em que, incapaz em atender a todas estas “necessidades mínimas”, viu-se obrigado a preponderar valores, definir graus de

²⁰ Fábio Roque Sbardelotto enfatiza que: “O modelo constitucional do Estado Social, também identificado como Estado do Bem-Estar ou *Welfare State*, começou a ser formado com a Revolução Mexicana de 1917, seguindo-se a Constituição alemã de Weimar, de 1919”. (2001, p. 38).

importância e urgência no atendimento ao povo e, não raras vezes, escolher entre o investimento ou o “sucateamento” sobre aquilo que está sob sua batuta.

Neste cenário de “neo-abandono” do Estado para com seus albergados, desta vez muito mais por necessidade que por ideologia *gendarme*, floresceu no mundo político um terceiro momento: da fusão entre o ceticismo na operacionalidade estatal e o *niilismo político*, este último termo sinônimo da “crise de obediência” pela qual passa o Estado contemporâneo; ocorre uma “revolução às avessas” (e não-planejada, diga-se de passagem), pela qual a sociedade abandona o Estado e passa a buscar meios auto-organizacionais que não mais passam pelo crivo estatal.

Trocando em miúdos, o que outrora foi um abandono do Estado para com a sociedade agora encontra seu “caminho inverso”, caracterizado pela sociedade fazendo o mesmo com o Estado. Fica então a dúvida se este momento nada mais é que uma continuidade natural no desenvolvimento do Estado contemporâneo ou o principiar de um novo período na História ocidental que havia passado despercebido até agora.

Por falar em dúvidas, estas não são poucas na busca por explicações acerca deste novo momento. O que é sabido, no entanto, é que há no Estado contemporâneo outra crise decorrente da “crise de obediência”: é a “crise de identidade”, que atinge a máquina estatal e não seus governados.

Esta “crise de identidade” pode ser entendida como uma incerteza do Estado acerca do melhor caminho a ser seguido frente à nova ideologia que se instala, e como um claro sentimento de estar este exercendo papel meramente “coadjuvante” neste momento da História. Neste interstício no qual se situa a “crise” surgem inúmeras indagações, dentre as quais se podem ilustrar: não seria melhor, então, buscar a reafirmação estatal como ente soberano guiador de todas as relações internas? Convém retornar ao liberalismo e aceitar uma relação mais independente para com a sociedade, a saber, de Estado não-interventor e sociedade não-interventora? Caso adote-se esta política não-intervencionista, e, eventualmente surja alguma exigência populacional de cunho garantista, o Estado estará obrigado a cumpri-la? Ou seria melhor adotar uma política mista, isto é, norteadas por um não-intervencionismo parcial, que permitiria o desenvolvimento das

relações intersubjetivas conforme se anseia, contudo nos moldes propostos pelo Estado?

São essas as perguntas que intrigam estudiosos dos diversos campos das Ciências Humanas. Fato a ser defendido é que, qualquer que seja o traçado a ser percorrido neste novo momento, há que se lembrar que o Estado só existe porque a sociedade permite-o, pois, a partir do momento em que a sociedade não mais precisar do Estado, não haverá uma razão em mantê-lo.

Nesta trilha, uma razão para a subsistência do Estado é sua impessoalidade, traço necessário à credibilidade da Justiça. Isto porque o ser humano sabe que, em que pesem as grandes transformações porque passou, ainda não atingiu um grau de maturidade suficiente para viver sem a Justiça. Os cidadãos precisam de algum ente que esteja investido não só com poderes decisórios, mas também com poderes asseguradores destas decisões - o que inclui também a via coercitiva -, a fim de que conflitos sejam dirimidos.

Sendo assim, em busca da recuperação de sua credibilidade e da sua não-obsolescência, deve ser entendida como função primordial do Estado, neste terceiro momento da contemporaneidade (ou fase pós-contemporânea), a de atender aos anseios populares pela via da Justiça. Não só a Justiça que resolve pequenos conflitos hodiernos de lindeiros e cidadãos exaltados, como também aquela que combate a criminalidade, que deve ser vista como uma “imperfeição da imperfeição”, ou seja, a criminalidade é uma vertente desfigurada e contaminada (“a imperfeição...”) da “crise de obediência” pela qual passa o Estado contemporâneo (“... da imperfeição”).

3.3 A Necessidade do Estado em Punir os Desregrados: a repressão em Garófalo e o “Estado Perigoso” de Jiménez de Asúa

Não tivessem sido desatados os “nós” dos tópicos anteriores deste capítulo, impossível seria desenvolver este em epígrafe, sob pena de deixá-lo deslocado no tempo e espaço; e de realizar um conseqüencial diagnóstico infundado e desconexo ao tema.

Isto posto, retomando da premissa dita alhures de que o delito é a “imperfeição da imperfeição” que “sobrevoa” os campos da soberania; importante é resguardá-la combatendo-o. É daí que surge a necessidade do Estado em punir os desregrados: a manutenção da soberania, cujos desdobramentos atingem tanto o estado de paz social de uma sociedade como a relação desta com o Estado, não importando o grau harmonioso entre estes.

Assim, para que melhor se visualize esta necessidade, convém tomar emprestada a linguagem metafórica da qual se valeu Raffaele Garófalo quando tratou do cenário de exclusão daquele que foge aos padrões regradados (2005, p. 198-199):

Supongamos que un individuo, que há sido presentado en una buena familia, manifesta tener vicios de educación incompatible con los hábitos de las personas que lon han recibido ¿Cuál será la conducta natural de esta familia? No invitarlo por segunda vez, y no recibirlo si se presenta de nuevo. Con algo más estrépito será expulsado de un *club* un miembro de él, si desconoce los deberes de la cortesía. Un funcionario público será destituido, si se hace indigno del cargo que se le ha confiado. Pude decirse que, en general, cuando un hombre ha incurrido, a causa de la violación de las reglas de conducta que se consideran como *esenciales*, en la reprobación de la clase, del orden o de la asociación a que pertenece, la reacción se manifiesta de una manera idéntica, por la expulsión. Adviértase bien que yo aquí no hablo de una violación cualquiera, de una falta cualquiera contra la cual haya fijado un castigo, la asociación como sanción de la prohibición establecida, sino de la ofensa hecha a la *moral relativa de la agregación*, al sentimiento que es o debe suponerse común entre los asociados. La reacción consiste en la *exclusión del miembro cuya adaptación a las condiciones del medio ambiente se ha manifestado ser incompleta o imposible*.²¹

Neste prumo, observa-se que o positivista italiano dá uma solução “simples” à questão do tratamento dispensado ao desvirtuado: a exclusão deste do

²¹ “Suponhamos que um indivíduo, que foi apresentado em uma boa família, manifesta ter vícios de educação incompatíveis com os hábitos das pessoas que o receberam. Qual será a conduta natural desta família? Não convidá-lo para uma segunda vez, e não recebê-lo caso se apresente de novo. Com algo mais estrépito será expulso de um clube um membro dele, se desconhece os deveres da cortesía. Um funcionário público será destituído, se mostrar-se indigno ao cargo que lhe foi confiado. Pode-se dizer que, em geral, quando um homem incidiu, a causa da violação das regras de conduta que se consideram como essenciais, na reprovação da classe, da ordem ou da associação a que pertence, a reação se manifesta de uma maneira idêntica, pela expulsão. Advirta-se que não falo aqui de uma violação qualquer, de uma falta qualquer contra a qual tenha sido fixado um castigo, a associação como sanção da proibição estabelecida, porém a ofensa feita à moral relativa da agregação, ao sentimento que é ou deve supor-se comum entre os associados. A reação consiste na exclusão do membro cuja adaptação às condições do meio ambiente tenha se manifestado incompleta ou impossível”.

grupo ou associação a qual pertence. Nada obstante a solução simplória; acontece, contudo, que em se tratando de um Estado, não há meios de se fazer isso com seus tutelados, reconhece o autor, vista haja sê-lo complexo e impessoal em demasia para atitude tão simplista²². Senão veja-se:

Uma vez expulso de uma agregação por conduta desarmônica, o desregrado vai juntar-se à outra, e assim sucessivamente, pois ser eremita não é da natureza humana. Isto por si só já revela a ineficácia da simples *exclusão* deste indivíduo, pois, ao que tudo indica, continuará “prestando seus serviços” em outra “vizinhança”.

Não bastasse tal fato, a mera exclusão implicaria na perigosa concepção da “negação ao problema”, como se o simples fato de “descartar” aquilo (aquele) que tem “defeitos” pressuporia uma sociedade perfeita, o que é impossível de se vislumbrar. Ademais, há que se convir que este processo de exclusão culminaria num momento em que a junção da “escória” seria grande o suficiente, em termos de material humano, para formar uma sociedade alternativa sólida a rivalizar com aquela da qual foram expulsos, o que geraria uma situação de crise estatal interna e ameaçaria a soberania do Estado e da sociedade. Em outras palavras, seria dar “um tiro no próprio pé”, vez que, em se considerando aprioristicamente a exclusão como uma benesse, posteriormente as anomalias desta certamente apareceriam.

Deste contra-senso entre a necessidade estatal de punir os desregrados e a sua impossibilidade de exclusão sob risco futuro de turbulência à soberania, consubstanciou-se um cenário perfeito para a criação de um instituto destinado a abrigar estas “*personas non gratas*”: os estabelecimentos prisionais.

Por esta razão, a sociedade contemporânea acostumou-se desde seus primórdios a não enxergar a prisão como parte integrante sua, vez que esta seria um

²² Garófalo entende que: “Es facilismo colocar a un individuo fuera de un circulo determinado de personas, pero no es tan fácil encontrar un médio para privar a un hombre de la vida social”. (2005, p. 200). (“É fácil colocar um indivíduo fora de um círculo determinado de pessoas, mas não é tão fácil assim encontrar um meio para privar um homem da vida social”). O autor faz ainda uma comparação com a antigüidade, em que o Estado expulsava o até então tutelado e agora desregrado de seus limites territoriais; fato este que constitui aberração no ordenamento jurídico atualmente: “En el mundo antiguo, cada país sólo se preocupaba de su propia existencia, se obligaba al culpable a expatriarse, privándole de todos los medios para poder vivir en su casa. Y la alternativa se le imponía: o la murte o el destierro”. (2005, p. 200). (“No mundo antigo, cada país somente se preocupava com

“espaço físico de exceção” dentro do próprio Estado, destinada a abrigar apenas aqueles que demonstraram não ter condições de conviver juntamente com a coletividade, e que, em razão disso, ficariam “afastados” por um tempo, num regime corretivo e refletivo.

Sob análise grosseira, isto pareceu resolver o problema metaforizado por Garófalo: quem fugia às regras não era expulso do Estado, dada esta impossibilidade, mas era expulso da sociedade, e convencionou-se como área de excluídos, a fim de dirimir este problema acerca da destinação dos desregrados, as prisões.

Sem embargo, observando menos simplória e mais meticulosamente, tal medida se revelou desastrosa e, porque não, absurda. Por conta do transcorrer dos anos dentro da filosofia liberal, a qual perdurou ainda por aproximadamente mais um século e meio após o início da contemporaneidade, e de acontecimentos no campo da fenomenologia como a Revolução Industrial, o êxodo rural, a consolidação de novos Estados e as conseqüentes guerras internas e externas; a sociedade sofreu alterações bruscas e profundas que ocorreram, em sua maioria, sem qualquer planejamento.

Neste contexto radical de mudança, em que pese o progresso relatado pelos livros de História, muitos cidadãos foram renegados à marginalidade, amontoando-se os miseráveis nas filas de desempregados; e o espectro da delinqüência, cujo ambiente propício à proliferação se dá em havendo o trinômio crescimento desordenado/marginalização/desemprego, não pôde deixar de acompanhar isso.

Assim, aqueles espaços físicos destinados a excluídos passaram à insuficiência para tal tarefa, vista haja a desproporcionalidade no oferecimento de vagas, em número menor, à quantidade realmente necessária; e, não bastasse tal fato, esta lógica somente piorou nas décadas seguintes, com o aumento contínuo desta defasagem e com a organização do crime *intra* e *extra* muros.

Esta ameaça exigiu o desenvolvimento, tanto pela sociedade como pelo Estado, de um aparato de defesa mais amplo que a simples exclusão do

sua própria existência, se obrigava o culpado a expatriar-se, privando-o de todos os meios para poder viver em sua casa. E a alternativa que lhe era imposta: ou a morte ou o desterro”).

desregrado: o *mecanismo repressor*, sobre o qual, aproveitando esta linha de raciocínio, pronunciou-se Garófalo (2005, p. 218):

Lo primero que debe advertirse es que la represión penal suministra motivos de conducta, despertando y manteniendo el sentimiento del *deber*. No es posible negar que el sentido moral común se modifica, algunas veces, de una manera lenta, en el curso de varias generaciones, por una ley que reconoce el carácter criminal de una acción, o que, por el contrario, se lo borra.²³

A asseveração anterior vem coroar as palavras despejadas em seus parágrafos antecedentes, enfatizando a importância do *dever* na sociedade, alicerçado, a partir deste momento, pela *repressão*, e não mais pelo mero temor inconsciente que se vislumbrava provocar por meio da exclusão. Ato contínuo ao pensamento surge uma nova indagação: mas como operar a repressão?

Na ânsia por uma resposta, dentre as maneiras pesquisadas; duas, entende este Autor, devem ser consideradas essência e ponto principiante das demais e serão, por conseguinte, aqui elencadas:

A primeira delas é a *intimidação*, sobre a qual dispôs Garófalo (2005, p. 225):

[...] el efecto de la intimidación no faltará tampoco en las formas de eliminación parcial y condicionada, siempre que estas formas representen *exactamente el medio necesario* en un caso dado, en *consideración a la falta de una aptitud social particular*. Si la determinación de *este medio* se hace de una manera precisa, la intimidación se producirá *por la misma naturaleza de las cosas*.²⁴

A intimidação pressupõe uma mudança de atitude de Estado e sociedade, até então entrincheirados e encurralados pela criminalidade, apenas procrastinando uma guerra dada como perdida. Este braço repressivo marca a saída de ambos de seu estado passivo (leia-se estado inerte, na verdade) até então

²³ “O primeiro que deve ser advertido é que a repressão penal fornece motivos de conduta, despertando e mantendo o sentimento do dever. Não é possível negar que o sentido moral comum se modifica, algumas vezes, de uma maneira lenta, no curso de várias gerações, por uma lei que reconhece o carácter criminal de uma ação, ou que, pelo contrário, o apaga”.

²⁴ “[...] o efeito da intimidação não faltará tampouco nas formas de eliminação parcial e condicionada, sempre que em um caso específico, em consideração à falta de uma atitude social particular. Se a determinação deste meio se faz de uma maneira precisa, a intimidação se produzirá pela mesma natureza das coisas”.

alimentado pela visão arcaica de que se devia esperar o potencial desregrado agir, destruir, violar (em outras palavras, “materializar a potencialidade”), para que ele fosse enfim retirado do convívio social; para um estado ativo de demonstração de força contra o inimigo inominado e à favor da sociedade angustiada por isso.

Frisa-se, contudo, que Garófalo foi um astuto ponderador ao utilizar duas expressões importantes nesta análise, quais sejam: “*exatamente o meio necessário*”, e “*pela mesma natureza das coisas*”. A primeira denota a necessidade de efetuar-se a intimidação em consistência suficiente a coibir a prática nociva. Fica clarividente nesta, a tentativa de evitar que se dê margem a supostas discussões acerca de ser a intimidação um aval para que a repressão se consubstancie autoritariamente e a qualquer custo, o que constitui, desde já defendido, uma inverdade.

A segunda expressão, complementar, denota que se a intimidação se der de maneira precisa e proporcional, será sempre força reativa equivalente no combate à criminalidade, constituindo, portanto, o braço enérgico do aparato repressor.

Em suma, a intimidação pressupõe a fixação do *dever* na mente de cada cidadão, como medida combativa não ao criminoso, mas sim ao *potencial* criminoso e ao *potencial* crime que ele possa praticar.

É justamente neste contexto de *potencialidade delitiva* que germina a segunda maneira de dar-se efetividade à repressão: o reconhecimento da “*sociedade do risco*”, intrinsecamente ligada ao *estado perigoso de aptidão à delinqüência*, que constitui o braço ideológico do aparato repressor.

No limiar da elucidação acerca do que se trata este *estado perigoso*, sábias são as palavras de Luis Jiménez de Asúa, seu idealizador: “[...] consiste na probabilidade de que um indivíduo cometerá ou voltará a cometer um delito”. (1933, p. 58).

Desenvolvendo a idéia, o autor traça um paralelo entre esta probabilidade e sua relação com a sociedade (1933, p. 45):

Desde o momento que este estado se comprova, existe a necessidade de defender a comunidade social, já seja o ato livre ou determinado, já proceda

de um responsável ou um incapaz. Mais tarde, quando se trate de determinar a classe de medida com que vai atuar a defesa, é quando se deverá ter em conta a peculiar condição do sujeito perigoso, afim (sic) de individualizar o tratamento.

Resplandece, pois, a intenção do autor em defender a sociedade ante a mera probabilidade de violação, sob este enfoque. Contudo, é preciso ressaltar que caso se interprete este “*estado perigoso*” em seus ditames literais, permite-se que se alegue uma probabilidade perigosa existente em cada um; logo, sob este prisma, o *estado perigoso* habitaria não só o potencial delinqüente, mas cada cidadão, em maior ou menor escala. Foi justamente pensando em antagonizar este futuro argumento contrário que Jiménez de Asúa fez a seguinte ponderação (1933, p. 65):

De dois modos podem considerar-se os graus do estado perigoso. Num sentido fala-se de maior ou menor perigo ou perigosidade, segundo a importância do bem individual ou social sobre o qual versa o risco de lesão por parte de um sujeito. Advertamos que este aspecto objetivo do perigo não nos merece atenção relevante. Noutra sentido – que nos interessa mais – fala-se do perigo ou perigosidade criminal maior ou menor, em razão da maior ou menor probabilidade de que se verifique o evento temido, ou seja o delito. Neste caso, o grau de perigosidade depende diretamente do número, da certeza e da importância dos elementos sobre os quais se baseia o juízo do perigo, quer dizer, dos elementos sobre cuja base se determina a existência das causas psíquicas aptas para produzir o delito; e a perigosidade é, precisamente, maior ou menor, segundo a quantidade, qualidade, intensidade e persistência no tempo de ditas causas psíquicas.

Resolveu-se assim, de antemão, a problemática da carência de atribuição de critérios ao estado perigoso, restringindo-o a estritas circunstâncias pessoais potencializadoras, a saber, *a quantidade, a qualidade e a persistência no tempo das causas psíquicas*, conforme mencionado alhures.

Neste diapasão, afirma-se que é preciso entender que o que há em cada um é uma *periculosidade adormecida*, a despertar de sua hibernação dependendo das “circunstâncias objetivas” que conspirarem para isso (leia-se a influência do meio externo em cada indivíduo); e não uma *probabilidade coletiva* de cometimento de crimes, vez que enquanto aquela todos possuem, esta somente se exterioriza pela manifestação daquela, o que não ocorre com todo mundo, mas somente com os que se mostrarem propícios ou forem provocados para isso.

Estabelecida esta distinção, passa-se a trabalhar com esta parcela específica dos *potenciais* delinquentes e seus *potenciais* crimes.

A busca pela anulação destas potencialidades a bem da adequação prática da ideologia do aparelho repressor originou o que hodiernamente convencionou-se chamar “*sociedade do risco*”, melhor explicada por Cláudio do Prado Amaral (2007, p. 210): “É uma política criminal marcada pelo notável adiantamento da proteção penal, o que conduz ao recurso freqüente do crime de perigo – em boa parte crimes de perigo abstrato”.

Visando melhor aprofundar o tema complementa o autor (2007, p. 211):

Tais permissividades na sociedade de risco são levadas a cabo sob o argumento de que aos membros dessa sociedade interessa muito mais a minimização da insegurança, bem como a efetivação de um controle global, mesmo que isso conduza às flexibilizações de garantias e valores fundamentais. A teleologia da sociedade de risco viria assim a fundamentar tal política criminal no sentido de que o que se busca com tal política criminal não é mais o melhor, mas, sim, evitar o pior, uma vez que em tal sociedade encontram-se onipresentes e crescentes os novos perigos para a vida, a saúde ou para o meio ambiente, resultando lógico adiantar a proteção aos bens jurídicos, além de incluir mais bens jurídicos nessa proteção.

