“Escreve-se, debate-se, defende-se, condena-se.
E a compreensão da *inimizade* permanece vaga.”

Alexey Choi Caruncho
Carolina de Freitas Paladino
Cleopas Isaías Santos
Danyelle da Silva Galvão
Décio Franco David
Diogo Machado de Carvalho
Jacson Luiz Zílio
João Paulo Arrosi
Leandro Ayres França
Noyelle Neumann das Neves
Paulo César Busato
Roberta Cunha de Oliveira
Tatiana Sovek Oyarzabal
Walter Barbosa Bittar

FAE
CENTRO UNIVERSITÁRIO

Rua 24 de Maio, 135 - Centro
Curitiba PR - CEP: 80230 080
Fone: (41) 2105 4098
www.sistemacriminal.org

TIPO: INIMIGO

TIPO: INIMIGO

Organizador Leandro Ayres França

uma produção do Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal
- coord. Paulo César Busato

Tipo:Inimigo

Organizador: Leandro Ayres França

FAE Centro Universitário
Curitiba 2011

Tipo:Inimigo

Organizador: Leandro Ayres França

Associação Franciscana de Ensino Senhor Bom Jesus

Presidente
Frei Guido Moacir Scheidt, ofm

Diretor Geral
Jorge Apóstolos Siarcos

FAE Centro Universitário

Reitor da FAE Centro Universitário e
Diretor Geral da FAE São José dos Pinhais
Frei Nelson José Hillesheim, ofm

Diretor Acadêmico
Pró-Reitor Acadêmico
Diretor de Legislação e Normas Educacionais
André Luis Gontijo Resende

Pró-Reitor Administrativo
Régis Ferreira Negrão

Secretário-Geral
Eros Pacheco Neto

Ouvidoria
Samar Merheb Jordão

Diretor de Relações Corporativas
Paulo Roberto Araújo Cruz

Editor

Paulo César Busato

Capa

Paulo Victor Silva Busato

Foto da Capa

Alfie Steffen (www.krop.com/alfie)

Coordenação Editorial

Ana Maria Ovçar Alves Ferreira (coordenadora editorial)
Edith Dias (Normalização)
Zeni Fernandes (Revisão de Linguagem)
Priscilla Zimmermann Fernandes (Revisão de Linguagem)
Braulio Maia Junior (Editoração FAE Centro)
Eliel Fortes Barbosa (Editoração FAE Centro)
Ewerton Diego Oliveira da Silva (Editoração FAE Centro)

Coordenadora do Curso de Direito

Aline Fernanda Pessoa Dias da Silva

Coordenador do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal

Paulo César Busato

Pesquisadores do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal

Alessandro Bettega Almeida
Alexandre Ramalho de Farias
Alexey Choi Caruncho
Danyelle da Silva Galvão
Eduardo Sanz de Oliveira e Silva
Gabriela Xavier Pereira
Leandro Ayres França
Luiz Henrique Merlin
Marlus Heriberto Arns de Oliveira
Noeli Battistella
Paulo César Busato
Rodrigo Jacob Cavagnari
Rodrigo Régnier Chemim Guimarães
Sílvia de Freitas Mendes
Sílvio Couto Neto
Tatiana Sovek Oyarzabal

Conselho Editorial e Consultivo

Alfonso Galán Muñoz, Dr. (Universidad Pablo de Olavide)
Ana Cláudia Pinho, Msc (UFPA)
Carlos Roberto Bacila, Dr. (UFPR)
Carmen Gomez Rivero, Dra. (Universidad de Sevilla)
Cezar Roberto Bitencourt, Dr. (PUC - Porto Alegre)
Eduardo Sanz de Oliveira e Silva, Msc (FAE, Unicuritiba)
Elena Nuñez Castaño, Dra. (Universidad de Sevilla)
Fábio André Guaragni, Dr. (Unicuritiba)
Francisco Muñoz Conde, Dr. (Universidad Pablo de Olavide)
Geraldo Prado, Dr. (UERJ)
Gilberto Giacóia (Fundinopi)
Jacinto Nélson de Miranda Coutinho (UFPR)
Juarez Cirino dos Santos (UFPR)
Luiz Henrique Merlin, Msc (FAE)
Marcus Alan de Melo Gomes, Dr. (UFPA)
Mauricio Stegemann Dieter, Msc (FAMEC)
Paulo César Busato, Dr. (FAE, UFPR)
Rodrigo Régnier Chemim Guimarães, Msc (FAE, Unicuritiba)
Sérgio Cuarezma Terán, Dr. (INEJ)

Circulação

Indexação
Agosto de 2011

Distribuição

Comunidade científica: 200 exemplares

Tipo:Inimigo / organização de Leandro Ayres França. Curitiba:
FAE Centro Universitário, 2011.
316 p.

Inclui bibliografia.

1. Direito penal - Coletânea. I. França, Leandro Ayres, Org. II.
FAE Centro Universitário

CDD 341.5

Os artigos são de inteira responsabilidade de seus autores. As opiniões neles emitidas não representam, necessariamente, pontos de vista da FAE Centro Universitário.
Endereço para correspondência:
FAE Centro Universitário
Rua 24 de Maio, 135 – 800230-080 – Curitiba.PR- Tel.: (41) 2105-4098.

APRESENTAÇÃO

Este registro provém da pena de Eugenio Raúl Zaffaroni, Professor e Ministro da corte suprema argentina: a *inimizade* é uma construção tendencialmente estrutural do discurso do poder punitivo.[1] A antiguidade das reflexões, dos tratados e dos debates sobre o *inimigo* e uma narrativa da história que se volte à inconveniência de sua existência comprovam que a *inimizade* é uma questão jurídica perene.[2] Alcançar esta constatação não é tarefa fácil. Por isso, se a figura do inimigo – e todas as suas variantes mais ou menos acertadas: *hostis, homo sacer, vida nua, zoé, barbari, estranho, estrangeiro, outro, não-pessoa, non-citizen et al*. – encontra-se disseminada nos discursos mais ordinários do universo acadêmico-doutrinário, tal significativa presença se deve menos a estudos e pesquisas sérios sobre o tema do que à sua voga contemporânea, a qual foi tonificada com as recentes publicações do professor Günther Jakobs sobre o que alcunhou de *direito penal do inimigo* (*Feindstrafrecht*).

Escreve-se, debate-se, defende-se, condena-se. E a compreensão da *inimizade* permanece vaga. Pior: importam-se os *inimigos*; não os indivíduos – que a César o que é de César, cada rei no seu baralho, que na terra do senso comum, canta o sabiá que os nossos já nos dão muito trabalho –, mas as concepções e teorias conclusivas que tencionam convencer-nos de que compartilhamos os mesmos *inimigos*. Parece-me que temos compartilhado os mesmos equívocos.

Em recentes reuniões do Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal, os pesquisadores denunciamos a falta de uma produção científica que reunisse estudos sobre a *inimizade* no sistema de controle socio-punitivo brasileiro. Este livro é um registro traçado a várias mãos desta questão.

Ao analisar a evolução do *Direito Penal de Classes ao Direito Penal do Estado Social e Democrático de Direito*, Jacson Luiz Zílio aponta os postulados necessários para o desenvolvimento de um direito penal mínimo de conteúdo preventivo, que contribui tanto para a proteção de bens jurídicos mais relevantes, como para reduzir significativamente a violência social que o sistema penal cria e mantém encapsulado. Sua abordagem teórica do pensamento de Carl Schmitt e de Giorgio Agamben inicia a coletânea por se revelar pressuposto à compreensão do tema e dos artigos subsequentes.

Do mesmo modo, as reflexões de João Paulo Arrosi, em seu *Direito Penal do Inimigo e Totalitarismo*, apontam uma zona de indistinção cidadão/inimigo pela qual o Direito Penal e a Política Criminal têm transitado sem as devidas cautelas. Com fundamento em Agamben e em Hannah Arendt, seu trabalho evidencia o caráter (bio)político do fenômeno totalitário, cuja presença se faz perceber na identificação do campo de concentração como o verdadeiro paradigma político da modernidade.

No virar das páginas, expõe-se a construção da inimizade a partir de mecanismos institucionalizados. Em um artigo de minha autoria, *Governando Através do Crime...*, apontam-se insuficiências teóricas do novo modelo de contratualismo social (fidelidade às expectativas do ordenamento jurídico), trazido à tona pelo direito penal do inimigo de Jakobs, e é introduzida à discussão uma nova leitura da atual forma de se governar, primeiramente exposta pelo professor Jonathan Simon, da University of California – Berkeley, em que o modelo político assume o fenômeno da criminalidade como questão estratégica significante para uma agenda político-punitiva, como argumento para se alcançar objetivos e como paradigma discursivo, tecnológico e metafórico a ser disseminado para instituições de natureza diversa. A Lei dos Crimes Hediondos é analisada como paradigma nacional dessa nova forma de governo.

O título do estudo de Alexey Choi Caruncho é esclarecedor: *A Atuação Criminal do Ministério Público Brasileiro e o Indevido Fomento à Política Criminal de Exclusão*. Seu texto dispõe a Constituição da República de 1988 como verdadeiro divisor de modelos ministeriais e aponta que a atuação da instituição, no entanto, não sofreu os devidos reflexos do novo contexto político. O artigo evidencia a necessidade de o Ministério Público traçar uma política criminal institucional relacionada ao processo de criminalização secundária, sob pena de manter – e até mesmo fomentar – uma cruel e determinista seletividade criminal decorrente da política de exclusão há muito em vigor.

Os controles normativo e institucional seriam insuficientes para o *combate* ao *inimigo* se não lhes fossem disponibilizados instrumentos procedimentais que lhes garantissem resultados eficazes. De um rol extenso de estratégias processuais recentemente instituídas, merece destaque o instituto da delação premiada. Sobre ela, Walter Barbosa Bittar, em *A Expansão da Delação Premiada como Consolidação de um Direito Penal do Inimigo*, faz uma abordagem através de três diferentes ordenamentos jurídicos e descobre o paralelo existente entre a delação premiada e o direito penal do inimigo. E mais: da tensão entre garantia e eficácia, seu texto mostra como a legislação penal e processual penal tem se concentrado na elevação do nível de eficácia do funcionamento do sistema punitivo, não mais identificando um criminoso pelo grau de reprovabilidade de sua conduta, mas sim combatendo-o de acordo com o grupo ao qual pertence.

---

[1] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.83.

[2] FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. [no prelo]

Contudo, a análise sobre os mecanismos institucionalizados permaneceria deficiente se não contemplasse um tratamento responsável à polêmica do papel da mídia. As autoras Carolina de Freitas Paladino e Danyelle da Silva Galvão assumem, então, no artigo *A Mídia como Produtora de mais um Inimigo*, a verificação de como a mídia pode ser responsável pela estigmatização de um sujeito enquanto inimigo, retirando dele as garantias penais e processuais penais, e demonstram como essa interferência pode influenciar alterações legislativas, o que nos revela o círculo vicioso da elaboração da *inimizade*.

Analisado o esculpir da *inimizade*, faz-se necessário contemplar as categorias de inimigos desenvolvidas no decorrer de nossa história.

Noyelle Neumann das Neves constrói um belo resgate da *loucura* em *A Construção do Louco como Inimigo*: ao abordar a sua exclusão em uma unidade cultural e moral da maioria e apontar o binômio periculosidade-vulnerabilidade como característica inerente à *loucura*, seu estudo expõe as cruéis políticas adotadas contra o louco como pessoa indesejada e inimiga da sociedade.

No indispensável *O Preso como Inimigo*, Paulo César Busato comenta o suporte teórico de posturas funcionalistas sistêmicas, o qual permite o tratamento discriminatório do condenado como inimigo. Seu texto denuncia a *Destruição do Outro pela Supressão da Existência Comunicativa* e propõe a superação da dualidade excludente através da fórmula de autovalidação, pela inclusão do outro no projeto de realização pessoal.

A leitura do trabalho de Décio Franco David e de Tatiana Sovek Oyarzabal, *Adolescente Infrator...*,nos conduz à outra ferida do sistema jurídico-penal brasileiro. O escrito trata da construção histórica, social e jurídica dessa categoria de inimigo e demonstra a incompatibilidade da reação social e legislativa com o reconhecimento do jovem como especial destinatário de direitos e garantias, tão bem explícitas nas previsões constitucionais e no ordenamento legal próprio. Enquanto discutem os difundidos equívocos ideológicos de uma sociedade punitivista (defesa da redução da maioridade penal, crença de que o adolescente infrator não sofre punição, ignorância do necessário atendimento sócio-psico-pedagógico a essas pessoas em desenvolvimento), cresce-nos o incômodo de como tem nos sido possível passar por um jovem que pede dinheiro na rua sem interromper o passo. À nossa aprendida capacidade de seguir em frente, vem o texto para nos anunciar a responsabilidade.

No artigo *O Amigo do Inimigo...*, Diogo Machado de Carvalho analisa o crescente movimento de criminalização da advocacia criminal e como essa empresa tem ruído o desempenho do defensor na tentativa de resguardar o respeito às regras do jogo ao (não) cidadão etiquetado como um perigo à sociedade excludente. Sua preocupação é relevante: conforme os versos que traz ao final de sua exposição, quando nos roubam as flores e as luzes sem que digamos algo, falta pouco a que nos arranquem a voz da garganta.

No texto *Quando o Dia Raiou sem Pedir Licença...*, cuja redação tive a oportunidade de compartilhar com Roberta Cunha de Oliveira, transcreve-se a história do tratamento sofrido por aqueles que resistiram à violência institucionalizada e burocratizada do regime militar brasileiro (1964-1985). Na denúncia à fragilidade das razões que conduziram seus *inimigos* a tal estado de desqualificação, evidenciada a partir da sentença da Corte Interamericana no caso *Gomes Lund et al*. vs. *Brasil*, demonstra-se a temporalidade de sua categoria.

Num contraponto necessário em prol da responsabilidade científica, Cleopas Isaías Santos brinda-nos com uma perspicaz análise dos *Mandados Expressos de Criminalização* e [da] *Função Positiva do Bem Jurídico-Penal*, através dos quais o Constituinte exige do legislador ordinário a tutela penal de certas condutas, conformando a intervenção estatal aos princípios político-criminais da *dignidade e necessidade de pena*. Com este artigo, compreende-se como os direitos fundamentais assumem nova dimensão positiva para *encilhar o Leviatã*. Escapa esta coletânea de exclusivamente hostilizar a atuação estatal.

Os estudos aqui acolhidos pretendem, pois, esclarecer como criamos e temos tratado os inimigos do controle sociopunitivo brasileiro: os nossos hostes.

Recebe, pois, este florilégio de provocações. E que disto brotem muitos questionamentos.

Leandro Ayres França
Curitiba, junho de 2011.

SUMÁRIO

1 ANTECÂMARA NECESSÁRIA

Do Direito Penal de Classes ao Direito Penal do Estado Social e Democrático de Direito ____ **11**
Jacson Luiz Zílio

Direito Penal do Inimigo e Totalitarismo ____ **55**
João Paulo Arrosi

2 A ELABORAÇÃO DA INIMIZADE

Governando Através do Crime: Anotações sobre o Tragicômico Fenômeno da Lei dos Crimes Hediondos ____ **71**
Leandro Ayres França

A Atuação Criminal do Ministério Público Brasileiro e o Indevido Fomento à Política Criminal de Exclusão ____ **97**
Alexey Choi Caruncho

A Expansão da Delação Premiada como Consolidação de um Direito Penal do Inimigo ____ **121**
Walter Barbosa Bittar

A Mídia como Produtora de mais um Inimigo ____ **143**
Carolina de Freitas Paladino e Danyelle da Silva Galvão

3 AS CATEGORIAS DE INIMIGOS

A Construção do Louco como Inimigo: entre Periculosidade e Vulnerabilidade ____ **177**
Noyelle Neumann das Neves

O Preso como Inimigo – a Destruição do Outro pela Supressão da Existência Comunicativa ____ **203**
Paulo César Busato

Adolescente Infrator: Sujeito ou Inimigo? ____ **221**
Décio Franco David e Tatiana Sovek Oyarzabal

O Amigo do Inimigo: do Estigma à Criminalização da Advocacia Criminal ____ **239**
Diogo Machado de Carvalho

Quando o Dia Raiou sem Pedir Licença: a Responsabilização Internacional do Estado Brasileiro pelos Atos Cometidos Contra seus Inimigos na Guerrilha do Araguaia ____ **259**
Leandro Ayres França e Roberta Cunha de Oliveira

4 CONTRAPONTO NECESSÁRIO

Mandados Expressos de Criminalização e Função Positiva do Bem Jurídico-Penal: Encilhando o Leviatã ____ **301**
Cleopas Isaías Santos

Antecâmara Necessária

Tipo: Inimigo

DO DIREITO PENAL DE CLASSES AO DIREITO PENAL DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

Jacson Luiz Zilio**

RESUMO

O presente trabalho busca esclarecer que o único saber penal que decorre do Estado social e democrático de Direito é de caráter minimalista, que parte da concepção de ato e não de autor. Desse modelo de Estado saem os postulados necessários para o desenvolvimento dum direito penal mínimo de conteúdo preventivo, que contribui tanto para a proteção de bens jurídicos mais relevantes, como para reduzir significativamente a violência social que o sistema penal cria e mantém encapsulado. A investigação percorre, para tanto, as bases do direito penal de classes retratadas na oposição política entre amigo e inimigo de CARL SCHMITT, na oposição entre "homo sacer" (a vida nua) e existência política (a vida qualificada) de que fala AGAMBEN e no controle e dominação burguesa do projeto neoliberal. A partir dessa identificação da deslegitimação do saber penal, busca-se fundar um direito penal mínimo, de ato e decorrente da ética universal dos direitos humanos, que estrutura o Estado social e democrático de Direito.

Palavras-Chave: Direito penal de classes; amigo e inimigo; vida nua e vida qualificada; dominação e projeto neoliberal; saber penal; direito penal mínimo; legitimação e deslegitimação; Estado social e democrático de Direito; dogmática penal; política criminal.

RESUMEN

El presente trabajo busca esclarecer que el único saber penal que deriva del Estado social y democrático de Derecho es de carácter minimalista, que parte de la concepción de acto y no de autor. De ese modelo de Estado salen los postulados necesarios para el desarrollo de un derecho penal mínimo de contenido preventivo, que contribuye tanto para la protección de bienes jurídicos más relevantes, como para reducir significativamente la violencia social que el sistema penal crea y mantiene encapsulado. La investigación sigue las bases del derecho penal de clases retratadas en la oposición política entre amigo y enemigo de CARL SCHMITT, en la oposición entre "homo sacer" (la vida nuda) y existencia política (la vida calificada) de que habla AGAMBEN y en el control y dominación burguesa del proyecto neoliberal. Desde la identificación de la deslegitimación del saber penal, intentase fundar un derecho penal mínimo, de acto y derivado da ética universal de los derechos humanos, que estructura el Estado social y democrático de Derecho.

Palabras Llave. Derecho penal de clases; amigo y enemigo; vida nuda e vida calificada; dominación y proyecto neoliberal; saber penal; derecho penal mínimo; legitimación y deslegitimación; Estado social y democrático de Derecho; dogmática penal; política criminal.

---

* O presente texto contém partes das ideias discutidas e apresentadas no Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no dia 8 de outubro de 2010. Agradeço, desde já, o convite feito pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, especialmente ao Procurador de Justiça e sempre solícito amigo, Jacson Rafael Campomizzi, inclusive pela sugestão do tema.

** Promotor de Justiça do Estado do Paraná e doutor em "Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología", pela "Universidad Pablo de Olavide", de Sevilha, Espanha. Pesquisador do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal, da FAE - Centro Universitário, Curitiba/PR

Índice. I. Um saber penal deslegitimado: as teorias políticas ocultadas pelo direito penal de classes: 1. A oposição política entre amigo e inimigo de CARL SCHMITT; 2. A oposição entre "homo sacer" (a vida nua) e existência política (a vida qualificada): a tese crítica de GIORGIO AGAMBEN; 3. O controle e a dominação burguesa do projeto neoliberal; II. Um saber penal legitimado: a reconstrução do discurso penal a partir do minimalismo penal; III. As vinculações entre direito penal mínimo (de ato) e Estado social e democrático de Direito; IV. Breves conclusões. V. Referências bibliográficas.

Indice. I. *Un saber penal deslegitimado: las teorías políticas ocultadas por el derecho penal de clases: 1. La oposición política entre amigo y enemigo de CARL SCHMITT; 2. La oposición entre "homo sacer" (la vida nuda) y existencia política (la vida calificada): la tese crítica de GIORGIO AGAMBEN; 3.El control y la dominación burguesa del proyecto neoliberal; II. Un saber penal legitimado: la reconstrucción del discurso penal desde el minimalismo penal; III. La vinculaciones entre derecho penal mínimo (de acto) y Estado social y democrático de Derecho; IV. Breves conclusiones. V. Bibliografia*.

I UM SABER PENAL DESLEGITIMADO: AS TEORIAS POLÍTICAS OCULTADAS PELO DIREITO PENAL DE CLASSES

O direito penal tradicional pretende legitimar-se -e legitimar a pena de prisão- entre outros princípios, por meio da defesa do princípio da igualdade: o direito penal protege todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais e todos os cidadãos que violam as normas jurídicas penais são sancionados. Entretanto, a realidade mostra que o *direito penal é o direito desigual por excelência*, porque o sistema penal é a reprodução do sistema social. O direito penal não defende os bens essenciais de todos os cidadãos e o status de criminoso é distribuído de modo desigual. O grau de tutela dos bens jurídicos penais depende de fatores típicos da "sociedade dividida" e da *vulnerabilidade* do cidadão. A distribuição do *status* de criminoso também responde ao padrão da sociedade de classes, porque o processo de seleção se dirige a comportamentos típicos de indivíduos pertencentes às classes subalternas, em virtude da contradição nas relações de produção e distribuição capitalista. Esses interesses do poder de punir, não declarados pelo saber penal que o legitima, podem ser resumidos nos seguintes:

1 A OPOSIÇÃO POLÍTICA ENTRE AMIGO E INIMIGO DE CARL SCHMITT

"Soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção". Esta conhecida definição de soberania que inaugura a obra Teologia política de CARL SCHMITT também marca o desenvolvimento da teoria política baseada no significado autônomo da decisão[1]. O soberano, para SCHMITT, é quem "decide se existe um caso de exceção extrema e também o que se deve fazer para remediá-lo. Está fora da ordem jurídica normal e forma parte dela, porque lhe corresponde a decisão sobre se a Constituição pode suspender-se *in toto*"[2].

A ideia central do pensamento de SCHMITT não contém maiores complicações e nem grandes dificuldades de compreensão. Segundo afirma SCHMITT, a ordem jurídica não pode regulamentar o conteúdo da necessidade extrema que dá causa à declaração do estado de exceção. O estatuto normativo e o Estado de Direito podem instaurar um controle da decisão *a posteriori*, mas não podem regulamentar o conteúdo das faculdades excepcionais. A decisão de regulamentação do conteúdo se outorga ao poder soberano, que é a fonte jurídica que, definitivamente, *realiza politicamente* o Direito, sem responsabilidade ou controle. Significa reconhecer que há situações de extrema necessidade e de perigo para sobrevivência do Estado que não podem ser decididas a *priori* pelo Direito, mas sim por uma *decisão política de autêntica jurisdição*. Porque o Direito, como sistema ordenado de normas, está estruturado não somente por normas jurídicas, mas também e principalmente por decisões que essencialmente são *expressões de soberania*, ou seja, expressões do poder do soberano de decidir o conflito entorno do Direito. Trata-se, como afirma o próprio SCHMITT, de um legislador extraordinário *ratione necessitatis*, porque as "ficções e nebulosidades normativas" somente valem para situações normais e a normalidade da situação que pressupõe é um elemento básico do seu "valer"[3].