Não há melhor explicação para demonstrar a conduta ativa do Estado e da sociedade frente à delinqüência que o reconhecimento da existência de uma sociedade atual baseada no risco²⁵. Com efeito, se tratam de medidas absolutamente preventivas com o escopo-mor de evitar não só que o delito aconteça novamente, mas também que ele aconteça pela primeira vez²⁶.

²⁵ Neste apontamento, dignas são as palavras de Pat O'Malley (2006, p. 62-63): “Mientras que las disciplinas evolucionaram en la primera parte de la era moderna con estrategias defensivas para el control de las “clases peligrosas” por medio de la coerción, la exclusión e la corrección, las tácticas y categorías basadas en el riesgo apuntan más bien a la inclusión y al mejoramiento de las condiciones de vida”. (“Enquanto que as disciplinas evoluíram na primeira parte da era moderna com estratégias defensivas para o controle das “classes perigosas” por meio da coerção, da exclusão e da correção, as táticas e categorias baseadas no risco apontam melhor à exclusão e ao melhoramento das condições de vida”).

²⁶ Winfried Hassemer explica que: “Os filósofos sociais falam hoje de “sociedade de risco”, referindo-se ao fato de que, na vida diária, nos defrontamos com crescentes dificuldades em encontrar orientações estáveis. A complexidade das nossas relações sociais é, antes de mais nada, vivenciada como algo ameaçador, os riscos de lesões são ao mesmo tempo abrangentes, devastadores e difusos. Conseguimos preparar-nos apenas precariamente apenas para as lesões esperadas, e não conseguimos remediar os danos inesperados”. (1995, p. 105). Desta forma, em complementação, o autor mostra um cenário hipotético protecionista sob o prisma da sociedade de risco: “A longo prazo,

Contudo, em que pesem os clamores garantistas de que esta não retrata a realidade da intersubjetividade e somente reforça o processo de evitação das camadas marginalizadas, influenciando para que a mencionada periculosidade adormecida se exteriorize, os fatos a serem considerados são dois: há na sociedade contemporânea uma tendência de minimizar a aceitação de riscos, fato este que vai em rota de colisão com a crescente da criminalidade, a qual expõe as defesas e as vulnerabilidades estatais no seu combate. Assim, valendo-se da velha máxima de que “é melhor prevenir do que remediar”, prevenir o crime combatendo-o em sua formação, quando ainda não adquiriu proporções ameaçadoras, significa menor gasto financeiro da máquina estatal administrativa, menor material humano nas “batalhas” e redução das possibilidades de que algum civil inocente vire estatística, vítima da guerra entre Estado e criminalidade.

A segunda e conclusiva consideração é a de que não foi a sociedade quem deu causa ao *risco geral*, mas sim os excluídos daquele primeiro momento, os quais, consoante mencionado alhures, não fazem parte da sociedade; fornecendo assim, subsídio para um penalismo de emergência preventivo.

Assim, o momento atual deste processo evolutivo do tratamento do desregrado, que começou primeiramente pela exclusão, se deu posteriormente pela repressão em sua forma intimidativa e conseqüentemente pelo reconhecimento do estado perigoso ao cometimento de crimes, o que acabou culminando na formação de uma sociedade de risco; encontra seu fim no recrudescimento na tratativa do criminoso contumaz, conferindo-lhe classificação diversa daqueles que almejam de fato uma recuperação penal. O cenário vai, neste contexto, se desenvolvendo favoravelmente ao Direito Penal do Inimigo.

os efeitos da sociedade de risco não serão controlados por meios políticos, ou apenas político-criminais. Todavia, a nossa política de segurança pública pode e deve, no âmbito de suas possibilidades, diminuir a dessolidarização da sociedade e amenizar as suas conseqüências para os seres humanos”. (HASSEMER, 1995, p. 111). É com embasamento nestas afirmações que se confere permissibilidade para mostrar a sociedade do risco não como um mecanismo desestruturador das relações sociais por muito tempo construídas, mas sim como um dispositivo a fim de devolvê-las a há muito esquecida “humanidade”, fazendo isso, sobretudo, através de medidas impeditivas de delitos.

4 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Esta nação lida com uma multiplicidade de problemas complexos quando do oferecimento de bem-estar social ao seu povo, vista haja sê-lo insuficiente ou, na pior das hipóteses, inexistente a um “sem número” de pessoas cujo ponto de encontro reside na marginalização e na conseqüente crise social. O sistema prisional brasileiro é uma destas equações a clamar por uma solução que contrarie sua estigmatização de irresolúvel.

Seja pela adoção de políticas emergenciais improfícuas que somente postergaram-na até o momento em que não mais se fez possível escondê-la; seja pela organização da massa criminosa em verdadeiras “células terroristas” que a exteriorizaram para além das muralhas a ponto de colocar em risco a segurança nacional; é cediço que a crise penitenciária agoniza enquanto espera enérgicas medidas combativas que não alcançam seu fim meramente no garantismo penal.

Assim, com o escopo de atingir o ponto nevrálgico desta crise, convém adentrar as entranhas do penitenciarismo pátrio em suas particularidades, a saber, a prisão em sentido estrito, a pena, o carcerário, a reinserção, a reiteração delitiva e as organizações criminosas.

4.1 A Prisão

Cumprê ponderar, antes que principie a explanação do tópico em lume, que se discutirá neste a prisão em sua estrutura *física* e em seu aspecto *funcional*, e não em seu estado de interação para com o recluso, vez que isto ficou resguardado para o tópico avante, o qual tratará com especificidade do carcerário.

Sob ângulo arquitetônico, a prisão não é apenas fruto de uma geometria simplista, a saber, um “quadrado maior”, partilhado em “quadrados

menores”, recheados de corredores e grades, nos moldes estruturais inspirados no *panoptismo* de Benthan²⁷, melhor pormenorizado por Foucault (2004, p. 165-166):

O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna no anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a estrutura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar.

Há que se reconhecer que sua estrutura grã deve ser precipuamente esta, contudo, sistemas fisicamente menores que formam o “centro nervoso” de uma penitenciária são indispensáveis à movimentação de sua engrenagem-chefe, que é a parte de recolhimento do indivíduo.

Assim, quando da construção de uma prisão deve-se preocupar, primeiramente, com os impactos que ela ocasionará à área a ser construída (deve-se preocupar, por exemplo, com o impacto ambiental, com o impacto social sobre a cidade perto da qual se efetivará sua construção, com o impacto sobre a economia regional, etc.). Superado este entrave, é preciso definir a operacionalidade de seus sistemas de abastecimento de água, de fornecimento de energia elétrica, de descarga de dejetos e de tratamento de esgoto; bem como a instalação de salas de interrogatório para momentos de urgência ou para oitiva do preso pelo Poder Público, e de salas para que o preso mantenha contato com seu advogado.

Ademais, insta preocupar-se com a funcionalidade do setor administrativo, com a existência de espaços de triagem, com a construção de celas de isolamento destinadas ao mal-comportado, com a iluminação eficiente a inibir

²⁷ Jeremy Benthan descreve seu modelo como um “[...] *edifício circular*, ou polígono com seus quartos a roda de muitos andares, que tenha no centro um quarto para o inspetor poder ver todos os presos, ainda que eles não o vejam, e donde os possa fazer executar as suas ordens sem deixar o seu posto. [...] A publicidade é o remédio mais eficaz contra os abusos. As cadeias da Europa estão cobertas por um véu escuríssimo, o Panóptico é, por assim dizer, transparente, deve estar aberto a toda hora para receber qualquer Ministro; deve estar patente a todo o mundo a certas horas, ou em certos dias”. (2002, p. 129-130). Acerca da “fonte inspiradora” das edificações prisionais pátrias, Roberto Porto, em sua obra “Crime organizado e sistema prisional”, discorre com brevidade que: “Todos os projetos prisionais brasileiros adotaram a idéia idealizada por Benthan em 1800, denominado modelo Panóptico de construção, na qual permite-se uma visualização geral das unidades por um ambiente de controle geral”. (2007, p. 19).

aqueles que se aproveitam da penumbra para fugir, dentre outros dispositivos sem os quais fica inviabilizada a segurança dentro da cadeia.

Ainda sob este enfoque estrutural, devem ser lembradas as construções que visam desestimular a “criatividade” e a “ousadia” do detento, como a existência de espessas camadas de concreto no subsolo, a fim de impedir a escavação de túneis; a estratégica disposição de alas e celas para obstar a comunicação entre presos aliados e as provocações entre grupos inimigos; a altura elevada das muralhas, para aumentar o ângulo de visão dos vigilantes que lá de cima observam e dificultar uma eventual tentativa de escalada de algum detento; a instalação de cabos de aço nos grandes e médios espaços abertos descobertos, para impedir fugas espetaculares como a de helicóptero que aconteceu no presídio da Ilha Grande²⁸; bem como outras artimanhas a dar rigidez à estrutura predial²⁹.

Sob aspecto funcional, há que se convir que o planejamento de uma prisão não deve levar em conta apenas o que exigem as regras de segurança e engenharia. É preciso conhecer a periculosidade de seus “ilustres moradores” e até mesmo o perfil de alguns deles (se é integrante de facção criminosa, formador de opinião, baderneiro, fomentador de rebeliões, etc.). Também, é necessário determinar qual será a capacidade *aceitável* do prédio³⁰ e, pasme, por vias não-oficiais, qual será sua capacidade *suportável* em caso de superpopulação

²⁸ Faz-se referência a Luís Carlos dos Reis Encina, o “Escadinha”, um dos fundadores do Comando Vermelho que foi resgatado do presídio da Ilha Grande, no Rio de Janeiro, de helicóptero. (AMORIM, 2005, p. 21).

²⁹ “O padrão arquitetônico estabelecido, que nos parece adequado à realidade prisional brasileira, determina a utilização de muralha externa de no mínimo 6 metros de altura acima do nível do solo, com guaritas de vigilância, dotadas de equipamentos de iluminação e alarme. Em áreas internas, recomenda-se a utilização de alambrados para delimitar áreas, o que facilita a fiscalização por parte dos agentes penitenciários. Os pátios são cercados por muros, que não poderão apresentar qualquer saliência em sua face interna. A distância mínima entre a muralha e qualquer edificação não poderá ser inferior a 10 metros. Ainda, internamente, os corredores não poderão apresentar largura inferior a 1,5 metro, de modo a evitar aglomerações. As tubulações utilizadas no estabelecimento, sem exceção, não poderão apresentar diâmetro superior a 200 milímetros. Todos os beirais dos edifícios deverão conter proteção para evitar o acesso ao preso pelo telhado. Nas celas, não devem ser instalados registros, torneiras, válvulas de descarga de latão ou metálicas, bem como as portas devem conter visor que propicie a visualização de todo o seu interior”. (PORTO, 2007, p. 19).

³⁰ Acerca da capacidade média dos estabelecimentos prisionais brasileiros, discorre Roberto Porto: “Em relação à capacidade de presos por estabelecimento prisional, o Ministério da Justiça adotou, como não poderia deixar de ser, a tendência mundial de limitar, ao menor número possível, a reunião de sentenciados em um único estabelecimento. Assim, recomenda-se, em um presídio de segurança máxima, a capacidade mínima de 60 e máxima de 300 presos, o que nos parece razoável. [...] Em relação aos presídios de segurança média, sugere-se uma capacidade mínima para 300 presos e máxima para 800 sentenciados, o que nos parece pouco recomendável, já que o histórico penitenciário brasileiro demonstra que este número não deveria exceder 500 detentos”. (2007, p. 20).

carcerária³¹, a fim de garantir aos funcionários internos condições suportáveis de trabalho e a boa-operacionalidade no controle da massa carcerária.

Trocando em miúdos, faz-se mister estabelecer se a prisão será edificada para abrigar criminosos ordinários ou “inimigos do Estado”; se conterà alas específicas considerando diferentes graus de periculosidade; se beneficiará o trabalho e/ou o estudo; e quais serão seus códigos internos de segurança e de conduta de seus funcionários, a fim de primar por seu funcionamento “afinado”.

No entanto, ainda que se visualize o modo de proceder correto, numa “ponte” com o campo teórico do “dever ser” *kantiano*³²; a realidade é bem distinta e o que se observa são, em sua maioria, cadeias despreparadas à audácia e ao novo perfil do criminoso.

A insuficiente camada de concreto no subsolo é um convite às “expedições subterrâneas” dos potenciais fugitivos; celas passam o dia destrancadas, dando trânsito livre a detentos por alas inteiras, permitindo assim a difusão de idéias sobre o agrupamento de criminosos em facções, o planejamento

³¹ Consta da última atualização do Sistema Nacional de Informação Penitenciária (InfoPen) do Departamento Penitenciário Nacional, órgão ligado ao Ministério da Justiça, que em dezembro de 2007 o país possuía 422.590 detentos, estando assim distribuídos nos 1097 estabelecimentos prisionais cadastrados: 422.373 indivíduos no Sistema Penitenciário Estadual e Polícia; 109 pessoas recolhidas à Penitenciária de Catanduvas/PR; e 108 à Penitenciária Federal de Campo Grande/MS. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 22 de julho de 2008. Em contrapartida, em consulta ao aludido Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, consta do balanço final alimentado por dados das 27 Secretarias de Segurança Públicas cadastradas do país, um potencial oferecimento de 245.367 vagas nos estabelecimentos, o que representa 177.223 presos a mais do que o sistema prisional pode suportar. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 22 de julho de 2008. Acerca dos números informados, o Ministério da Justiça admite a superlotação dos estabelecimentos prisionais do país, mas não fornece dados individualizadores de cada estabelecimento. Tomando-se como parâmetro os dados *supra*, a saber, 422.590 detentos para 1097 estabelecimentos cadastrados, isto significaria uma média de aproximadamente 385 presos por estabelecimento, desconsiderando-se, obviamente, a capacidade do estabelecimento, isto é, na média encontrada inseriram-se tanto cadeias públicas como penitenciárias para se poder chegar ao aludido número de detentos por estabelecimento.

³² Gilberto Cotrim faz uma análise do *imperativo categórico moral* de Kant e sua obra “Crítica da Razão Prática”, concluindo que: “Quando uma orientação é elevada à forma de um dever, é porque os homens, no uso de sua razão, entendem que aquela orientação é uma necessidade racional e, por isso mesmo, universal. Agir de acordo com o dever é, em última análise, agir de acordo com os princípios racionais”. (2002, p. 177). Entendemos, em complementação a este comentário, que o “dever ser” *kantiano* começa em outra obra sua, a “Crítica da Razão Pura”, na qual diz o autor: “É por isso que todo mundo vê as leis morais como *mandamentos*, coisa que não poderiam ser se não conectassem a priori conseqüências adequadas com a sua regra e se não portassem consigo, pois, *promessas* e *ameaças*”. (KANT, 1978, p. 396). Fica clara, neste sentido, a realidade distante entre o *dever ser* e o *ser*, cujo único e exclusivo ponto de sintonia é o modo de se proceder perante o mundo, o primeiro teórico, e o segundo, prático.

de crimes, a propagação de movimentos revoltosos, e o consumo e o tráfico desenfreado de entorpecentes. Sobre este último problema debruçou-se Carlos Amorim (2005, p. 193):

O trabalho começa dentro das próprias cadeias. E a organização assume o controle da distribuição de drogas nos subterrâneos do sistema penal. Parece óbvio que isso não aconteceria sem a conivência dos guardas penitenciários. Maconha e cocaína entram na prisão pela porta da frente. É uma visita que traz – é um guarda que olha para o outro lado. Tudo muito simples.

Como se não bastasse, o “sinal verde” da administração penitenciária ao acesso desimpedido dos detentos à totalidade predial ou a toda uma ala, pode dificultar a contagem de presos, de modo que, se chegar-se a dar falta de algum deles, até que se efetue o procedimento de recolhimento às celas e se proceda à recontagem, constatando assim sua ausência; tudo indica que o foragido terá logrado êxito em sua empreitada, já estando a salvo longe do presídio ou praticando um novo delito em busca de vestimentas, dinheiro e comida, para que possa fugir para um ambiente por ele considerado seguro.

Outro entrave ao atendimento das finalidades precípua das prisões e que não pode ser relevado, é a coação feita por detentos a funcionários, bem como a corrupção destes. Em consonância ao que foi dito alhures, o *modus operandi* do presídio deve caminhar simetricamente e em perfeita sintonia com o código de conduta interno dos funcionários, a bem de eficaz operacionalidade. Deste modo, quando alguma das duas partes, a saber, a funcional e a estrutural, não vai bem, desestabiliza, por conseqüência, a outra.

Neste contexto, à luz das novas características do criminoso, que se transformou num verdadeiro “homem de negócios”, gerenciando o tráfico de armas e drogas, comandando assaltos e seqüestros, administrando a organização, “pagando” políticos, agentes públicos e funcionários afins, em troca do desenvolvimento de suas atividades sem infortúnios; solidificou-se um verdadeiro “serviço de informações” para beneficiamento do preso.

É este serviço, dotado de centrais telefônicas, observadores, informantes e “investigadores”; que descobre endereços, dados pessoais de quem

se têm interesse, e também de seus familiares. Munidos de tais informações “valiosas”, estas se transformam em perigosas armas de influência nas mãos do preso, a serem utilizadas em afrontamentos com funcionários internos, surpreendendo-lhes com dados que nunca imaginaram ser de conhecimento do carcerário, e ameaçando-os com retaliações contra sua pessoa ou contra seus familiares em caso de não-cooperação.

A partir daí, funcionários, mesmo os considerados probos, passam a forçadamente colaborar com os criminosos em nome de suas vidas e de suas famílias. É isso que muitas vezes acontece também com membros do Poder Público e dos órgãos persecutórios.

Além dos ameaçados e coagidos, existem ainda os gananciosos, corruptos e absolutamente propensos a colaborar, que o fazem como “mulas” de passagem de drogas, celulares e informações, ou facilitando a vida do recluso dentro da cadeia, inclusive ante uma eventual possibilidade de fuga; tudo isto em troca de uma remuneração “não-oficial” que geralmente é mais vultosa que a legalmente por ele recebida.

Neste diapasão, são oportunas as palavras de Roberto Porto (2007, p. 25):

No Brasil, encontramos freqüentes casos de corrupção que envolvem agentes penitenciários. Com a atribuição de fiscalização dentro dos estabelecimentos prisionais, os agentes penitenciários são apontados como os grandes responsáveis pelo ingresso de aparelhos celulares, drogas e armas dentro dos presídios.

Esta “face oculta” do crime é talvez a maior colaboradora para sua organização, pois, numa guerra em que heróis e vilões não são bem definidos, “agentes duplos” e traidores constituem empecilho a qualquer plano para que haja um vencedor final³³.

³³ Mais uma vez valemo-nos das palavras de Roberto Porto (2007, p. 25): “O sucesso do poder disciplinar exercido pelo Estado pressupõe o cumprimento das regras por ele estabelecidas. A decomposição destas normas, por parte de agentes penitenciários, toma os detentos ao mesmo processo”.

4.2 O Carcerário

Ainda que se considere cada peculiaridade personalíssima que distinga o indivíduo de seu congêneres, não é difícil traçar um perfil dos “habitantes” do sistema prisional brasileiro.

São brancos, pardos, negros, vermelhos e amarelos. Conforme pesquisa realizada junto ao Serviço Integrado de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional, constam como ocupantes das prisões do país, até dezembro de 2007, entre indivíduos do sexo masculino e do sexo feminino, 137.436 brancos, 59.271 negros, 140.571 pardos, 2.234 amarelos, 539 indígenas e 4.053 indivíduos pertencentes a outras etnias³⁴.

São também jovens e idosos. As mesmas estatísticas mostram 110.956 indivíduos, considerando-se homens e mulheres, na faixa etária de 18 a 24 anos, havendo escala decrescente até chegar à faixa etária dos indivíduos com mais de 60 anos, que somam 3.344 indivíduos³⁵.

Tais dados demonstram o “ecletismo” das prisões pátrias, recheadas de uma policromia racial, numa situação refletiva dos moldes miscigenados deste país, desmistificando a idéia de que a prisão é lugar “desta” ou “daquela” raça. Num outro extremo, outro dado alarmante que não pode ser deixado passar em branco é a prevalência de jovens (na faixa etária de 18 a 24 anos) encarcerados. Isso torna clarividente a precocidade do crime e do criminoso, resultante da desesperança e da falta de oportunidades para as pessoas desta faixa.

Neste contexto, observa-se que a etnia não importa, assim como igualmente não importam o sexo, o credo ou a idade. Todos se encontram sob um

³⁴

Disponível em <http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 22 de julho de 2008. Acerca destes dados cabe ainda a complementação de Luis Francisco Carvalho Filho, que desmistificou o preconceito operante no Estado de São Paulo de que a massa carcerária do Estado é formada, em sua maioria, por migrantes nordestinos. Segundo o autor (2002, p. 58): “A maioria absoluta dos presos, desde os anos 50, é nascida no próprio Estado”.

³⁵

Disponível em <http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 22 de julho de 2008.

mesmo foco, sob um mesmo teto³⁶. As diferenças são resquícios do que restou da perda do subjetivismo³⁷.

A esmagadora maioria vem de guetos de obscurantismo social e são frutos de famílias mal ou sequer constituídas. Geralmente trazem um histórico de drogas na família, cuja relação guarda-se muitas vezes na toxicomania destes. Raramente curam-se ao lá chegar, vista haja a falta de controle do trânsito de entorpecentes para dentro das cadeias.

O homossexualismo é grande³⁸, e não faltam disponíveis à proposta de uma transa nestes moldes, ainda que violentamente, afinal, manter relações sexuais é da natureza fisiológica do ser humano³⁹. O relato de como um indivíduo é “desnudo” violentamente de sua dignidade é feito por Carlos Amorim (2005, p. 72-73):

³⁶ Trata-se de um fenômeno denominado por César Roberto Bittencourt de *prisonalização*, que corresponde à “[...] forma como a cultura carcerária é absorvida pelos internos. Trata-se de um conceito similar ao que em sociologia se denomina de assimilação. [...] A prisonalização também assemelha-se consideravelmente com o que em sociologia chama-se de processo de socialização. [...] O processo de assimilação e de “socialização” que implica a prisonalização faz com que o recluso aprofunde sua identificação com os valores criminais (ideologia criminal)”. (1999, p. 170-171). Já Augusto Thompson utiliza para este fenômeno um termo “levemente” diferente, mas com o mesmo significado, a saber, *prisonização*, pela qual “[...] a pessoa adquire o bastante da cultura de uma unidade social, na qual foi colocado, a ponto de se tornar característico dela. [...] Todo homem que é confinado ao cárcere sujeita-se à prisonização, em alguma extensão. O primeiro passo, e o mais obviamente integrativo, diz respeito a seu *status*: transforma-se, de um golpe, numa figura anônima de um grupo subordinado; traça as roupas dos membros deste grupo; é interrogado e admoestado; logo descobre que os custodiadores são todo-poderosos; aprende as classes, os títulos e os graus de autoridade dos vários funcionários; e, usando ou não usando a gíria da cadeia, ele vem a conhecer seu significado; embora possa manter-se solitário, termina por referir-se, aos membros em pensamento, aos guardas como os *samangos*, aos médicos como *receitador de roda de jipe* (aspirina) e a usar os apelidos locais para designar os indivíduos; acostuma-se a comer apressadamente e a obter alimento através dos truques usados pelos que lhe estão próximos”. (2000, p. 23-24).

³⁷ Nesta esteira, é oportuna a opinião de Leonardo Isaac Yarochevsky (2005, p. 195): “Ao chegar a uma das penitenciárias do Estado, geralmente de grande porte e superlotadas, o condenado perde, além da liberdade, o seu nome, que é substituído por um número de matrícula; muitas vezes perde sua roupa e recebe um uniforme, quando não perde todos os seus pertences pessoais para outros presos, ou até mesmo, para os guardas do presídio; enfim, o condenado perde para a prisão toda sua identidade, toda sua honra, toda sua moral”.

³⁸ Neste sentido, César Roberto Bittencourt (1999, p. 190): “A homossexualidade nas prisões é uma prática comum, podendo-se afirmar que tem caráter universal. As circunstâncias, geralmente desumanas e anormais da vida prisional, assim como a supressão das relações heterossexuais, são condições que influem decisivamente para que a homossexualidade no interior das prisões seja superior a que se constata fora dela”.

³⁹ Augusto Thompson classifica os homossexuais em *escrachados*, *violentados* e os *enrustidos*. Os primeiros são aqueles que simplesmente “[...] mantêm, na cadeia, o desvio que trazem da liberdade”. Os segundos são os “[...] submetidos à força, pela violência física”. Por fim, os terceiros são os

O processo de fazer um novato “virar moça” é simples. O sujeito é “selecionado” quando chega, especialmente se é daqueles que chega no prédio assustado, acuado pelos guardas, temendo os companheiros de cadeia. Esse é forte candidato. Particularmente, se é jovem e saudável, se o corpo não apresenta sinais de deformações ou cicatrizes muito feias. O que vai acontecer com ele também é bem simples: o homem encarregado da seleção avisa que chegou alguém que reúne as condições necessárias e a quadrilha faz o resto. O preso vai ser currado por cinco ou seis presidiários numa só noite. Vai ficar amarrado, amordaçado, permanentemente sob a ameaça dos estoques, que são facas artesanais. No dia seguinte, a “moça” terá vergonha de contar o que aconteceu. Vai segurar a barra – e não sabe que o mesmo processo se repete durante a noite seguinte e na outra também. Pode durar uma semana. Depois de um certo tempo, o novato está tão desmoralizado que não tem outra saída a não ser a prostituição controlada pela quadrilha.

Por falar em relações sexuais, a sua prática desprovida de preservativos, aliada ao consumo de cocaína na forma intravenosa mediante compartilhamento de seringas, são a maior forma de difusão do vírus HIV na carceragem. O sistema prisional brasileiro vive uma epidemia de HIV⁴⁰.

Na cadeia morre-se de todas as formas: de homicídio ou suicídio, de tuberculose a hanseníase, por amor ou por vingança, gratuita ou recompensadamente⁴¹. Como se não bastasse, o carcerário sofre com doenças de pele, vista haja o permanente contato corporal em uma cela na qual, onde deveriam caber de seis a oito homens, ocupam-na em média vinte a vinte e cinco homens⁴². Ademais, a parca luz do sol, aliada à umidade e às altas temperaturas do ambiente

indivíduos que mantém “[...] a aparência masculina, guardando absoluta discrição acerca de seu desvio (e os outros presos respeitam o segredo)”. (2000, p. 70).

⁴⁰ César Barros Leal tece importante comentário acerca do HIV: “Muitos condenados, além de organicamente enfraquecidos, são toxicômanos e fazem uso compartilhado de drogas injetáveis, que penetram nos estabelecimentos mercê da fragilidade da vigilância ou do conluio dos funcionários. Isso os torna assaz expostos ao contágio e contribui, por conseguinte, para a disseminação da doença”. (2001, p. 103). Em complementação, afirma o autor que: “A síndrome da imunodeficiência adquirida é responsável, em São Paulo, pela maioria das mortes que ocorrem no sistema penitenciário”. (2001, p. 104).

⁴¹ A estatística anual do Departamento Penitenciário Nacional informa, até dezembro de 2007, considerando homens e mulheres; 63 mortes por causas naturais; 29 mortes pela prática de crimes; 9 suicídios; e 4 mortes acidentais. Os dados não informam, contudo, as razões das chamadas “mortes naturais”. Como se não bastasse, não há dados oficiais acerca do número de portadores do “Mal de Hansen”, de tísicos, nem de portadores do HIV. O que existem são apenas estimativas não confirmadas pelo Ministério da Justiça. Desta forma, a inconsistência nestes dados dificulta a apuração das reais causas de morte. Disponível em <http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 22 de julho de 2008.

⁴² Acerca das pragas que atacam a epiderme, Drauzio Varella é conciso: “As doenças de pele, por exemplo, epidêmicas nas celas apinhadas, compreendem a dermatologia inteira: eczemas, alergias, infecções, picadas de percevejos, sarna e muquirana, um ácaro ousado que se esconde das dobras das roupas, capaz de saltar longas distâncias de uma pessoa à outra”. (1999, p. 91).

de reclusão, dão à pele do recluso pigmentação “amarelada”, aparentando uma espécie de anemia.

O carcerário sofre ainda com a falta de higiene. Há os presos responsáveis pela faxina, que geralmente o fazem em prol da remição, mas ainda assim o ambiente é insalubre. Se a superpopulação fosse tão-somente de pessoas, mas também o é de ratos, baratas e pulgas. O banho e a higiene bucal são insuficientes e o atendimento médico-hospitalar é precário. Muitas vezes as enfermarias dos estabelecimentos prisionais dispõem apenas de soro fisiológico e de material clínico destinado a pequenos curativos.⁴³

Uma outra situação interessante é o contato entre grandes, médios e pequenos criminosos, que permite o aprendizado, o aperfeiçoamento, a troca de informações acerca de como aprimorar seus delitos, de maneira que o “[...] indivíduo entra no cárcere em razão de alguma condenação por furto, por exemplo, e sai de lá graduado em diversos crimes contra o patrimônio ou contra outro bem jurídico”. (YAROCHEWSKY, 2005, p. 203).

Saltam aos olhos, neste contexto, para explicar o alegado *supra*, as palavras ilustrativas de Hibbert (1975, p. 195) *apud* Bittencourt (1999, p. 146):

“Fui enviado a uma instituição para jovens com a idade de 15 anos e saí dali com 16 convertido em um bom ladrão de bolsos – confessou um criminoso comum -. Aos 16, fui enviado a um reformatório como batedor de carteiras e saí como ladrão... Como ladrão, fui enviado a uma instituição total onde adquiri todas as características de um delinqüente profissional, praticando desde então todo o tipo de delitos que praticam os criminosos e fico esperando que a minha vida acabe como a de um criminoso”.

Este cenário se instala em razão de situações que jamais poderiam ocorrer à bem da efetividade do sistema prisional pátrio, senão veja-se: verifica-se que presos preventivos estão misturados aos homicidas, e estes aos assaltantes, que por sua vez o estão aos traficantes, e assim o estão com portadores ilegais de

⁴³ César Barros Leal mostra as feridas de um estabelecimento prisional marcado pela “[...] ociosidade; prisões infectas, úmidas, por onde transitam livremente ratos e baratas e a falta de água e luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas, imundas e fétidas, dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aidéticos [...]”. (2001, p. 58). César Roberto Bittencourt também relata esta “[...] falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas,

armas de fogo, nesta “salada diabólica” que só agrava o quadro geral. Condenados por crimes contra a liberdade sexual estão, todavia, resguardados em alas ou mesmo em prisões separadas, por serem jurados de morte, consoante prefixa o *código interno dos presos*⁴⁴. A estes últimos resta a expectativa de que não haja rebeliões ou, caso haja, que esta os atinja, pois, do contrário, dificilmente haverá escapatória.

Ademais, primários e ostentadores de bons antecedentes são colocados em mesmo ambiente que reincidentes e indivíduos de elevada periculosidade, de modo que a regra é que os segundos convertam os primeiros, e não o contrário.

Outro fator a ser considerado é que há uma escala de opressão dentro das penitenciárias: os mais respeitados, reconhecidos por seu caráter “anarquista” ou por sua ousadia na prática de alguns delitos, formam o topo piramidal. São os líderes, perspicazes e geralmente formadores de opinião. Logo abaixo estão os admiradores dos primeiros, que não raramente, dado o baixo coeficiente de inteligência, recorrem ao uso da violência para supri-lo. Este segundo estamento deve ser considerado mais perigoso que o primeiro. Enquanto lá se constrói a idéia, aqui se difunde-la, e as notícias, sobretudo as ruins e as preocupantes, não hesitam em “correr” o sistema prisional.

No terceiro nível da pirâmide estão os neutros e os simpatizantes, os quais, a despeito das exigências e pressões para que tomem partido em alguma causa, conseguem manter-se afastados dos conflitos ou, ainda que o tomem, não participam do “movimento braçal” (leia-se brigas, rebeliões ou execuções de inimigos) nem da subversão à ordem prisional.

Por fim, na base da pirâmide estão os oprimidos. São os condenados por crimes contra a violência sexual, os traidores, os renegados e os indivíduos considerados inúteis pelas facções internas. O jogo de interesses e articulações passa longe destes, estando tão propícios à morte como os rivais, em havendo

sujeiras e imundícies nas celas, corredores, cozinhas, etc.); [...] deficiência nos serviços médicos, que pode chegar, inclusive, a sua absoluta inexistência [...]”. (1999, p. 144-145).

⁴⁴ Segundo Bittencourt, este “código” “[...] é mais importante que o próprio cumprimento das normas que regem a vida livre, posto que se tem muito menos liberdade. As possibilidades de burlar a aplicação das normas internas da prisão são muito menores, diante da sua condição de instituição total”. (1999, p. 167).

conflito. Sua utilidade é geralmente singular: são os escolhidos a assumir crimes praticados por pessoas dos estamentos superiores dentro dos presídios. São geralmente “laranjas”, atemorizados por suas vidas ou pelas vidas de suas famílias do lado de fora das grades. Acabam por acumular condenações, ficando fadados a passar o resto de seus dias na cadeia pelos crimes assumidos que nunca cometeram.⁴⁵

Neste “tabuleiro de xadrez” em que torres, bispos, reis e peões desempenham bem os seus papéis, a associação em grupos pareceu interessante à manutenção da sobrevivência e à tomada do poder. Da aglutinação e da hipertrofia destas facções internas formaram-se os grupos criminosos; e, da organização destes, formaram-se os comandos do crime, que tanto atemorizam a população hodiernamente.

4.3 A Pena

Este tópico primará pela modalidade da privação da liberdade, isto é, aquela que prevê a restrição da locomoção a estabelecimentos penais adequados, e não pelas penas restritivas de direitos, que importam em limitações parciais, ou pela pena de multa, que exige meramente dispêndio financeiro do infrator.

Efetuada a concisa consideração, convém principiari a explanação lembrando que muito se discute acerca das penas impostas aos habitantes do

⁴⁵ Quando este Autor falou de uma “escala de opressão” organizada piramidalmente dentro das penitenciárias, utilizou, por analogia, a estrutura desenvolvida por Marcelo Batlouni Mendroni para dissecar o comando das organizações criminosas. Para aquele autor, haveria na pirâmide da organização os “chefes”, os “subchefes”, os “gerentes” e os “aviões”: “[...] o chefe situa-se na posição suprema e subchefes logo abaixo e no mesmo nível; mas adotando um sistema presidencialista apenas um comandará. Os subchefes existem, basicamente, para transmitir as ordens da chefia para os gerentes e tomar decisões na sua eventual ausência. [...] Os gerentes são pessoas de confiança do chefe, com capacidade de comando, a quem aqueles delegam algum poder. Recebem as ordens da cúpula e as repassam aos *aviões*”, que são “[...] pessoas com algumas qualificações (por vezes especializadas) para as funções de execução a serem desempenhadas”. (2007, p. 14-15). Desta forma, valendo-se do efeito comparativo, os perspicazes e mais corajosos seriam os “chefes” e “subchefes”. Os “gerentes” seriam os “admiradores” dos “chefes”, responsáveis pela difusão de suas idéias e, por fim, os “aviões” seriam aqueles presos que se encontram “à deriva” nos estabelecimentos, se associando a um grupo muito mais por questão de sobrevivência que por ideologia propriamente dita. Insta frisar, contudo, que foram acrescentados dois degraus inferiores à pirâmide daquele autor: um contendo os neutros e simpatizantes, e o último, da base, completado pelos traidores, praticantes de delitos sexuais, bem como os indivíduos “sem maior importância estratégica” de adesão a algum grupo.

sistema prisional, seja por sua finalidade, seja pela questão da proporcionalidade e da simetria destas com o delito perpetrado. Existem autores, por um lado, que defendem assim como um Direito Penal mínimo, um aprisionamento minimizado, resguardando as prisões apenas aos criminosos contumazes chamados “irrecuperáveis”, e cuja medida seria um “tratamento de choque” à sua recuperação compulsória⁴⁶. Nesta esteira, o prisionalismo de “*ultima ratio*”⁴⁷ seria importante medida político-criminal redutora da superlotação carcerária⁴⁸ e também eficaz forma de impedir que o “pequeno” criminoso se converta em “grande”⁴⁹, e/ou em integrante de facção criminosa⁵⁰, pelo contato pessoal constante dos presídios.

Por outro lado, há os entusiastas do prisionalismo exacerbado, respaldados em alegações de que a pena a ser cumprida em presídios retira o meliante das ruas e resguarda a segurança da população⁵¹; e que a superpopulação carcerária é muito mais questão política que penitenciária, portanto, que o Estado não ateste a própria incapacidade como desculpa⁵² para colocar o criminoso nas ruas e se empenhe na construção de mais presídios.

⁴⁶ Assim expôs Paulo José da Costa Júnior, em seu prefácio à obra “Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas” (2002. s/n°): “O criminoso perigoso e reincidente, todavia, o delinqüente frio, indiferente e moralmente analgésico, pelo perigo social que representa, deverá permanecer segregado em prisões seguras, onde a rendição se faça praticamente impossível”.

⁴⁷ Jason Albergaria explana que (1996, p. 41): “No momento atual os doutrinadores concordam em que a pena privativa de liberdade aplica-se como *ultima ratio*”. Neste contexto, o autor prevê também a abolição da pena privativa de liberdade no futuro “[...] como foi abolida a tortura”. (1996, p. 41).

⁴⁸ Edmundo Oliveira complementa ainda que o “[...] aumento da população carcerária não é inexorável. Essa dura realidade pode ser alterada, desde que Governos, com seriedade, determinação e vontade política, resolvam empreender os esforços imprescindíveis para tornar compatível a mudança na maneira de aproximar o preso da vida normal dos cidadãos, no dinâmico processo de preparação do seu futuro livre na comunidade, onde precisará de estímulos para novo ideal de vida, com honesto sentimento de dignidade própria”. (1996, p. 291).

⁴⁹ Michel Foucault refere-se às prisões como “clubes”, onde “[...] é feita a educação do jovem delinqüente que está em sua primeira condenação”. (2004, p. 222).

⁵⁰ Convém mais uma vez as palavras de Foucault acerca da organização dos carcerários dentro dos estabelecimentos prisionais (2004, p. 222): “A prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinqüentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras”.

⁵¹ “Aquele que não oferece segurança cognitiva de seu comportamento pessoal não deve ser tratado como pessoa, tampouco deve esperar da sociedade e do Estado o tratamento de pessoa. Do contrário, vulneraria o direito à segurança das demais pessoas”. (AMARAL, 2007, p. 126). Já se podem observar aqui aspectos embrionários do “Direito Penal do Inimigo”.

⁵² Quando se fala “que o Estado não ateste a própria incapacidade como desculpa para colocar o criminoso nas ruas”, faz-se menção ao Princípio da Reserva do Possível, o qual “[...] é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes. [...] Assim, a reserva do possível de um lado se relaciona com a proibição do exagero infundado na luta pela efetivação dos direitos fundamentais sociais de modo que não se pode exigir do Estado e da sociedade algo fora dos padrões do razoável, do adequado, do necessário e do estritamente profissional”. (OLSEN, 2008, p. 212-213). Neste prumo, entende este Autor que a

Deve-se perfilhar, no entanto, a uma terceira opinião, amálgama das duas anteriores, porém mais evoluída. É cediço que a prisão integra o aparato de segurança pública como medida-fim ao cumprimento da função deste, qual seja, a de oferecedor de estabilidade à economia e ao povo por meio do controle de criminalidade.

Sendo assim, a privação da liberdade deve continuar operando nos moldes e na filosofia em que já o faz. Não se deve maximizar ou minimizar o processo de recolhimento do infrator à custódia. Não é despenalizando condutas, ou reduzindo a severidade das penas a estas impostas, ou desprisonalizando modos de agir (leia-se substituindo penas privativas de liberdade por restritivas de direitos ou multa); que se corrigirá a crise da segurança hodierna. Isto seria apenas fazer “vistas grossas”⁵³ ao problema que se impõe.