SCHMITT assevera que a ordem legal se origina de uma decisão e não de uma norma. Toda ordem, inclusive no estado de exceção -que não é uma ordem jurídica, mas tampouco é uma anarquia ou caos- repousa em uma decisão e não em uma norma. Nesse sentido, mais importante que a validez do sistema jurídico é sua eficácia em uma situação concreta. Por isso mesmo é que no "estado de exceção", em que há uma situação anormal (*extremus necessitatis casus*), não há norma para aplicar, mas sim uma decisão do soberano que "se libera de toda atadura normativa e chega a ser neste sentido absoluta".

---

[1] SCHMITT, Carl, Teología política, em ORESTES AGUILAR, Héctor, **Carl Schmitt, teólogo** de la política, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 23.

[2] *Ibidem*, p. 24.

[3] SCHMITT, Carl, Legalidad y legitimidad, em ORESTES AGUILAR, Héctor, *op. cit*., p. 313.

Assim, pois, é a decisão do soberano que *cria a ordem jurídica*. O soberano é, em suma, a "autêntica jurisdição" e "o juiz supremo do povo", imune ao controle a *posteriori*, já que o ato é judicial e está fundamentado no "princípio da primazia da direção política"[4]. Daí advém a tese nodal de SCHMITT de que o conceito de soberania -o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção- é um *conceito limite de conteúdo político*.

Há um exemplo esclarecedor. No caso da antiga República de Weimar, o art. 48 definia o Presidente como autoridade soberana para poder "tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem pública", inclusive suspendendo total ou parcialmente os direitos fundamentais. Assim, pois, em estado de exceção passaram-se os últimos anos da República de Weimar, antes da tomada do poder pelo partido nazista, em 1933.

A partir daí, então, SCHMITT começa a escrever sobre a legalidade dos atos praticados pelo *Führer*, fundamentados no "princípio da primazia da direção política", já que ele possuía o direito de atuar como "juiz supremo do povo" e guardião da Constituição, determinando o conteúdo e a extensão. Desse modo, além de criticar abertamente e de forma dura o liberalismo e o parlamentarismo anteriores, SCHMITT promove racionalmente uma quebra do princípio da separação de poderes, para propor uma justificação legal para o nascimento do novo estado totalitário, baseado no povo e na raça.

Tanto é assim, que dias depois do discurso de Hitler sobre a noite de 30 de junho de 1934, a chamada "Nacht der langen Messer", ou "Noite das Facas Longas", em que, por sua própria ordem, foram assassinados e arrestados os principais dirigentes das "Sturmabteilung" (SA), o corpo paramilitar do partido nazista criado em 1921, SCHMITT publica o artigo "*O "Führer" defende o direito. O discurso de Hitler perante o Reichstag em 13 de julho de 1934*", no qual defende os assassinatos e as ações de Hitler, não as justificando como medidas próprias do estado de exceção, mas sim como jurisdição autêntica, sem controle jurisdicional[5].

No referido estudo, SCHMITT ataca fortemente a antiga "postura individualista liberal" do sistema de Weimar, qualificada ali como "cegueira do pensamento jurídico liberal", em uma "época enferma e decrépita". Inclusive, segundo argumenta SCHMITT,

---

[4] SCHMITT, Carl, El "Führer" defiende el derecho: el discurso de Hitler ante al Reichstag del 13 de julio de 1934. In: ZARKA, Yves-Charles. **Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt**. Barcelona: Anthropos, 2007. p. 89.

[5] Vid. MORESO, Josep Joan, Poder y derecho. In: GARCIA SEGURA, Caterina; RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel J. **La seguridad comprometida**: nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados. Madrid : Tecnos, 2008. p. 162.

a "magna carta" do criminoso de FRANZ VON LISZT significou deixar o Estado e o Povo "atados sem remédio por uma legalidade supostamente desprovida de resquícios"[6].

Mas antes disso, já em 1927, no livro "*O conceito de Político*", quiçá para esclarecer as características de *status* e *povo*, SCHMITT define a essência do que é político como o *enfrentamento entre amigo e inimigo*. Escreve que "a distinção política específica, aquela que pode reconduzir-se todas as ações e motivos políticos, é a distinção de *amigo* e *inimigo*"[7]. A oposição amigo-inimigo é o conteúdo do que é político e, segundo o pensamento de SCHMITT, chega a oferecer uma definição conceitual e um critério que permite se referir as ações e aos motivos políticos. Assim assinalou SCHMITT: "O significado da distinção de amigo e inimigo é o de indicar o extremo grau de intensidade de uma união ou de uma separação, de uma associação ou de uma dissolução; ela pode subsistir teórica e praticamente sem que, ao mesmo tempo, devam ser empregadas todas as demais distinções morais, estéticas, econômicas ou de outro tipo"[8].

De acordo com SCHMITT, o inimigo aqui não é moralmente mal, nem esteticamente feio, mas sim que é o outro, o hostil, o público, isto é, o conjunto de homens que se opõe a outro conjunto análogo, por sua existência distinta e estranha em um sentido particularmente intensivo.[9] O inimigo, definitivamente, é aquele que ameaça a vida e frente a isso não há neutralidade.

Consequentemente, se o fenômeno político deriva da inimizade potencial e do conflito, então a guerra representa, em SCHMITT, a expressão da atividade humana e a negação mais radical dos valores essenciais do mundo burguês: segurança, utilidade e racionalidade. Afinal, toda antítese é uma antítese política, cujo fim "natural" é sempre a guerra, seja externa ou interna. Somente mediante a guerra, dado seu forte sentido político e de decisão, alguém pode desgarrar-se dos valores que criou uma civilização vazia e opressiva, despolitizada e neutral.

SCHMITT argumenta que "os conceitos de amigo, inimigo e luta adquirem seu sentido real pelo fato de que estão e se mantém em conexão com a possibilidade real de matar fisicamente. A guerra procede da inimizade, já que esta é a negação ôntica de um ser distinto. A guerra não é nada mais que a realização extrema da inimizade"[10]. Nesse sentido, o *conceito do que seja político consiste exatamente na distinção entre amigo e inimigos* públicos (políticos). Não se trata, portanto, de uma definição "belicista, nem

---

6 SCHMITT, Carl. El "Führer" defiende el derecho: el discurso de Hitler ante al Reichstag del 13 de julio de 1934. In: ZARKA, Yves-Charles, *op. cit.*, p. 89.

7 SCHMITT, Carl. **El concepto de lo político**. Madrid: Alianza, 1998., p. 56.

8 *Ibidem*, p. 57.

9 *Ibidem*.

10 *Ibidem*, p. 75.

militarista, nem imperialista, nem pacifista", apenas corresponde a "existência prévia de decisão política acerca de quem é o inimigo"[11].

De toda maneira, a lógica do amigo, inimigo e luta, põe em destaque que o fundamento reside na imposição voluntarista da política, por decisão do poder soberano, no marco do estado de exceção, que define os amigos e os inimigos de forma negativa, junto com a exaltação da força bélica, para *garantir a tranqüilidade, a segurança e a ordem por meio da destruição total dos inimigos*, assim como para alcançar uma integração e uma unidade política organizada. A guerra, dessa forma, está clara na concepção do que é político e somente mantém um significado enquanto a distinção entre amigo e inimigo subsiste.

Em outro ponto sobre a unidade política proveniente da guerra, SCHMITT aclara: "O Estado, na sua condição de unidade essencialmente política, lhe é atribuição inerente o *ius belli*, isto é, a possibilidade real de, chegado o caso, determinar por própria decisão quem é o inimigo e combatê-lo"[12]. Daí porque o "ius belli implica a capacidade de disposição: significa a dupla possibilidade de requerer por parte dos membros do próprio povo a disponibilidade para matar e ser mortos, e por outra de matar as pessoas que se encontram do lado do inimigo"[13].

Tudo isso permite extrair que *a essência do que é político reside na possibilidade de dar morte ao inimigo*, em função do perigo interno e externo. Permite compreender, por outro lado, que existe, na doutrina de SCHMITT, uma clara aversão a *neutralidade* e a *despolitização* da vida nua, figuras representativas da democracia liberal. Pois não é por outra melhor razão que SCHMITT exalta o pensamento do filósofo reacionário DONOSO CORTÉS, para quem mais vale uma decisão de defesa de uma ditadura política que uma indecisão liberal e anarquista (como de PROUDHON e BAKUNIN, por exemplo)[14].

Trata-se, ademais, de uma teoria política baseada no *decisionismo* do poder soberano e, portanto, é absolutamente contrária ao liberalismo e ao parlamentarismo, isto é, é contrária a democracia liberal individualista. Definitivamente, é uma doutrina belicista que define a essência do político na possibilidade de luta e morte com o inimigo. Uma doutrina que, em suma, reflexa na decisão do poder soberano -o poder de morte consistente na definição dos amigos e dos inimigos- a essência da jurisdição.

---

[11] *Ibidem*.

[12] *Ibidem*, p. 74.

[13] *Ibidem*, p. 75.

[14] A crítica de SCHMITT contra a democracia liberal parece derivar da crença de que a História tem determinado a submissão espiritual a partir da compreensão legal do inimigo no destino da Alemanha. Veja-se SCHMITT, Carl. **Estructura del estado y derrumbamiento del segundo Reich**: la lógica de la sumisión espiritual. Madrid: Reus, 2006. p. 100: "Em sua continuidade se desenvolve uma consciente lei: primeiramente, a submissão espiritual na política interior do Estado prussiano do soldado, a partir dos conceitos de direito do Estado constitucional e de direito burguês; logo a submissão a partir da meta de guerra espiritual do inimigo, unido ao empenho subalterno, de dar um boa impressão no estrangeiro e tranquilizar o inimigo por meio de transigir e "objetividades"; e, finalmente, a submissão por traição e alta, aberta a partir dos ideais do direito e Estado de um inimigo, que por isso é vitorioso e sem piedade. A lógica da submissão espiritual se termina na servidão política, em um estado de desarme e sem resistência".

De todo modo, a teoria política de SCHMITT está relacionada diretamente com as origens do totalitarismo, tanto nos escritos de antes, durante e depois do nazismo. O passado nazista de SCHMITT é clarividente e não se trata somente de mero oportunismo. Tanto é assim que dois textos de SCHMITT demonstram a tentativa de justificação das três leis de Nuremberg de 15 de setembro de 1935, sobre bandeira, cidadania e sangue[15].

---

[15] ARENDT, Hannah. **Los orígenes del totalitarismo**. Madrid: Taurus, 2001. p. 422, parece não reconhecer a influência da elite intelectual no totalitarismo: "Por outra parte, para ser completamente justos com aqueles membros da elite que, em um momento ou outro, se deixaram seduzir pelos movimentos totalitários e que às vezes, em razão de sua capacidade intelectual, chegaram a ser inclusive acusados de haver inspirado o totalitarismo, é preciso declarar que o que estes homens desesperados do século XX fizeram ou não fizeram não teve influência alguma em nenhum totalitarismo, ainda que desempenharam certo papel nos primeiros e afortunados intentos dos movimentos por obrigar ao mundo exterior a levar a sério suas doutrinas. Ali onde os movimentos totalitários conquistaram o poder, todo este grupo de simpatizantes se desfez inclusive muito antes que os regimes começassem a cometer seus maiores crimes". Na nota número 65, ARENDT destaca a necessidade de estudar "detalhadamente as carreiras de aqueles estudiosos alemães, comparativamente escassos, que foram mais longe da mera cooperação e ofereceram seus serviços porque eram nazistas convencidos". E acrescenta, como exemplo, o próprio SCHMITT, "cujas muitas engenhosas teorias acerca do final da democracia e do governo legal ainda constituem uma leitura interessante". Assim também é MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto, Carl Schmitt e a fundamentação do direito. São Paulo: M. Limonad, 2001. p. 31, para quem "Schmitt nunca foi "nazificado" e é certo que os seus textos antissemitas e panfletários, do período de 1933 até 1936, representam mais o oportunismo político de um intelectual que seduzido pelas falsas avaliações sobre seu poder de influência num Estado Total cujos fundamentos auxiliara a elaborar". A razão talvez derive do conteúdo do informe ou ditame consultivo elaborado por SCHMITT, por volta de 1945, intitulado: El crimen de guerra de agresión en el derecho internacional y el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege. Em tal texto SCHMITT aprova o caráter punível dos crimes de lesa humanidade e das atrocidades praticadas pelos nazistas membros do estrato dirigente (Hitler e seus colaboradores), mas nega a possibilidade de penalizar a indivíduos pelo delito de guerra de agressão internacional, entre outros motivos por conta da aplicação do princípio de que não há crime sem pena e sem lei prévia. Aduziu o seguinte: "Essencialmente distinto é o segundo tipo de crime de guerra que tem que ser distinguido. São as *atrocities*, em um sentido específico, matanças planificadas e crueldades inumanas, cujas vítimas foram seres humanos indefensos. Estas crueldades não são ações militares, mas estão em uma determinada conexão com a guerra de 1939, porque foram cometidas na preparação ou durante esta guerra e porque são expressões características de uma determinada mentalidade inumana, que culminou finalmente na Guerra Mundial de 1939. A brutalidade e a bestialidade de estes crimes transcendem a normal capacidade humana de compreensão. Elas são componentes e fenômenos de um monstruoso "*scelus infandum*", no pleno sentido desta palavra. Elas rompem o marco de todas as medidas consuetudinárias em vigor, do direito internacional e do direito penal. Tais crimes prescrevem que o autor em todo sentido, pondo-o fora do direito e convertendo-o em um *outlaw*". Cf. essa passagem em SCHMITT, Carl. **El crimen de guerra de agresión en el derecho internacional y el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege**. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 23-84. Depois, na página 35, em relação à analogia em direito penal, declarada admissível pelo regime nacional-socialista, SCHMITT diz que "a causa era esta, que, então, em 1938, as pessoas já haviam se acostumado a ver no regime de Hitler todas as normas jurídicas de anormalidade, fora do mundo civilizado". De qualquer maneira, oportunista ou não, o certo é que SCHMITT era completamente nazista, tanto que justificou juridicamente o nazismo e a ideologia racista, em defesa das leis de Nuremberg, que se inscreviam em um programa de "purificação do sangue alemão". Um exemplo evidente do passado nazista é o discurso de SCHMITT proferido no Congresso de professores universitários da Federação nacional-socialista dos defensores do direito, que se celebrou nos dias 3 e 4 de outubro de 1936, intitulado : La ciencia del derecho alemana en su lucha contra el espíritu judío, em que consta: "Um autor judeu é para nós, no caso de que se lhe cite, um autor judeu. Acrescentar a palavra e a denominação "judeu" não é uma questão de aparência, mas sim de algo essencial, pois ao fim e ao cabo não podemos evitar que o autor judeu se utilize da língua alemã". E mais: "O judaísmo é, como disse o *Führer* no seu livro *Minha luta*, não somente inimigo de todo o que é inimigo do judeu, mas sim também inimigo íntimo de toda produtividade autêntica de qualquer outro povo". E conclui sem deixar dúvidas: "Não nos ocupamos do judeu por ele mesmo. O que buscamos, e aquilo pelo que lutamos, é nossa própria natureza não adulterada, a pureza intacta do povo alemão. "Ao defender-me do judeu", disse nosso *Führer Adolf Hitler*, "luto pela obra do Senhor"". Cf. SCHMITT, Carl. La ciencia del derecho alemana en su lucha contra el espíritu judío. Comentario final en el Congreso del Grupo del Reich de Profesores Universitarios de la Unión Nacionalsocialista de Juristas de los días 3 y 4 de octubre de 1936. In:ZARKA, Yves-Charles. **Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt**. Barcelona:Antthropos, 2007. p. 102. Por isso, com razão ZARKA, Yves-Charles, *op. cit*., p. 18, quando assinala: "A adesão de Schmitt ao nazismo foi tão consciente e profunda, que não é possível estudar seus textos jurídico-políticos, inclusive aqueles que foram escritos antes ou depois do nazismo, pondo entre parêntesis seu compromisso a favor dos princípios nazistas e o crédito que acrescentou as piores leis do regime de Hitler. Desde logo, um intelectual pode equivocar-se, um professor universitário pode perder-se durante um tempo ou um jurista deixar-se embriagar pela ascendência ao poder de um homem ou de um partido sem que se tenha que considerar o conjunto do que escreveu como devendo, sem embargo, ser interpretado em função desse período. Não obstante, há que se levar em consideração o fato de que Schmitt nunca criticou suas opções do período nazista e que, ao contrário, trabalhou para proporcionar uma justificação *a posteriori*".

No primeiro artigo, "A Constituição de liberdade", de 1º de outubro de 1935, SCHMITT defende que as três leis antes mencionadas "são a Constituição da liberdade" e "o núcleo" do Direito alemão. Novamente afirma que as "liberdades liberais" foram a arma dos inimigos e parasitas da Alemanha, como "típicas formas camufladas de dominação estrangeiras"[16].

Nesse texto SCHMITT assevera:

> "Hoje o povo alemão volva a ser povo alemão também no âmbito do Direito. Depois das leis de 15 de setembro, o sangue e a honra alemãs são outra vez novos conceitos fundamentais do nosso Direito. O Estado, agora, é um instrumento de força e de unidade populares. O Império alemão tem apenas uma bandeira, a bandeira do movimento nacional-socialista, e esta compõe-se não somente de cores, mas também de um símbolo grande e verdadeiro, um símbolo que conjura o povo: a cruz gamada"[17].

No segundo escrito, "A legislação nacional-socialista e a reserva de *"ordre public" no Direito Internacional Privado"*, de 28 de novembro de 1935, SCHMITT sustenta que as questões do direito privado internacional devem ser resolvidas a partir da legislação racial nacional-socialista. Analisa, em tal trabalho, o limite da reserva de *ordre public*, principalmente para evitar conflito com as normas raciais do regime nacional-socialista. Assim, pois, argumenta SCHMITT que a reserva de *ordre public* compreende-se como um instrumento de resolução de questões conflituosas e que deve ser ativada sempre e quando uma lei estrangeira violar os "fundamentos do próprio ordenamento". Quer dizer, em suma, sempre que atacar as leis Nuremberg de proteção do sangue e da honra alemãs[18].

Essas provas da vinculação de SCHMITT com o regime autoritário nacional-socialista são importantes para destacar o autoritarismo das concepções de oposição entre amigo e inimigo que hoje ressurgem, como novidade, no direito penal do século XXI. Como se sabe, nos últimos tempos a doutrina penal mais especializada e qualificada -que tem tratado seriamente de analisar criticamente os pressupostos e os fundamentos do atual discurso do inimigo, que é defendido, por exemplo, pelo penalista alemão GUNTHER JAKOBS- sustenta que há aí uma luz reflexa das idéias de CARL SCHMITT. Há um reflexo no essencial e nas conseqüências de dita proposta de política criminal apresentada,

---

[16] SCHMITT, Carl. La Constitución de la libertad. In: ZARKA, Yves-Charles, *op. cit*., p. 62

[17] *Ibidem*, p. 63.

[18] SCHMITT, Carl, La legislación nacionalsocialista y la reserva del "ordre public" en el Derecho Internacional Privado, em ZARKA, Yves-Charles, *op. cit*., p. 86.

sobretudo em relação à necessidade política de tomar uma atitude de *associar e defender aos amigos e de desagregar e combater aos inimigos, num maniqueísmo evidente: homem pecador-mau-inimigo em oposição ao homem virtuoso-santo-amigo*[19].

Sem embargo, o próprio JAKOBS rechaça tal vinculação com o pensamento de CARL SCHMITT. Em uma resposta pouco convincente, JAKOBS argumenta que o conceito de inimigo de SCHMITT é um conceito teológico e que não se refere especificamente a um delinqüente, mas sim ao *hostil*, ao *outro*, quando há uma espécie de guerra civil. Ou seja, em outras palavras o que JAKOBS que dizer definitivamente é que o inimigo de SCHMITT não é penal, mas simplesmente político, motivo pelo qual não se aplica a referida doutrina[20]. O inimigo do direito penal do inimigo seria, portanto, o delinqüente perigoso, um *inimicus*.

---

[19] A vinculação entre as ideias de SCHMITT e JAKOBS aparecem em diversos trabalhos publicados em CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Derecho penal del enemigo**; el discurso de la exclusión. Buenos Aires, Montevideo: Editorial BdeF, 2006. A semelhança entre o pensamento de JAKOBS e SCHMITT também é destacada por MUÑOZ CONDE, Francisco. De nuevo sobre el derecho penal del enemigo. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 141: "Mas tampouco faltou ao longo da História construções teóricas que tenham dado e dão legitimação e fundamento a este tipo de normas de caráter excepcional. Uma delas, e talvez a mais representativa, foi a do famoso teórico do direito nazista CARL SCHMITT, quem com sua famosa distinção entre Freund und Feind, "amigo e inimigo", criou as bases para o desenvolvimento de uma construção jurídica que permitiria distinguir o Direito para o normal cidadão, de um Direito muito mais duro e excludente que haveria que aplicar aos inimigos". Recentemente veja-se MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. Tradução de Ana por Ana Elisa Liberatore S. Bechara. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.18, n. 83, p.93-110, mar./abr. 2010. E, finalmente, pelo menos nas consequências da lógica amigo-inimigo, veja-se também ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 159: "Se bem – insistimos – a proposta de Jakobs, não parte nem se apoia na de Schmitt, insensivelmente cai na sua lógica. Quando se afirma que se trata de casos excepcionais em que o estado de direito deve cumprir sua função de proteção e que este está legitimado para isso em razão da *necessidade*, ou seja, que não pode opor-se a estes obstáculos derivados de um conceito abstrato de estado de direito (*abstrakten Begriff des Rechtsstaates*), se está pressupondo que *alguém deve julgar acerca da necessidade e que este não pode ser outro que o soberano*, em análogo sentido ao de Schmitt".

[20] Tal ideia não é compartida por MUÑOZ CONDE, Francisco. **De nuevo sobre el derecho penal** del enemigo, *op. cit.*, p. 148: "É importante destacar isso, porque às vezes se quer entender o conceito de "inimigo" que utilizava SCHMITT como uma espécie de *hostes* no sentido bélico da palavra, referindo-se somente ao inimigo exterior cidadão de outro país com o que Alemanha esteve em guerra. Mas qualquer um que conheça os escritos de SCHMITT da época nazista e a atitude de furioso antissemita que mostrou naquela época, reflexada na aprovação entusiasmada das Leis de Nuremberg e na organização de um Congresso para erradicar a influência dos juristas judeus da ciência jurídica alemã, pode negar qual era o verdadeiro sentido da expressão do pensamento de CARL SCHMITT".

JAKOBS afirma:

> "Para Carl Schmitt, o conceito do político é um conceito teológico secularizado, que separa mais bem os que temem a Deus dos que não temem Deus aos oponentes políticos no sentido hoje habitual. O conceito de Schmitt não se refere a um delinqüente, mas sim ao hostil, ao outro; dentro do Estado, somente quando se chega a uma guerra civil existe uma confrontação política no sentido de Schmitt. Ao contrario, o inimigo do Direito penal do inimigo é um delinqüente de aquilo que cabe supor que são permanentemente perigosos, um inimicus. Não é outro, mas sim que deveria comportar-se como um igual e por isso se atribui culpabilidade jurídico-penal, diferente do hostil de Schmitt. Se nas minhas considerações houvesse feito referência a Carl SCHMITT, isso teria sido uma citação radicalmente falida"[21].

Nada obstante, a objeção levada a cabo por JAKOBS realmente não convence. Indubitavelmente, se é falso que, por um lado, os fundamentos de direito e políticos das duas doutrinas são exatamente iguais, é verdade, por outro lado, a afirmação de que a conseqüência final da proposta é idêntica: consiste na exclusão e eliminação completa, social e jurídica, do ser humano, como objeto sem valor, mediante a definição da qualidade de inimigo por parte do poder soberano.

Em primeiro lugar, não desentoam os dois pensamentos na medida em que a decisão político-criminal é sempre uma decisão materialmente política, independentemente da pessoa ou instituição que detenha o poder de definição ou concentração. Ora, falar de Direito é sempre e, sobretudo, falar de política e violência, máxime quando o ramo do ordenamento é o direito penal. Pense-se na aplicação da pena privativa de liberdade, na existência da prisão, na forma de luta contra o delito, na exclusão que, de uma maneira ou outra, sempre é provocada pelo sistema penal. Afinal, afirmar a separação de amigos e inimigos é sempre uma *decisão política* que independe da pessoa do autor (jurista, filósofo, político, etc.), pois o direito penal é o reflexo da política criminal e esta, por sua vez, da política geral.

Em segundo lugar, o *decisionismo* das duas correntes de pensamento é evidente por um único e grande motivo: um direito penal fundamentado a partir da oposição entre amigo e inimigo sempre instala um direito penal de exceção, de luta e de guerra, no qual o ordenamento jurídico, principalmente na parte dos direitos fundamentais, para os inimigos, é suspendido. O *decisionismo* consiste justamente em subordinar a normatividade a uma decisão que cria a ordem jurídica. Um decisionismo que, grosso modo, cria e mantém a violência institucionalizada.

---

[21] JAKOBS, Günther, ¿Derecho penal del enemigo? un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: _____.**Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad**. Madrid: Thomson Civitas, 2008. p. 50.

A presença do decisionismo no pensamento funcionalista de JAKOBS, inclusive em relação ao direito penal do cidadão, também parece ser a conclusão que chega SCHÜNEMANN: "Uma formação de conceitos puramente normativos, ou seja, livre de empirismo no sentido de JAKOBS, deve trabalhar forçosamente com conceitos vazios, que em realidade não resolvem o problema jurídico, mas sim somente o interpretam com outras palavras e, por isso, os atos posteriores são novamente cheios de conteúdo de modo puramente decisionista"[22].

Definitivamente, trata-se de uma teoria em que se destaca uma clarividente *centralização do poder na autoridade soberana* para a definição dos valores dominantes. Por outro lado, observa-se nitidamente a *imposição de situações de exceção* como anormalidade do estado de emergência que, lamentavelmente, converte-se em regra. A *suspensão do ordenamento jurídico* -principalmente dos direitos e garantias individuais dos inimigos- mantém a unidade nacional e a coesão política, instalando, assim mesmo, um estado de exceção penal que se converte também em regra.

Além do mais, se no ponto de partida o pensamento decisionista de SCHMITT não corresponde ao discurso de JAKOBS ou a qualquer outro discurso de corte classista, de exclusão e autoritário, não resta dúvida que nas conseqüências, ou seja, no resultado final e prático da teoria, não é possível negar a igualdade de posições teóricas, pelo menos em um ponto central: justifica a morte ou neutralização do inimigo do poder estabelecido, como estratégia normal e final de toda guerra (justa ou injusta, se é que alguma guerra pode ser justa).

Evidentemente, a idéia central da proposta do direito penal de exceção -o direito penal busca uma pacificação e identidade normativa da sociedade, no caso dos delitos praticados pelos cidadãos, mas em outros casos, como dos inimigos, necessita de força pura para combater fontes de perigo- reporta-se ao pensamento schmittiano, pois no centro está o pensamento de que "toda norma pressupõe uma situação normal e nenhuma norma pode ter vigência numa situação totalmente anômala com referencia a ela". Aliás, também nas principais conseqüências, derivadas do fato de que o poder "está capacitado para determinar por si mesmo também o "inimigo interno", ou seja, "formas de proscrição,

---

[22] SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. Tradução de Mariana Sacher. In: CONGRESO INTERNACIONAL. FACULDADE DE DERECHO EN LA UNED, Madrid, 2000.. **Modernas tendencias en la ciencia de derecho penal y en la criminología**. Madrid, UNED, 2001. p. 649. O decisionismo está tambem no criterio da oposição amigo e inimigo, segundo afirma KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt:** o político entre a especulação e a positividade. Barueri: Manole, 2006., p. 347: "A definição, mais exatamente, a caracterização do político com o auxílio do simples critério que é a discriminação entre amigo e inimigo é, não sem razão, aliás, a expressão do decisionismo schmittiano, o qual por vezes até tentou-se reduzir a essa fórmula; ela não se esgota, entretanto, o seu sentido".

desterro, ostracismo, de colocar fora da lei"[23]. Afinal, um repasso histórico comprova que sempre que o direito penal parte, para buscar a proteção do bem jurídico ou de qualquer outra finalidade legal, de uma lógica imposta pela separação entre amigos e inimigos, coincide, independentemente da época ou vontade do teórico, na fundamentação política sustentada por SCHMITT. Pior: será similar a teoria que, juntamente com outros motivos significativos mais além de jurídicos, foi parte responsável ou talvez de legitimação da matança planificada e legalizada de milhões de seres humanos, como aconteceu no regime do nacional-socialista.

Enfim, esses argumentos permitem dizer que na lógica e na consequência -que são declaradas expressamente por SCHMITT e que somente nesta última parte são assumidas pelo moderno discurso penal de exceção- são absolutamente iguais. Mais ainda: uma rápida leitura dos escritos dos dois autores mencionados, sem muitos detalhes específicos, pode inclusive confundir o leitor, pois fica impossível definir, sem notas posteriores esclarecedoras, quem é ou não o autor do discurso. A mescla dos dois pensamentos pode ser extraída das palavras de SCHMITT, que poderiam muito bem ser utilizada pelo penalista alemão JAKOBS.

Veja-se:

> "Segundo seja o comportamento de quem há sido declarado inimigo do Estado, tal declaração será um sinal de guerra civil, isto é, da dissolução do Estado como unidade política organizada, internamente apaziguada, territorialmente cerrada sobre si e impermeável para estranhos. A guerra civil decidirá então sobre o destino ulterior dessa unidade. E a despeito de todas as ataduras constitucionais que vinculam o Estado de direito burguês constitucional, tal coisa vale para ele na mesma medida, senão em medida ainda maior, que para qualquer outro Estado. Pois, seguindo uma expressão de Lorenz *von Stein*, "no Estado constitucional" a constituição é "a expressão da ordem social, a existência mesma da sociedade cidadã. Mas quando é atacada, a luta então deve ser decidida fora da constituição e do direito, em consequência *pela força das armas*"[24].

De qualquer maneira, o político está no conteúdo da oposição amigo e inimigo, concretizado pela possibilidade de morte real. O político está na definição do inimigo, ou seja, o político está tanto na lógica de SCHMITT como em qualquer discurso penal que tenha a pretensão de fundamentar um sistema a partir de uma divisão, exclusão ou luta.

O pensamento schmittiano derivado do enfrentamento amigo e inimigo -que possibilita ao Estado definir amigos e inimigos e, depois, dispor da vida humana- está contido, ainda que de forma aberta ou oculta, em todo e qualquer discurso de luta, de exceção, numa sociedade marcada pela divisão social. Desde aí surge o problema atual que diz respeito à compatibilidade dessa lógica amigo-inimigo dentro do moderno Estado

[23] SCHMITT, Carl. **El concepto de lo político**, *op. cit*., p. 75.

[24] *Ibidem*, p. 75-76.

de Direito: o direito penal do Estado social e democrático de Direito tem a função de neutralizar o político e não de legitimar a função autoritária traduzida na separação de amigos e inimigos. Como é sabido, desde os tempos da Ilustração, embora não raras vezes se esqueçam, os ideais humanitários e pacifistas do direito penal existem para a contenção da criminalização do inimigo e não para legitimar as atrocidades cometidas pelo poder punitivo. Qualquer direito penal que tenha como missão algo distinto da função de contenção do poder punitivo é um direito penal eminentemente autoritário, de clara característica antiliberal e, portanto, sempre incompatível com os avançados sistemas constitucionais adotados pelo ideal modelo de Estado social e democrático de Direito.

2 A OPOSIÇÃO ENTRE "HOMO SACER" (A VIDA NUA) E EXISTÊNCIA POLÍTICA (A VIDA QUALIFICADA): A TESE CRÍTICA DE GIORGIO AGAMBEN

Muito mais original que a antiga oposição schmittiana entre amigo e inimigo, que marca definitivamente a tendência da política criminal contemporânea, a relação entre o *homo sacer* (a vida nua, a existência livre de valor político) e a existência política (a vida qualificada) revela como atua a ideologia dentro de qualquer sistema político.

De fato, o ingresso do simples fato de viver (vida natural) na vida qualificada, em outras palavras, a politização total da vida nua, realmente parece ser, como mostra a tese de GIORGIO AGAMBEN, o fenômeno decisivo da modernidade, inclusive no que diz respeito ao sistema penal.

A politização da vida nua, segundo afirma AGAMBEN, constitui o acontecimento decisivo da modernidade porque marca uma transformação radical das categorias político-filosóficas do pensamento clássico, pois somente quando se questiona a relação entre a nua vida e política, que rege de forma encoberta as ideologias da modernidade, é possível sacar a política de sua ocultação e restituir o pensamento a sua vocação prática[25].

Na verdade, nos últimos anos uma nova análise mostra que vida nua começa a ser incluída nos mecanismos e cálculos do poder. A partir daí, a política se transforma em biopolítica, cuja conseqüência principal é a animalização do homem, mediante técnicas políticas refinadas, tais como os dois modelos tradicionais nos quais o poder penetra no corpo dos sujeitos, como argumenta corretamente AGAMBEN, seguindo MICHEL FOUCAULT. Por uma parte, por técnicas políticas (como a ciência de policiamento) por meio das quais o Estado assume e integra no seu interior o cuidado da vida natural dos

[25] AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer:* el poder soberano y la nuda vida. Valencia: Pre-Textos, 2006. p. 13.

indivíduos; e, por outra parte, por tecnologias do eu, mediante as quais se efetua o processo de subjetivação que conduz o individuo a vincular-se à própria identidade e à própria consciência e, ao mesmo tempo, ao poder de controle exterior[26].

A antiga ideia de politização da vida nua, cuja consequência como visto é o próprio processo de animalização do homem, foi descrita por AGAMBEN em uma enigmática figura do arcaico direito romano: "Homem sagrado é, sem embargo, aquele que o povo julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio; na verdade, na primeira lei tribunícia se adverte que "se alguém mata aquele que por plebiscito é sacro, não será considerado homicida"[27]. Assim, pois, a figura do direito romano do *homo sacer* (homem sacro), que é sacro, mas que se pode sacrificar impunemente, é um exemplo claro da vida nua que se pode dar morte de maneira lícita (antes do sacrifício, antes da pena, por exemplo), porque está numa "zona originária de indiferença" e sujeita, por isso mesmo, ao poder punitivo do soberano, sem qualquer controle. É uma vida sacrificável, uma "vida exposta à morte e, portanto, objeto de uma violência que excede a esfera do direito e do sacrifício"[28]. Em outras palavras, a vida natural é sempre objeto de cálculos e previsões do poder estatal e, por isso, ingressa progressivamente no espaço público, como exclusão e inclusão.

De outro lado, a zona de indiferença pode ser caracterizada como um espaço biopolítico, no qual a vida nua é o campo de atuação do poder soberano, sem limites ou compromissos de resistência, já que aí repousa o fundamento oculto de todo sistema político e, inclusive, do sistema penal. Trata-se de um estado de natureza, de um estado de exceção, de um espaço biopolítico no qual o poder estatal administra a liberdade e a vida nua, excluindo-as. Enfim, é um espaço biopolítico porquanto o soberano tem o poder e a faculdade de dispor da vida nua, seja para suprimir-la, seja para deixar-la fora do Direito, sem responsabilidade.

Deste modo, pode-se dizer que o poder soberano -hoje definitivamente o poder imperialista- faz da vida natural, da vida nua, uma estrutura fundamental de referência, para suprimir-la ou deixar-la fora do ordenamento jurídico, sem responsabilidade de qualquer espécie ou natureza. Daí porque se diz, desde as lições de FOUCAULT, que se trata de um biopoder.

WALTER BENJAMIN define esta dialética da violência: "toda violência é, como meio, poder que funda ou conserva o direito"[29]. Tanto é assim, que a violência que estabelece o

---

[26] *Ibidem*, p. 14.

[27] *Ibidem*, p. 94.

[28] *Ibidem*, p. 112.

[29] BENJAMIN, Walter, **Para una crítica de la violencia**, Buenos Aires, Leviatán, 1995, p. 27.

direito -a licitude de um ato que de outra forma seria ilícito- conjuntamente o conserva, já que o conteúdo do novo direito é a conservação do antigo. Assim, a guerra ilegítima se converte em legítima, de modo que em essa nova guerra legal se conserva a mesma violência da antiga. Com efeito, o poder estará garantido pela violência criadora do direito[30]. A partir disso, BENJAMIN parece encontrar então o significado da problemática, que é a origem do dogma da sacralidade da vida, especialmente a relação entre a sacralidade da vida e o poder do direito, entre o caráter sacro da vida e o poder soberano.

Em AGAMBEN, a dialética da dupla violência é um pouco diferente, em que pese partir dos mesmos fundamentos, porque a violência do estado de exceção -essa terra de ninguém e esse espaço biopolítico do poder soberano- não subtrai a regra, mas sim é a regra que, suspendendo-se, dá lugar a exceção e, somente de este modo, se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela[33]. Sem dúvida, disse AGAMBEN, "a violência que se exerce no estado de exceção não conserva nem tampouco estabelece simplesmente o direito, apenas que o conserva suspendendo-se e o estabelece excluindo-se dele"[32]. Ou seja, "a violência não estabelece nem conserva o direito, apenas o revoga"[33]. Dessa maneira, a estrutura descrita do poder soberano cria um espaço de natureza e de exceção em que é possível dar morte de forma impune, semelhante à situação do *homo sacer*. O soberano é o poder de matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, enquanto que sagrada (exposta ao poder de morte, mas não sacrificável) é a vida que está abarcada nesta esfera[34].

Por outro lado, não somente a morte da vida nua do *homo sacer* é importante, mas também a separação do bando da cidade cumpre uma função capital. Afinal, isso não é apenas a vida natural exposta à morte, mas também a vida privada de direitos. O abandono caracteriza-se pela indiferença e pela relação de exceção que se instala entre a vida nua e a vida qualificada.

Na História, o processo de animalização do homem remete ao antigo direito germânico e anglo-saxão, numa aproximação do *homo sacer* com a figura do *wargus* (homem lobo) e o *Friedlos* ("sem paz"). Isso vem fundamentado, principalmente, no conceito de paz (*Fried*) e na correspondente exclusão da comunidade do delinqüente habitual, que se convertia, por isso, em Friedlos, de modo que qualquer um poderia dar morte sem cometer homicídio[35]. Assim, pois, ficava no inconsciente coletivo como um

---

[30] *Ibidem*.
[31] AGAMBEN, Giorgio, *op. cit*., p. 31.
[32] *Ibidem*, p. 86.
[33] *Ibidem*, p. 85.
[34] *Ibidem*, p. 109.
[35] *Ibidem*, p. 136.

monstro híbrido, entre homem e animal, dividido entre a selva e a cidade, como figura banida, desterrada da comunidade. A vida do banido -como a do homem sacro- está no umbral da indiferença e se encontra no caminho entre o animal e o homem, a exclusão e a inclusão, uma figura que "habita de forma paradoxal ambos os mundos sem pertencer a nenhum deles"[36].

No caso do direito penal, o processo de animalização do homem e de desterro é ainda mais evidente quando se analisa, separadamente, a debatida proposta de existência de uma dupla política criminal, para os cidadãos e para os inimigos, assim como num direito penal de classes típico de sociedade de marcada desigualdade social. Um direito penal assim posto, de maneira paralela, na parte de luta contra inimigos ou de classes, redunda em uma completa animalização do homem mediante a politização completa da vida nua. Mais além de definir cidadãos e estrangeiros, define também amigos e inimigos, ricos e pobres, homens e animais. Daí porque a suspensão ou exclusão da norma jurídica constitucional de igualdade já é suficiente para que a vida nua ingresse automaticamente no espaço de exceção.

Com efeito, o estado de natureza em que vivem os afetados por uma política criminal de tamanha envergadura transmuda-se a uma situação de exceção, um espaço biopolítico, em que a vida natural, a liberdade e a dignidade podem desaparecer de forma impune.

A exposição de um programa criminal com essas características -infelizmente é a realidade nos casos de imigração clandestina, drogas e o terrorismo- suscita outros inconvenientes graves e perigosos para o Estado social e democrático de Direito.

Em primeiro lugar, o estado de exceção, se é verdade que se constitui como uma estrutura política fundamentalmente livre e juridicamente vazia, então tende sempre a converter-se em regra geral[37]. Isso agora parece que estar claro quando se sabe que as situações provisórias de emergência, expressadas pelo poder para justificar a ausência de direito, geram confusão com a própria norma e, definitivamente, convergência em regra. Ora, pois, um bom exemplo que atualmente prova de isso pode ser estudar a política estadunidense de luta contra o terrorismo internacional, contida nas conhecidas "leis patrióticas". Ali, não somente o estado de emergência permanente foi e é uma criação voluntária, injusta e mentirosa do poder, senão também se pode visualizar a instauração de um verdadeiro estado de exceção. Pior: um estado de exceção que se converte em regra geral, como se pode ver na "*indefinite detention*" e nos processos penais perante as denominadas "*military commissions*", dirigidos contra milhares de não-cidadãos (*homo sacer*) suspeitosos de praticarem atos terroristas.

---

[36] *Ibidem*, p. 137.

[37] *Ibidem*, p. 32-33.

De todo modo, é interessante observar como o estado de exceção e o estado de direito mesclam-se e, finalmente, quando a exceção tende a converte-se em regra, aparecem sem distinção. A princípio, o estado de natureza e o estado de direito são diferentes. Depois, o estado de direito e o estado de exceção estão um dentro do outro. Por fim, a exceção tende a converter-se em regra, sem nenhum tipo de distinção, como afirma AGAMBEN: "O estado de exceção não é, pois, tanto uma suspensão do espaço temporal, quanto uma figura topológica complexa, na qual não somente a exceção é a regra, mas sim em que também o estado de natureza e o direito, o fora e o dentro, transitam entre eles"[38].

Muito semelhante também parece ser o pensamento de ZAFFARONI, SLOKAR e ALAGIA, quando demonstram a eterna dialética entre o estado de direito e o estado de polícia:

> "O estado de direito é um produto da modernidade, que se estendeu por uma parte limitada do planeta, mas que não fez desaparecer o poder exercido conforme o modelo do estado de policia. A luta entre o modelo de estado de direito e estado de policia continua em todo o mundo, mas não somente frente aos autoritarismos instalados, mas sim também dentro das democracias. O estado de direito ideal é justamente ideal, ou seja, que não há estados de direito perfeitos na realidade, mas sim que todos os estados reais de direito (por óbvio que também os estados latino-americanos) são de direito até certo grau de perfeição"[39].

Isso explica também o motivo pelo qual a teorização do novo discurso contra o inimigo, de luta e de exceção, que caracteriza o discurso de classe, advém de países centrais e imperialistas, muitos dos quais são de razoável tradição democrática (interna) e considerados sólidos estados de direito. Naturalmente, o estado de direito não é estático e sempre haverá uma dialética entre o estado de policia e o próprio estado de direito. O coração do estado de policia, entendido como governo submetido a comando dos que mandam e sem igualdade perante a lei, como é o caso do estado de exceção, sempre pulsa dentro do estado de direito.

Em segundo lugar, a situação de emergência determinada pelo poder estatal, que cria voluntariamente o estado de exceção e que acaba infelizmente convertendo-se em regra geral, tampouco é objeto de delimitação constitucional. Não se trata mais que um "*état de siège*" ou de um "*martial law*" devidamente regulamentados por normas constitucionais e com responsabilidade por excessos na defesa de um estado de necessidade. Ao contrário, há uma situação jurídica de normalidade e um combate aos conflitos sociais naturais da

---

[38] *Ibidem*, p. 55.

[39] ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal**; parte general. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 21.

sociedade capitalista de maneira anormal. A guerra, agora, como modelo típico do estado de exceção e procedimento dirigido a necessidade de alcançar determinados objetivos, converte-se na *prima ratio* da política da modernidade, sem possibilidade jurídica de contenção e de responsabilidade.

Como consequência, o direito penal -quando não se confunde com a guerra mesma- converte-se também na *prima ratio* da política, ainda que exista consenso doutrinal, em todos os países civilizados, sobre a existência do princípio de intervenção mínima.

A questão remete, indubitavelmente, à natureza jurídica do estado de exceção. Por um lado, parte da doutrina que tem se dedicado ao tema entende que o estado de exceção é parte integrante do direito positivo e, portanto, fundamenta-se na necessidade delimitada e controlada juridicamente, de maneira autônoma. Por outro lado, outros autores sustentam que o estado de exceção é esclarecido pela teoria subjetiva do poder estatal, de conteúdo político que, para definir as situações de necessidades úteis para preservar da própria existência, importaria na análise de dados extrajurídicos, sem controle.

Em AGAMBEN, por exemplo, o estado de exceção parece constituir algo mesmo fora do direito: "Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem inteiro ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica"[40].

No direito público, segundo a conhecida doutrina de SCHMITT, a linha de rechaço concentra-se na possibilidade de disciplinar juridicamente o estado de exceção, porque a existência da suspensão do direito ou do não-direito seria uma situação política incontrolável, inclusive no que tange à legitimidade. Assim, então, se a norma está suspensa e não pode ser aplicada adequadamente à situação anormal, é sinal de que a relevância reside na decisão, porque há que se diferenciar normas de direito e normas de realização do direito, norma e decisão. Por isso, é possível compreender que na teoria o soberano é aquele a quem a ordem jurídica reconhece o poder de proclamar o estado de exceção. Daí também o paradoxo da soberania, porquanto o soberano, ao suspender a validez da lei, situa-se legalmente fora dela, ainda que, ao mesmo tempo, declare que não há alguém fora da lei[41]. Em suma, estar fora e, ao mesmo tempo, pertencer à estrutura do estado de exceção.

---

[40] AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 39.

[41] AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida**, *op. cit.*, p. 27.