Pelos mesmos modos, o inverso é parcialmente desaconselhável, isto é, a “brutalização” das penas e seu alongamento a longínquas datas, tal como a previsão penal de condutas inicialmente não tipificadas no Código ou em legislação especial; podem não ser forma solucionadora da crise social. Faz-se a ressalva que foi utilizada a expressão “parcialmente desaconselhável”, pois, conforme se observará no desenrolar desta Obra, a rigidez na tratativa do preso, a retirada de certos benefícios que somente prejudicam o andamento da justiça pátria e o desmascaramento da falácia hipócrita humanitária, podem ser uma grande forma desestimuladora do crime.

Analisando a pena sob outro enfoque, o estatístico, uma questão que certamente não pode ser desprezada diz respeito à quantidade de presos por tempo total de pena. Consoante os dados das 27 Secretarias de Segurança Pública do país unificados pelo Departamento Penitenciário Nacional até dezembro de 2007, observa-se que, entre homens e mulheres, 53. 851 pessoas ostentam condenações de até quatro anos; 59.592 indivíduos cumprem penas de quatro a oito anos; 47. 348 presos estão cumprindo penas de oito a quinze anos; 24. 435 pessoas foram

questão da superpopulação carcerária deve ser taxada com o carimbo de “urgente” dentre aquelas medidas que o Estado for sopesar a necessidade e a viabilidade financeira para sua resolução.

⁵³ Ricardo Dip e Volney Corrêa Leite de Moraes Jr., numa luta intelectual a fim de impedir que “não se queira enxergar” o problema que se impõe, ressaltam (2002, p. 05): “O que importa é incitar a *maioria silenciosa* a expressar seu repúdio à arenga laxista. Embora reconheçam sem maior dificuldade o vácuo absoluto no interior desse discurso, as pessoas de bom senso vêm sendo amordaçadas pelo receio de que sua posição sofra a pecha de *politicamente incorreta, ultrapassada, retrógrada*”.

condenadas a penas de 15 a 20 anos; 18.991 presos estão condenados a cumprir de 20 a 30 anos de pena; 7.725 indivíduos estão cumprindo penas de 30 a 50 anos; 2.366 presos cumprem penas de 50 a 100 anos; e 457 presos estão fadados a mais de 100 anos de cárcere.⁵⁴

Os mesmos dados unificados dissecam a quantidade de crimes praticados. São, em sua maioria, perpetrados contra o patrimônio (furtos, roubos, extorsões, dentre outros, representam mais de 200.000 delitos); seguidos do tráfico ilícito de entorpecentes (aproximadamente 70.000 vezes); dos crimes contra a vida humana (homicídios, por exemplo, representam mais de 50.000 delitos); dos crimes contra a liberdade sexual (estupros e atentados violentos ao pudor contabilizam aproximadamente 20.000 delitos); e por outros crimes menos comuns.⁵⁵

As estatísticas *supra* permitem traçar um perfil “animalesco” e violento do criminoso, vez que cumprem, em sua maioria, penas de quatro a oito anos de prisão, aparecendo em terceiro lugar aqueles que cumprem penas de oito a quinze anos. Outrossim, proporcionalmente ao número de delitos cometidos, são muitos os condenados a penas entre 20 e 50 anos.

Como se não bastasse, em face do elevado número de delitos que envolvam atrocidades contra o ser humano, como roubos, estupros, atentados violentos ao pudor e homicídios, permite-se concluir que o processo gradual de extinção futura da pena privativa de liberdade, conforme tratou Jason Albergaria (vide nota n° 29), é uma utopia desmedida, vez que isso significaria o descrédito do Estado perante seus cidadãos por não protegê-los, o desestímulo destes em viver ordeira e dignamente, e o reconhecimento da existência e da força de um Estado “Paralelo”⁵⁶, dotado de regras próprias e comandado por criminosos.

⁵⁴ Disponível em <http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 22 de julho de 2008.

⁵⁵ Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 22 de julho de 2008.

⁵⁶ Guaracy Mingardi não concorda com esta expressão “Estado Paralelo”, sob a seguinte justificativa (1998, p. 64): “Por causa destas regiões onde o Crime Organizado é mais visível de que o aparelho de estado, as chamadas zonas liberadas, criou-se uma teoria errônea, que dá ao Crime Organizado o status de um Estado Paralelo. Linhas paralelas, segundo qualquer dicionário, são aquelas que nunca se encontram. Caso o conceito fosse aplicado ao nosso objeto, significa que Estado e Crime Organizado caminhariam lado a lado sem nunca verem seus caminhos se cruzarem. Para refutar isto basta notar o grande número de funcionários públicos de todos os escalões que são acusados de manterem relações com organizações criminosas”. Discordamos do autor, contudo, por entender que

4.4 A Reinserção

O processo de readaptação do egresso ao estado liberto pode dar-se parcial ou totalmente. O primeiro ocorre quando o indivíduo é gradativamente “testado” em diferentes graus de liberdade, cujo nível máximo é o retorno a seu estado absoluto, respeitando-se, obviamente, o contrato social a que se referiu o terceiro item do segundo capítulo. Cuida a reinserção parcial, portanto, de “doses homeopáticas” de liberdade ao paciente penal até que esteja ele curado de sua doença, a saber, o crime e suas conseqüências secundárias.

Do ponto de vista político-criminal, a reinserção parcial é maneira desobstrutiva do sistema prisional. Como dito alhures, salta aos olhos a defasagem entre o número de vagas nas penitenciárias, em número inferior, e o número de detentos. Acerca da superpopulação penitenciária, Augusto Thompson expõe interessante equação (2000, p. 100-103):

A entrada do sistema prisional se faz pela prisão comum, incumbida que é, como já vimos, de receber a carga inicial. Com uma pequena perda (réus que obtêm relaxamento do flagrante ou revogação da prisão preventiva) deve a carga transitar para o presídio e a penitenciária, sendo que a saída do presídio, com perda (réus que são absolvidos), alimenta, também a penitenciária. A esta cabe o papel de saída do sistema, abrindo para a liberdade (completa, pelo término da pena, ou condicional, no caso de livramento). Com freqüência, o produto final despejado retorna ao sistema (no caso da reincidência), cumprindo-lhe, em tal hipótese, repetir o mesmo circuito, desde o início. [...] Estrangulado o sistema e não sendo possível lançar para ora o excesso, adivinha-se, facilmente, que os estabelecimentos de entrada se vêem forçados a reter a carga recebida por mais tempo do que o originariamente previsto. Tal situação se agrava sobremaneira pela circunstância de haver uma enorme desproporção entre o quantitativo de entrada do sistema e o de saída: aquele se faz aos borbotões, este a contagotas.

Fica clarividente, neste contexto, que condicionar alguns condenados à liberdade assistida, via reinserção parcial; a mantê-los encarcerados, é viabilizar espaço físico nas penitenciárias a futuros ocupantes.

o sentido que se dá a “Estado Paralelo” diz respeito a um “Estado” que existe concomitantemente à sombra do Estado de Direito, sendo que isto não deveria acontecer. Não se trata, pois, de um “não-encontro” entre os dois, mas sim da atividade parasitária que aquele exerce sobre este.

Nesta esteira, a reinserção escalonada se consubstancia em formas diversas, como a progressão de regime, a concessão de indulto, o livramento condicional, desde que estejam presentes os lapsos temporais previstos em lei, e específicos à condição do detento e ao crime praticado; e reúna o encarcerado condições subjetivamente consideradas para que possa alçar a um abrandamento na rigidez do cumprimento da pena.

A segunda forma do processo de readaptação do egresso ao seu estado liberto é aquela que ocorre na totalidade. Insere-se aqui a hipótese de extinção da pena, por já ter o agora ex-detento quitado sua dívida corporal para com o Estado e, em tese, concluído seu período de reflexão e de reeducação cívica.

Acerca deste período de reflexão manifestou-se Ana Messutti (2003, p. 43):

Quão insubstituível será então a experiência do que vive a pena. Pois “se cada pessoa sente por si mesma”, também viverá “por si mesma” a pena como uma experiência intransferível, única. Ainda que a pena esteja prevista e quantificada, de modo uniforme, objetivo, cada um a viverá como própria. Cada um viverá sua própria pena.

Entrementes, ainda que sejam fundadas as alegações supra, independentemente da espécie de reinserção, não há no país uma política especial para tratar do reeducado. Muitos precisam de acompanhamento terapêutico, afinal de contas, a prisão é um local diferenciado⁵⁷, de animosidade e tensão constantes, e, também um cativeiro⁵⁸, que, mediante estímulo da perda da subjetividade do indivíduo faz com que ele simplesmente desaprenda a viver em sociedade⁵⁹. Este é o fenômeno conhecido por “despersonalização”.⁶⁰

⁵⁷ No “rastros” do assunto, afirma Augusto Thompson que “[...] a cadeia não é uma miniatura da sociedade livre, mas um sistema peculiar, cuja característica principal, o poder, autoriza a qualificá-lo como um *sistema do poder*”. (2000, p. 19).

⁵⁸ Augusto Thompson relata esta situação de confinamento prisional (2000, p. 82): “Rejeitados pela sociedade, confinados à força, obrigados a uma coabitação não escolhida, privados de autonomia, de recursos, de bens e serviços de caráter pessoal, de iniciativa, de relações heterossexuais, se segurança, separados da família, submetidos a um regime asfixiante de regras abstrusas, obtêm, não obstante, estabelecer e fazer funcionar um sistema social, adequado às *condições artificiais* de vida que lhe são impostas.” (grifo nosso).

⁵⁹ Neste sentido, Roberto Porto afirma que o preso é “[...] despojado de seus pertences pessoais, recebendo um uniforme padronizado, o qual é obrigado a utilizar. Seu nome é substituído por um número, denominado matrícula. O seu cabelo é raspado. É privado de toda e qualquer comodidade

Conciliando a ignorância e a ociosidade reinante dentro dos presídios, muitos ex-reclusos voltam às ruas sem qualquer aprendizado laborativo, sem qualquer carta de indicação da qualidade da mão-de-obra prestada dentro do sistema prisional, e o pior, com uma ficha de antecedentes criminais recheada.

Ademais, muitos destes são toxicômanos, abandonaram ou foram abandonados por suas famílias a mercê do Estado, não tem um lar, vez que, por anos a cadeia lhes ofereceu guarida, higiene e comida gratuitamente. Em outras palavras, para estes cidadãos a prisão é um verdadeiro “hotel” do qual são todos hóspedes. Há aqui então uma situação peculiar: a de que a prisão gera efeito inverso à sua proposta, mostrando-se como a melhor alternativa ante a escassez delas.

Sob outro enfoque, há que se considerar a visão crítica da sociedade sobre os ex-carcerários. Não se pode fugir ao problema, e ele emerge à superfície através das seguintes indagações: Qual o chefe de família que empregará um indivíduo já condenado por violentar sexualmente e/ou assassinar pessoas? Que empresa confiará sua segurança ou sua contabilidade a um praticante de crimes contra o patrimônio? Qual a garantia de que um sonegador, um estelionatário, ou um fraudador, dotado de habilidades específicas e conhecimentos técnico-financeiros, não voltará a praticar delitos compatíveis com seus “dotes”?

A resposta aos questionamentos *supra* é concisa: Esta Obra quer “passar longe” da hipocrisia e da falácia humanitárias. Aos olhos da sociedade não existe ex-criminoso, reeducado, arrependido, etc.; existe sim um indivíduo que escapa aos limites delineados pela legalidade. Igualmente, tudo é uma questão de *darwinismo social*, isto é, num mundo em que as máquinas substituem e otimizam o tempo de dez operários, e o desemprego escalona galopantemente a cotas vertiginosas, as vagas que surgem serão sempre preenchidas pelos melhores e mais preparados. Traduzindo conceitos, entre empregar um chefe de família, 25 anos, pai de três filhos, e comportamento exemplar perante sociedade, e empregar

material, recebendo tão-somente o necessário à sua higiene pessoal. E, por fim, é informado das normas do estabelecimento e das conseqüências do seu descumprimento”. (2007, p. 27).

⁶⁰ “O processo inicial de despersonalização propicia agora que o sentenciado absorva não as regras de bom comportamento estabelecidas pela sociedade, como deveria ocorrer, e sim as normas estabelecidas pelos próprios detentos, baseadas na rebeldia, na resistência, e na rejeição social”. (PORTO, 2007, p. 28).

um chefe de família, 25 anos, pai de três filhos, condenado por assalto à mão armada, é indubitável que a primeira opção será a escolhida.

4.5 A Reincidência

Mais lamuriante que a inepta e impenitente política de realocação do ex-carcerário e da contumácia da sociedade em não aceita-lo, é a reiteração criminosa pós-reinserção⁶¹. Na busca por um conceito conglobante, a reincidência pode ser entendida como um estreitamento dos laços entre o criminoso obstinado e o Estado ansioso por “retirá-lo” novamente de livre circulação⁶².

A ausência de vagas no mercado de trabalho, o preconceito social e a toxicomania, não podem ser pretexto uno à reiteração delitiva, mas certamente estão intrinsecamente ligados a ela⁶³. Há que se reconhecer, contudo, a existência de uma classe de criminosos irrecuperáveis quem vêm na liberdade nada mais que a possibilidade de praticar novos delitos. Por isso não se deve generalizar a falta de oportunidades como motivo singular a ensejar a reincidência criminal.

Neste cenário, a proposta a ser aqui feita pode ser considerada eficaz: a de um Estado que combata a criminalidade dispensando atenção direta e específica ao ex-recluso.

⁶¹ Conforme consta dos dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, existem atualmente nos estabelecimentos prisionais brasileiros, considerando-se homens e mulheres; 94.209 presos primários com uma condenação; 51.575 presos primários com mais de uma condenação; e 74.439 presos reincidentes. O que se verifica, desta forma, é que a porcentagem de reincidência hoje fica entre 85% e 90%. Disponível em <http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 22 de julho de 2008.

⁶² Já num conceito etimológico, reincidência, “[...] do latim *recider*, significa recair, cair novamente sob o ponto de vista físico ou moral”. (YAROCHEWSKY, 2005, p. 25).

⁶³ Neste sentido, César Roberto Bittencourt (1999, p. 151): “Seria um erro considerar que as altas taxas de reincidência demonstram o fracasso total do sistema penal e proclamar a abolição da prisão, como propõem alguns setores que pretendem assumir uma posição progressista. Indiscutivelmente, a natureza do tratamento penal tem um papel importante na persistência dos níveis de reincidência, mas não é o único e nem sempre é o fator mais importante. A responsabilidade deve ser atribuída ao sistema penal como um todo, assim como às situações e condições sociais injustas, que se agravam sob o império de regimes antidemocráticos”.

Consoante já foi sobressaltado, a proposta desta Obra não coaduna com o falso-humanitarismo, que nada mais é do que um laxismo penal disfarçado em garantismo exacerbado; nem com infundadas “cartas de intenções”, sem cientificidade, e que adotam o demagogo discurso do “é preciso fazer isso” ou “é preciso fazer aquilo” sem mostrar, entretanto, os meios viáveis a isso.

Preliminarmente, a idéia de um Estado ubíquo deve ser descartada. Ele é uma engrenagem muito complexa e demasiadamente impessoal para olhar distintamente nos olhos de cada um que lhe pertence. É por isso que o Estado se alimenta de estatísticas. O Estado trata o crime probabilisticamente, portanto. Na lógica deste pensamento, o indivíduo enquanto ainda não delinqüiu, ou, ainda que o tenha feito, não foi descoberto; ainda não passou pelo filtro persecutório ou pelo crivo do Estado-Juiz. Assim, para todos os efeitos, este indivíduo presume-se cidadão-modelo, um verdadeiro “bom-selvagem” da prole *rousseauiana*, digno de direitos e deveres como seus ilibados símiles.

Por outro lado, o delinqüente, este já foi “formalmente apresentado” ao Estado. Aqui convém encaixar uma situação de cunho personalíssimo: quando o indivíduo pratica um delito, rompe uma barreira psicológica⁶⁴, edificada na moralidade, na legalidade e na vergonha que representa a prática de um delito perante a sociedade; que o impedia de delinqüir⁶⁵. Se no primeiro crime desfaz-se esta película protetora, na reiteração o liame entre o certo e o errado torna-se demasiadamente confuso.

⁶⁴ Esta questão já foi tratada por este autor no artigo “Depois da prisão: um olhar sobre o reinserido e a busca por medidas que visam evitar o retorno ao submundo do crime” (*in* VI Congresso Internacional de Salud Mental y Derechos Humanos. Buenos Aires, Argentina. Novembro de 2007): “Falando assim parece meramente utópico, mas a questão aqui escapa ao Direito e remonta sobretudo à Psicologia e à Filosofia: não são da natureza humana a frieza e o calculismo necessários para o cometimento de um delito; a grande maioria dos infratores comete o crime tomada pelo medo e atenua isso com o consumo de entorpecentes e bebidas alcoólicas. O indivíduo que cometeu o primeiro crime já tem uma tendência a cometer outros crimes, pois ele já quebrou a barreira natural psicológica que o impedia de delinqüir.”

⁶⁵ Ricardo Dip e Volney Corrêa Leite Jr. citam em seu livro interessante pesquisa feita pelo Governo Britânico, na década de 70, entre jovens britânicos de 15 a 21 anos de idade, sobre o que constituiria para eles óbice ao cometimento de crimes ou persuadi-los-ia a não praticá-los. 49% deles responderam “o que minha família pensará de mim?”; 22% deles levaram em consideração o temor e o risco de perderem seus empregos; 12% dos entrevistados escolheram a publicidade que isso ocasionaria e a vergonha de ir à Corte, como obstáculo para não praticar delitos; 10% citou o temor em ter de cumprir uma pena; e, por fim, 6% citou a vergonha que ficariam dos amigos se praticassem algum delito. (2002, p. 217-218).

Desta forma, é medida de política criminal salutar e de grande praticidade o tratamento direto do reinserido como medida de combate ao crime, senão veja-se:

A taxa de reincidência daqueles retirados do convívio social por penas privativas de liberdade é extremamente alta. Hoje gira em torno de 85% a 90% (vide nota nº 37). É mais fácil, portanto, o Estado tratar diretamente do ex-recluso, do que concentrar-se em cada cidadão de maneira vaga para impedir a criminalidade. Tome-se, a título ilustrativo, o sistema penitenciário pátrio. Segundo dados obtidos junto ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o Brasil é um país de quase 190.000.000 (cento e noventa milhões) de habitantes⁶⁶ e possuidor de uma massa carcerária de mais de 420.000 detentos (vide nota nº 31), os quais vivem a entrar e sair das cadeias, alcançando a liberdade total ou parcialmente. O que é mais prático a fim de combater a criminalidade: controlar a reincidência ou reduzir a prática primária de crimes? Neste contexto, parece límpida a primeira hipótese.

4.6 As Organizações Criminosas

Divergem os pensadores da questão prisional sobre o momento circunstancial de organização da massa carcerária.

Entendem alguns ser tal processo decorrência do “abrigo” de presos políticos, advindos do regime ditatorial, e presos comuns, sob um mesmo teto⁶⁷.

⁶⁶ Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home>. Acesso em 26 de setembro de 2008.

⁶⁷ Filiado a este entendimento, Carlos Amorim, em sua obra “CV-PCC: a irmandade do crime”, enfatiza esta relação *preso comum - preso político*: “A convivência entre presos políticos e bandidos comuns tem história no Brasil”. (2005, p. 61). Deste modo, salta aos olhos que, desde o ano de 1917, também conhecido como o *ano vermelho*, quando a eclosão do movimento bolchevista liderado por Lênin na Rússia animou anarquistas, sobretudo alemães e italianos radicados no Brasil; o país foi mergulhado em greves políticas, houve a criação de inúmeros jornais subversivos visando insuflar a “propaganda revolucionária” no âmago dos trabalhadores brasileiros, ocorreram choques entre anarquistas e Exército. Posteriormente, durante os anos do Estado Novo, “[...] a polícia de Getúlio Vargas e os tribunais de exceção encheram as penitenciárias brasileiras de opositores do regime. Militantes da esquerda e criminosos comuns cumpriram juntos longas penas [...] O contato com intelectuais, militares radicais, políticos e sindicalistas fez a cabeça de punquistas e escroques”. (AMORIM, 2005, p. 64-65). Por fim, naquilo que pode ser considerado o estopim da tendência organizacional do crime, eclode a ditadura militar, de maneira que, a partir da década de 70, mais uma vez abriam-se as portas das penitenciárias para os opositores do regime. É justamente nesta época que mais prospera a organização do crime. Isto porque: “Em pouco tempo, os presos políticos promoveram reformas e fizeram funcionar serviços que nunca antes atenderam o preso comum. Esta

Logo, consoante tal posicionamento, teriam sido os apenados pela Lei de Segurança Nacional os professores dos presos comuns, ensinando-lhes noções preliminares de proteção recíproca, cooperação mútua, organização hierarquizada e obediência a um planejamento pré-estabelecido quando da execução de algum ato do grupo.