Por outro lado, AGAMBEN recorda que o instituto do direito romano conhecido como *iustitium*, como modelo original da moderna concepção de estado de exceção, capaz de explicar as dificuldades teóricas enfrentadas pelo direito público no geral. Assim, o *iustitium*, como suspensão e interrupção do direito, traduz-se bem em um espaço juridicamente vazio e, portanto, como um paradigma do moderno estado de exceção. O estado de exceção não aparece como uma ditadura, mas sim como um espaço vazio, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas estão desativadas[42]. O estado de necessidade, por isso, não é uma situação de direito, mas apenas um espaço sem direito.

LUIGI FERRAJOLI sustenta a incompatibilidade entre o princípio da razão de estado, que legitima o estado de exceção, e, no direito penal da legislação de emergência, com a essência da jurisdição e do estado de direito. Apoiado na doutrina de HOBBES, afirma que a ruptura das regras do jogo, ditadas pela necessidade, somente cabe no caso do estado de guerra[43]. Assim, pois, FERRAJOLI admite que pouca importância tem a existência do estado de exceção no estado de guerra, seja interna ou externa. Mas, particularmente, agrega que a guerra interna "não é nunca justificável pela existência de qualquer ameaça a segurança do governo ou das formas de poder estabelecidas, apenas que somente por um perigo para a sobrevivência do estado e de suas leis fundamentais não afrontáveis de outro modo"[44]. Daí porque esclarece que, caso se considere o terrorismo, por exemplo, como um fenômeno de guerra, por atacar o fundamento do estado, então as práticas de emergência são politicamente legítimas e não são matéria de direito penal. Afinal, trata-se de um "*não-direito*, ou seja, de defesa de fato, justificada então pela necessidade, ainda que hoje injustificada por haver terminado o terrorismo"[45]. Ao contrário, caso se trate de um fenômeno criminal que não ataca os fundamentos das instituições democráticas, então realmente as práticas de emergência são politicamente ilegítimas e se pode falar de um direito *ilegítimo*[46].

A verdade é que uma zona vazia de direito ou um não-direito caracteriza-se pela prevalência da razão de estado (que conhece amigos e inimigos, ricos e pobres) em detrimento do estado de direito (que, no âmbito penal, somente conhece culpáveis e inocentes). Como assinalou FERRAJOLI, enquanto a razão de estado subordina os meios a consecução de fins políticos cuja formulação se confia, realista ou historicamente, a pessoa do soberano, o estado de direito subordina tais fins políticos ao emprego de meios juridicamente pré-estabelecidos, isto é, não abertos nem indeterminados, mas

---

[42] AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**, *op. cit.*, p. 78.

[43] FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón:** teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2000. p. 929.

[44] *Ibidem*, p. 829.

[45] *Ibidem*, p. 830.

[46] *Ibidem*, p. 830.

sim vinculados a lei[47]. No estado de direito nunca há espaço sem direito que exclua de responsabilidade e de compromisso jurídico com o poder que politiza a vida nua. Isso se deve ao fato de que, mais além dos direitos fundamentais inscritos nas normas constitucionais, as convenções de direitos humanos e outras regulamentações internacionais proíbem e não fazem nenhuma exceção para o caso da defesa ante um perigo. Por tal motivo, a posição de FERRAJOLI parece equivocada, como afirma corretamente o penalista italiano MASSIMO DONINI:

> "Desde logo, também o pensamento de Ferrajoli parece-me que é um pouco extremista ali onde, em branco e negro, olha em cada exceção uma exceção de princípios constitucionais, como se a Constituição não admitisse emergências e como se os princípios atuassem sempre e somente de uma maneira, quase que deduzindo da Constituição apenas um Código Penal e um único Código conforme os princípios. Que possam existir disciplinas diferentes, evidentemente, responde a essência do direito e da justiça, tanto que tampouco o ilustre filósofo poderia contestar o objetivo mas novo que é de definir os limites, temporais, estruturais, do ordenamento, de regras especiais constitucionalmente compatíveis, não de rechaçar dito empenho por uma presumível e talvez real ilegitimidade constitucional. Pois se trata de atuar para verificar a constitucionalidade e não se subtrair a ela"[48].

Especificamente em relação ao pensamento de AGAMBEN sobre o espaço livre de direito derivado do estado de exceção, também há que destacar a crítica levantada por DONINI:

> "Não se comparte aqui, por outra parte, o pensamento que vê no Estado de exceção um espaço livre de direito (e paradigma, entre outros, da mesma soberania). É, muito mais que isso, uma forma jurídica particular, onde se realiza, entre outras coisas, a tentativa de liberar de responsabilidade jurídica os atores que o gestionam. Posto que o estado de exceção existe verdadeiramente, sucede que está juridicamente sujeito a disciplina e limites. Negar tal tarefa ao direito (como parece afirmar AGAMBEN) significa dar realmente espaço aos Estados de exceção juridicamente isentos"[49].

---

[47] *Ibidem*, p. 814.

[48] DONINI, Massimo, Diritto penale di lotta vs. Direito penal del nemico. In: KOSTORIS, Roberto E.; ORLANDI, Renzo. **Contrasto al terrorismo interno e internazionale**. Torino: Giappichelli, 2006. p. 19-73.

[49] DONINI, Massimo. El derecho penal frente al "enemigo. In: FARALJO CABANA, Patricia (Dir.); PUENTE AVA, Luz María; SOUTO GARCÍA, Eva María (Coord.). **Derecho penal de excepción:** terrorismo e inmigración. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. *op. cit*., p. 46.

E mais:

> "Mas agora se trata de direito, não de fato: não eram as torturas de Guantánamo Bay que se analisavam, porque neste caso simplesmente se poderia tratar por uma lei de criminalização. Mas se admitimos que se trata de direito, devemos estabelecer quais são os percursos jurídicos que produzem a invalidez, no lugar de descrever como assunto "fora de lei". Então, uma posição que produza "espaço sem direito", sem embargo, deixa livre o poder político de seguir a proclamação, com Schmitt, que se a lei e a Constituição se completam de política, o salvador não pode ser a jurisdição, por meio de uma Corte Constitucional. O direito superior não controlará o poder público, mas sim que seguirá criando uma "norma" juridicamente imune"[50].

Mas cuidado: quando AGAMBEN descreve o estado de exceção como um espaço neutro de atuação do biopoder, não significa que legitime ou que não objete a necessidade de responsabilidade ou controle. Ao contrário, trata-se aqui de reconhecer que a realidade demonstra que, infelizmente, quando o poder politiza a vida nua, atua de maneira impune, numa zona de indiferença. De todo modo, não há dúvida de que a declaração de estado de exceção deve ser limitada por normas constitucionais que disciplinem os limites temporais, as garantias e os principais efeitos. Afinal, a declaração nunca deve estar isenta de controle jurídico e sempre é suscetível de controle de constitucionalidade, inclusive porque a suspensão do direito e das garantias fundamentais nunca é necessária para o restabelecimento da normalidade perdida. Claro está, portanto, que no estado de direito não há nada e ninguém imune ao controle jurisdicional.

A existência do exercício do poder punitivo sem controle jurisdicional -uma desgraçada realidade- também se transforma realmente em um estado de exceção, mas aí somente de *facto* e *nunca de jure*. Isso significa que o poder punitivo instalado à margem do Direito, como um direito penal subterrâneo, paralelo e classista, iguala-se aos delitos graves praticados contra os bens mais importantes da comunidade, porque afeta a estrutura do estado de direito, que existe justamente para preservar os direitos e as garantias individuais.

O direito penal subterrâneo, paralelo e classista é incompatível com o estado de direito porque é puro poder punitivo típico de estado de exceção e, ainda que formalmente existente, nunca será materialmente legítimo e justificável, moral e politicamente. A experiência tem demonstrado que sempre que o poder punitivo atua mediante um direito penal dessa natureza, os direitos fundamentais de uma parcela da população são sacrificados. E, por óbvio, o estado de direito não pode dar espaço para a admissão de sacrifícios de vidas humanas, ainda que seja para a proteção de elementos básicos do Estado. Por tal motivo, a concepção de guerra, como expressão máxima do estado de exceção

[50] DONINI, Massimo, Diritto penale di lotta vs. direito penal del nemico. In: , em KOSTORIS, Roberto E.; ORLANDI, Renzo, *op. cit*., p. 19-73.

e definida como uso desregulado da força, está proibida pela Carta das Nações Unidas, quando disciplina as "ações coercitivas"[51]. Ergo, não há, no Estado social e democrático Direito, qualquer uma cláusula aberta de excepcionalidade que permita utilizar o poder de punir (guerra declarada ou oculta, interna ou externa) para cumprir finalidades distintas da proteção dos bens jurídicos mais relevantes da comunidade.

3 O CONTROLE E A DOMINAÇÃO BURGUESA DO PROJETO NEOLIBERAL

O desenvolvimento capitalista apresenta-se sempre numa relação direta e conflituosa com o direito penal. Por uma parte, o direito penal se vê ligado ao modelo de política criminal estatal porque caminha pela estrada traçada pelo legislador, ainda que possa resistir dentro do marco constitucional interpretativo. Por outra parte, também a política criminal é determinada pela política geral, na forma e no conteúdo, de modo que, em tal círculo vicioso, o direito penal acaba retratando, como um espelho, as ideologias políticas da sociedade. Tanto é assim que, como disse SANTIAGO MIR PUIG, "uma rápida olhada na História põe em destaque que a evolução das idéias penais é paralela as concepções políticas"[52].

Por tal motivo, desde que o projeto neoliberal conquistou o poder político (TATCHER, REAGAN e KÖHL) nos anos 70 e 80 do século passado em três importantes nações (Inglaterra, Estados Unidos da América e Alemanha), o mundo inteiro -mas principalmente os países periféricos dependentes do capital externo- tem sofrido direta ou indiretamente os efeitos da derrota do Estado social e democrático de Direito. Em tal contexto, a política criminal e o direito penal, por conseqüência, também experimentaram e experimentam a amargura da política neoliberal desenvolvida pela Escola de Chicago.

Apoiados teoricamente nos ensinamentos de FRIEDRICH HAYEK e MILTON FRIEDMAN, o projeto neoliberal -como reação teórica e política ao Estado Social- começa a desenvolver uma política econômica globalizada fundamentada na liberdade de mercado e no Estado Mínimo, na qual o direito penal torna-se um importante meio de repressão e de luta. Assim, pois, enquanto que o Estado *neoliberal* exerce o minimalismo na economia e no mercado (a ordem livre por excelência) e no desenvolvimento de políticas sociais fundamentais (saúde, educação, moradia, etc.), o direito penal segue um caminho

---

[51] FERRAJOLI, Luigi. La guerra y el futuro del derecho internacional. In: BIMBI, Linda. **No en mi nombre, guerra y derecho**. Madrid: Trotta, 2003. p. 214.

[52] MIR PUIG, Santiago. Constitución, derecho penal y globalización. In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.). **Política criminal y reforma penal**. Madrid, Buenos Aires, Montevideo: B de F, Edisofer, 2007. p. 5.

absolutamente oposto: reforça e amplia a intervenção, inclusive utilizando a pena de morte e a dureza da pena privativa de liberdade, segundo as metas dos novos "gestores da moral coletiva", na feliz expressão de SILVA SÁNCHEZ[53].

A lucidez de MIR PUIG descreve a situação atual do direito penal derivada do poder neoliberal:

> "Junto com a exigência de um Estado mínimo na intervenção econômica, reclama-se uma intervenção cada vez mais intensa na luta do Estado contra o delito. Esta assimetria parte da aceitação expressa de uma distinta consideração por parte do Estado de cidadãos honrados e de delinqüentes. Se deixa de lado o modelo ilustrado que parte de uma imagem única de cidadão, válida para todas as pessoas, que as confere iguais direitos e deveres. Os criminais já não estão entre os cidadãos em que se tem que retroceder a intervenção do Estado. A Justiça penal deixa de ser um sistema de proteção preferencial dos direitos do acusado (aquela Magna Charta do delinqüente de que falava von Liszt), para converter-se em um meio de luta contra o delinqüente e de proteção das vítimas. A tendência é desaparecer a simpatia pelo delinqüente e a preocupação pelos condicionamentos sociais da conduta. Agora se admite que os delinqüentes são "os outros", que "nós" e "eles" não tem nada a ver. O Estado neoliberal não econômico é um Estado não solidário tanto com os perdedores do econômico como com os delinqüentes"[54].

Esse fenômeno complexo explica-se pela eterna relação de enfrentamento entre os valores de segurança e liberdade, onde há um maior sacrifício do valor liberdade (geralmente das pessoas do povo e desprovidas de propriedade) frente ao valor segurança (geralmente das pessoas da nova elite extraterritorial e possuidoras do poder do capital).

---

[53] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal:** aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001. p. 66 e ss.

[54] MIR PUIG, Santiago. Constitución, derecho penal y globalización, *op. cit*. p. 40. Essa idéia é compartida também por não penalistas, entre outros, na essência, por SANTOS, Boaventura de Souza. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 112-113: "Em relação ao Estado de Exceção, o fascismo social está eliminando os direitos sociais e econômicos, é o resultado do desmoronamento dos direitos sociais, e neste momento há também um ataque aos direitos civis e políticos. Já não são somente os sociais e econômicos, são todos. E nesse novo Estado de Exceção, tal como há política democrática e o fascismo social, não há suspensão das liberdades, a Constituição está em vigor, mas há um novo Estado de emergência que se assenta nas ideias de que sua legitimidade se baseia hoje na governabilidade, ou seja, na possibilidade de governar sociedades que são cada vez mais ingovernáveis. Está se criando a ideia que o governo tem que se defender de atores hostis que estão fora e dentro do sistema, e podem ser cidadãos ou organizações – o que se chama de inimigo interno. Surge um direito penal do inimigo (já teorizado na Alemanha) totalmente distinto do direito penal dos cidadãos. Toda a legislação antiterrorista é parte desse processo de atuar contra o inimigo interno". Veja-se também NEGRI, Antonio. **La fábrica de porcelana**: una nueva gramática de la política. Tradução de Susana Lauro. Barcelona: Paidós, 2008. p. 69.

KARL MARX e FRIEDRICH ENGELS já falavam da problemática que é esse conflito:

> "Somente dentro da comunidade, pois, é possível a liberdade pessoal. Nas outras comunidades, mais que verdadeiras comunidades, que existiram até agora -o Estado, etc.-, a liberdade pessoal não existia para ninguém salvo para os indivíduos que lograram alcançar a classe dominante e somente enquanto pertenciam a ela. Até o presente as comunidades em que se associavam os indivíduos, não tinham nada mais que aparências; se tornam independentes sempre dos indivíduos, chegando a serem entes distintos deles. Ademais, como era a associação de uma classe sobre outra, era para a classe dominante, não somente uma comunidade completamente ilusória, mas sim também uma nova forma de impedir o desenvolvimento humano. Na verdadeira comunidade, pelo contrário, os indivíduos, associando-se, conseguem ao mesmo tempo sua liberdade"[55].

Na verdade, trata-se de conflito entre dois valores -liberdade e segurança- que se intensifica por conta das desigualdades sociais e da separação mundial de ricos e pobres (atualmente espacial e social). Como aduz ZAFFARONI: "o certo é que o "navio espacial Terra" leva passageiros de primeira e de segunda classe -e sem dúvida também de terceira e com "bilhete de cão""[56]. Isso converte a "comunidade sonhada" (espaço de livre desenvolvimento humano no marco da plena liberdade) em uma "comunidade realmente existente" (espaço de individualismo, rivalidade, consumismo, etc.), agravando a violência e produzindo reiteradamente novas intervenções penais simbólicas. O problema agora é que a "segurança sacrificada em favor da liberdade tende a ser a segurança de outra gente; e a liberdade sacrificada em favor segurança tende a ser a liberdade *de outra gente*"[57].

Os legisladores parecem seguir quase sem crítica as propostas dos meios de comunicação que, dominados pelo poder econômico das grandes empresas e pela nova elite extraterritorial, ampliam, quando não inventam, a dimensão das desgraças e dos delitos, gerando uma sensação de insegurança e de vulnerabilidade coletiva. A difusão e manipulação dos sentimentos de incerteza e insegurança pela cultura *mass* media do neoliberalismo, leva ao mito do "paraíso perdido ou do paraíso que ainda se tem a esperança de encontrar"[58]. Isso permite, por outro lado, explicar o curioso fato de que a grande massa popular aceita sem resistência as medidas cada vez mais repressivas e racistas impostas contra ela mesma, inclusive nos países de democracia estável. Tudo isso provoca, por desgraça, um movimento popular de massa em sentido contrário ao esperado e, logo, uma nova legislação penal de emergência, implantada por governos conservadores e demagogos que, longe de soluções concretas, buscam benefícios individuais.

---

[55] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Ideología alemana**, Buenos Aires: Vida Nueva, 1958. p. 144-145.
[56] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: aproximación desde un margen. Bogotá: Themis, 1988. p. 42.
[57] BAUMAN, Zygmunt. **Comunidad**: en busca de seguridad en un mundo hostil. Madrid: Siglo XXI, 2003. p. 27.
[58] *Ibidem*, p. 9.

Nesse panorama pessimista da atualidade, de *subsunção real da sociedade ao capital*, o direito penal ordinário e o subsistema penal de exceção, tanto no direito interno como externamente por meio da guerra, realizam um dogma fundamental comum: empregam sem escrúpulos a violência dos meios ilegítimos a serviço de fins injustos. Tanto isso é uma verdade indiscutível que, no plano interno, basta citar como exemplos a nova enxurrada expansiva do poder punitivo, com regresso da pena de morte, da tortura e da dureza da pena privativa de liberdade. No plano externo, por sua vez, a situação parece ser ainda muito mais grave, como são significativos os novos exemplos de racismo neoliberal em tema como a imigração, o *lobby* político e econômico e parlamentar dos "petroleiros" nas guerras injustas e na reabilitação da guerra como instrumento de governo e de solução de problemas e controvérsias internacionais. Trata-se, na realidade, de uma parte essencial do processo de unificação dos objetivos do capital mundial neoliberal, a saber: a) definição de uma homogeneidade de valores dominantes por parte do poder soberano e imperialista, que permite separar cidadãos honestos de criminosos perigosos; b) predominância da idéia de especificidade sobre a de generalidade, mediante a atuação do velho e conhecido racismo; c) finalmente, uma aproximação ou confusão entre a teoria política da guerra e o direito penal de luta.

O equívoco -seguro que intencional- do pensamento neoliberal é tentar ressurgir a morta tese da homogeneidade de valores e interesses protegidos pelo direito, especialmente pelo direito penal, mesmo quando a *sociologia do conflito* tem afirmado que a sociedade capitalista reflexa as características de *câmbio, conflito e domínio*. Ademais, segundo a teoria materialista, os objetos de conflito na sociedade tardo-capitalista não são as relações *materiais* de propriedade, produção e distribuição, mas sim a *política* de domínio de alguns indivíduos sobre outros[59]. Por isso mesmo, parece oportuno destacar que no pensamento de MARX e ENGELS a superestrutura estatal representa a força necessária para a repressão das classes proletárias, como meio coletivamente aceitado, somente por dois motivos. Por um lado, porque "as ideias dominantes de uma época são sempre e simplesmente as idéias da classe dominante"[60]; e, por outro lado, porque o modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral[61].

---

[59] BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: Introducción à sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004. p. 127.

[60] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifiesto del Partido Comunista. In: _____. **Los grandes fundamentos II**. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.,v. 4, p. 295. Veja-se também MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. **Ideología alemana**, *op. cit*., p. 82-83. Sobre os conflitos de classes, veja-se as sempre belas e claras palavras de MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifiesto del Partido Comunista, *op. cit*., p. 280: "A história de toda sociedade é, até hoje, a história da luta de classes. Livres e escravos, patrícios e plebeus, barões e servos da gleba, maestros e oficiais dos grêmios, em uma palavra, opressores e oprimidos, sempre antagonicamente enfrentados uns aos outros, empenhados numa luta ininterrupta, ora oculta ora aberta, que conduz sempre a uma transformação revolucionária de toda sociedade ou a desaparição conjunta das classes combatentes".

[61] MARX, Karl. **Contribuição para a crítica da economia política**. Lisboa: Estampa, 1973. p. 28.

No caso do direito penal seria suficiente recordar as lições de ANTONIO NEGRI no sentido de que o direito penal racionalmente desempenha um papel essencial nos "mecanismos de reprodução do despotismo capitalista sobre a sociedade – e, por isso, é cada vez mais irracional e inumano", mais além de um *faux frais* (gastos adicionais do sistema)[62]. Tanto é assim que a história da pena também tem revelado a verdade da instrumentalização classista do direito penal. Como se sabe ou se deveria saber, antes da aparição do sistema de produção capitalista não existia a prisão como lugar de execução da pena privativa de liberdade. Somente quando o trabalho humano é convertido em tempo e, logo, em "riqueza social" (capitalismo), a prisão passa a ter o poder disciplinar necessário para o processo produtivo: se o trabalho assalariado produz uma riqueza social medida pelo tempo de exercício, então o tempo que o preso está na prisão tem um valor econômico negativo, representando uma pena *per se*. Desde aí, a prisão converte-se em um instrumento importante e necessário do poder capitalista para disciplinar *para a fábrica* e, por isso, o homem sem trabalho é um *inimigo de classe*, como destaca MASSIMO PAVARINI:

> "Somente com a aparição do novo sistema de produção a liberdade adquiriu um valor econômico: com efeito, somente quando todas as formas de riqueza social forem reconhecidas em um denominador comum de trabalho humano medido por tempo, ou seja, de trabalho assalariado, foi concebível uma pena que privasse o culpável de um quantum de liberdade, é dizer, de um quantum de trabalho assalariado. E desde este preciso momento a pena privativa de liberdade, ou seja, a prisão converte-se na sanção penal difundida, a penal por excelência, na sociedade produtora de mercadorias"[63].

Já EUGENE B. PASUKANIS definia as teorias do direito penal a partir de um interesse coletivo como deformações da realidade, já que na sociedade somente existem classes com interesses opostos e contraditórios[64]. O objetivo ideológico do sistema punitivo, de "proteção da sociedade", é uma "alegoria jurídica" que encobre o objetivo real de proteção de privilégios derivados da propriedade privada e dos meios de produção. A neutralidade

---

[62] NEGRI, Antonio. **La forma-estado**, Madrid: Akal, 2003. p. 408.

[63] PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. México: Siglo XXI, 1983.p. 36-37. Veja-se, entre outros, RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004; MELOSSI, Dario, PAVARINI, Massimo, **Cárcel y fábrica**: los orígenes del sistema penitenciário. México: Siglo XXI, 1979; GARLAND, David, **La cultura del control**: crimen y orden social en la sociedad contemporânea. traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005, se bem parece confundir o aumento da quantidade de delito com a sensação de aumento do delito, o que é muito distinto. De todo modo, o tema ainda é atual, enquanto existir o modelo neoliberal. Por exemplo, segundo afirma WACQUANT, Loïc, **Punir os pobres**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 20, hoje cinco milhões de americanos (2,5 da população adulta) estão nas redes do sistema penal, enquanto que os gastos anuais para controle dos delitos nos EUA chegam a 210 bilhões de dólares. Cf. también sobre os EUA; CHRISTIE, Nils, Un sensata **cantidad de delito**. Traducción de Cecilia Espeleta y Juan Iosa. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. p. 171-175.