Já outros enxergam uma proposta nobre em um primeiro momento desta organização, no que seria a idealização da coletividade aprisionada em fazer soar seu clamor político até então sufocado pela opressão e pela violência das cadeias.

Fato certo, todavia, é que, independentemente do posicionamento adotado acerca de seu ponto embrionário, as organizações de presos, desaprumadas de seus ideais pelo vultoso quinhão que representa o tráfico ilícito de entorpecentes e pela animosidade entre facções rivais que disputavam o poder dentro das penitenciárias, abdicaram de qualquer almejo revolucionário.

A partir do instante em que se declarou guerra ao poder público e a outras organizações “concorrentes”, neste processo de fusões e conquistas faz-se mister angariar novos adeptos, cujas maneiras utilizadas para tal são duas: a primeira é a “lei do matar ou morrer”, também conhecida como “lei da livre e espontânea pressão”, isto é, quando ingressa no sistema prisional, ou o indivíduo integra-se ao grupo para conseguir o respeito necessário à sobrevivência e não ser violentado sexualmente nem taxado como um delator de aprisionados a ser assassinado na primeira rebelião; ou, na melhor das hipóteses passará o resto da vida atrás das grades assumindo “forçadamente” crimes por outros praticados.

A segunda maneira de filiar o preso ao partido se dá pelo ato de incutir nele a idéia de superioridade e *status* de seus integrantes. Vê-se aqui um nítido processo de “divisão de classes” mesmo dentro do sistema prisional. Neste contexto, importa convidar o leitor a duas reflexões: a de que está havendo no sistema penitenciário pátrio uma “marginalização da marginalização”, e a de que, com sua aderência à facção, o aprisionado passa a ter orgulho de ser dela integrante e por ela lutará, dando inclusive sua vida por isso.

assistência prestada pelos militantes de esquerda gerou um forte laço de amizade e respeito com a massa carcerária”. (AMORIM, 2005, p. 81).

Como se não bastasse, tais organizações estendem seus tentáculos para o lado de fora das muralhas, atuando em diversos segmentos da sociedade através da “lavagem” de dinheiro do tráfico em “estabelecimentos de fachada”, da corrupção de autoridades dos três poderes em busca de privilégios, de delitos contra o patrimônio a fim de abastecer contas correntes em nomes de “laranjas”, e, de dentro das cadeias, ordenando execuções sumárias. Os meios de contato com o “mundo exterior” são inúmeros e dão-se, sobretudo, através de “aviões”, que podem ser amigos, familiares, funcionários do presídio e até mesmo o próprio causídico do preso; ou através da tecnologia, com o uso de aparelhos celulares.

Neste diapasão, insta salientar que são as organizações criminosas células de um Estado paralelo (vide nota nº 56), interligadas por centrais de telefonia clandestina; atendidas por um serviço de “assistência social” à família do filiado, a qual engloba desde o transporte aos presídios em dias de visita até um auxílio financeiro nos momentos de maior dificuldade; e amparadas por um “exército” armado e municiado com equipamentos traficados no “mercado negro” bem como por armas apreendidas pelas autoridades policiais que “inusitadamente” voltam às mãos dos marginais. Tais grupos armados mantêm-se de prontidão, prontos a agir mediante qualquer comando superior, criando um clima de tensão que atinge invariavelmente o lado mais fraco deste conflito: a sociedade.

Tal processo acabou por desenvolver a chamada “cultura do medo”⁶⁸, que vem se tornando praxe na sociedade contemporânea. A cada demonstração de força das facções criminosas, fica mais explícita a obsolescência do aparato de segurança pública e a incapacidade das polícias e do governo em combater este inimigo, ao passo que proliferam empresas de segurança privada e dispositivos de combate ao crime como vidros blindados e escurecidos - para dificultar a visão do meliante -, alarmes, cercas elétricas e rastreadores, em caso de seqüestro, etc.⁶⁹

⁶⁸ Para Débora Regina Pastana, esta “cultura do medo” “[...] é a somatória de valores, comportamentos e do senso comum associada à questão da violência criminal que reproduzem a idéia hegemônica de insegurança e, com isso, perpetuam uma forma de dominação autoritária que só subsiste com a degradação da sociabilidade e o enfraquecimento da cidadania”. (2003, p. 95-96).

⁶⁹ Mais uma vez são oportunas as palavras de Débora Regina Pastana (2003, p. 91): “Entendemos o medo, neste estudo, como uma forma de exteriorização cultural, principalmente se levarmos em conta as transformações que ele desencadeia. [...] há uma mudança no comportamento do indivíduo em casa e na rua, um cuidado maior com os bens (consumo de apólices de seguro, por exemplo), a produção e o consumo dos mais variados produtos de segurança privada (alarmes, vidro blindado e aulas de defesa pessoal, por exemplo), uma desconfiança generalizada entre os indivíduos etc”. Ademais, complementa a autora, o “[...] empresário manda blindar o automóvel, transformando-o num

Neste ínterim, propõe-se como arma aliada o Direito Penal, que deve ser, sobretudo, um protetor da sociedade. Desta maneira, em que pesem as tendências de um penalismo garantista (laxista), o fato é que, somente com o recrudescimento na rigidez da aplicação das penas e da tratativa do preso, poder-se-á combater a crise de eficácia operante no sistema processual penal do país.

5 UM OLHAR SOBRE O CRIMINOSO: O ORDINÁRIO E O “INIMIGO” DO ESTADO

Sempre que raia no horizonte jurídico um preceito inovador e criticista, a curto prazo se apressam as opiniões mundo afora em confrontá-lo e rechaçá-lo. Isto nada mais é, conforme aduzido em capítulos anteriores, que o velho temor ao novo. Edificante, pois, neste apontamento, propiciar à muda germinante um plantio adequado, raízes fortes e saudáveis, bem como um solo rico em nutrientes, para que esta não sucumba às intempéries do tempo e possa enfim tornar-se árvore maciça e vigorosa.

“Desmetaforizando” o exemplo *supra*, significa fundar em premissas consistentes as idéias de vanguarda, dando-lhes respaldo para um desenvolvimento mínimo até que, a médio e longo prazo, alcancem aptidão para “vãos mais altos e independentes”. Isto porque bem sabem os conservadores que as táticas de confronto prelecionam que é mais fácil combater o oponente quando este ainda não está pronto para a guerra ou está com capacidade reduzida para tal, do que quando ele já adquiriu solidez para suportá-la.

“Fundar em premissas”. Foi bem isto que se pretendeu nos capítulos anteriores desta Obra: no capítulo de abertura, fez-se uma análise *filosófica* do ser humano, apimentada com todas as sisudas implicações que podem advir de sua natureza, de sua liberdade e de seu aprisionamento, dependendo do ponto de vista nestes adotado. Neste diapasão, nada obstante a tendência em voga de enquadrar

veículo de segurança e proteção contra o eventual ataque de bandidos seqüestradores ou de assaltos nas esquinas. Na sua casa são colocados alarmes, câmeras de vídeo, portões automáticos, tudo como medidas preventivas. Mesmo com todo esse aparato, ele ainda contrata segurança particular para defesa da sua vida e do seu patrimônio. Já o trabalhador levanta o muro da sua casa,

o homem tão-somente sob ótica *hobbesiana*⁷⁰, entende-se, conforme se verá a seguir, que pensar desta maneira singularizada circunscreve o Direito Penal do Inimigo à aplicabilidade em uma “sociedade autodestrutiva”, em que a agressividade do homem para com seu congêneres seria seu traço sobressalente.

O que se objetiva, então, é embasar filosoficamente o Direito Penal do Inimigo não só no homem de Hobbes, mas também no de Rousseau e sua neutralidade inicial, a ser desequilibrada consoante suas escolhas, sejam elas majestosas ou repudiáveis; de maneira que, partindo-se das formulações dos dois pensadores, o indivíduo poderá ser considerado bom exemplo ou inimigo do Estado.

Isto porque, até onde alcança o ponto de vista deste Autor, há somente um caminho que leva ao êxito do Direito Penal do Inimigo e seu ponto de partida reside na união das idéias de Hobbes e Rousseau. Desta forma, partir do ponto equivocado pode representar o desperdício de anos de experimentação doutrinária desta teoria mais à frente, vez que tal percurso não admite atalhos, pois, do contrário, tomá-los pode significar a incursão do indivíduo no perdimento das obscuras entranhas do conservadorismo.

Acerca do assunto, apesar de mencionar os homens *rousseauiano* e *kantiano* em sua obra, é clarividente a simpatia de Jakobs pelo homem *hobbesiano* ao sustentar filosoficamente sua doutrina do Direito Penal do Inimigo (2008, p. 27):

De maneira plenamente coerente com isso, HOBBS, em princípio, mantém o delinqüente em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de

coloca grades nas janelas, lanças no portão, cacos de vidro nos muros e, como segurança particular, arruma um cão raivoso e feroz”. (PASTANA, 2003, p. 93).

⁷⁰ É fulgente a tendência doutrinária em basear a “sociedade de risco contemporânea” e o “Direito Penal do Inimigo” no “homem agressivo” de Hobbes. Neste sentido, afirmou José Ignacio Lacasta-Zabalza, Professor Titular de Filosofia do Direito da Universidade de Zaragoza, Espanha, em prefácio à obra de Luis Gracia Martín denominada “O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo” (2007, p. 16): “O fato de que o Direito Penal do Inimigo tenta se apoiar em Hobbes (hoje tão em voga) exige algumas implicações, concernentes ao contexto de suas idéias”. Desta forma, complementa Lacasta-Zabalza que: “Hobbes pode ser em unísono, em harmonia ou de modo assimétrico, um argumentador do Direito em termos claramente individualistas, o que é um prelúdio dos posteriores desdobramentos da teoria constitucional democrática, e assim mesmo figurar como defensor de uma autocracia e defender uma visão meridiana da soberania em termos absolutistas”. (2007, p. 17).

natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súbditos, mas como inimigos.⁷¹

Sobre as palavras de Jakobs, coroou-as Xacobe Bastida Freixedo (2006, p. 283):

Pues bien, la interpretación de Rousseau y Fichte no nos parece correcta. No creemos que reserven la categoría de ciudadano para el sujeto que obedece las normas, convirtiendo así al simple infractor en enemigo.⁷²

Entretanto, em que pese a pretensão a próprias mãos exteriorizada pelo formulador da teoria do Direito Penal do Inimigo, entende este Autor que se deve conferir o estigma de “insuficiente” para tal, vez que considerar tão-somente a natureza agressiva do homem *hobbesiano* legitimaria sua teoria para o regramento na tratativa do ofensor e não para a excepcionalidade como deveria acontecer⁷³. Ao revés, adotar como plataforma filosófica a natureza amedrontada do homem de Pufendorf mostrada por Rousseau, conforme discorrido no segundo capítulo, seria impossibilitar de imediato o Direito Penal do Inimigo por considerá-lo remédio forte

⁷¹ Interpretando Jakobs, afirmou Xacobe Bastida Freixedo (2006, p. 283): “Partamos ante todo de un punto estructural: los cuatro filósofos que cita Jakobs como precedente intelectual consideran al enemigo como un sujeto diferenciado respecto al ciudadano ordinario. La diferencia entre los filósofos citados estribaría, para Jakobs, en que Rousseau e Fichte establecerían una ecuación entre el delincuente y el enemigo y dejarían la categoría de ciudadano para el sujeto que respeta las normas, mientras que Hobbes y Kant hablarían de enemigos sólo para referirse a sujetos autores de graves delitos, permitiendo así que el simple delincuente siga pertenciendo a la categoría de ciudadano”. (“Partamos antes de tudo de um ponto estrutural: os quatro filósofos que cita Jakobs como precedente intelectual consideram o inimigo como um sujeito diferenciado em relação ao cidadão ordinário. A diferença entre os filósofos citados estaria, para Jakobs, no fato de que Rousseau e Fichte estabeleceriam uma equação entre o delinqüente e o inimigo e deixariam a categoria de cidadão para o sujeito que respeita as normas, enquanto que Hobbes e Kant falariam de inimigos somente para se referir a sujeitos autores de graves delitos, permitindo assim que o simples delinqüente siga pertencendo à categoria de cidadão”).

⁷² “Pois bem, a interpretação de Rousseau e Fichte não nos parece correta. Não cremos que reservem a categoria de cidadão para o sujeito que obedece às normas, convertendo assim o simples infrator em inimigo”.

⁷³ Hobbes afirma que a condição do homem “[...] é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso um governado pela sua própria razão, e não havendo de que possa lançar mão que não lhe ajude na preservação da sua vida contra os seus inimigos, segue-se que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, até mesmo aos corpos uns dos outros”. (HOBBS, 2003, p. 112-113). Assim, em que pese sua qualificação como “contratualista”, esta deve ser considerada no mínimo dúbia ante a observância do por ele alegado: “Quando se faz um pacto em que ninguém cumpre imediatamente a sua parte, e uns confiam nos outros, na condição de simples natureza (*que é uma condição de guerra de todos os homens contra todos os homens*), a menor suspeita razoável torna nulo esse pacto”. (grifo nosso) (HOBBS, 2003, p. 118). É justamente este insuficiente e frágil “contratualismo” de Hobbes que nos preocupa, haja vista que, uma “condição natural de guerra”, a qual aduz o autor, minimiza as chances do estabelecimento de uma paz social que não seja “armada”. Foi este intranquilo contratualismo *hobbesiano* que nos fez recorrer ao contratualismo de Rousseau.

demais e, por conseqüência, mortífero, para ser utilizado em um problema menor; e, por fim, adotar isoladamente Rousseau significaria a incapacidade para explicar os casos em que o delinqüente, apesar de sua condição, não se torna inimigo do Estado.

Diante da incompletude de um posicionamento (leia-se o fundado em Hobbes), e da insuficiência do outro (leia-se o embasado em Rousseau), optou-se por utilizá-los de maneira enfeixada de modo que, cometendo a “ousadia” de tomar um posicionamento particular redirecionando a teoria do Direito Penal do Inimigo para um homem mesclado em Rousseau e Hobbes, significa partir de um principiar individual neutro, possibilitando a cada um agir conforme seus desígnios (nos moldes do Contrato Social de Rousseau), restando ao Direito Penal a função de tratar os cidadãos de bem e os delinqüentes desventurados à proporção de seus atos, assim como se fará com os inimigos do Estado, estes últimos com mais rudeza (conforme propõe Hobbes), dada sua *periculosidade a florada*, sobre a qual já tratou Jiménez de Asúa no terceiro capítulo desta Obra.

Dando prosseguimento ao itinerário, mas trazendo na bagagem o pressuposto de um homem *rousseau-hobbesiano*; do singular para o plural (leia-se do ser humano para o Estado), no terceiro capítulo navegou-se sobre a soberania do Estado contemporâneo frente à delinqüência, dando enfoque predominantemente *político* a tal relação. Neste prumo, foram identificadas na contemporaneidade duas crises intrinsecamente ligadas: a de “obediência” e a de “identidade”, a atingirem tutelados e máquina governamental, respectivamente.

Com base no parágrafo *supra*, a pergunta que se consubstancia é a seguinte: e o que o Direito Penal do Inimigo tem a ver com isso?

Conforme foi notabilizado, com a inversão da fonte dimanante do poder estatal melhor observada por Foucault em sua *microfísica do poder*, pela qual é a sociedade que forma o Estado e não este que forma aquela; o Estado, apesar de ter mantido sua razão existencial primordial, a saber, a de oferecedor de paz social mediante atividade jurisdicional solucionadora e prevenção e combate à criminalidade; teve sua esfera de importância minimizada na vida de seus tutelados em comparação ao que foi em tempos de modernidade e de primeira fase de contemporaneidade. Este ideologia de “neo-não-intervencionismo” imposta desta

vez pela sociedade, bem como a conseqüente dificuldade de adaptação aos novos tempos, causou ao aparelho governamental a chamada “crise de identidade”.

Catalisando-a, está outra crise, a de “obediência”, vindo em sentido oposto a qualquer tentativa de reafirmação da soberania estatal, e apresentando-se sob duas óticas, cujos desdobramentos se verão a seguir: a primeira interpretação sobre esta “crise de obediência” diz respeito à descrença populacional no aparato protetor e fornecedor de bem-estar do Estado, e à suposição errônea de que qualquer ato que vise à reativação de sua soberania é uma maneira de opressão. Um equívoco, para não falar em tragédia. O segundo vetor desta crise alude àqueles que não só não acreditam no Estado como também contribuem para sua desestabilização, seja atentando contra sua preeminência, através da criminalidade organizada e do afloramento do estado perigoso para o cometimento de delitos, seja pela responsabilidade destes por incutirem na coletividade uma cultura do medo generalizada que desencadeou a “sociedade do risco”.

Ciente dos acontecimentos, na verdade um “câncer” silencioso e traiçoeiro que se desenvolveu por anos até exteriorizar-se súbita e violentamente pegando de surpresa a população desavisada; prontificou-se o Estado a usar sua velha arma restabeecedora da ordem: o Direito Penal.

Contudo, desta vez o remédio foi improfícuo. Aliás, foi anódino, haja vista que conseguiu resolver somente a criminalidade comum, já conhecida. Já a outra criminalidade, a “diferenciada”, adquiriu “resistência” aos “medicamentos” penais, e isto fez com que a eficácia do Estado, antes incontestada, fosse questionada pela população e também pelos criminosos, que viram nesta “nova” forma de delinqüir um alento.

O Direito Penal ficou então parcial, e porque não injusto, senão veja-se: ao passo que punia com voracidade os indivíduos praticantes de delitos por seus “dogmas” já assimilados (seja em intensidade, seja em (des)organização ou seja através da crueldade do ato); ficou de “mãos atadas” frente a esta nova modalidade de crimes e criminosos. Pode-se falar, então, sem que isso incorra em falso silogismo, que compensava praticar um crime maior e diferenciado e sair impune, do que praticar um crime menor e comum e se candidatar a alguma vaga nas

horripilantes instituições penitenciárias sobre as quais se discorreu no capítulo anterior.

Para tentar desfazer esta injustiça e uniformizar o punitivismo, passaram o Direito e a Execução Penais a severizar a cominação e a aplicação da pena como regra geral, como se fossem os praticantes de delitos comuns “obrigados a pagar um alto preço pelo produto que sequer consumiram”, isto é, obrigados a cumprir penas mais contundentes por causa de outros criminosos que praticavam crimes diferenciados.

Logicamente, como já era de se esperar, aprontaram-se as Doutrinas humanistas mundo afora em criticar esta “uniformização punitiva” clamando, conseqüencialmente, pela adoção de institutos despenalizadores, pela extinção das penas privativas de liberdade, pelo incentivo à ressocialização do condenado e pela edição de leis mais amenas. O que não deixam de ter razão, só que parcialmente, haja vista que, pensando “cegamente” desta maneira, sem sopesar possibilidades, novamente imperaria a injustiça, pois os criminosos diferenciados também seriam contemplados pelas benesses da cognição e da execução penal, e mais uma vez continuaria “compensando” ser criminoso diferenciado que criminoso comum.