[64] PASUKANIS, Eugene B.. **A Teoria geral do direito e o marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 150.

e generalidade da declaração ocultam o objetivo classista de dominação da luta de classes, na qual o direito, por conseqüência, garante. O direito, como superestrutura, é um instrumento da classe dominante, racionalmente ajustado à produção e reprodução das relações sociais. A pena, por um determinado período de tempo, é uma forma específica pela qual o direito penal, burguês-capitalista, realiza o principio da reparação equivalente, isto é, a representação do homem abstrato e do trabalho valorado em tempo[65].

Na moderna criminologia, o fenômeno que oculta a ideologia de classe foi também descoberto. Por um lado, pelas indagações da teoria do *labeling approach* sobre os efeitos produzidos pela aplicação da etiqueta de criminoso (a dimensão do sujeito) e sobre a definição do desvio como qualidade atribuída pelas instâncias oficiais de controle de comportamentos e de pessoas (dimensão da definição e do poder de definição). Assim é que o crime, o criminoso e a criminalidade não aparecem como "entidades ontolôgicas-naturais" (positivismo), mas sim "realidades construídas" pela atuação das agências de controle social penal (construcionismo). O conhecido teorema proposto por W. I. THOMAS explicava bem: "se algumas situações são definidas como reais, então elas são reais nas conseqüências". E também a modificação levada a cabo por SCHUR: "se tratamos como criminoso uma pessoa, é provável que ela se converta nisso mesmo".

Por outro lado, pelas questões sobre os pontos de distribuição do poder de definição (a quem é conferido o poder de definição) e as formas de distribuição das possibilidades de encontrar-se etiquetado (a quem é conferido o status de criminoso). Assim, o delito aparece como um comportamento da maioria das pessoas da sociedade capitalista, enquanto que a criminalização se traduz num processo atribuído e concentrado apenas nos estratos vulneráveis, mormente quando estão em jogo interesses do poder dominante, ligados sempre a exploração, pelo capital, do trabalho assalariado. Por isso, o processo de criminalização deve ser objeto de estudo no contexto da sociedade capitalista moderna, da estrutura social e do contexto sócio-econômico no qual se produz um conflito social[66]. A partir disso, a criminologia radical conseguiu comprovar que na sociedade capitalista a característica de fragmentariedade do direito penal, definido como idoneidade técnica de certas matérias e, não de outras, para a criminalização, oculta a proteção de interesses de

[65] *Ibidem*, p. 158.

[66] BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica? **Dei Delitti e delle Pene**, n. 3, p. 56, 1985.

classes e de grupos sociais de poder econômico e político e a criminalização de condutas típicas das classes subalternas, especialmente quando marginadas do mercado de trabalho[67].

Em suma, significa que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes e imunizar o processo de criminalização de comportamentos socialmente mais danosos, ligados funcionalmente a existência da acumulação capitalista, enquanto que, por outro lado, tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente em direção a formas de desvios típicas das classes subalternas, como afirmou BARATTA[68].

Partindo de outra perspectiva, fundamentada no poder disciplinar do direito penal, a genialidade de FOUCAULT afirmava o interesse econômico da burguesia, derivado de todos os mecanismos pelos quais o delinqüente é controlado, perseguido, punido e reformado[69]. A partir dessa noção definida como "economia de ilegalidades", FOUCAULT pode esclarecer que o desenvolvimento da sociedade capitalista estruturou-se também a partir de um duplo direito penal: a "ilegalidade de bens" (o direito penal das classes baixas) e a "ilegalidade de direitos" (o direito penal das classes altas)[70].

Seja qual seja a melhor razão, o certo é que o poder penal e a instituição do seqüestro denominada prisão, como instrumentos e aparatos necessários para a manutenção do status quo, sempre facilitaram a exploração e o aniquilamento dos "ineficientes" ou supérfluos do mercado de trabalho (o conhecido exército industrial de reserva de que já

---

[67] SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. Curitiba: Lumen Juris, ICPC, 2008. p. 45/126: "O processo de criminalização, nos componentes de produção e de aplicação de normas penais, protege seletivamente os interesses das classes dominantes, pré-seleciona os indivíduos estigmatizáveis distribuídos pelas classes e categorias sociais subalternas e, portanto, administra a posição de classe do autor, a *variável independente* que determina a *imunidade* das elites de poder econômico e político e a *repressão* das massas miserabilizadas e sem poder das periferias urbanas, especialmente as camadas marginalizadas do mercado de trabalho, complementada pelas *variáveis intervenientes* da posição precária no mercado de trabalho e da sub-socialização – fenômeno definido como administração diferencial da criminalidade".

[68] BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: introducción à sociología jurídico-penal, *op. cit*., p. 172.

[69] FOUCAULT, Michel. **É preciso defender a sociedade**. Lisboa: Livros do Brasil, 2006. p. 47.

[70] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 74: "Para as ilegalidades de bens – para o roubo – os tribunais ordinários e os castigos; para as ilegalidades de direitos – fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares – jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas, etc. A burguesia se reservou o campo fecundo da ilegalidade dos direitos. E ao mesmo tempo em que essa separação se realiza, afirmação à necessidade de vigilância constante que se faça essencialmente sobre essa ilegalidade dos bens". Assim também a descrição de SANTOS, Juarez Cirino dos, *op. cit*., p. 74-75: "Na formação do capitalismo, a criminalidade é estruturada em nível de prática criminal, de definição legal e de repressão penal, pela *posição de classe* do autor: a) as *massas populares*, especialmente *lumpens*, circunscritas à criminalidade patrimonial, são submetidas a tribunais ordinários e castigos rigorosos; b) a *burguesia*, circulando nos espaços da lei, permeados de silêncios, omissões e tolerâncias, move-se no mundo protegido da "ilegalidade dos direitos", composto de fraudes, evasões fiscais, comércio irregular, etc. – na gênese histórica da futura criminalidade de "colarinho branco" -, com os privilégios de tribunais especiais, multas e transações que transformam essa criminalidade em investimento lucrativo".

muito antes de tudo isso falava o grande MARX), protegendo, ao contrário, os sentimentos egoístas e ambiciosos do capitalismo moderno e de elite daí advinda.

Por isso tudo, o maior erro do direito penal -e agora do subsistema penal de exceção mais classista ainda- é desconhecer ou não reconhecer que a realidade do sistema penal demonstra que o poder punitivo caminha sempre contra as classes subalternas, porque nelas encontra facilidades para detectar os estereótipos orientadores do processo de seleção, representados por deficiências de socialização que, por sua vez, apontam para o fracasso de qualquer tentativa de interiorizar normas jurídicas[71].

Esse reconhecimento se faz essencial para revelar a ideologia do poder punitivo, seja do atual direito penal ordinário, seja daquele que promove a guerra por meio do uso do subsistema penal de exceção. Trata-se, na realidade, de destacar uma vez mais que qualquer proposta de criação de um direito penal de exceção, fundamentado ou não de forma aberta na oposição entre amigo e inimigo, conduz sempre ao fim de utilização forte do direito penal como instrumento de dominação, disciplina e neutralização das classes excluídas do processo de produção capitalista. Isso também se deve a predominância de um direito penal específico sobre a generalidade e que, ao contrário de que se possa crer, somente unifica os objetivos do capital com a teoria política dos estados autoritários[72].

Hoje, *per se*, as prisões provam que o sistema penal é a imagem dos excluídos da economia global, o lupemproletariado, isto é, esta putrefação passiva das capas mais baixas da velha sociedade[73], que funciona como uma espécie de espelho invertido da sociedade capitalista e excludente: o direito penal é um reflexo invertido do espelho do sistema social desigual[74].

---

[71] Esse fracasso explica-se pela noção marxista de "alienação legal" que descreve muito bem GARGARELLA, Roberto. Mano dura contra el castigo (I); igualdad y comunidad. In: _____. **De la injusticia penal a la justicia social**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008. p. 27: "situaciones extremas donde los ciudadanos no pueden identificarse con la ley, que ellos no crearon ni pudieron desafiar razonablemente, y frente a la cual sólo quedan ocupando el papel de víctimas". Nessas situações de severa e sistemática desigualdade e privações, disse GARGARELLA, é que a cidadania obtém motivos para desconfiar da lei e começar a separar-se dela.

[72] *Vid*. CIRINO DOS SANTOS, Juarez, *op. cit*., p. 68-69: "A predominância da *especificidade* sobre a *generalidade* da forma legal, através de leis emergenciais, casuísticas e autoritárias, é parte do processo de unificação dos objetivos do capital monopolista com a política do Estado fascista, para o domínio totalitário do poder econômico sobre as classes trabalhadoras – reduzidas à escravidão social -, mediante um controle social terrorista: os campos de concentração são a forma massificada da prisão e o genocídio (judeus, negros, e outras "raças inferiores") é a forma coletiva do extermínio. A ditadura terrorista do capital monopolista existe como repressão massificada da força de trabalho social: pela disciplina, pela força e pelo extermínio".

[73] MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. **Manifiesto del Partido Comunista**, *op. cit*., p. 288.

[74] *Vid*. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminologia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.p. 134-135: "A crítica ao sistema social e aos processos de criminalização que fazem surgir dito sistema não é, portanto, como pensam e dizem alguns (provavelmente com ânimo de desacreditá-la), ociosa ou um simples panfleto político de revolucionários e descontentes; é algo mais profundo que tem destacado que, com base nos dados empíricos atualmente existentes acrescentados pelas diversas teorias criminológicas, a atual forma de definir e sancionar algumas formas de criminalidade não é mais que o reflexo das próprias injustiças sociais do sistema que produz e elabora a criminalidade como uma forma de controle e de perpetuação das atuais estruturas sociais".

Essa realidade e essa tragédia, que marcam definitivamente a nova sociedade neoliberal vigente, estão muito bem retratadas nas palavras de BAUMAN: "As prisões são guetos com muros e os guetos são prisões sem muros"[75]. Nesse contexto neoliberal excludente, é possível concluir que o direito penal é uma estratégia *excludente de cidadania* e *eficiente* de controle social de massas desfavorecidas, dentro de estados caracterizados pela *subsunção real da sociedade ao capital*, em que indivíduos relacionam-se sempre, agora mundialmente, como *proprietários de capital* e como *possuidores da força de trabalho* (incluindo aí, por evidente, também o trabalho cognitivo e não apenas o físico, como se pensava antes). Em outras palavras, a violência do sistema penal, segundo NEGRI, não representa mais que o complemento da idéia de mercado, "com o fim de garantir o correto funcionamento social e ampliar os términos do mercado"[76].

Mas pode existir uma luz: um direito penal afinado com os postulados do verdadeiro e real estado de direito -e, portanto, que não admite um direito penal de exceção- deve seguir uma teoria de libertação do homem e assumir realmente uma papel crítico do sistema penal total, mediante uma relação entre o processo subjetivo de construção social da criminalidade (enfoque interacionista) e as estruturas objetivas das relações econômico-política (enfoque materialista). Aí parece residir uma maneira de rechaçar um direito penal de exceção e tentar a construção de um direito penal igualitário compatível com o real Estado social e democrático de Direito. Afinal, a política criminal não deve olvidar a luta de classes existentes na sociedade capitalista, porque, como já escreveram MARX e ENGELS, todos os conflitos da história possuem origem no contraste entre as forças produtivas e o regime social vigente[77]. Portanto, o fenômeno do delito ou desvio, dentro do sistema capitalista, somente explica-se quando o foco de atenção do delito e do delinqüente passa aos "mecanismos sociais e institucionais que definem, criam e sancionam a delinqüência"[78]. Assim, pois, esclarecendo melhor os processos de criminalização, talvez se possa revelar a ideologia do direito penal e, dessa forma, intentar adequá-lo ao ideal do Estado democrático e social de Direito.

---

[75] BAUMAN, Zygmunt, *op. cit*., p. 143.

[76] NEGRI, Antonio. **La fábrica de porcelana**, *op. cit*., p. 69.

[77] MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. **Ideología Alemana**, *op. cit*., p. 143.

[78] HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit*., p. 151.

II UM SABER PENAL LEGITIMADO: A RECONSTRUÇÃO DO DISCURSO PENAL A PARTIR DO MINIMALISMO PENAL

A função oculta desempenhada pelo sistema penal na sociedade capitalista e, consequentemente, o aumento da violencia social daí decorrente, tanto pelas agências formais como pelas informais, impõe a obligação de renovar o saber penal e a dogmática jurídico-penal. A ausência de legitimidade do direito penal abre dois apenas caminhos possiveis: um radical, que é a abolição do sistema penal; um moderado, que é a minimização do direito penal.

A opção abolicionista mostra-se coerente na causa e na consequência: se o sistema penal nunca pode legitimar-se, então é melhor que deixe de existir. Algo melhor que o direito penal é a desaparição do próprio direito penal. Contudo, essa proposta abolicionista esquece o fato de que a desaparição do direito penal não significa, necessariamente, a desapariçao do poder punitivo. A destruição do saber penal imprime concomitantemente o fim do controle formal sobre o poder punitivo. A violência seguirá existindo independientemente da existência do direito penal, ainda que sua supressão possa diminuir-la em certa medida.

A outra opção menos utópica é o direito penal mínimo e consiste na redução do direito penal ao mínimo necessário para a proteção da sociedade. Nesse sentido, a proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade desenvolve-se num sistema gradual e dependente: o direito penal é a última forma (*ultima ratio*) de controle social da violência[79].

Mas por que somente o direito penal mínimo é suscetível de legitimação? Afinal de contas, qual é o significado da palavra *legitimidade*? Legitimidade quer dizer o mesmo que legalidade? Essas são questões cruciais para legitimar o discurso penal e legitimar a própria dogmática jurídico-penal.

---

[79] Em sentido contrário ao "direito penal mínimo", GARGARELLA afirma que o objetivo do "republicanismo penal", fundamentado nos princípios essenciais da inclusão, integração social e vida comunitária, não deveria ser a "minimização da violência ou retirada do Estado, mas sim contribuir à integração social e fortalecimento dos vínculos interpersonais" (p. 39). Assim, pois, a resposta do "direito penal mínimo" seria o mesmo que aceitar a aplicação de doses moderadas de direito contaminadas por "barbárica injusticia" (p. 42). Contudo, o pensamento de GARGARELLA, de forte influência liberal norte-americana, desvirtua a missão do direito penal e o confunde com os ideais políticos da sociedade, que sim são importantes para mudar a desigualdade social. Não é o direito penal que muda a opressão social existente na sociedade, mas sim a política como projeto de sociedade na qual o cidadão, não os políticos, são partes. Não a política como administração da realidade social, mas a política como projeto de sociedade (PIETRO BARCELLONA). Por isso, a tese do republicanismo penal padece de um paternalismo extremo incompatível com a ideia de limitação do poder. Cf. GARGARELLA, Roberto, *op. cit*., p. 39-42. Críticamente, ANITUA, Gabriel I.; GAITÁN, Mariano, ¿Penas republicanas? In: GARGARELLA, Roberto, *op. cit*., p. 309-320.

A legitimidade do direito penal está estruturada na *racionalidade* do atuar do sistema penal. Legítimo é o exercício do poder planificado racionalmente quando existe *coerencia interna e um grau de verdade na sua operatividade* (os fins declarados e reaies devem ser coincidentes). ZAFFARONI aponta como características a existencia de "coerencia interna do discurso jurídico-penal" e "valor de verdade quanto à operatividade social"[80].

Com razão ZAFFARONI concreta a coerência interna do discurso jurídico-penal não só com a ausência de contradição ou lógica, mas precisamente com uma fundamentação antropológica: se o Direito serve ao homem, a planificação do exercicio do poder do sistema penal deve pressupor uma antropología filosófica básica[81].

Com efeito, a presença do ser humano no centro do Direito é uma premissa básica fundamental para legitimar o exercício do poder do sistema penal. *A contrario sensu*, a desconsideração do ser humano como *pessoa*, como faz atualmente o chamado "direito penal do inimigo" ou os postulados classistas do direito penal, por exemplo, nunca pode construir um saber legitimado.

Ademais, a legitimidade do poder do sistema penal depende do grau de verdade operacional. O discurso penal não pode elaborar-se mediante a declaração de fins que são impossiveis ou abstratos (sem contato com a realidade do ser). O direito penal é um eterno "dever ser" que encontra na realidade do ser a matéria necessaria para a contruçãodo delito. Portanto, a verdade operacional consiste na simetria de fato e norma, entre realidade e idealismo.

A legitimidade do saber exige entao que o direito penal seja um *meio adequado* para cumprir os fins propostos (a defesa dos bens jurídicos mais importantes da sociedade). Daí que o saber deve ser capaz de influenciar diretamente na realidade social. Por exemplo, se o direito penal quer proteger a salude pública contra os males causados pelas drogas, sua legitimaçao existirá sempre que possa reduzir esses efeitos indesejados. Mas se a intervençao penal causa mais mortes que o próprio consumo de drogas, então é evidente que constitui um meio inadequado para tal fim e, portanto, constitui um saber deslegitimado.

É equívoco confundir os vocábulos *legitimidade* e *legalidade*. A *legitimidade* depende do grau de coerência interna do discurso e da adequação para a obtenção dos fins propostos. Ao contrário, a legalidade exige apenas que o discurso penal obedeça o processo de produção de normas jurídicas, como determina o Estado de Direito. Mas o el cumplimento das exigências formais do principio de legalidade não implica necessariamente na afirmaçao da legitimidade. O exemplo da criminalização das drogas é claro: a política de

[80] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas**: deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Buenos Aires: Ediar, 2003. p. 20.

[81] *Ibidem*, p. 21.

luta contra as drogas cumpre a legalidade penal, mas há anos que está deslegitimada pela realidade dos fatos. Enfim, a legitimidade do poder do sistema penal requer a reconstrução do discurso penal a partir de uma ética "universal" dos direitos humanos e o único caminho possível nesse sentido é a proposta de minimização penal.

O direito penal mínimo está legitimado porque consiste num modelo de discurso penal que se estrutura numa dogmática jurídico-penal de alto grado de coerência interna e com grandes possibilidades de cumprir com as finalidades que expressamente declara. Internamente evita contradições lógicas porque está regido por princípios de limitação do poder: legalidade, lesividade, intervenção mínima, culpabilidade e humanidade. Materialmente também legitima-se porque minimaliza a intervenção especificamente para a proteção da pessoa, evitando, portanto, os riscos das doutrinas organicistas ou funcionais extremas. Finalmente mostra-se como um modelo adequado porque é modesto nos fins para que propõe: quer defender os bens jurídicos mais relevantes da sociedade e somente nos casos em que outras formas de controle social são insuficientes.

De mais a mais, também a legitimidade do modelo de direito penal mínimo deriva principalmente do duplo sentido já revelado por FERRAJOLI: como sistema de limite da libertade selvagem e como sistema de limite do poder punitivo exercido pelo próprio Estado[82].

O paradigma minimalista correto deve seguir uma teoria de liberação do homem e assumir realmente uma teoria crítica do sistema penal total, já seja desde o ponto de vista da relação entre o processo subjetivo de construção social da criminalidade (enfoque interacionista), já seja desde as estruturas objetivas das relaciones econômico-políticas (enfoque materialista). Porque efetivamente essa é a única maneira de rechaçar a existência de um direito penal deslegitimado e tentar a construção dum direito penal igualitário compatível com o Estado social e democrático de Direito.

Em tal contexto, a política criminal que reconhece a necessidade do direito penal mínimo não deve olvidar a luta de classes existente na sociedade capitalista, porque, como afirmam MARX e ENGELS, todos os conflitos das História têm sua origem, pois, "no contraste entre as forças produtivas e o regime social vigente"[83]. O fenômeno do delito ou desviu dentro do sistema capitalista apenas se explica quando se gira o foco de atenção do delito e do delinquente aos "mecanismos sociais e institucionais que definem, criam

---

[82] Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia., Bari: Laterza, 2007. p. 356: "come sistema di limiti alla libertà selvaggia dei consociati, tramite la proibizione, l´accercamento e la punizione come reati delle offese ai diritti altrui o ad altri beni o interessi stipulati come fondamentali; e come sistema di limiti alla potestà punitiva dello Stato, tramite le garanzie penali e processuali, le quali precludono la proibizione delle azioni inoffensive o incolpevoli e la punizione di quelle offensive e colpevoli senza un loro corretto accertamento".

[83] MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. **Ideología alemana**, *op. cit*., p. 143.

e sancionam a delinquência"[84]. Do contrário a legitimaçao necessária do direito penal torna-se uma meta difícilmente alcançável. É mais ainda: somente discernindo os processos de criminalização é possivel revelar a ideologia do direito penal tradicional (a proteção de grupos hegemônicos) e tentar adequar-lo ao Estado social e democrático de Direito, em um modelo minimalista que controle a violência informal (toda forma de violência selvagem entre cidadãos) e a violência formal (toda violência seletiva que exercem as agências policiais institucionalizadas contra os vulneráveis).

III AS VINCULAÇÕES ENTRE DIREITO PENAL MÍNIMO (DE ATO) E ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Depois da traumatizante experiência da Segunda Grande Guerra Mundial, o direito penal do sistema continental europeu abandonou o positivismo jurídico e o modelo de sistema penal fundamentado na idéia de autor ou atitude interna. No campo filosófico, o caminho foi o retorno aos postulados naturalistas, como única barreira possível de limitação do poder punitivo estatal totalitário[85]. Por outro lado, dentro do espaço jurídico-penal dominante, o resgate da vinculação entre direito penal e teoria política impulsionou o desenvolvimento de um sistema baseado principalmente na ação.

Um exemplo desta reconstrução dogmática jurídico-penal ofereceu MUÑOZ CONDE já no ano de 1975, quando fundou e desenvolveu as primeiras noções do princípio de intervenção mínima[86]. E também MIR PUIG quando, em meados dos anos setenta, derivava dos fundamentos do Estado social e democrático de Direito um razoável número de limitações formais e materiais ao poder legislativo, ao poder judicial e ao poder de execução de penas[87].

Sem embargo dessas construções teóricas democráticas, os resquícios da política criminal totalitária parecem sobreviver protegidos por uma capa quase imperceptível inclusive dentro do Estado social e democrático de Direito. Porque essas sobras totalitárias ainda são derivadas da política criminal do Estado Social: por um lado, na seara penal, pela

---

[84] HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit*., p. 151.

[85] Cf. RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; WELZEL, Hans. **Derecho injusto y derecho nulo**. Traducción de José María Rodriguez Paniagua. Madrid: Aguiar, 1971.

[86] MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975. p. 58-97.

[87] Cf. MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982. Veja-se, do mesmo autor, o clássico de 1976, intitulado: **Introducción a las bases del Derecho penal**: concepto y método, 2.ed. Buenos Aires, Montevideo: , BdeF, 2007. p. 108-148.

sobrevivência da escola positivista surgida na última terceira parte do século passado, que se baseava na idéia de que prevenção extrema para acabar com a ineficácia do sistema liberal; por outro lado, pela persistência de modelos de polícia totalitários, similares aos modelos antigos do século XX, ainda violentos, mas agora ocultos e silenciosos.

De toda forma, esses pedaços autoritários que ainda permeiam o núcleo do direito penal atual são cristalizados numa *concepção comum* que se conhece como "direito penal de autor": a aplicação de uma pena vinculada à personalidade ou ao caráter anti-social do autor[88].

Mas por que o direito penal de autor é incompatível com o Estado social e democrático de Direito? Por que uma política criminal fundamentada na idéia de criminalizar o "ser" e não o "fazer ou não fazer do ser" é inconstitucional desde os postulados do Estado social e democrático de Direito? Afinal, se é eficaz para proteção preventiva de bens jurídicos não seria também legítima? Pois absolutamente, não. O direito penal que advém do Estado social e democrático de Direito é um direito penal que se vincula à natureza dessa concepção política. Este modelo de Estado imprime um modelo assentado em três alicerces: primeiro, o Estado Liberal -integrado pela idéia de Estado de Direito e, portanto, fundamentado também no principio de legalidade, soberania popular, publicidade e separação de poderes- fixa uma orientação vinculante no sentido de que *é preciso defender os cidadãos contra os poderes do Estado*; segundo, o Estado Social, que agrupado com os postulados do Estado Liberal, deve impor ao direito penal um dever de atuação ativa nas relações sociais, para possibilitar que *todos os cidadãos possam participar do sistema social*; por fim, um Estado Democrático, em sentido formal, não como expressão da maioria popular, mas sim como *instrumento de proteção efetiva de direitos individuais fundamentais*.

Não bastasse isso, a própria noção de prevenção especial e geral da pena, nas vertentes positivas e negativas, demonstra que o direito penal do Estado social e democrático de Direito deve ser um direito penal de ato e não de autor. Não existe nenhuma função socializante da pena quando se criminaliza pelo ser e não pelo fazer ou não fazer. Um direito penal que pretenda fazer com que a pena cumpra uma função de reinserção social, não pode aceitar um sistema que idealisticamente seja seletivo e estigmatizante e, portanto, violador da dignidade da pessoa humana. Num sistema democrático de proteção geral -inclusive de minorias contra maiorias- a política criminal deve adotar um caminho para fortalecer da integração social, o que somente é possível quando a pena realiza suas funções

[88] Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**; parte general; tomo I: fundamentos. la estructura de la teoría del delito. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 176-177.

legítimas: uma, quando o condenado tem disponível um aparato destinado à interiorização de normas constitucionais ligados à qualidade de cidadão (pena como prevenção especial ou, pelo menos, como diria MUÑOZ CONDE, como não dessocialização)[89]; duas, quando a pena reforça a consciência jurídica geral dos valores constitucionais importantes para a vida numa sociedade democrática. Portanto, quando se cria uma política criminal baseada em critérios pessoais negativos, não retratados externamente numa ação típica, antijurídica e culpável, nunca se poderá cumprir as funções preventivas em sentido positivo da pena (reintegração e reafirmação do Direito). E quando não se realizam essas funções preventivas da pena, o direito penal não porta qualquer tipo de legitimidade, principalmente no marco do Estado social e democrático de Direito, pois esta concepção de Estado exige que qualquer restrição de direitos fundamentais -aqui, o direito de liberdade- respeite o (*a*) principio de dignidade humana, seja (*b*) "socialmente útil", (*c*) proporcional ao interesse que se pretende proteger e (*d*) absolutamente necessária para construir uma sociedade igualitária e justa.

Também há que consignar que, ainda fosse legítimo aplicar uma pena com finalidades de retribuição, mesmo assim esta idéia de pena se refere à culpabilidade da ação e não do autor. A retribuição da culpabilidade se funda na realização de um injusto penal, isto é, na ação ou omissão típica e antijurídica, mas não na existência do autor *per se*. De todo modo, este argumento é desnecessário, porque o Estado social e democrático de Direito é incompatível com a idéia de retribuição[90].

No Estado social e democrático de Direito, que é o acolhido pela Constituição brasileira de 1988, artigo 1º, a idéia de retribuição está descartada. Aqui, nesta concepção de Estado, o poder punitivo só pode ser exercido como *política social* posta a serviços de todos os cidadãos. O direito penal somente pode atuar quando resultar absolutamente necessários para proteger os cidadãos. O direito penal não existe para impor ética, moral ou determinada concepção religiosa. Por isso, o direito penal que brota do Estado social e democrático de Direito é aquele que se reduz ao mínimo o exercício do poder de punir, como garantia individual instransponível. Ao mesmo tempo, protege apenas os bens mais valiosos da comunidade, vinculados diretamente ao cidadão, evitando o exercício de violência fora do Direito. As conseqüências desse direito penal democrático podem ser analisadas tanto na dogmática penal, na teoria da pena e inclusive no processo penal.

Na dogmática penal, o princípio de lesividade impede que o direito penal assuma discursos moralistas. Basta recordar que os princípios básicos do direito penal democráticos

[89] MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y control social**. Bogotá: Temis, 2004. p. 83-118.

[90] Assim, entre nós, SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral, 3. ed. Curitiba, Lumen Juris, ICPC, 2008. p. 455.

atuam no campo da sexualidade, por exemplo, impedindo a intervenção penal quando não se trata de ações cometidas contra menores. Deveria isso também repercutir mais forte nos casos de intervenções em âmbitos como da prostituição, incesto e inclusive nos casos de violência doméstica, porque o direito penal não deve ser prestar ao fundamentalismo de um feminismo radical. Também o direito penal mínimo de ato impede criminalizar atos distantes da verdadeira lesão ao bem jurídico, como acontece na proteção de bens jurídicos abstratos e sem vinculação direta à pessoa humana, pois não é função do direito penal prestar à tutela de complexos funcionais que não respondem aos interesses individuais dos cidadãos.

Na teoria da pena, a circunstância judicial da "retribuição", prevista no artigo 59 do CP e utilizada para fixação da pena-base, deve considerada não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, notadamente pelo modelo de Estado assumido no artigo 1º. Ao contrário da idéia de retribuição que só aparece em leis anteriores à redemocratização do Brasil, vários dispositivos constitucionais encartados na parte dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1998 mostram que a política criminal do Estado brasileiro deve seguir um modelo preventivo limitado. Por exemplo, quando o inciso XLVI do art. 5º da CF adota o princípio da individualização da pena, nada mais pretende do que ajustar a pena à ação do autor, a fim de que, durante o cumprimento, seja realizada a função de reintegração, pois seria impensável cumprir as propostas do art. 3º da CF mediante a vingança ou sofrimento. Daí também porque o inciso seguinte do art. 5º, XLVII, da CF, veda penas de morte, perpétuas, de trabalhos forçados, banimento ou cruéis. A razão é evidente: em todas estas penas se vê um ponto comum, que é a idéia de retribuição. Em suma: do artigo 59 do CP brasileiro não foram recepcionados nenhuma das circunstâncias vinculadas ao direito penal de autor, como antecedentes, conduta social, personalidade.

Na mesma linha, é evidentemente inconstitucional e aberrante violação do direito penal mínimo de ato, que provém do Estado social e democrático de Direito, o agravamento da pena pela reincidência ou mesmo o uso dessa herança maldita agravante -encravada na psique de operadores do direito- para impedir benefícios processuais ou de execução (suspensão do processo, fixação do regime de pena, progressões, etc.). Esse instituto arcaico e o uso de antecedentes penais são posturas autoritárias que não se vinculam ao ato, mas sim ao autor. Logo, não respondem ao padrão democrático que se espera do direito penal do Estado social e democrático de Direito. Vale reproduzir aqui as lições de FLETCHER:

> "Es fundamentalmente injusto condenar a alguien acusado de un delito por el hecho de que haya cometido otros en el pasado. Si la presunción de inocencia significa algo en el actual Derecho penal, es que debemos juzgar el acto delictivo que sea objeto de la acusación con abstracción de la experiencia que se tenga del acusado o del conocimiento de su conducta delictiva anterior. Además, la conducta delictiva no se basa en el quebrantamiento de un deber, sino en la violación de bien jurídico específicamente protegido (Rechstgut)"[91].

[91] FLETCHER, George P. **Gramática del derecho penal**. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. p. 236.

IV Breves conclusões

O drama social que provoca o exercício sem controle do poder punitivo deve impulsionar um novo pensar e atuar. A oposição política entre amigo e inimigo de SCHMITT, a oposição entre "homo sacer" (a vida nua) e existência política (a vida qualificada) retratada por AGAMBEN e o controle e dominação burguesa do projeto neoliberal revelam os reais objetivos do poder punitivo, que consiste, *grosso modo*, na exclusão e aniquilamento das classes subalternas. Entretanto, o Estado social e democrático de Direito oferece um dique de contenção do poder punitivo que se traduz na assunção dos postulados normativos do direito penal mínimo de conteúdo preventivo.

A legitimidade do direito penal na sociedade democrática depende de instrumentos normativos que protejam os bens jurídicos mais relevantes da comunidade e reduzam significativamente a violência social que o sistema penal cria e mantém encapsulado. Cabe aos operadores do direito fazer essa engrenagem rodar para o lado correto. Utilizando aquele famoso escrito que MARX redigiu na primavera de 1845, é hora de deixar de interpretar o mundo de forma diferente; trata-se porém de **modificá-lo**[92].

[92] MARX, Karl. Teses sobre Feuerbach. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Omega [s.d.]. p. 210.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: el poder soberano y la nuda vida. Valencia: Pre-Textos, 2006.

_____. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANITUA, Gabriel I.; GAITÁN, Mariano, ¿Penas republicanas? In: GARGARELLA, Roberto. **De la injusticia penal a la justicia social**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008.

ARENDT, Hannah. **Los orígenes del totalitarismo**. Madrid: Taurus, 2001.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: introducción à sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.

_____. Che cosa è la criminologia critica? **Dei Delitti e delle Pene**, n.º 3, 1985.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidad**: en busca de seguridad en un mundo hostil. Madrid: Siglo XXI, 2003.

BENJAMIN, Walter. **Para una crítica de la violencia**. Buenos Aires: Leviatán, 1995.

BIMBI, Linda. **No en mi nombre, guerra y derecho**. Madrid: Trotta, 2003.

CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Derecho penal del enemigo**: el discurso de la exclusión. Buenos Aires, Montevideo: Editorial B de F, 2006.

CHRISTIE, Nils. **Un sensata cantidad de delito**. Traducción de Cecilia Espeleta y Juan Iosa. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

DONINI, Massimo. El derecho penal frente al "enemigo". In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Derecho penal del enemigo**: el discurso de la exclusión. Buenos Aires, Montevideo: Editorial B de F, 2006.

_____. El derecho penal frente al "enemigo. In: FARALJO CABANA, Patricia (Dir.); PUENTE AVA, Luz María; SOUTO GARCÍA, Eva María (Coord.). **Derecho penal de excepción**: terrorismo e inmigración. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

_____. Diritto penale di lotta vs. Direito penal del nemico. In: KOSTORIS, Roberto E.; ORLANDI, Renzo. **Contrasto al terrorismo interno e internazionale**. Torino: Giappichelli, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2000.

_____. La guerra y el futuro del derecho internacional. In: BIMBI, Linda. **No en mi nombre, guerra y derecho**. Madrid: Trotta, 2003.

_____. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia. Bari: Laterza, 2007.

FLETCHER, George P. **Gramática del derecho penal**. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

FOUCAULT, Michel. **É preciso defender a sociedade**. Lisboa: Livros do Brasil, 2006.

_____. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2006.

GARCIA SEGURA, Caterina; RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel J. **La seguridad comprometida**: nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados. Madrid: Tecnos, 2008.

GARGARELLA, Roberto. Mano dura contra el castigo (I): igualdad y comunidad. In:_____. **De la injusticia penal a la justicia social**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008.

GARLAND, David. **La cultura del control**: crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Traducción de Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

JAKOBS, Günther, ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: _____. **Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad**. 1. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2008.

KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt**: o político entre a especulação e a positividade. Barueri: Manole, 2006.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: M. Limonad, 2001.

MARX, Karl. **Contribuição para a crítica da economia política**. Lisboa: Estampa, 1973.

_____. Teses sobre Feuerbach. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Omega [s.d.]

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Ideología alemana**. Buenos Aires: Vida Nueva, 1958.

_____._____. Manifiesto del Partido Comunista. In: _____. **Los grandes fundamentos II**. México: Fondo de Cultura Económica, 1988, v. 4 .

_____. _____. **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Omega [s.d.]

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcel y fábrica**: los orígenes del sistema penitenciario. México: Siglo XXI, 1979.

MIR PUIG, Santiago. Constitución, derecho penal y globalización. In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.). **Política criminal y reforma penal**, Madrid, Buenos Aires, Montevideo. B de F, Edisofer, 2007.

_____. **Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982.

_____. **Introducción a las bases del derecho penal**: concepto y método, 2. ed. Buenos Aires, Montevideo: B de F, 2007.

MORESO, Josep Joan. Poder y derecho. In: GARCIA SEGURA, Caterina; RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel J. **La seguridad comprometida**: nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados. Madrid: Tecnos, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **De nuevo sobre el derecho penal del enemigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

_____. **Derecho penal y control social**. Bogotá: Temis, 2004.

_____. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

_____. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. Tradução por Ana Elisa Liberatore S. Bechara. **Revista Brasileira de Ciências Criminaís**, São Paulo, v.18, n. 83, p. 93-119, mar./abr. 2010.

NEGRI, Antonio. **La fábrica de porcelana**: una nueva gramática de la política. Traducción de Susana Lauro. Barcelona: Paidós, 2008.

_____. **La forma-estado**. Madrid : Akal, 2003.

ORESTES AGUILAR, Héctor. **Carl Schmitt, teólogo de la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

PASUKANIS, Eugene B. **A Teoria geral do direito e o marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. México: Siglo XXI, 1983.

RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; WELZEL, Hans. **Derecho injusto y derecho nulo**. Traducción. de José María Rodriguez Paniagua. Madrid: Aguiar, 1971.

ROXIN, Claus, **Derecho penal**: parte general, tomo I: Fundamentos. la estructura de la teoría del delito. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

SCHMITT, Carl. La ciencia del derecho alemana en su lucha contra el espíritu judío. Comentario final en el Congreso del Grupo del Reich de Profesores Universitarios de la Unión Nacionalsocialista de Juristas de los días 3 y 4 de octubre de 1936, em ZARKA, Yves-Charles, Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt, Barcelona, Anthropos, 2007.

_____. **El concepto de lo político**. Madrid: Alianza, 1998

_____. La Constitución de la libertad. In: ZARKA, Yves-Charles. **Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt**. Barcelona: Anthropos, 2007.

_____. **El crimen de guerra de agresión en el derecho internacional y el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege"**. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

_____. **Estructura del estado y derrumbamiento del Segundo Reich**: la lógica de la sumisión espiritual. Madrid: Reus, 2006.

_____. El "Führer" defiende el derecho: el discurso de Hitler ante al Reichstag del 13 de julio de 1934. In: ZARKA, Yves-Charles. **Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt**. Barcelona: Anthropos, 2007.

_____. Legalidad y legitimidad. In: ORESTES AGUILAR, Héctor; ORESTES AGUILAR, Héctor. **Carl Schmitt, teólogo de la política**. México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

____. La legislación nacionalsocialista y la reserva del "ordre public" en el derecho internacional privado. In: ZARKA, Yves-Charles. **Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt**. Barcelona: Anthropos, 2007.

_____. Teología política. In: ORESTES AGUILAR, Héctor. **Carl Schmitt, teólogo de la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. Tradução de Mariana Sacher. In: CONGRESO INTERNACIONAL . FACULDADE DE DERECHO EN LA UNED, Madrid, 2000. **Modernas tendencias en la ciencia de derecho penal y en la criminología**. Madrid: UNED, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: aproximación desde un margen. Bogotá: Themis, 1988.

_____. **En busca de las penas perdidas**: deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Buenos Aires: Ediar, 2003.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal:** parte general. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ZARKA, Yves-Charles. **Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt**. Barcelona: Anthropos, 2007.

DIREITO PENAL DO INIMIGO E TOTALITARISMO*

João Paulo Arrosi**

RESUMO

O ensaio tem o intuito de analisar as possíveis relações existentes entre o Direito Penal do Inimigo, aspecto do Direito Penal que tem emergido à luz cada vez mais e com maior intensidade nos últimos anos, e os caracteres da dominação totalitária. Para tanto, os referenciais teóricos assentam-se, sobretudo, nas reflexões dos filósofos Giorgio Agamben e Hannah Arendt sobre o tema do totalitarismo, as quais possibilitam que a investigação não se restrinja a uma discussão tradicionalmente jurídico-institucional da figura do Direito Penal do Inimigo, mas sim evidencie o caráter propriamente político e ligado às questões do biopoder. A importância de se proceder a uma investigação sobre a relação entre o Direito Penal do Inimigo e o fenômeno totalitário se faz sentir em toda a extensão da Ciência do Direito Penal e da Política Criminal, cujas pretensões então se turvam e caminham para uma zona de indistinção entre as noções de cidadão e inimigo. Zona esta na qual também se confundem a suspensão da lei (aí incluídos, por certo, os direitos e liberdades individuais) e a pura afirmação dessa lei, e que tem como origem a decisão soberana sobre o estado de exceção, que tende a coincidir com a e se apresentar como regra, e tem o campo de concentração como o verdadeiro paradigma político da modernidade.

Palavras-chaves: INIMIGO, DIREITO PENAL, TOTALITARISMO.

ABSTRACT

The purpose of the essay is to analyze the possible relations between Enemy's Criminal Law, aspect of Criminal Law that has been brought to light constantly and intensively in the last few years, and the characters of totalitarian domination. Thus, the theoretical references take place above all in the reflections of the philosophers Giorgio Agamben and Hannah Arendt about the subject of totalitarianism, which make possible that the investigation is not only restricted to a law-institutional debate about Enemy's Criminal Law, but also clarify the political nature and show the connection to the subject of biopolitic. The importance to investigate the relation between Enemy's Criminal Law and de totalitarian phenomenon is felt throughout Criminal Law and Criminal Policy, which intentions are blended and oriented to an indistinct zone between the citizens and enemies concepts. In this zone it is also confused the suspension of law (included rights and individual liberties) and the pure imposition of this law; this zone has as origin the sovereign decision about the state of exception, that tends to coincide with the and to present itself as the rule; and it has the concentration camp as the real political paradigm of modernity.

Keywords: ENEMY, CRIMINAL LAW, TOTALITARIANISM.

---

* Este texto, com algumas modificações, é a base da conferência apresentada no *Congreso Internacional de Historia del Derecho Constitucional*, realizado na cidade de Tlaxcala, México, nos dias 29 e 30 de outubro de 2008.

** Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Foi bolsista do CNPq. Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC/UFPR. Membro do Núcleo de Estudos Filosóficos e do Núcleo História, Direito e Subjetividade, ambos ligados ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Parecerista da Revista Fepodi (Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito).

INTRODUÇÃO

Este escrito principia com a seguinte hipótese em forma de questão: tendo como base e ponto de partida as idéias de Giorgio Agamben e de Hannah Arendt, é possível atribuir à noção do chamado Direito Penal do Inimigo tendências totalitárias?

Afinal, a importância de se proceder a uma investigação sobre a relação entre o Direito Penal do Inimigo, aspecto do Direito Penal que tem emergido à luz cada vez mais e com maior intensidade nos últimos anos, e o fenômeno totalitário, entendido precisamente a partir das reflexões de Hannah Arendt e de Giorgio Agamben sobre o tema, se faz sentir em toda a extensão da Ciência do Direito Penal e da Política Criminal, cujas pretensões então se turvam e caminham para uma zona de indistinção entre as noções de cidadão e inimigo. (Como convictamente expressa o professor da Universidade de Frankfurt, Cornelius Prittwitz, "o direito penal como um todo está infectado pelo direito penal do inimigo"[1]). Zona esta na qual também se confundem a suspensão da lei (aí incluídos, por certo, os direitos e liberdades individuais) e a pura afirmação dessa lei, e que tem como origem a decisão soberana sobre o estado de exceção, que, segundo Agamben, tende a coincidir com a e se apresentar como regra, e tem o campo de concentração como o verdadeiro paradigma político da modernidade.

De acordo com Agamben,

> não se trata, isto é, de um retrocesso da organização política em direção a formas superadas, mas de eventos premonitórios que anunciam, como mensageiros sangrentos, o novo nómos da terra, que (se o princípio sobre o qual se funda não for novamente evocado e posto em questão) tenderá a se estender sobre todo o planeta.[2]

No âmbito do Direito Penal, como assinala Alejandro Aponte, "el fenômeno reseñado expresa el proceso, hoy generalizado, de expansión de lo que podría llamarse el paradigma del enemigo"[3] , no qual se desestrutura a relação entre os próprios cidadãos e surge o risco de se impor uma lógica da inimizade e da absoluta exclusão, não só, portanto, social, jurídica e política, mas uma exclusão mais originária: o banimento da vida enquanto tal.

---

[1] PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: v. 12, n. 47, p. 43. mar./abr. 2004.

[2] AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer. II potere sovrano e la nuda vita**. Torino: Giulio Einaudi editore, 1995, p. 45: "Non si tratta, cioè, di um regresso dell'organizzazione politica verso forme superate, ma di eventi premonitori che annunciano, come messi sanguinosi, il nuovo *nómos* della terra, che (se il principio su cui si fonda non sarà revocato in questione) tenderà a estendersi su tutto il pianeta."

[3] APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: IBCCRIM, n.º 51, 2004, p. 16.

I

O filósofo italiano Giorgio Agamben, em sua obra *Homo Sacer*, apresenta uma inquietante perspectiva sobre a modernidade ao refletir que, em nosso tempo, o corpo do cidadão, considerado sob o ponto de vista biopolítico, veio a ocupar um lugar fundamental nos mecanismos e cálculos do poder estatal. O horizonte biopolítico, no qual o filósofo inscreve suas análises, tem como ponto de partida a noção de biopolítica desenvolvida por Michel Foucault[4], da qual Agamben se apropria para integrá-la às análises que Hannah Arendt desenvolveu sobre o processo que leva o *animal laborans*, e, com ele, a vida biológica enquanto tal, a paulatinamente ocupar o centro da cena política moderna (*The human condition*, 1958), e àquelas que anteriormente havia dedicado ao poder totalitário (The origins of the totalitarianism, 1951). Agamben reúne, assim, a concepção de biopolítica de Foucault e as análises de Hannah Arendt no que chamou "os lugares por excelência da biopolítica moderna: o campo de concentração e a estrutura dos grandes estados totalitários do novecentos"[5].

Suas reflexões desvelam o vínculo encoberto que desde sempre teria ligado "vida nua", isto é, a simples vida natural apolítica, ao poder soberano. E uma obscura figura do direito romano arcaico seria a chave para uma releitura de toda a tradição política moderna: o *homo sacer*, um ser humano que podia ser morto por qualquer um sem que isso fosse passível de punição, mas que não devia ser sacrificado conforme as regras prescritas pelos rituais (inclusive jurídicos), isto é, um indivíduo posto fora da jurisdição

---

[4] Uma sumária e didática explicação do conceito de biopolítica (ou biopoder) pode ser encontrada em FONSECA, Ricardo Marcelo. **O poder entre o direito e a "norma":** Foucault e Deleuze na teoria do estado, repensando a teoria do estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 266-269. No que concerne aos escritos do próprio Foucault que tratam explicitamente do tema, conferir: o cap. V de de FOULCAUT, M. **História da sexualidade I:** a vontade de saber (1976), a aula de 17 de março de 1976 constante de **Em defesa da sociedade:** curso no Collège de France (1975-1976), Segurança, Território, População: curso dado no Collège de France (1977-1978) e Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979) – todos traduzidos para o português.