Não bastasse tal fato, havia ainda a questão da sociedade a resolver. O Estado precisava recuperar seus créditos para com esta concomitantemente à sua guerra contra este “inimigo inominado”. As coisas pioraram ainda mais em dois momentos sucessivos: o primeiro, quando a situação fugiu do controle dos órgãos repressores e esta criminalidade diferenciada descobriu que poderia atingir o Estado atingindo a sociedade. Este fato desencadeou o pânico coletivo e “trancafiou domiciliarmente” indivíduos absolutamente libertos, num paradoxo inaceitável daquilo que pode ser considerado o embrião da “sociedade do risco” atual.⁷⁴

⁷⁴ Desta forma, era preciso um Direito Penal que fosse até a sociedade e não uma sociedade que fosse até o Direito Penal. Neste sentido, José Luis Díez Ripollés (2006, p. 554): “El modelo penal bienetarista apuntado debería estar en condiciones de demostrar la mayor eficiencia y efectividad de una aproximación a la delincuencia desde sus causas personales e sociales y no desde sus síntomas o manifestaciones inmediatas, y de insertar consecuentemente los mecanismos sociales de prevención de la criminalidad en el marco de las intervenciones propias del estado social del bienestar”. (“O modelo penal do bem-estar apontado deveria estar em condições de demonstrar a maior eficácia e efetividade de uma aproximação da delinquência desde suas causas pessoais e sociais e não desde seus sintomas ou manifestações imediatas, e inserir conseqüentemente os mecanismos sociais de prevenção da criminalidade no marco das intervenções próprias do estado social de bem-estar”). A bem desta ampliação da esfera de alcance do Direito Penal, Cláudio do Prado Amaral enxerga de antemão o nexo entre o Direito Penal do Inimigo e a “sociedade do risco”,

Deflagrada a guerra, no segundo momento passou-se à fase de convocar os “soldados” para ela, isto é, os criminosos diferenciados, visando angariar material humano, obrigaram ou convenceram indivíduos (a grande maioria deles criminosos comuns, diga-se de passagem, seduzidos ou atemorizados por esta força obscura que peitava em igualdade o poder do Estado), para serem comandados e transformados em criminosos diferenciados também.

Com supedâneo nestas duas escoras da “crise de obediência”, fez-se mister a fomentação ideológica de um instituto que solucionasse-as distinta porém concomitantemente. Foi pensando nisso que, em 1985, durante as Jornadas de Professores de Direito Penal em Frankfurt/Main⁷⁵, o alemão Günther Jakobs apresentou ao mundo sua teoria do Direito Penal do Inimigo.

Do ponto de vista eqüitativo, esta teoria trouxe ao âmbito jurídico a possibilidade de um mecanismo extremamente louvável no aspecto da aplicação da pena, conferindo-lhe função totalmente diferenciada do que um dia foi, sucessivamente, a mera retribuição, a atividade saneadora estatal e a duvidosa “recuperação” do condenado. Para Jakobs, a pena deve ser encarada como *coação*⁷⁶, de tal modo que “[...] não só significa algo, mas também produz

senão veja-se: “Direito Penal “do risco” e direito penal “do inimigo” são expressões que designam uma idéia muito próxima, na medida em que designam uma expansão do direito penal e um direito penal de matriz claramente preventivo e, acima de tudo, expressam também um novo setor do direito penal”. (2007, p. 125). Entretanto, para que este nexos Direito Penal do Inimigo – “sociedade do risco” se aperfeiçoe, é preciso o elemento interligador dos dois institutos e este, crê este Autor, é a idéia da *expansão* do Direito Penal; fenômeno este também denominado “prevenção geral positiva”. Sobre esta expansão explica Manuel Cancio Meliá (2008, p. 56): “O ponto de partida de qualquer análise do fenômeno, que pode denominar-se a expansão do ordenamento penal, está, efetivamente, em uma simples constatação: a atividade legislativa em matéria penal, desenvolvida ao longo das duas últimas décadas nos países de nosso entorno tem colocado, ao redor do elenco nuclear de normas penais, um conjunto de tipos penais que, vistos desde a perspectiva dos bens jurídicos clássicos, constituem hipótese de criminalização no estado prévio a lesões de bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionalmente altas”. Já Winfried Hassemer, acerca da prevenção geral positiva discorre que (1995, p. 100): “O “combate preventivo ao crime”, como objectivo da actividade policial, acaba por esbater os limites entre a prevenção e a repressão, entre prevenção de perigos e combate ao crime que, até então, separaram nitidamente os domínios policial e processual penal”. Verifica-se, pois, que esta tendência de “criminalização do estado prévio” é aquilo porque tanto clama a “sociedade do risco”, e o Direito Penal do Inimigo vem para atender este anseio. Isto tanto é verdade que Manuel Cancio Meliá complementa (2008, p. 57): “Desde a perspectiva aqui adotada, este desenvolvimento pode resumir-se em dois fenômenos: o chamado *Direito penal simbólico (infra A)* e o que se pode denominar *ressurgir do punitivismo (infra B)*. [...] Ambas as linhas de evolução, a *simbólica* e a *punitivista* – esta será a tese a expor aqui – constituem a linhagem do Direito penal do inimigo”.

⁷⁵ Ulfried Neuman. (2006, p. 391).

⁷⁶ Neste sentido afirma Günther Jakobs (2008, p. 22): “A pena é coação; é coação – aqui só será abordada de maneira setorial – de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a

fisicamente algo”. (JAKOBS, 2008, p. 22). Neste apontamento, fica frisada desde já a utilidade da pena como instrumento favorável à segurança da população, sem que isso enseje um punitivismo desnecessário e exacerbado.

Ademais, em outra idéia assaz inovadora trazida por Jakobs (e, diga-se de passagem, principal idéia), defendeu-se a existência de um Direito Penal bipartido, isto é, um Direito Penal único, porém resultante da junção de um Direito Penal do Inimigo e de um Direito Penal do Cidadão.

Sobre eles melhor explicou-os Jakobs (2008, p. 37):

Portanto, o Direito penal conhece dois pólos ou tendências em sua regulações. Por outro lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.⁷⁷

Ainda, complementa o autor que (2008, p. 30):

O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só a coação física, até chegar à guerra.[...] O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos.

Frente às assertivas *supra* mencionadas, a proposta a ser feita é a de uma inversão do ponto de vista daqueles que rechaçam a teoria desenvolvida por Jakobs: Ao invés de repudiá-la alegando um suposto alto teor ofensivo e anti-garantista, não seria melhor pensar na abrangente esfera de proteção que ela proporciona?

pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato”.

⁷⁷ Ainda Jakobs, acerca da complementaridade dos seus “dois” Direitos Penais discorreu que (2008, p. 21): “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 de *um só* contexto jurídico-penal”.

Entende este Autor serem dois os maiores beneficiados pelo Direito Penal do Inimigo: a sociedade e, pasme, o delinqüente comum. A primeira, com a exteriorização de um novo modelo de crimes e criminosos em detrimento da insuficiência estatal para combatê-los, ficou acuada, atemorizada. Neste diapasão, sua tendência passou a ser a de minimização de riscos mediante atividade preventiva (leia-se prevenção geral positiva) pela qual não seria necessário que o crime se materializasse para que se pudesse enfrentá-lo. Trocando em miúdos, passou-se a buscar “cortar o mal pela raiz” antes que ele adquirisse proporções mais ameaçadoras e, por conseqüência, de difícil enfrentamento. Este fenômeno levou à formação do que hoje se denomina “sociedade do risco”. (vide nota n° 68).

Entretanto, o Direito Penal pré-bipartição, de tendência muito mais inerte, isto é, “esperando” que o criminoso perpetrasse a ofensa, era incapaz para atender estes novos anseios de minimização de riscos. Com o advento do Direito Penal do Inimigo, clareou a possibilidade do Estado ir de encontro ao inimigo para agredi-lo, enfrentá-lo⁷⁸.

O segundo beneficiado pela teoria formulada por Jakobs é o criminoso comum, que passará a ser denominado a partir de agora de criminoso “ordinário”. Convém ressaltar que foi utilizada esta terminologia para aqueles que não integram o quadro de inimigos do Estado. Podem ser assim considerados aqueles cuja prática nociva encontra adequação típica, esta é repudiada pela sociedade, mas o ato pode ser visto como um desvio social excepcional e isolado.

⁷⁸ Com base neste traço atacante do Direito Penal do Inimigo, Cláudio do Prado Amaral elenca onze características que o identificam e distinguem-no do Direito Penal do Cidadão: “a) o inimigo não pode ser punido com pena, mas, sim, com medida de segurança; b) deve ser punido de acordo com sua periculosidade, e não conforme a sua culpabilidade; c) as medidas contra o inimigo não objetivam prioritariamente o passado (o que o indivíduo fez), e sim, o futuro (o que o indivíduo representa de perigo futuro); d) é um direito penal prospectivo e não um direito penal retrospectivo; e) o inimigo não é sujeito de direitos, mas, sim, objeto de coação; f) o cidadão, mesmo após a prática de um delito, continua com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse *status*, na medida em que importante é só sua periculosidade; g) o direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, enquanto o direito penal do inimigo visa preponderantemente combater perigos; h) o direito penal do inimigo usa do adiantamento do âmbito de proteção da norma – por meio da antecipação da tutela penal – para alcançar os atos preparatórios; i) ainda que a pena seja intensa e desproporcional, ela acaba por justificar a antecipação da proteção penal; j) o direito penal “do cidadão” (por exemplo, autor de um homicídio ocasional) aguarda pelo resultado, isto é, espera-se que o agente exteriorize um fato para que somente então incida a reação, isto é, a sanção que confirma a vigência da norma; já no direito penal “do inimigo” (um terrorista, por exemplo), promove-se a pronta interceptação da conduta, no estado prévio, em razão de sua periculosidade; k) a função da pena no direito penal “do cidadão” é contrafática, enquanto no direito penal “do inimigo” visa à eliminação de um perigo, que deve ser neutralizado pelo maior tempo possível, havendo nisso um significado físico, pois a pena impede que

Encontram-se aqui os chamados “pequenos” delinqüentes, responsáveis por ofensas menores e bens jurídicos diversos; bem como aqueles que, apesar da gravidade do delito (como um homicídio, uma lesão corporal grave, um infanticídio, etc.), o fizeram por violenta influência emocional provocada pela vítima ou por terceiro ou, ainda que não haja esta interferência psíquica, tais delitos encontram-se isolados e injustificados em uma ficha criminal e um modo de vida até então ilibados do agente ofensor; e, por fim, os inimputáveis e semi-imputáveis, que na maioria das vezes sequer noção têm do que praticaram, ficando-lhes resguardadas as medidas de segurança e as consideráveis reduções da pena (esta última somente para o caso de semi-imputabilidade, logicamente).

Acerca destes inimputáveis urge ressaltar, contudo, que na opinião deste Autor, aqueles que se enquadram nessa condição pela ausência de maioridade penal podem ou não inserir-se neste conceito de “ordinários”, apesar de não serem considerados “criminosos” propriamente ditos, vez que o que praticam não é denominado “crime” para efeitos legais. Neste prumo, sua “ordinariedade” vai depender da casuística, haja vista que, alguns menores, doutrinados desde pequenos para integrarem uma gama diferenciada de futuros criminosos, e cujas ofensas perpetradas são de potencialidade lesiva incomum, também poderão ser considerados inimigos do Estado.

Voltando aos trilhos, em epítome, podem ser considerados “ordinários” aqueles cujos atos não visam em momento algum desestabilizar o Estado, amedrontar a sociedade (ainda que indiretamente façam isso), ou incentivar a consolidação de um Estado paralelo que tenha no crime sua ideologia e fonte de renda. Foi pensando nesta classe de delinqüentes que se voltaram até pouco tempo todas as medidas combativas à criminalidade. Política esta não totalmente equivocada haja vista que, na opinião desde Autor, tais indivíduos ainda são os maiores ocupantes e candidatos a vagas nos estabelecimentos prisionais, daí sua denominação “ordinário”.

Rememorando os preceitos *rousseau-hobbesianos*, esta classe de criminosos é a terceira e última opção escolhida livremente como modo de vida pelo

o sujeito pratique crimes fora do cárcere; ou seja, enquanto o “inimigo” está preso, há prevenção do delito (em relação a delitos que poderiam ser cometidos fora do presídio)”. (2007, p. 127).

cidadão⁷⁹ (leia-se Rousseau). Todavia, ao tomá-la, o indivíduo não se torna “inimigo” do Estado, mas se sujeitará às normas coercitivas do Direito Penal do Cidadão (leia-se Hobbes).

É justamente aqui que estes criminosos “ordinários” são beneficiados pelo Direito Penal do Inimigo. Isto porque a teoria de Jakobs distingue-os dentre um universo delitivo e lhes confere tratamento diferenciado, a saber, de “cidadãos”. Quanto aos outros, lhes caberão as normas atinentes ao combate dos inimigos do Estado e da sociedade. Isto evita tanto a injustiça de punir severamente aquele que não fez por merecer, como o afrouxamento coercitivo daquele que é digno de maior recrudescimento da Lei. É por isso que Jakobs enfeixa o Direito Penal do Inimigo ao Direito Penal do Cidadão: porque enquanto neste podem ser inseridos os indivíduos regrados bem como os criminosos ordinários, lá se inserem os delinqüentes contumazes e dotados de elevada periculosidade.

Desta forma, com o escopo de sanar a “crise de obediência” pela qual passa a sociedade contemporânea, Jakobs conseguiu criar um instituto que solucionasse as duas vertentes que esta pode ter: ao passo que combate os desestabilizadores e amedrontadores, o Estado ampara a sociedade e recupera desta a confiança para que readquira sua soberania sem que isto seja equivocadamente taxado de “opressão” ou “tendência ditatorial”.

No entanto, o que Jakobs certamente não esperava, na opinião deste Autor, era que sua teoria tivesse tamanha amplitude que fosse capaz de resolver a outra crise, a de “identidade”, decorrente da “crise de obediência”.

Isto porque, conforme aduzido páginas atrás, esta “crise de identidade” atingiu a máquina estatal por não saber esta qual a exata função que lhe caberia frente às mudanças que lhe foram propostas (impostas). Todavia, com esta “matemática simples” do Direito Penal (leia-se Direito Penal do Inimigo mais Direito Penal do Cidadão), possibilitou-se ao Estado voltar a utilizar sua arma coercitiva

⁷⁹ Entendemos, em consonância a Rousseau, que em se tratando do arbítrio das regras de conduta, existem três caminhos que o indivíduo pode escolher: o primeiro, da ordem e do respeito à harmoniosa convivência intersubjetiva; o segundo, oposto, da delinqüência diferenciada que visa à desestruturação do Estado e ao amedrontamento da sociedade; e, por fim, o terceiro, da criminalidade “amena”, que não se enquadra na segunda opção, e se sujeitará subsidiariamente às regras do primeiro caminho.

sem que o grau de alcance desta respingasse no terreno das injustiças, isto é, tratando o inimigo de uma maneira e o cidadão de outra.

Neste sentido, frente à razão existencial primordial do Estado de fornecedor de paz social a seus tutelados, bem como rememorando a velha máxima de que “a melhor defesa é o ataque”; a necessidade de que o Estado saia de sua condição passiva de esperar que o crime aconteça e “cace” seus desestabilizadores lhe devolve sua identidade.

Uma vez efetuada a distinção entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão, e explicada a questão do criminoso comum, melhor denominado “ordinário”, dada sua prevalência (até agora, pelo menos) entre os praticantes de delitos e cumpridores de pena; passa-se a discorrer sobre o “inimigo” de maneira mais esmiuçada. Convém principiar, nesta esteira, definindo-o; tarefa incumbida nesta Obra a Luis Gracia Martin (2007, p. 82-83):

Os inimigos são indivíduos cuja atitude, na vida econômica, mediante sua incorporação a uma organização, reflete seu distanciamento, presumivelmente duradouro e não apenas incidental, em relação ao Direito, e que, por isso, não garantem a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal, demonstrando esse déficit por meio de sua atitude. As atividades e a ocupação profissional de tais indivíduos não ocorrem no âmbito das relações sociais reconhecidas como legítimas, mas naquelas que são na verdade a expressão e o expoente da vinculação desses indivíduos a uma organização estruturada que opera à margem do Direito, e se dedica a atividades inequivocamente “delituosas”.

Contudo, definir o inimigo assim, abstratamente, aludindo à questão de suas atividades “profissionais” e à sua interação com a sociedade; apesar de ser um norte para um raciocínio principiante, é insuficiente⁸⁰. O que se quer descobrir é a *natureza* do inimigo e, para isso, não há palavras mais oportunas que as do próprio Günther Jakobs (2008, p 49):

⁸⁰ Isto porque, para Eugenio Raul Zaffaroni (2006, p. 21): “La negación jurídica de la condición de persona al *enemigo* es una característica del trato penal diferenciado de éste, pero no es su esencia, o sea, que es una consecuencia de la individualización de un ser humano como enemigo, pero nada nos dice acerca de la individualización misma”. (“A negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal diferenciado deste, mas não é sua essência, ou seja, que é uma consequência da individualização de um ser humano como inimigo, mas nada nos disse acerca desta individualização”). Fica claro, pois, que o que se quer saber realmente acerca do inimigo é a sua essência e não sua relação exterior com um outro ente como, por exemplo, a sociedade.

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, *não pode ser tratado como cidadão*, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao *inimigo é excluído*. (grifo nosso)⁸¹

Observa-se, pois, a utilização por Jakobs de um critério de exclusão para definir o inimigo, ou seja, é inimigo todo aquele que não é cidadão. Na opinião do autor, portanto, todos são inicialmente cidadãos e estão sujeitos às bases de um Direito Penal comum (leia-se Direito Penal do Cidadão). Entrementes, nada impede que se convertam à “qualidade” de “inimigos do Estado” no transcorrer de suas vidas, só que, a partir deste momento, perdem a condição de cidadãos e ficam sujeitos a um Direito Penal diferenciado (leia-se Direito Penal do Inimigo).

Com base nesta essência, apressou-se a Doutrina em criticar Jakobs veementemente acusando-o de, justamente em tempos pós-ditatoriais e de humanização das penas, “nadar contra a corrente” e criar uma classe de meros *indivíduos* ou ainda *não-sujeitos de direitos* como preferem chamá-la alguns.⁸²

Neste prumo, discorda parcialmente este Autor do posicionamento crítico que recai sobre Jakobs. Com efeito, quando sua teoria foi embasada,

⁸¹ Complementando Jakobs, Zaffaroni explica então que a essência (natureza) do inimigo “[...] introduce de contrabando la dinámica de la guerra en el estado de derecho como una excepción a su regla o principio, sabiendo o no sabiendo (la intención pertenece al campo ético) que esto lleva necesariamente al estado absoluto, porque el único criterio objetivo para medir la *peligrosidad y dañosidad* del infractor no es otro que la *peligrosidad y dañosidad* (real y concreta) e sus propios actos, es decir, de sus delitos, por los que debe ser juzgado y en su caso condenado conforme a derecho”. (2006, p. 25-26). (“[...] introduce de plano a dinâmica da guerra no estado de direito como uma exceção a sua regra ou princípio, sabendo ou não sabendo (a intenção pertence ao campo ético) que isto leva necessariamente ao estado absoluto, porque o único critério objetivo para medir a periculosidade e prejudicialidade do infrator não é outro que a periculosidade e prejudicialidade (real e concreta) de seus próprios atos, ou seja, de seus delitos, pelos quais deve ser julgado e, se for o caso, condenado conforme o direito”).

⁸² Consoante este apontamento, em análise ao *status* imposto por Jakobs a esta classe de criminosos diferenciados discorre Luis Gracia Martín (2007, p. 132): “Segundo Jakobs, através do Direito Penal do inimigo busca-se combater os *indivíduos* cuja atitude – por exemplo, nos casos dos delitos sexuais -, cuja vida econômica – por exemplo, no caso de criminalidade econômica -, ou cuja incorporação em uma organização – por exemplo, no caso do terrorismo ou na criminalidade organizada – demonstrem um distanciamento provavelmente definitivo, e pelo menos firme, do Direito, isto é, não ofereçam a garantia cognitiva mínima que seria necessária para que pudessem ser tratadas como *personas*”. Já Manuel Cancio Meliá confere opinião mais política (mas não menos crítica) ao posicionamento de Jakobs (2008, p. 79): “É o Estado que decide, mediante seu ordenamento jurídico, quem é cidadão e qual é seu *status* que tal condição comporta: não é possível admitir apostasias do *status* de cidadão. A maior desautorização que pode corresponder a essa defecção tentada pelo inimigo é a reafirmação do sujeito em questão pertencer à cidadania geral, isto é, a afirmação de que sua infração é um delito, não um ato cometido em uma guerra, seja entre quadrilhas ou contra um Estado pretendidamente opressor”.

objetivou criar uma classificação para estes novos delinquentes até então não enquadrados em nenhuma qualificação tradicionalista do Direito Penal. Por esta razão, antes de sua formulação, enquanto todas as políticas de repressão ao crime e ao criminoso utilizavam como bússola estas classificações tradicionalistas, ficaram os criminosos diferenciados à sua margem, ganhando tempo e espaço para que melhor se organizassem sem que fossem sequer incomodados.