[5] AGAMBEN, **Homo sacer,** p. 6: "sui luoghi per eccellenza della biopolitica moderna: il campo de concetramento e la struttura dei grandi stati totalitari del novecento."

humana sem ultrapassar para a divina.[6] Nas palavras de Agamben, uma "*vida matável*[7] e *insacrificável*", uma vida humana que "é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão (ou seja, de sua absoluta *matabilidade*)".[8]

Dos tempos romanos quase imemoriais chegamos a 1920, Alemanha: vem a lume um opúsculo de capa cinza-azulada que apresenta como título *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens* ("A autorização do aniquilamento da vida indigna de ser vivida"). Seus autores: Karl Binding, um renomado penalista,[9] e Alfred Hoche, um professor de medicina que se ocupava de temas relativos à ética profissional.

No livro, que trata do suicídio e da eutanásia, Binding explica a impunibilidade do suicídio, concebendo-o "como expressão de uma soberania do homem vivente sobre a própria existência"[10]. E, a partir desta peculiar soberania do homem sobre si, Binding extrai por derivação a necessidade de autorizar o "aniquilamento da vida indigna de ser

---

[6] Agamben, ao tratar da estrutura da *sacratio*, esclarece que ela resulta da conjunção de dois aspectos – a impunidade da matança e a exclusão do sacrifício: "Antes de mais nada, o *impune occidi* configura uma exceção do *ius humanum*, porquanto suspende a aplicação da lei sobre homicídio atribuída a Numa (*si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, parricidas esto*). A própria fórmula referida por Festo (*qui occidit, parricidi non damnatur*) constitui antes, de qualquer modo, uma verdadeira e própria exceptio em sentido técnico, que o homicida [*uccisore*] chamado em juízo poderia opor à acusação, invocando a sacralidade [*sacertà*] da vítima. Mas até o *neque fas est eum immolari* configura, reparando bem, uma exceção, desta vez do *ius divinum* e de toda forma de matança [*uccisione*] ritual. As formas mais antigas de execução capital de que temos notícia (a terrível *poena cullei*, em que o condenado, com a cabeça coberta por uma pele de lobo, era encerrado em um saco com serpentes, um cão e um galo, e atirado na água, ou a defenestração do rochedo *Tarpea*) são, na realidade, mais ritos de purificação que penas de morte no sentido moderno: o *neque fas est eum immolari* serviria precisamente para distinguir a matança do *homo sacer* das purificações rituais e excluiria decididamente a *sacratio* do âmbito religioso em sentido próprio." (AGAMBEN, **Homo sacer**. p. 90).

[7] Segundo a nota 1 da tradução brasileira de **Homo sacer**. do it. "*uccidibile*, no original, e *uccidere* 'matar ou provocar a morte de modo violento'. Introduz-se esta forma um tanto curiosa do verbo *matar* por fidelidade ao texto original [italiano], e que equivaleria a *exterminável*, no sentido de que a vida do *homo sacer* podia ser eventualmente exterminada por qualquer um, sem que se cometesse uma violação" (**Homo sacer:** o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 195).

[8] AGAMBEN, **Homo sacer**. p. 11-12: "*la vita uccidibile* e *insacrificabile dell'homo sacer*", "la vita umana è inclusa nell'ordinamento unicamente nella forma della sua esclusione (cioè della sua assoluta uccidibilità)". Também, na p. 92: "una vita umana uccidibile e insacrificabile: l'*homo sacer*".

[9] A propósito, é interessante observar o que dois conhecidos penalistas contemporâneos, Claus Roxin e Eugenio Raúl Zaffaroni, o primeiro, europeu, o segundo, latino-americano, dizem a seu respeito: "Binding (1841-1920) es uno de los dogmáticos más importantes de la nueva ciencia jurídicopenal alemana" (ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** parte general. Madrid: Civitas, 2003, p. 114, nota 3); "Fue em Leipzig donde desarrolló la mayor parte de su obra entre 1873 y 1900 y fue Rector de esa Universidad em 1909, cuando la misma celebraba sus quinientos años de vida, hecho que sorprende a Binding en el punto culminante de su carrera científica, considerado incuestionablemente como uno de los líderes de la ciencia penal alemana" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal:** parte general. t. II. Buenos Aires: Ediar, 1981, v. 2, p. 262).

[10] AGAMBEN, **Homo sacer.** p. 150.

vivida" e, assim, também seu correlato implícito: a vida digna que merece viver. De acordo com Agamben, "a estrutura biopolítica fundamental da modernidade – a decisão sobre o valor (ou sobre o desvalor) da vida como tal – encontra, então, a sua primeira articulação jurídica em um bem-intencionado *pamphlet* a favor da eutanásia".[11]

Dentre aqueles incluídos no conceito de "vida sem valor", estariam os "incuravelmente perdidos" em razão de doença ou ferimento e que, em plena consciência de sua condição, desejavam absolutamente a "libertação"[12]. Mas também, além desses, os indivíduos tidos como "idiotas incuráveis", quer por terem nascido assim, quer por terem assim se tornado na velhice:

> 'Estes homens' – escreve Binding – 'não têm nem a vontade de viver nem aquela de morrer. De um lado, neles não é constatável consentimento algum à morte, de outro, a sua morte [*uccisione*] não se choca contra vontade alguma de viver, que deva ser superada. Sua vida é absolutamente sem finalidade, mas eles não a sentem como intolerável.' Mesmo neste caso, Binding não reconhece razão alguma 'nem jurídica, nem social, nem religiosa para não autorizar a morte destes homens, que não são mais que a assustadora imagem ao revés (*Gegenbild*) da autêntica humanidade'.[13]

Interessante aqui, segundo Agamben, "é o fato de que à soberania do homem vivente sobre a sua vida corresponda imediatamente a fixação de um limiar além do qual a vida cessa de ter valor jurídico e pode, portanto, ser morta sem que se cometa homicídio":

> A nova categoria jurídica de 'vida sem valor' (ou 'indigna de ser vivida') corresponde ponto por ponto, ainda que numa direção ao menos aparentemente diversa, à vida nua do homo sacer e é suscetível de ser estendida bem além dos limites imaginados por Binding.[14]

---

[11] *Idem*, p. 151: "La struttura biopolitica fondamentale della modernità – la decisione sul valore (o sul disvalor) della vita come tale – trova, dunque, la sua prima articolazione giuridica in un benintenzionato *pamphlet* in favore dell'eutanasia."

[12] Segundo Agamben, "Binding serve-se do termo *Erlösung*, que pertence ao vocabulário religioso e significa, dentre outros, redenção" (**Homo sacer**, p. 153).

[13] AGAMBEN, **Homo sacer**, p. 153: "'Questi uomini – scrive Binding – non hanno né la voluntà di vivere né quella di morire. Da una parte, non vi è alcun costatabile consenso alla morte, dall'altra la loro uccisione non si urta ad alcuna voluntà di vivere, che debba essere superata. La loro vita è assolutamente senza scopo, ma essi non la sentono come intollerabile'. Anche in questo caso, Binding non ravvisa alcuna ragione 'né giuridica, né sociale, né religiosa per non autorizzare l'uccisione di questi uomini, che non sono altro che la spaventosa immagine rovesciata (*Gegenbild*) dell'autentica umanità'."

[14] AGAMBEN, **Homo sacer**, p. 153-154: "è il fatto che alla sovranità dell'uomo vivente sulla sua vita faccia immediatamente riscontro la fissazione di una soglia al di là della quale la vita cessa di avere valore giuridico e pùo, pertanto, essere uccisa senza commettere omicidio. La nuova categoria giuridica di 'vita senza valore' (o 'indegna di essere vissuta') corrisponde puntualmente, anche se in una direzione almeno in apparenza diversa, alla nuda vita dell'*homo sacer* ed è suscettibile di essere estesa ben al di là dei limiti immaginati da Binding."

A advertência feita por Agamben ao fim do excerto aponta para o fato de que toda sociedade decide sobre o umbral além do qual a vida deixa de ter importância política, sendo então apenas "vida sacra" e, como tal, passível de ser impunemente eliminada, e toda valorização e toda politização da vida implica este fato:

> Toda sociedade fixa este limite, toda sociedade – mesmo a mais moderna – decide quais são os seus 'homens sacros'. É possível, aliás, que este limite, do qual depende a politização e a exceptio da vida natural na ordem jurídica estatal, não tenha feito mais do que se alargar na história do ocidente e passe hoje – no novo horizonte biopolítico dos estados de soberania nacional – necessariamente ao interior de toda vida humana e de todo cidadão. A vida nua não está mais confinada a um lugar particular ou em uma categoria definida, mas habita no corpo biológico de todo ser vivente.[15]

É importante observar que a "eliminação" de um indivíduo não significa, necessariamente, sua morte biológica, conquanto esta tenha sido o estágio final sobretudo nos campos de concentração nazistas (*Lager*), como também nos soviéticos (*Gulags*). Como salienta Hannah Arendt, "o que é preciso compreender é que a psique humana pode ser destruída mesmo sem a destruição física do homem; que, na verdade, a psique, o caráter e a individualidade parecem, em certas circunstâncias, manifestar-se apenas pela rapidez ou lentidão com que se desintegram":

> Como resultado final surgem homens inanimados, que já não podem ser compreendidos psicologicamente, cujo retorno ao mundo psicologicamente humano (ou inteligivelmente humano) se assemelha à ressurreição de Lázaro.[16]

---

[15] *Idem*, p. 154: "Ogni società fissa questo limite, ogni società – anche la piú moderna – decide quali siano i suoi 'uomini sacri'. È possibile, anzi, che questo limite, da cui dipende la politicizzazione e *l'exceptio* della vita naturale nell'ordine giuridico statuale, non abbia fatto che allargarsi nella storia dell'occidente e passi oggi – nel nuovo orizzonte biopolitico degli stati a sovranità nazionale – necessariamente all'interno di ogni vita umana e di ogni cittadino. La nuda vita non è piú confinata in un luogo particolare o in una categoria definita, ma abita nel corpo biológico di ogni essere vivente". Agamben assinala, aliás, que a fórmula cunhada por Binding reapareceu em 1940, quando o governo do Terceiro Reich emitira uma medida que autorizava "a eliminação da vida indigna de ser vivida", com especial menção aos doentes mentais incuráveis, conferindo, assim, "cidadania jurídica à 'morte por graça' (*Gnadentod*, segundo um eufemismo corrente entre os funcionários sanitários do regime)" (p. 154-155). A propósito, Hannah Arendt, referindo-se a Hitler e ao nazismo, menciona que a dominação totalitária progressivamente extermina "todos aqueles elementos – democracias, judeus, sub-homens [*Untermenschen*] do Leste europeu, ou doentes incuráveis – que, de qualquer forma, não são 'dignos de viver'" (**Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 399).

[16] ARENDT, **Origens do totalitarismo**, p. 491.

À despersonalização mencionada por Arendt corresponde a figura do *Muselmann* (o "muçulmano") descrita por Agamben em seu *Quel che resta di Auschwitz* e pela literatura de testemunho em geral respeitante à *Shoah*[17] (Améry, Carpi, Levi, por exemplo).

Curioso e atemorizante, por sua vez, é o vínculo que pode ser estabelecido entre os campos de concentração e o alerta sombrio que Nils Christie, um notório criminólogo escandinavo, faz sobre os sistemas atuais de controle da criminalidade:

> Os modernos sistemas de controle do crime podem transformar-se em Gulags de tipo ocidental. Com o fim da guerra fria, numa situação de profunda recessão econômica, e quando as mais importantes nações industriais não têm mais inimigos externos contra quem se mobilizar não parece improvável que *a guerra contra os inimigos internos receba prioridade máxima*, seguindo conhecidos precedentes históricos. Os Gulags de tipo ocidental não irão exterminar as pessoas, mas têm a possibilidade de afastar da vida social, durante a maioria de suas vidas, um grande segmento de potenciais causadores de problemas. Têm o potencial de transformar o que poderia ser o período mais ativo da vida destas pessoas *numa existência que não vale a pena ser vivida* (...). Gostaria de acrescentar: os maiores perigos do crime nas sociedades modernas não vêm dos próprios crimes, mas do fato de que a luta contra eles pode levar as sociedades a governos totalitários.[18]

II

Mas o que pode haver de relacional entre o "Direito Penal do Inimigo" e todas essas referências, desde o *homo sacer*, a "vida nua" que progressivamente vem a ocupar o centro da política moderna, os *Lager* e *Gulags*, até a "vida indigna de ser vivida"?

Günther Jakobs, professor emérito da Universidade de Bonn – notório penalista alemão cujas idéias, baseadas num normativismo extremo, cada vez mais se difundem tanto nos países da Europa continental como sobretudo nos latino-americanos –, apresentou uma polêmica conferência[19] num congresso internacional que ocorreu na Academia de Ciências de Berlim, em outubro de 1999.

---

[17] Preferimos o termo Shoah ao vocábulo *Holocausto*, para evitar na medida do possível a impressão do caráter sacrificial que sempre acompanha este último.

[18] CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime:** a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 4-5; os grifos não constam do original.

[19] JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafios del presente. In ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn; CONDE, Francisco Muñoz (Coord.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 53-64.

Um dos temas tratados em sua preleção fora justamente a retomada de um par conceitual, que já havia sido por ele, e pela primeira vez, mencionado em 1985[20] (mas, naquela época, ainda num tom crítico): Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo.

Agora, em 1999, o tom de advertência quanto ao perigo de um possível Direito Penal do Inimigo havia se transformado em estandarte levantado em favor da adoção da clara distinção entre cidadãos e inimigos:

> Quien quiera ser tratado como persona, debe dar también una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como tal. Si esta garantía no se da o incluso es denegada de forma expresa, el derecho penal pasa de ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una reacción frente a un enemigo. (...).
>
> El derecho penal de enemigos sigue otras reglas distintas a las de un derecho penal jurídico-estatal interno y todavia no se ha resuelto en absoluto la questión de si aquel, una vez indagado su verdadero concepto, se revela como derecho.[21]

Jakobs arrolara então algumas particularidades típicas, segundo ele, do Direito Penal de inimigos, dentre as quais, uma ampla antecipação da tutela penal (criminalização/imputação num estágio prévio a lesões de bens jurídicos), punições desproporcionalmente altas, a passagem de uma legislação de direito penal para uma legislação de "luta" para combater a delinqüência e, conforme suas próprias palavras, a "supressão de garantias processuais":

> En otras palabras, ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones sociales internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables por medio de la – si se me permite la expresión – neutralización de aquellos que no ofrecen la mínima garantía cognitiva necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados en el momento actual como personas. Es cierto que el procedimiento para el tratamiento de individuos hostiles está regulado juridicamente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actualmente no-personas.[22]

---

[20] Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung [Criminalização no estágio prévio a violação de bem jurídico]. ZStW 97 (1985), p. 753 e ss.

[21] JAKOBS, La autocomprensión.., p. 58.

[22] JAKOBS, La autocomprensión..., p. 58-59. De acordo com Luis Gracia Martín, "independientemente de la cuestión de si hay base suficiente para identificar en el Derecho positivo un específico y diferenciado *corpus legal* punitivo contra enemigos, lo cierto es que la doctrina penal presta hoy cada vez una mayor atención a los diversos aspectos y problemas que plantearía ese 'Derecho penal del enemigo' en cuanto concepto doctrinal y político-criminal que habría sido introducido con ese carácter en el discurso penal teórico actual por Jakobs" (MARTÍN, Luis Gracia. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminologia**, 2005, p. 02:2).

Emerge uma questão conceitual, apontada já pelo próprio Jakobs, que seria então se o Direito Penal do Inimigo permanece sendo "Direito" ou se seria já, ao contrário, um "não-Direito", uma pura reação (que, nos moldes das teses de Agamben, bem se poderia dizer: uma pura decisão soberana) perante seres "excluídos" (ou, na expressão de Jakobs, "não-pessoas" [*Unpersonen*]).

Aliás, é significativo que a menção textual a "indivíduos hostis", feita por Jakobs, permita o paralelo com um instituto ligado à auctoritas romana, cuja função específica era a suspensão do direito e a supressão do estatuto de cidadão: a declaração senatorial da hostis iudicatio. Como explica Agamben,

> Em situações excepcionais, em que um cidadão romano ameaçasse, através de conspiração ou de traição, a segurança da república, ele podia ser declarado pelo senado *hostis*, inimigo público. O *hostis iudicatus* não era simplesmente equiparado a um inimigo estrangeiro, o *hostis alienigena*, porque este era, porém, sempre protegido pelo *ius gentium* (Nissen, 1877, p. 27); ele era, antes, radicalmente privado de todo estatuto jurídico e podia portanto ser, em qualquer momento, despojado de seus bens e exposto à morte. A ser suspenso pela *auctoritas* não é aqui simplesmente a ordem jurídica, mas o i*us civis*, o próprio estatuto do cidadão romano.[23]

Vale ainda anotar que a oposição cidadão/inimigo, de que fala Jakobs, parece evocar, por sua vez, um outro binômio, muito semelhante, concebido nos idos de 1930 por Carl Schmitt, proeminente jurista e pensador político alemão que aderira explicitamente ao regime nazista — a dicotomia amigo/inimigo: "A distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre *amigo* e *inimigo*"[24].

Num outro escrito[25], citado e comentado por Luís Greco, Jakobs apresenta algumas impressionantes considerações:

---

[23] *Stato di eccezione*. **Homo sacer**, *II*, *I*. Torino: Bollati Boringhieri editore, 2003, pp. 102-103: "In situazioni eccezionali, in cui un cittadino romano minacciava, attraverso cospirazione o tradimento, la sicurezza della repubblica, egli poteva essere dichiarato dal senato *hostis*, nemico pubblico. Lo *hostis iudicatus* non era semplicemente equiparato a un nemico straniero, lo *hostis alienígena*, perché questi era pur sempre protetto dallo *ius gentium* (Nissen, 1877, p. 27); egli era, piuttosto, radicalmente privato di ogni statuto giuridico e poteva pertanto essere in qualsiasi momento spogliato dei suoi beni e messo a morte. A essere sospeso dall'*auctoritas* non è qui semplicemente l'ordine giuridico, ma lo *ius civis*, lo statuto stesso del cittadino romano."

[24] SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 51.

[25] JAKOBS, Günther. **Staatliche Strafe:** Bedeutung und Zweck. Paderborn: Ferdinand Schöningh Verlag, 2004 (há tradução espanhola: **La pena estatal:** significado e finalidade. Tradução: Manuel Cancio Meliá y Bernando José Feijoo Sánchez. Madrid: Editorial Civitas, 2006).

> 'Um indivíduo que não se deixa coagir a viver num estado de civilidade, não pode receber as bênçãos do conceito de pessoa'. Inimigos são 'a rigor não-pessoas', lidar com eles não passa de 'neutralizar uma fonte de perigo, como um animal selvagem'. (...). Na mais recente manifestação, são mencionados como ulteriores exemplos do direito penal do inimigo alguns pressupostos da prisão preventiva, as medidas de segurança, a custódia de segurança e as prisões de Guantánamo.[26]

O rol exemplificativo de tipos de inimigos apontado por Jakobs a partir da atual legislação alemã baseia-se na própria menção legislativa à "luta" contra a criminalidade: terroristas, traficantes de drogas, indivíduos ligados à criminalidade organizada, autores de "crimes sexuais e outras infrações penais perigosas", de delitos econômicos, indivíduos pertencentes a quadrilhas ou bandos.[27]

Para Jakobs, ao cidadão, a função do Direito Penal se manifesta através da pena enquanto atuação contrafática que assegura a vigência da norma, ao passo que, ao inimigo, a intervenção do Direito Penal se apresenta como pura coação que visa à eliminação de um perigo.[28]

Que todos esses aspectos, mencionados por Günther Jakobs sobre o Direito Penal do Inimigo, pareçam ademais se afinar com o que Hannah Arendt disse sobre a dominação totalitária talvez então seja algo que talvez não surpreenda: "O primeiro passo essencial no caminho do domínio total é matar a pessoa jurídica do homem."[29]

De outra parte, em que pese seja propugnado por alguns que um "Direito" de tal índole deva ser restrito a um contexto de emergência, "os Estados, ao contrário" – consoante assinala Silva Sánchez –, "vêm gradativamente acolhendo comodamente a lógica, que [Sergio] *Moccia* criticara com agudeza, da *perenne emergenza*. À vista de tal tendência, não creio que seja temerário prognosticar que o círculo do Direito Penal dos 'inimigos' tenderá, ilegitimamente, a estabilizar-se e a crescer".[30]

---

[26] GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 13, n. 56, p. 86, set./out. 2005.

[27] JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo. In JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005 (edição espanhola: Cuadernos Civitas, Madrid, 2003), p. 39-40.

[28] *Idem*, p. 25: "Se denomina 'Derecho' al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción." Também, na p. 31: "El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo... combate peligros". E, ainda, na p. 65: "En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la *contradicción*; en el Derecho penal del enemigo la *eliminación de un peligro*. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos *pueden* ser legítimos."

[29] ARENDT, **Origens do totalitarismo**, p. 498. Em outra passagem: "A destruição dos direitos de um homem, a morte da sua pessoa jurídica, é a condição primordial para que seja inteiramente dominado" (p. 502).

[30] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 151.

E, assim, a zona de indiscernibilidade entre regra e exceção, entre *homo sacer* e cidadão, vida nua e *bíos politikós*, de que fala Agamben, tende a se instalar num verdadeiro estado de exceção como regra. Para o filósofo italiano, "o totalitarismo moderno pode ser definido (...) como..."

> a instauração, através do estado de exceção, de uma guerra civil legal, que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas de categorias inteiras de cidadãos que por qualquer razão mostrem-se não integráveis ao sistema político. A partir de então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que eventualmente não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive daqueles ditos democráticos.[31]

Se, para alguns, realizar um diagnóstico acerca do chamado Direito Penal do Inimigo signifique "al mismo tiempo reclamar, aunque sea en outro plano metodológico, que las medidas represivas que contienen esos sectores de regulación de 'Derecho penal' del enemigo sean trasladadas al sector que en Derecho corresponde, y con ello, también al ámbito de discusión política correcto: a las medidas en *estado de excepción"*(Cancio Meliá)[32], então o que se perde de vista é justamente a advertência de que o estado de exceção, através de seus variados e multiformes dispositivos, está a se instalar como a regra. Ou seja: precisamente o que escapa à visão é que não se trata de planos metodológicos distintos, mas variantes de um e mesmo plano — o do *jurídico*.

Em virtude de todos esses pontos de intersecção que, em princípio, podem avistar-se entre o Direito Penal do Inimigo e as considerações de ordem política e filosófica que consubstanciam o referencial teórico proposto como ponto de partida – e que neste escrito apenas se permitem tratar em linhas ligeiras e provisórias –, uma pesquisa aprofundada a respeito de um tema desse jaez não parece desprovida de relevância. Antes, se apresenta como emergencial.