Inconformado com o critério dúbio e incompleto de tais políticas, Jakobs taxa os inimigos do Estado como meros *indivíduos* e também como *não-sujeitos de direitos*, ao que parece, sinonimamente⁸³. Entretanto, as duas expressões não devem ser interpretadas como se fizessem referência a uma mesma coisa, a saber, aos inimigos, senão veja-se: aos olhos de quem escreve esta Obra, o termo “*indivíduos*” serve para classificar aqueles que são menos que cidadãos e mais que não-sujeitos de direitos, vez que, se fossem considerados *cidadãos* na acepção ampla do termo, os inimigos também deveriam ser tratados pelo Direito Penal do Cidadão, frente a tudo que já se aduziu até agora. Assim, a utilização por Jakobs do termo “*indivíduos*” é requisito necessário à subsistência do Direito Penal do Inimigo, sob pena de sua auto-contradição.

Pelos mesmos motivos, só que ao revés, classificá-los como “*não-sujeitos de direito*” também coloca em auto-contradição o Direito Penal do Inimigo haja vista que, como pode alguém ser um “*não-sujeito de direito*”, mas tutelado pelo “*Direito Penal do Inimigo*”?

Há quem diga que a diferença existente entre estas duas expressões é a mesma que existe “entre seis e meia dúzia”, ou seja, nenhuma. Entretanto, no campo prático, adotar uma ou outra terminologia pode importar nas seguintes conseqüências: levar em consideração a existência de um “*não-sujeito de direito*” legitima o Estado a praticar atrocidades contra este sem que lhe seja confiada qualquer possibilidade de defesa, e isso não é “*Direito Penal do Inimigo*”; pois, se

⁸³ Isto tanto é verdade que Luis Gracia Martin, em análise à teoria de Jakobs, afirma que: “A condição de inimigo significa privação e negação da condição de *pessoa* e sua consideração como *não-pessoa*”. (2007, p. 132). Desta forma, complementa o autor: “Essa privação e negação da condição de pessoa a determinados *indivíduos* só é possível na medida em que se reconheça que a qualidade de pessoa, isto é, a personalidade, não é, em princípio, algo dado pela natureza, mas sim – e assim deve ser aceita e reconhecida – uma atribuição normativa, seja de caráter moral, social e/ou jurídico”. (grifo nosso) (2007, p. 133). Observa-se, portanto, que a Doutrina não observa esta distinção entre indivíduos e não-sujeitos de direito, tratando as expressões sinonimamente, assim como parece ter feito Jakobs.

Jakobs compara sua teoria a uma “guerra”, insta lembrar que mesmo numa “guerra” há regras a serem seguidas, e uma regra primordial do “Direito Penal do Inimigo” é, na opinião deste Autor, não impossibilitar ao acusado o seu direito a defesa. A única coisa que se deve defender, contudo, é que lhe sejam suprimidos ou minimizados os exacerbados efeitos garantistas deste direito, afinal de contas, apesar de não poderem ser denominados e tratados como “não-sujeitos de direitos”, estão na condição restringida de meros “indivíduos” e não de cidadãos.

Para que melhor se entenda, convém descer ao campo ilustrativo: aquilo que os Estados Unidos da América fazem em Guantánamo com seus prisioneiros de guerra, tratando-os animalescamente, alguns dos quais sem que haja sequer qualquer indício consistente de autoria e que muitos criticam como sendo a “cereja do bolo” do Direito Penal do Inimigo de Jakobs, na verdade não o é, pois, o que existem lá são, na verdade, “não-sujeitos de direitos”, e contra estes fica a impressão de que se pode tudo.

É por isso que entende este Autor que as críticas que recaem sobre Jakobs acerca da essência do criminoso são *parcialmente* infundadas: porque seus julgadores exageram e generalizam-no como um defensor da obscuridade penal, enquanto o próprio Jakobs não distingue os meros *indivíduos* dos *não-sujeitos de Direitos*, passando a impressão de que se trata da mesma pessoa. A proposta que se faz, para concluir, é que se dê ao inimigo a natureza de “indivíduo” e não de “não-sujeito de direito”, porque enquanto esta expressão é terminologicamente inadequada, aquela parece se encaixar mais aos preceitos do Direito Penal do Inimigo, isto é, trata-se o “indivíduo” daquele que, apesar de existir para o ordenamento jurídico, não chega a ser um “cidadão” propriamente dito.

Solucionada a dúvida acerca de quais são os papéis dispensados a cada peça neste “tabuleiro de xadrez”, passa-se a falar da tentativa de “dar um rosto” e uma “identidade” ao inimigo, bem como de estabelecer um critério que delinear esta transição do “homem-cidadão” para o “homem-inimigo”. Neste diapasão, as perguntas que parecem mais adequadas ao momento são duas: como se “fazem” e onde estão os inimigos afinal?

Com efeito, pende parte da Doutrina para o entendimento de que esta transição do cidadão em inimigo se faz através do seu abandono, de maneira

efetiva, do mundo do Direito, para passar a integrar o submundo do crime⁸⁴. Neste prumo, expõe seu raciocínio Jesús-María Silva Sánchez (2002, p. 149-150):

A transição de “cidadão” em “inimigo” iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas. E nessa transição, mais além do significado de cada fato delitivo concreto, se manifestaria uma dimensão fática de periculosidade, a qual teria de ser enfrentada de um modo prontamente eficaz.⁸⁵

Entretanto, deve-se discordar deste “elemento deflagrador” do que, em tese, virá a ser o inimigo. Isto porque, guiando-se pela opinião de Silva-Sánchez, o processo de formação do inimigo exigiria, necessariamente, a prática *reiterada* de atos contrários ao ordenamento jurídico, impossibilitando de plano a hipótese de uma maneira súbita e única que já fosse suficiente para consubstanciar o inimigo do Estado. Neste compasso, ficam então algumas indagações: e os agentes públicos que operam no sistema financeiro nacional e, em razão de sua função, desviam indevidamente do Estado vultosa quantia arrecadada dos contribuintes para uma conta em um “paraíso fiscal”, não seriam então inimigos do Estado? E um *hacker* que invade um sistema central informatizado de fornecimento de energia elétrica para toda uma região ou para todo o país, causando blecautes e demais transtornos decorrentes da falta de eletricidade, não seria considerado inimigo do Estado? Como último exemplo, e o caso de um grande proprietário de terras que, visando aumentar seu território, procede ao desmatamento e à queimada de uma boa parcela de vegetação, não pode ser considerado inimigo do Estado?

Em resposta, verifica-se que todos os casos dos exemplos *supra* aludiram a atos únicos, que não exigiram a reincidência do ofensor ou mesmo sua habitualidade delitiva, e ainda assim devem ser tutelados pelo Direito Penal do

⁸⁴ Nesta esteira entende Jesús-María Silva Sánchez (2002, p. 149): “[...] se a característica do “inimigo” é o abandono duradouro do Direito e a ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria mais plausível que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego de meios de asseguramento cognitivo desprovidos da natureza de penas”.

⁸⁵ Perfilhando-se à mesma opinião discorre Juan Antonio García amado (2006, p. 889): “Parece, pues, que al igual que una norma jurídica perdería su validez al convertirse en ineficaz, la construcción jurídica de la persona decae y el sujeto deja de ser tal y se torna mero individuo cuando incumple de determinada manera o en cierta medida reiterada los deberes jurídicos, o al menos, los penales, que le incumben”. (“Parece, pois que ao passo que uma norma jurídica perderia sua validez ao se converter em ineficaz, a construção jurídica da pessoa decai e o sujeito deixa de ser tal e se

Inimigo em razão da lesividade que causaram. Isto exclui, de plano, a tentativa de Silva-Sánchez em mostrar como se converte um cidadão em inimigo do Estado.

Posto isto, entende este Autor que esta denominação “inimigo” ou “cidadão” é ato valorativo atribuído ao sistema, isto é, ao próprio Estado. Em conformidade com este entendimento está Juan Ignacio Piña Rochefort (2006, p. 580):

Por conseguinte lo que estructura como “enemigo”, “persona”, “rol”, etc., “son reales” sólo en la medida en que el sistema las utilice: en la medida en que se actualicen selecciones orientadas por la estructura de que se trata. En otros términos, es el propio sistema el que da existencia a las estructuras y puede hacer reales y operativas estructuras que antes no existían y reconfigurar las otras estructuras que deban interactuar con éstas.⁸⁶

Nesta linha de raciocínio, observam-se duas benesses em conferir legitimidade ao Estado para tal definição: a primeira remonta à questão da segurança jurídica dispensada a ofensor e ofendido. Com efeito, conferir ao Estado poder para que defina quais ofensas serão tuteladas pelo Direito Penal do Inimigo e quais serão tuteladas pelo Direito Penal do Cidadão elimina de imediato a crítica de que não há um critério definidor do que vem a ser inimigo e do que vem a ser cidadão. Desta forma, somando-se a insuficiência do argumento de que o inimigo é somente aquele que habitualmente viola o ordenamento jurídico à insistência deste Autor de que mesmo a criminosos “de primeira viagem” pode-se conferir o rótulo de “inimigo do Estado”; para que seja instrumento de pacificação doutrinária e social, é melhor que se atribua ao Estado a legitimidade para tal classificação.

A segunda benesse alude ao fato de que, consoante as palavras de Juan Ignacio Piña Rochefort, estas estruturas podem ser “reconfiguradas”. Isto evita um engessamento do Direito Penal, conferindo-lhe alto grau de dinamicidade; e dá a entender que cada casuística será analisada isoladamente para fins de punitivismo, e aquele que é considerado inimigo hoje poderá não sê-lo amanhã, assim como o inverso também poderá acontecer.

torna mero indivíduo quando não cumpre de determinada maneira ou em certa medida reiterada os deveres jurídicos, ou ao menos os penais, que lhe incumbem”).

⁸⁶ “Por conseguinte, o que se estrutura como “inimigo”, “pessoa”, “rol”, etc., “são reais” somente na medida em que o sistema as utilize: na medida em que se atualizem seleções orientadas pela estrutura de que se trata. Em outros termos, é o próprio sistema quem dá existência às estruturas e

Assim, a proposta que aqui se faz é a de que, para que alguém “se habilite” a integrar um quadro de inimigos previamente elencados pelo Estado, seu ato deve adequar-se a alguma das seguintes perguntas: colocou em risco a soberania do Estado? Causou um pavor coletivo à sociedade? A lesividade foi dirigida a um “sem-número” de pessoas? Se o fato praticado responder a qualquer destes questionamentos, poderá ser o agente ofensor considerado inimigo do Estado, senão, subsistirá para ele o Direito Penal do Cidadão.

Para finalizar o capítulo, há ainda uma última pergunta a responder: mas onde estão os inimigos afinal?

O quarto capítulo desta Obra discorreu sobre o Sistema Prisional Brasileiro e, subsidiariamente, do complexo e interligado vínculo que este mantém com outras instituições da sociedade. Procurou-se dar uma perspectiva *sociológica* da vida dentro e fora das prisões de seus atores, a saber, os encarcerados e a sociedade amedrontada, respectivamente. Em síntese, construiu-se um “palco”, sobre o qual se espera que atue o Direito Penal do Inimigo no combate àquela que é, na opinião deste Autor, a maior fonte produtora de inimigos do Estado: as prisões.

Conforme já foi aduzido, estão adstritos a porções territoriais isoladas (em tese) do mundo livre, melhor denominadas cadeias, criminosos de todas as estirpes. Isto porque, quando foi disposto nos parágrafos anteriores que os inimigos do Estado ficaram à margem das políticas de combate ao crime e ao criminoso, não significa necessariamente que nunca algum deles tenha sido preso, mas, do contrário, o foram, mas o foram como cidadãos e não como meros “indivíduos”.

Foi aí que aconteceu o maior equívoco, e porque não dizer, “a tragédia”: cidadãos foram tratados como cidadãos assim como meros indivíduos foram tratados como cidadãos; e a disparidade que deveria ter sido conferida aos díspares não ocorreu. Para piorar, os inimigos não são assim denominados à toa. Há que se reconhecer que são eles dotados de maior grau de sagacidade que os delinqüentes comuns ou, ainda que não o sejam, compensam essa ausência com uma violência que faz as vezes da perspicácia. Não bastasse tal fato, com a deflagração da guerra entre estes e o Estado e a conseqüente necessidade de

pode fazer reais e operativas estruturas que antes não existiam e reconfigurar as outras estruturas que devam interagir com estas”.

angariar material humano, descobriram nas prisões uma importante fornecedora deste.

Trocando em miúdos, estes inimigos passaram a “converter” o criminoso comum em mais um dos seus (raramente acontece o contrário), bem como a difundir a ideologia que seguiam dentro das cadeias, sob um falso pretexto de “união” e “companheirismo”, quando na verdade isto deveria ser chamado de “subordinação” e “sobrevivência”; até que, por fim, se agruparam em organizações criminosas naquilo que entende este Autor serem verdadeiras “células terroristas”.

Ademais, quando se estabeleceu a estrutura hierárquico-piramidal que compõe o submundo prisional pátrio, e se falou daqueles que formam o topo desta, a saber, os astutos, ousados e “anarquistas”, há que se ter em mente que são estes criminosos diferenciados. Mas não é só. Alguns estão logo abaixo, na “casta” inferior da hierarquia, e são os “fiéis” seguidores dos primeiros, os violentos e os responsáveis pelo espalhamento das idéias subversivas. Acerca destes, conforme aduzido alhures, seus traços de agressividade substituem o papel da agudeza que lhes falta e também devem ser considerados inimigos. Convém ressaltar, entretanto, que praticamente descarta-se a possibilidade de haver inimigos nos estamentos abaixo destes, pois a partir do terceiro degrau estão os neutros e os meros simpatizantes e a criminalidade diferenciada, como se sabe, não admite na sua ideologia a imparcialidade ou a mera “simpatia” do integrante.

É esta criminalidade diferenciada, organizada funcionalmente, a responsável por motins, rebeliões e pela corrupção de funcionários internos nos estabelecimentos prisionais. Entretanto, tais organizações não se restringem ao ambiente prisional e agem na sociedade, amedrontando-a, captando potenciais viciados consumidores, fomentando um “comércio” obscuro de “iguarias” ilegais, administrando negócios “de fachada” a fim de lavar o dinheiro das diversas formas de tráfico que lhe sustenta. Por falar em dinheiro, a quantidade por eles movimentada é incalculável (afinal, seqüestros, assaltos a banco e o tráfico em geral são atividades extremamente “rentáveis”), utilizando-o, em parte, para subornar agentes do Poder Público e advogados desinteressados de uma conduta ilibada.

Estes membros de organizações criminosas que atuam do lado de fora das prisões também devem ser considerados inimigos do Estado, assim como os

“traidores da sociedade”, como o são os agentes públicos, os funcionários dos presídios, os advogados e outros profissionais diversos que para eles se vendem e dificultam a atuação estatal no combate a tais organizações.

Ademais, conforme já foi mencionado alhures, vale ressaltar que é bastante expansivo o rol de inimigos do Estado para este Autor, vez que, tanto podem ser assim considerados os criminosos contumazes e habituais, bem como aqueles que, apesar de seu ato único, são capazes de provocar um estrago tão grande quanto os primeiros. Assim, nesta denominação também devem constar os agentes de crimes que causam desastres financeiros ao país, como os grandes sonegadores de impostos e os funcionários públicos de alto escalão que desviam quantias em dinheiro para contas-correntes em nome de “laranjas”; alguns menores infratores que, apesar de inimputáveis, são formados desde o princípio para serem líderes de algum grupo criminoso no futuro, os terroristas e, por fim, seguindo a tendência contemporânea da preservação aos recursos naturais e do desenvolvimento sustentável, os causadores voluntários de grandes desastres ambientais como, por exemplo, a emissão de poluentes industriais no ar, na água e na terra, sem que haja qualquer tratamento dispensado a estes agentes químicos.

6 CONCLUSÃO

Preliminarmente, antes que principiem as derradeiras palavras desta Obra, insta frisar a relutância deste Autor em aceitar o termo “Conclusão” para tais.

Isto porque, conforme aduzido no início do capítulo que a este antecedeu, o escopo deste Ensaio foi o de *fundar em premissas* a teoria elaborada por Günther Jakobs visando dar-lhe respaldo para seu desenvolvimento. Obtempere-se, contudo, o não-esquecimento deste Autor de despir-se da pretensão e da vaidade de ser esta a “palavra final” dentre as tantas que ainda virão explicar o Direito Penal do Inimigo. Mas, caso assim se pensasse, a verdade é que ninguém se predisporia a discorrer com afinco sobre esta teoria, sob pena de ser taxado de “abusado” ou “retrógrado”. Então, que tranquilizem-se as mentes desassossegadas dos defensores da teoria formulada por Jakobs com a consciência de que estão

apenas fazendo a sua parte “provocando” os pensadores do Direito Penal para uma ampla e satisfatória peleja doutrinária.

Neste diapasão, fica registrado desde já o pesar por ter que chamar este capítulo de “Conclusão” apenas para satisfazer as exigências das normas técnicas redacionais. Normas estas que, entretanto, não se obriga este Autor a utilizar nestas linhas textuais. Por isso, onde se lê “Conclusão”, pede-se encarecidamente ao leitor para que leia “Linhas derradeiras, mas provisórias”, vez que estas estão à espera das novas obras que venham se juntar a esta e àquelas que já defendem o Direito Penal do Inimigo, não com o mero intento acadêmico de levar à bancarrota o conservadorismo de ideologia laxista, mas como necessidade da não-submissão da sociedade contemporânea frente à nova e diferenciada criminalidade que se apresenta.

Postas estas primeiras palavras, passa-se às conclusões que foram tomadas (e também às críticas e às propostas de adequação), em relação ao Direito Penal do Inimigo:

1. Apesar da explícita e declarada simpatia de Jakobs por Hobbes, sobremaneira no tocante à agudeza deste em distinguir os criminosos comuns (chamados nesta Obra de “ordinários” e no mesmo “barco” que os cidadãos ordeiros), e os praticantes, consoante as palavras de Hobbes, de crimes de “alta traição” - indivíduos que corresponderiam hoje aos “Inimigos do Estado” de Jakobs; deve-se entender insuficiente tal distinção, senão veja-se:

Não se pode adotar um expoente filosófico, como o é Hobbes, na elaboração de uma teoria de tamanha magnitude, como o é a do Direito Penal do Inimigo, sem antes analisá-lo na completude de sua obra. Isto se torna ainda mais necessário quando ele se propõe a falar da natureza humana, e o homem de Hobbes é agressivo e se associa ao seu congênere por questão de sobrevivência, pois, do contrário, está fadado a uma posição tensa e constante de animosidade recíproca que o levaria a sua autodestruição.

No lado oposto da margem *hobbesiana* está Rousseau, e este não consegue fazer a distinção entre o criminoso comum e o criminoso diferenciado como o faz Hobbes, colocando-os todos, por conseqüência, no “balaio” dos inimigos do Estado. Trata-se de posição absolutamente refutável de maneira que, neste

aspecto, deve-se reconhecer a razão de Hobbes. Todavia, Rousseau também se propôs a discorrer sobre a natureza humana, e o homem de Rousseau é um “selvagem”, marcado inicialmente pela neutralidade, sem predestinações a herói ou vilão da história, a perder esta neutralidade em vida e pender, por consequência, para o lado da harmonia ou para o lado da criminalidade; e, no caso de ser esta última a escolha, optar entre a criminalidade comum e a criminalidade diferenciada.

Assim, optou-se por um terceiro direcionamento, qual seja, de união entre as idéias de Hobbes e Rousseau, para que melhor se embase a teoria formulada por Jakobs. Qual é a proposta a ser feita então? Que se passe a reconhecer a idéia de que o homem vem ao mundo dotado de total neutralidade e lhe seja facultado o livre arbítrio em escolher qual o caminho a seguir, mas, a partir do momento que tomar esta decisão, as idéias de Rousseau passam a ser insuficientes para o caso, de maneira que melhor se encaixa a distinção efetuada por Hobbes.

2. A culpa pela “sociedade do risco” não é fruto do processo de exclusão que a própria sociedade iniciou para retirar de seu convívio aqueles que se negaram a seguir os padrões por ela estabelecidos, nem das revoluções desenvolvimentistas desenfreadas e desorganizadas pelas quais o mundo passou e que renegaram à marginalidade um sem-número de pessoas. Para este Autor, são responsáveis pela “sociedade do risco” os inimigos do Estado, senão veja-se:

Afirmou-se no terceiro capítulo que o Estado contemporâneo atravessa duas “crises” intimamente ligadas e derivadas da mitigação da absolutização do poder nos novos tempos, quais sejam, a “crise de obediência” e a “crise de identidade”. Aquela pode ser entendida como a junção de duas vertentes: a primeira alude à questão da descrença populacional na funcionalidade estatal no combate à nova forma de criminalidade que se apresenta. A segunda atine àqueles que não só não acreditam no Estado como também contribuem para sua desestabilização e para o amedrontamento da sociedade. Teria sido esta segunda vertente, da qual fazem parte uma gama de criminosos diferenciados, a responsável pelo surgimento da “sociedade do risco”.

Nesta esteira, passou o delito a ser considerado uma “imperfeição da imperfeição”, ou seja, uma conduta reprovável aos padrões pré-estabelecidos pelo

ordenamento penal (“a imperfeição”), decorrente da “crise de obediência” (“... da imperfeição”).

Para combater esta “crise de obediência”, o Estado saiu de sua condição passiva e inerte de esperar que o delito acontecesse para somente então poder agir; e adotou uma postura ofensiva de coibi-lo mesmo ainda em seus atos preparatórios ou, caso este já tivesse sido praticado, evitar a sua repetição. Esta atitude estatal, melhor denominada “prevenção geral positiva”, não foi, portanto, o que deu causa à “sociedade do risco”, vez que esta mudança de conduta do Estado se deu justamente em razão do surgimento desta “sociedade”.

3. Analisando as palavras de Jiménez de Asúa e Rafaelle Garófalo, os quais falaram a respeito de um estado perigoso de aptidão ao cometimento de delitos e da necessidade de repressão estatal ao seu ofensor, respectivamente; pode-se concluir que, em relação ao primeiro autor, este “estado perigoso para o cometimento de delitos” não é uma pretensão de cada indivíduo ao cometimento de crimes, mas sim uma periculosidade adormecida em cada um a despertar ou não de sua “hibernação”, dependendo das circunstâncias objetivas que contribuirão para isso.

Logo, visando evitar a disseminação da errônea idéia de ser este “estado” a generalização coletiva de uma probabilidade à prática de delitos, este deve, na verdade, ser entendido como o *aflorescimento* de uma periculosidade até então adormecida; fato que só ocorre com alguns, enquanto a esmagadora maioria das pessoas passa a vida com esta periculosidade anulada.

Com relação à Garófalo, o mecanismo repressor de que trata o autor coaduna perfeitamente com a idéia da antecipação do combate ao crime, de maneira que suas idéias se encaixam perfeitamente ao tópico número dois desta conclusão.

4. Restringindo-se especificamente ao tema o qual se propõe esta Obra, no tocante ao Direito Penal do Inimigo fica demonstrada a existência de um Direito Penal único, mas dividido internamente como medida de justiça e de proteção da sociedade, senão veja-se:

Amoldando-se à teoria formulada por Jakobs, entende este Autor que há um Direito Penal do Cidadão, destinado ao tratamento dos indivíduos afetos à

ordem estatal e dos criminosos comuns; e um Direito Penal do Inimigo resguardado à criminalidade diferenciada, ora denominada “inimiga do Estado”. Faz-se mister esta divisão dentro do Direito Penal em razão de uma necessidade de justiça na aplicação e no cumprimento da pena, vez que, para combater os “inimigos”, o Estado severizou as penas e os criminosos ordinários (assim denominados os criminosos comuns, por entender este Autor serem ainda a maioria dos praticantes de delitos e dos cumpridores de penas), foram obrigados a pagar por isso. É em razão deste penalismo indiferente à qualidade de seus atores que se passou a clamar pelo abrandamento das legislações e das execuções penais. Entretanto, este clamor também é equivocado, vez que, novamente é indiferente à qualidade dos mencionados “atores” do Direito Penal, pois, no caso do seu atendimento, a injustiça subsistiria em face do aproveitamento do laxismo também para os “Inimigos do Estado”.

5. Ademais, coadunando *parcialmente* às idéias de Jakobs, entende-se haver crucial diferença entre as expressões “indivíduos” e “não-sujeitos de direitos”, e cujas quais parece o formulador da teoria do Direito Penal do Inimigo ter usado sinonimamente, senão veja-se:

Para este Autor, os meros indivíduos são os não-cidadãos, ou seja, são aqueles que não devem ser considerados criminosos ordinários nem cidadãos regrados e, portanto, não devem ser tutelados pelo Direito Penal do Cidadão. Se estes meros indivíduos fossem chamados de “cidadãos”, isto colocaria em contradição o Direito Penal do Inimigo, pois também deveriam ser tutelados pelo Direito Penal do “Cidadão”. Por sua vez, estes indivíduos também não devem ser chamados sinonimamente de “não-sujeitos de direitos”, pois este termo é uma “quase-autorização” para que se pratique contra o aprisionado todo tipo de atrocidade e desrespeito aos Direitos Humanos a exemplo do que os EUA fazem em Guantánamo com seus “prisioneiros de guerra”. Como se não bastasse, seria contraditório dizer que “os não-sujeitos de *Direito*” sejam os tutelados pelo “*Direito* Penal do Inimigo”.

Assim, defendeu-se a adoção da terminologia “indivíduos” para os inimigos do Estado e a conseqüente abolição do termo “não-sujeitos de direitos”.

6. Na busca pelo “momento-chave” em que ocorre a conversão do “homem-cidadão” em “homem-inimigo”, a despeito de parcela doutrinária considerá-

lo a partir da prática habitual e reiterada de atos que demonstrem o afastamento perene do agente do mundo do Direito, consideramos incompleta tal idéia, senão veja-se:

Defendeu-se que mesmo um indivíduo primário e que nunca tenha praticado um ato ofensivo pode ser considerado inimigo do Estado. Tudo dependerá do grau de lesividade do ato por ele perpetrado. Deu-se, dentre outros, o exemplo de um proprietário de terras que, visando aumentar seu território, procede ao desmatamento e à queimada de grande pedaço de vegetação. Verifica-se que este indivíduo se transformou em inimigo do Estado não pela prática de atos sucessivos, mas sim por uma conduta exclusiva e isolada.

Assim, por questão de pacificação social e doutrinária, de segurança jurídica a ofensor e vítima e de dinamicidade do Direito Penal, defendeu-se que a classificação do agente em “cidadão” ou “inimigo” seja feita pelo Estado. Desta forma, para que seja o agente considerado inimigo do Estado, é necessário que sua conduta responda a ao menos uma das questões propostas, quais sejam: colocou em risco a soberania do Estado? Causou um pavor coletivo à sociedade? A lesividade foi dirigida a um sem-número de pessoas? Se o fato praticado responder a qualquer destes questionamentos, poderá ser o agente ofensor considerado inimigo do Estado, senão, subsistirá para ele o Direito Penal do Cidadão.

7. Numa tentativa despretensiosa de apontar alguns daqueles que se encaixam na classificação de inimigos do Estado, enfatizou-se que os aprisionados irrecuperáveis, membros de organizações criminosas, criadores e difusores da ideologia do crime, devem ser assim considerados, assim como seus “comparsas” que atuam do lado de fora das muralhas. Além destes, os funcionários corruptos do sistema prisional, os agentes públicos e demais profissionais que traem a sociedade e facilitam a ação de criminosos, também devem ser considerados inimigos do Estado.

Outrossim, foram considerados inimigos do Estado os causadores propositais de grandes desastres ambientais, os terroristas e os desestabilizadores da economia estatal. Verifica-se, portanto, que não foi estabelecido um critério como a habitualidade delitiva, a reincidência, o mal-comportamento ou a procedência da pessoa, para determiná-lo ou não inimigo. Assim, tanto um autor de diversos furtos sem maiores conseqüências pode ser considerado criminoso ordinário, ainda que

seja reincidente e criminoso habitual; como um agente público, primário, que se vale de sua condição financeira para desviar o dinheiro público, será considerado inimigo do Estado.

Postas todas as “Linhas derradeiras, mas provisórias”, conclui-se que urge, então, a adoção de medidas combativas enérgicas e tão gravosas quanto o grau de periculosidade destes agentes.

As propostas que se fazem, neste sentido, e que vêm unicamente tentar recopilar e uniformizar as conclusões anteriormente tomadas são duas: a primeira é a do desenvolvimento da atividade estatal de “caçar” os inimigos que estão à solta desestabilizando o Estado e amedrontando a sociedade (desde que isso não incorra em violência gratuita e desmedida, obviamente); e a segunda, destinada àqueles que já se encontram recolhidos, é a de “separar o joio do trigo”, isto é, que se reservem estabelecimentos prisionais apenas para criminosos ordinários (até mesmo porque o objetivo desta Obra não é a abolição da pena privativa de liberdade para esta classe de criminosos, mas sim sua tutela pelo Direito Penal do Cidadão), enquanto outros ficarão resguardados tão-somente aos inimigos do Estado. Isso evitará a conversão dos ordinários em meros indivíduos e, naqueles estabelecimentos e para aqueles presos, as benesses da aplicação e da execução da pena deverão ser incentivadas. Nestes, tais benefícios deverão ser restringidos e particularizados levando em consideração esta especial classe de criminosos.

Neste sentido, não há que se falar em “dois pesos” e “duas medidas” para o Direito Penal, pois, como já foi visto, não devem existir “dois” Direitos Penais distintos, mas sim “um” Direito Penal formado por “duas” espécies: o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo.

Entretanto, apesar da valia dispensada aos argumentos *supra*, o que se verifica é, no mínimo, um binômio paradoxal lamentável, senão veja-se: a criminalidade cresce, a “sociedade do risco” caminha para estágios mais profundos de temor populacional (sob perigo de irreversibilidade, inclusive), o Estado paralelo vai aos poucos tomando o lugar do Estado “oficial” e o que se espera em troca? Certamente que o Estado dê uma resposta à altura das ofensas que lhe estão sendo produzidas, certo? Errado. Há no cenário das Ciências Sociais uma lamuriante e suspeita insistência garantista em defender o relaxamento da aplicação penal como medida de combate à criminalidade.

Frente a este problema que se impõe, o que se procurou demonstrar nesta Obra desde o princípio é que a sociedade *precisa* do Direito Penal do Inimigo como seu protetor, pois, do contrário, há a possibilidade do ressurgimento de um “Direito Penal particularizado” que saia faticamente das mãos do Estado e passe às mãos da sociedade enfasiada de se ver vítima; e esta passe a, consoante suas próprias decisões, punir aqueles que a atingem. Seria exatamente este o marco da grande lástima do punitivismo: a desconsideração do exercício arbitrário das próprias razões e a volta da a muito abolida vingança como parte constituinte do “Direito Penal”.

A fim de evitar isso, por ser o Direito Penal do Inimigo uma teoria advinda, como o próprio nome já sugestiona, do “Direito”; e, além disso, fruto de um embasamento em teorias complementares argumentadas e incansavelmente discutidas que respeitaram um ciclo evolutivo até chegar à definição que é dada atualmente àquilo que Jakobs compendiou em uma Obra una; pode-se afirmar, sem temor ao equívoco, que agora não se trata mais de opção. Igualmente não se trata da vaidade de um ou outro doutrinador em alterar que criou uma teoria que tenha marcado uma época; mas sim da continuidade de toda uma estrutura social que, por séculos, edificou-se lentamente e agora corre o risco de desmoronar sem que nada se faça para impedir isso.

Isto porque, há uma grande dificuldade atual de se produzir “líderes” no mundo. Estes se tornaram artigos raros nas prateleiras das governanças. O que se pede então é, no mínimo, um “bom punhado” de “homens de boa vontade” que ajudem a arrancar as velhas, cômodas e espaçosas raízes do conservadorismo, para que novas “plantas” possam crescer no espaço por estas deixado.

Por outro lado, se deve evitar também os chamados “teóricos-girassóis”, que sempre apontam na direção que a luz da tendência doutrinária em voga indica, pois estes são supérfluos e passageiros, e não fazem mais que distorcer o conceito e atrapalhar o desenvolvimento do Direito Penal do Inimigo.

Afinal, o que se quer então? O que se quer, certamente, são pessoas que possam respirar o soprar dos ventos vanguardistas e arejar suas cabeças com novas reflexões para que venham dar apoio ao enfeixamento do Direito Penal do

Inimigo e do Direito Penal da Sociedade, conforme propôs Jakobs, como medida de evitar o desfalecimento das instituições “Estado” e “Sociedade”.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

AMADO, Juan Antonio Garcia. El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs. **Derecho penal del inimigo – el discurso penal de la exclusión**. Vol. 1. Madrid, España: EDISOFER S.L; Buenos Aires, Argentina: Euros Editores S.R.L; Montevidéo, Uruguai: B de F, 2006. p. 887-924.

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

AMORIM, Carlos. **CV – PCC: a irmandade do crime**. 6ª ed. São Paulo: Record, 2005.

ASÚA, Luis Jiménez de. **O estado perigoso: nova fórmula para o tratamento penal e preventivo**. Tradução de J. Catoira e A. Blay. São Paulo: Edições e Publicações “Brasil”. 1933.

BENTHAN, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. Leme, SP: CL EDIJUR, 2002.

BITTENCOURT, César Roberto (org.). **Crime e sociedade**. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: RT, 1993.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9º ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUENO, Silveira. **Silveira Bueno: mini-dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD, 2000.

CARAVANA NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. **II Caravana nacional dos direitos humanos: relatório: uma amostra da realidade prisional brasileira**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2000.

CARRASQUILLA, Juan Fernandez. **Principios y normas rectoras del derecho penal**. 2ª ed. Santa Fe de Bogotá, Colombia: LEYER, 2000.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CEREZO MIR, José. **Derecho penal: parte general**. Prefácio desta co-edição de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT; Lima, Peru: ARA Editores, 2007.

CONDE, Francisco Muñoz. **De la tolerância cero, al derecho penal del inimigo**. Managua, Nicaragua: APICEP-UPOLI, 2005.

_____. **Introducción al derecho penal**. Barcelona, España: Bosch, 1984.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos de filosofia: história e grandes temas**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em 22 de julho de 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIP, Ricardo; MORAES JR., Volney Corrêa Leite de. **Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas**. 2ª ed. Campinas, SP: Millennium, 2002.

FREIXEDO, Xacobe Bastida. Los barbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del derecho penal del inimigo. **Derecho penal del inimigo – el discurso penal de la exclusión**. Vol. 1. Madrid, España: EDISOFER S.L; Buenos Aires, Argentina: Euros Editores S.R.L; Montevideú, Uruguai: B de F, 2006. p. 277-304.

ESPINOZA, Benedictus de. **Pensamentos metafísicos; Tratado da correção do intelecto; Ética; Tratado Político; Correspondência**. Tradução de Marilena Chauí. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 28ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

_____. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. 14ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GARÓFALO, Raffaele. **La criminologia: estudio sobre el delito y la teoria de la represión**. Traducción de Pedro Dorado Montero. Buenos Aires, Argentina: Euros Editores S.R.L; Montevideú, Uruguai: B de F, 2005.

HASSEMER, Winfried. **História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra seguido de A segurança pública no estado de direito**. Lisboa, Portugal: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.

HERKENHOFF, João Baptista. **Crime: tratamento sem prisão**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Leviatã**. Organizado por Richard Tuck; Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Eric. **Era dos extremos – o breve século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home>>. Acesso em 26 de setembro de 2008.

INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.); ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDADE POMPEU FABRA (ed. Española). Estudios de derecho penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada, España: COMARES, 2000.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del inimigo**. Bogotá, Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Depois da prisão: um olhar sobre o reinserido e a busca por medidas que visam evitar o retorno ao submundo do crime**. in VI Congreso Internacional de Salud Mental y Derechos Humanos. Buenos Aires, Argentina. Novembro/2007.

LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MARTIN, Luis Gracia. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: RT, 2007.

MELIÁ, Cancio (coord.); DÍEZ, Gomes-Jara (coord.). **Derecho penal del inimigo – el discurso penal de la exclusión**. Vol. 1. Madrid, España: EDISOFER S.L; Buenos Aires, Argentina: Euros Editores S.R.L; Montevidéo, Uruguai: B de F, 2006.

_____. **Derecho penal del inimigo – el discurso penal de la exclusión**. Vol. 2. Madrid, España: EDISOFER S.L; Buenos Aires, Argentina: Euros Editores S.R.L; Montevidéo, Uruguai: B de F, 2006.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado aspectos gerais e mecanismos legais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: RT, 2003.

MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder (sistema de direito político: estudo juspolítico do poder)**. São Paulo: RT, 1992.

NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. **Principales problemas de la prevención general**. Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y la Prof. Tea Löw. Buenos Aires, Argentina: Euros Editores S.R.L; Montevidéo, Uruguai: B de F, 2004.

NEUMAN, Ulfried. Derecho penal del enemigo. **Derecho penal del inimigo – el discurso penal de la exclusión**. Vol. 2. Madrid, España: EDISOFER S.L; Buenos Aires, Argentina: Euros Editores S.R.L; Montevidéo, Uruguai: B de F, 2006. p. 391-410.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática**. São Paulo: Cortez, 2004.

NOVAES, Adauto (org.). **A crise do estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

NUNES, Rizato. **Manual de filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Edmundo. **Política criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

O'MALLEY, Pat. **Riesgo, neoliberalismo y justicia penal**. Traducción de Augusto Monteiro. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PASSETTI, Edson. **Anarquismos e sociedade de controle**. São Paulo: Cortez, 2003.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: Método, 2003.

PIZZOLO, Calogero. **Sociedad, poder & política**. Buenos Aires, Argentina: Ediar, 2004.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.

PUGLIA, Fernando. **Prolegomenos ao estudo do direito repressivo**. Tradução de Octavio Mendes. 2ª ed. Lisboa, Portugal: A. M. Teixeira, 1914.

RAMOS, Enrique Peñarada; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. **Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Tradução de André Luís Calegari e Nereu José Giacomolli. Barueri, SP: Manole, 2003.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

REVEL, Jean-François. **O estado e o indivíduo**. São Paulo: Serviço Social do Comércio, 1895.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. **Derecho penal del inimigo – el discurso penal de la exclusión**. Vol. 1. Madrid, España: EDISOFER S.L; Buenos Aires, Argentina: Euros Editores S.R.L; Montevidéo, Uruguai: B de F, 2006. p. 553-602.

ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. La construcción del “enemigo” y la reconfiguración de la “persona”: aspectos del proceso de formación de una estructura social. **Derecho penal del inimigo – el discurso penal de la exclusión**. Vol. 2. Madrid, España: EDISOFER S.L; Buenos Aires, Argentina: Euros Editores S.R.L; Montevidéo, Uruguai: B de F, 2006. p. 571-590.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Discurso sobre as ciências e as artes**. Tradução de Lourdes Santos Machado. Introdução e notas de Paulo Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada – ensaio de ontologia fenomenológica**. Tradução de Paulo Perdigão. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Kédima Cristiane Almeida. As políticas criminais contemporâneas – ênfase nas reformas dos sistemas processuais europeus. **Boletim científico – Escola Superior do Ministério Público**. Brasília: ESMPU, Ano II, n. 8, jul./set., 2003. p. 99-120.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VARELLA, Dráuzio. **Estação carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Origen y evolucion del discurso critico en el derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: EDIAR, 2004.

_____. **El enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires, Argentina: EDIAR, 2006.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da reincidência criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.