---

[31] *Stato di eccezione*, p. 11: "Il totalitarismo moderno può essere definito... come l'instaurazione, attraverso lo stato di eccezione, di una guerra civile legale, che permette l'eliminazione fisica non solo degli avversari politici, ma di intere categorie di cittadini che per qualche ragione risultino non integrabili nel sistema politico. Da allora, la creazione volontaria di uno stato di emergenza permanente (anche se eventualmente non dichiarato in senso tecnico) è divenuta una delle pratiche essenziali degli Stati contemporanei, anche di quelli cosiddetti democratici."

[32] *Prólogo* a JAKOBS/CANCIO MELIÁ, **Derecho penal del enemigo**, p. 9.

Afinal, como adverte Arendt, "as soluções totalitárias podem muito bem sobreviver à queda dos regimes totalitários sob a forma de forte tentação que surgirá sempre que pareça impossível aliviar a miséria política, social ou econômica de um modo digno do homem"[33].

* * *

Diante, pois, das considerações acima alinhavadas, o propósito de uma tal investigação gravita em torno da figura do Direito Penal do Inimigo e de sua inserção, como exemplo de dispositivo do poder biopolítico, no âmbito das trilhas abertas pelas reflexões jurídico-políticas dos pensadores que compõem o ponto de partida teórico do presente escrito, aqui brevemente tratadas.

Por isso, a *abordagem metodológica* para desenvolver a atividade investigativa proposta tem como base a filosofia política de Giorgio Agamben e de Hannah Arendt e segue na medida do possível "uma das orientações" – como anota Agamben – "mais constantes do trabalho de Foucault", isto é,

> "o decidido abandono da abordagem tradicional do problema do poder, baseada em modelos jurídicos-institucionais (...), em direção a uma análise sem preconceitos dos modos concretos pelos quais o poder penetra no próprio corpo dos sujeitos e nas suas formas de vida".[34]

A opção de tratar a questão do Direito Penal do Inimigo paralelamente ao âmbito propriamente jurídico leva em conta ademais a suspeita de Agamben "não só da consumada separação entre cultura filosófica e cultura jurídica, mas, antes, da decadência desta"[35]. E, como notou Walter Benjamin, para a crítica do poder-violência (*Gewalt*) – e,

---

[33] ARENDT, **Origens do totalitarismo**, p. 511. Na esteira de H. Arendt, André Duarte registra que, portanto, "não apenas devemos temer a reinstituição de novos regimes totalitários, como também devemos estar atentos à presença efetiva de elementos totalitários e proto-totalitários nas modernas democracias de massa" (Modernidade, biopolítica e violência: a crítica arendtiana ao presente. In DUARTE, André; LOPREATO, Christina; MAGALHÃES, Marion Brepohl de (Orgs.). **A banalização da violência:** a atualidade do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004, p. 41).

[34] AGAMBEN, **Homo sacer**, p. 7: "Uno degli orientamenti piú costanti del lavoro di Foucault è il deciso abbandono dell'approccio tradizionale al problema del potere, basato su modelli giuridico-istituzionali (la definizione della sovranità, la teoria dello Stato) in direzione di un'analisi spregiudicata dei modi concreti in cui il potere penetra nel corpo stesso dei soggetti e nelle loro forme di vita."

[35] AGAMBEN, **Stato di eccezione**, p. 50: "non solo della compiuta separazione fra cultura filosofica e cultura giuridica, ma anche della decadenza di questa". Agamben se vale praticamente dos mesmos termos em 'A zona morta da lei', **Folha de S.Paulo**, caderno +mais!, domingo, 16 de março de 2003.

aqui, o que pretendemos é a crítica do poder em seus reflexos manifestados no campo do Direito Penal e por ele mantidos – é preciso encontrar uma perspectiva fora do direito (quer do direito natural, quer do direito positivo), "e apenas o estudo do direito dentro da filosofia da história pode fornecer tal perspectiva"[36].

Aliás, se "o problema da ciência não pode ser reconhecido no terreno da ciência" (Nietzsche)[37], o problema do Direito – e especificamente o do Direito Penal do Inimigo –, do mesmo modo, parece ser irreconhecível no seu próprio domínio.

[36] BENJAMIN, Walter. Crítica da Violência – Crítica do Poder (tradução Willi Bolle). **Documentos de cultura, documentos de barbárie:** escritos escolhidos. São Paulo: Cultrix: Edusp, 1986. p. 161-162.

[37] NIETZSCHE, Friedrich. Tentativa de autocrítica. **O nascimento da tragédia ou helenismo e pessimismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 15.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer:** il potere sovrano e la nuda vita. Torino: Giulio Einaudi, 1995. (Piccola Biblioteca Einaudi. Filosofia, n. 305).

_____.**Homo sacer:** o poder soberano e a vida nua I. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

____. **Quel che resta di Auschwitz:** l'archivio e il testimone : (Homo sacer III.) Torino: Bollati Boringhieri, 1998 (Temi; 80).

____. **Stato di eccezione:** Homo sacer 2, 1. Torino: Bollati Boringhieri , 2003. (Temi; 130).

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo,v. 12, n. 51, p. 9-43, nov./dez. 2004.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

____. **The human condition**. 2nd ed. Chicago: Chicago University Press, 1998.

BENJAMIN, Walter. **Documentos de cultura, documentos de barbárie:** escritos escolhidos (org. Willi Bolle). São Paulo: Cultrix: Edusp, 1986.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime:** a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DUARTE, André. Modernidade, biopolítica e violência: a crítica arendtiana ao presente. In DUARTE, André; LOPREATO, Christina; MAGALHÃES, Marion Brepohl de (Orgs.). **A banalização da violência:** a atualidade do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **O poder entre o direito e a norma:** Foucault e Deleuze na teoria do estado; repensando a teoria do estado. Belo Horizonte: Forum, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Historia da sexualidade 1:** a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1976.

GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho penal del enemigo". **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminologia** (en línea), n. 7, p. 2, 2005. Disponivel em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. Acesso em:14 set. 2006.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 56, p. 80-112, set./out. 2005.

JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafios del presente. In: _____. **La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio**. Coordinadores de la versión alemana:

Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt. Coordinador de la versión española Francisco Muñoz Conde. Traducción de Manuel Cancio Meliá ... [et al.]. Valencia:Tirant lo Blanch, 2004.

_____. **Estudios de derecho penal**. Traducción y estudio preliminar, Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, UAM, 1997. p. 293 e ss.

_____. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, n. 97, p. 751-785, 1985.

_____. **La pena estatal, significado y finalidad**. 1. ed. Madrid: Thomson Civitas,2006. (Cuadernos Civitas)

_____. **Staatliche Strafe:** Bedeutung und Zweck. Paderborn: F. Schöningh, 2004.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

_____. _____. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003. (Cuadernos Civitas)

NIETZSCHE, Friedrich. Tentativa de autocrítica. In: _____. **O nascimento da tragédia ou Helenismo e pessimismo**. Tradução: J. Guinsburg. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 46-59, mar./abr. 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho penal:** parte general – fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Tradução: Diego-M. Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. v. 1.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução: Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série as ciências criminais no século 21, v. 11).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal:** parte general. Buenos Aires: Ediar, 1981. v. 2

A Elaboração da Inimizade

Tipo: Inimigo

GOVERNANDO ATRAVÉS DO CRIME: ANOTAÇÕES SOBRE O TRAGICÔMICO FENÔMENO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS*

Leandro Ayres França**

RESUMO

Ao apontar as insuficiências teóricas do novo modelo de contratualismo social (fidelidade às expectativas do ordenamento jurídico) trazido à tona pelo direito penal do inimigo de Günther Jakobs, o presente estudo propõe uma nova leitura da atual forma de se governar: o governo através do crime (Jonathan Simon). Neste novíssimo exercício de poder, o modelo político assume o fenômeno da criminalidade como questão estratégica significante para uma agenda político-punitiva, como argumento para se alcançar objetivos e como paradigma discursivo, tecnológico e metafórico a ser disseminado para instituições de natureza diversa. No contexto da democracia brasileira, ainda muito imatura, o tragicômico fenômeno da Lei dos Crimes Hediondos é elucidativo, o que justifica a sua abordagem específica.

Palavras-chave: governo através do crime, inimigo, direito penal do inimigo, condição de inimizade, Lei dos Crimes Hediondos

ABSTRACT

By pointing out the insufficiency of the new theoretical model of social contractualism brought out by Günther Jakobs' criminal law of the enemy theory (fidelity to the expectations of the legal system), this study proposes a new approach of the current way of governing: governing through crime. In this brand new exercise of power, identified by professor Jonathan Simon, the political model takes the phenomenon of crime as a significant strategic issue for a punitive political agenda, as an argument to achieve goals and as a discursive, technological and metaphorical paradigm to be disseminated to institutions of various kinds. In the context of Brazilian democracy, still very immature, the tragicomic phenomenon of the Lei dos Crimes Hediondos [Heinous Crimes Act] is an elucidative case of governing through crime policy, which justifies its specific approach.

Keywords: governing through crime, enemy, criminal law of the enemy, condition of enmity, Heinous Crimes Act.

---

* O presente artigo reúne algumas reflexões trazidas no ensaio **Inimigo ou a inconveniência de existir**, cuja redação recentemente encerrei, devidamente adaptadas para esta edição especial da Revista Justiça e Sistema Criminal, produzida pelo Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal.

** Leandro Ayres França é Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal. Advogado e escritor.

§ 1º. Bem me recordo de certa noite, no derradeiro período de minha graduação em Direito, quando uma colega de turma, no decorrer de uma aula, torceu o corpo em sua carteira, voltou-se a mim e lançou a indagação sobre qual era o meu tema de monografia para a conclusão do curso. E, se lhe demorei a responder, não foi por não ter feito a escolha de um problema ou por conhecer a cautela no tratamento da questão selecionada; demorei-me porque parecia vivenciar a experiência de Bentinho diante de Capitu: a morena se torcia em minha direção, num estranho malabarismo sensual, e me questionava, numa rouquidão que lhe era própria, algo que pouco lhe interessava senão para início de uma conversa. Quando caí por mim daquele canto, ao perceber que ela não portava os olhos oblíquos e dissimulados de Capitolina, respondi-lhe que tratava da teoria do direito penal do inimigo, de Günther Jakobs. De um salto, ela se ergueu sobre o assento: "Você vai combatê-lo, não vai?"

A cada nova crítica feita às ideias jakobsianas, rememoro esse episódio. Salvo raras exceções, as críticas produzidas à sua teoria partem da premissa de que o direito penal do inimigo *não deve existir*. E ponto. Com delineamentos emocionais, a retórica se limita a desqualificar toda a empresa de Jakobs como algo totalitário e contrário ao Estado de Direito. Como bem ressalta Gracia Martin, contudo, o discurso de Günther Jakobs deve ser reconhecido, não só como meticulosamente coerente, mas como uma grande potência teórica e política.[1] A realidade latino-americana nos ensina que é um equívoco satanizar o teórico, porém necessário conhecer seus argumentos e lhes oferecer críticas: o professor alemão pode ser criticado por legitimar, cada vez mais, o direito penal de combate a inimigos; mas, ao mesmo tempo, quando nos deparamos com as políticas penais desenvolvidas em países que não integraram suas observações científicas, Jakobs comprova assumir tão somente o papel de mensageiro da má-nova.

Ao justificar sua proposição, Jakobs fundamentou-se no resgate de teorias contratualistas, para as quais, genericamente, o inimigo era aquele que, ao violar normas do contrato social, por princípio e de forma iterada, abdicava de seu *status* de cidadão. O autor citou Jean-Jacques Rousseau, para quem qualquer malfeitor que atacasse o direito social perdia a sua característica de *membro* da sociedade, uma vez que se encontrava

---

[1] "Recentemente, quase trinta anos depois de seu diagnóstico do Direito Penal do inimigo, *Jakobs* percebeu que 'o que existe na discussão científica da atualidade a respeito desse problema é pouco, [e ademais] com vistas a nada'. Em minha opinião, *Jakobs* tem nesse ponto toda a razão. Uma leitura da literatura produzida até agora contra o Direito Penal do inimigo confirma a advertência que fiz no princípio dessa investigação, isto é, revela que a maior parte – se não a totalidade – das objeções formuladas contra ele não conseguem ultrapassar o umbral do emocional e do retórico." (GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. p. 140-142.

em guerra com o Estado; transcreveu Johann G. Fichte: "quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com a sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos"; fez referência a Immanuel Kant, segundo o qual o indivíduo tratado como inimigo é aquele que não participa do estado comunitário-legal, podendo ele ser expelido – ou impelido à custódia de segurança.[2] Porém, foi em Thomas Hobbes que Jakobs encontrou a melhor concepção para o seu direito penal do inimigo.

O breve perpassar que realizou pelo histórico de idéias políticas e jurídicas tenciona conceder à sua teoria um importante aval histórico, jusfilosófico e teórico-político.[3] Percebemos, de pronto, que o professor tedesco foi hábil na seleção de sua fundamentação teórica: na escrita das referidas doutrinas contratualistas, principiava um período de maiores exigências científicas, o que, por certo, conferiu melhor legitimação a quem delas fez empréstimo. Escrevo isso porque, tal como nos recorda Gracia Martín, construções narrativas muito mais antigas poderiam ter sido utilizadas para fundamentar a teoria do direito penal do inimigo.[4] No mito de Prometeu, de Protágoras (480-410 a.c.), Zeus enviou aos homens, através de Hermes, o sentido da moral e da justiça, os quais foram repartidos por igual entre todos, para os salvar da destruição total; assim feito, reconhecido que não poderia haver comunidades humanas se todos não comungassem em igual medida do sentido moral e da justiça, Zeus ordenou que "o incapaz de participar da honra e da justiça deve ser eliminado como uma doença da cidade".[5] Em um texto não menos agressivo, o sofista Anônimo de Jâmblico defendia que "quem não se submete à lei é alvo da *guerra*, que conduz à submissão e à escravidão, com mais freqüência que aquele que pauta sua conduta pela reta legalidade." Até mesmo o doutor Thomas Aquinas, em sua *Summa Theologiæ*, já justificara que o *pecador*, homem não virtuoso, carente de dignidade humana, poderia ser morto pelo Estado como um animal (*velut bestia*). Todavia, sofistas não bastavam e religiosos sempre foram referências perigosas.

---

[2] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. p. 25-29.

[3] GRACIA MARTÍN, Luis. *op. cit*. p. 119.

[4] GRACIA MARTÍN, Luis. *op. cit*. p. 95-97.

[5] Welzel traduz como "deve ser estirpado como um tumor do corpo social" (WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofia del derecho**. p. 8.) e Guthrie o escreve como "deve ser eliminado como se fosse um tumor canceroso no corpo político" (GUTHRIE. **Historia de la filosofia griega III**. p. 75.)

Ao se fundamentar no trabalho de pensadores de respeitáveis estaturas filosóficas e políticas, Günther Jakobs robusteceu sua concepção com tamanha lógica e coerência que qualquer raso ataque a ela é percebido como inadequado ou carente de sentido. Do mesmo modo, negar uma teoria não impede o planeta de dar voltas em seu eixo e tampouco antepara idéias de se disseminarem. A postura da crítica majoritária e a reação daquela colega precisam ser superadas por uma aproximação analítica e filosófica, contundente com o modo cientificamente rigoroso e impecável do qual procede Günther Jakobs.

§ 2º. Em artigo lançado no ano de 1985, no *Seminário sobre Direito Penal*, em Frankfurt, Jakobs identificou uma extensa área no direito penal alemão na qual se vislumbravam caracteres de um modelo de direito penal muito distinto dos paradigmas do modelo ilustrado, a que chamou de *direito penal do inimigo* (*Feindstrafrecht*), e traçou a distinção entre essa e a área restante do sistema, o *direito penal do cidadão* (*Bürgerstrafrecht*). Com certo sarcasmo, Jakobs adotou terminologia que sabia seria hostilizada; se houvesse se limitado a repetir o que Hans Welzel ou Franz von Liszt haviam escrito, sem referência a inimigo, sua defesa não teria despertado tamanha polêmica. Porém, o vocabulário escolhido foi seu melhor acerto, uma vez que pôs em apuros todo o penalismo: ao resgatar e tornar explícito o conceito de *inimigo* ou de *estranho*, Jakobs desnudou o fenômeno e a má consciência histórica do discurso penal frente à teoria política. Eugenio Raúl Zaffaroni o reconheceu: "o maior mérito desta proposta é a clareza e a frontal sinceridade com que o problema é definido."[6] Até então, porém, sua proposta teórica era uma declaração de guerra, relativamente ampla, ao ilegítimo direito penal do inimigo, tendo como concentração os delitos objetos do direito penal da colocação em risco.

A partir de sua exposição sobre os desafios da ciência do direito penal na *Conferência do Milênio*, na cidade de Berlim, em 1999, Jakobs pareceu reconhecer a impossibilidade de o direito penal se valer de conceitos seculares e se percebeu a sua busca pela legitimação do direito penal do inimigo como parte integrante do direito penal, um direito penal de emergência, com vigência em caráter excepcional e direcionado ao *não-cidadão*.[7] Diante do ameaçador avanço dessa tendência, o professor de Bonn manteve a separação entre os dois pólos do direito penal e se esforçou a defender a necessidade de sua legitimação parcial como modo de deter a extrapolação de limites.[8] Sua resignada aceitação e sua infundada pretensão de aspirar contê-la, somadas ao seu entusiasmo com a legislação repressiva, contudo, contribuíram para a legitimação do *direito penal do inimigo*. Diferente de sua exposição anterior, sua declaração de guerra se voltou, então, aos inimigos da sociedade, com preocupação orientada a delitos graves, com destaque ao terrorismo.

---

[6] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. p. 158.

[7] APONTE, Alejandro. **Derecho penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano**. p. 11-12.

[8] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *op. cit*. p. 157.

Desde as considerações de outubro de 1999, tem sido lugar-comum entre os críticos de Jakobs situá-lo como um defensor de um modelo autoritário de direito penal. E o temor dos doutrinadores fez acontecer exatamente o que mais se temia: no ano de 2002, Günther Jakobs esclareceu a sua concepção de *pessoa* como o cidadão que pode ser arrolado do mesmo modo que uma *pessoa fiel ao direito*, argumento que aqueceu um pouco mais o debate sobre o tema, ao criar e identificar a categoria de *não-pessoas*.[9] O arremate de seu incêndio ocorreu com a publicação de *Direito Penal do Inimigo*, em 2003, quando Jakobs abandonou sua contenção descritiva e crítica e passou a empunhar a tese afirmativa, legitimadora e justificadora dessa linha de pensamento.[10]

Invocando a si a histórica imunidade dos mensageiros[11], Jakobs biparte, pois, a sociedade. E direciona esse novo direito a indivíduos que perderam o *status* de cidadão e são considerados *inimigos sociais*. Por *inimigo* se compreende aquele que, em decorrência de seu comportamento, de seu trabalho ou de sua ligação com determinada organização, assumiu postura de abandono do direito. Os argumentos utilizados por Jakobs estão enraizados no funcionalismo penal de Niklas Luhmann, para quem o direito era a generalização congruente de expectativas de conduta.[12] Assim, como o inimigo se recusa a ingressar no estado de cidadania, não pode usufruir os benefícios do conceito de pessoa – ou, cidadão – daí derivando a negação em aceitá-lo como sujeito processual. O inimigo torna-se uma *não-pessoa*.[13]

Desse modo, enquanto o direito penal do cidadão é o direito de todos, como manutenção da vigência da norma, o direito penal do inimigo é o combate a perigos, da coação física até a guerra.[14] No tratamento com o cidadão, espera-se até que se exteriorize a conduta ilícita para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade. Esta pena, como contradição, é portadora de um sentido: "significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto,

---

[9] APONTE, Alejandro. *op. cit*. p. 27.

[10] GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo** (ou inimigos do direito penal).

[11] Jakobs escreve, ao princípio de sua obra: "de acordo com um velho costume, mata-se o mensageiro que traz uma má notícia, em face da mensagem indecorosa. Nenhuma palavra a mais sobre isso." (JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit*. p. 10.) Sua evocação é secularmente legítima; tenha-se, por exemplo, as palavras do dramaturgo grego Sófocles: "Bem sei que ninguém estima um mensageiro de más notícias." (SÓFOCLES. **Antígona**. p. 24); na literatura: "(...) e lamentou que se houvesse banido o costume medieval de enforcar o mensageiro de más notícias". (MÁRQUEZ, Gabriel García. **Cem anos de solidão**. p. 285.); ou, o alerta de Tobias Barreto: "Para que o povo não faça o papel do velho cão estúpido que morde a pedra que nele bate, em vez de procurar a mão que a arremessou..." (BARRETO, Tobias. **Crítica política e social**. p. 78.)

[12] AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**. p. 143.

[13] AMARAL, Cláudio do Prado. *op. cit*. p. 126.

[14] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit*. p. 30.

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; (...). Entretanto, a pena não só significa algo, mas também produz fisicamente algo. Assim, por exemplo, o preso não pode cometer delitos fora da penitenciária: uma prevenção especial segura durante o lapso efetivo da pena privativa de liberdade."[15] A partir desse raciocínio, Jakobs contempla que seria improvável que a pena privativa de liberdade se convertesse na reação habitual frente a fatos de maior gravidade se ela não contivesse esse efeito de segurança. Sob o encanto da prevenção especial negativa, o professor revela que, materialmente, "é possível pensar que se trata de uma custódia de segurança antecipada que se denomina 'pena'."[16] No tratamento com o inimigo, pois, este é interceptado já no estado prévio, uma vez que se combate a sua periculosidade (eliminação de um perigo).

§ 3º. A concepção de Günther Jakobs sobre a sociedade pode ser descrita, então, como um novo modelo de contratualismo social, no qual, ao invés de fidelidade ao pacto com o poder soberano – e conseqüentemente com a coletividade de súditos – o cidadão apresenta garantias de fidelidade às expectativas do ordenamento jurídico. No entanto, na edificação de seu pensamento, há três pontos fundamentais da teoria do *direito penal do inimigo* que merecem censura doutrinária: a ignorância da constância de um paradigma de inimigo no decorrer da história da civilização ocidental; a dissemelhança dos contextos históricos, a qual não permite a transposição das necessidades políticas de um Estado de outro tempo para a realidade hodierna; e a falta de esclarecimento de como se alcança a condição de inimigo.

Quanto ao primeiro tópico, a antiguidade dos textos sobre inimigos comprova que o *inimigo* é uma construção tendencialmente estrutural do discurso do poder punitivo.[17] Ou seja, a distinção teórica promovida por Jakobs pouco traz de novo. No tocante ao segundo argumento, vale ressaltar que a transposição das necessidades políticas de um Estado de outro tempo para a realidade hodierna constitui impropriedade técnica.[18] Se se deve interpretar os conceitos e os princípios jurídico-penais no contexto do materialismo da realidade histórica, deve, pois, prevalecer o ensinamento de Gracia Martín de que "a totalidade dos princípios, critérios político-criminais e dos instrumentos dogmáticos da modernização estão ajustados às exigências do Estado de Direito", de modo que "essa conformidade realiza-se em um grau tão absoluto que não admite nem exceções nem uma

---

[15] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit*. p. 22.
[16] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit*. p. 37-38.
[17] FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**.
[18] FRANÇA, Leandro Ayres. **A fragmentação do discurso de Rousseau por seus contemporâneos**.

mínima relativização"[19]. O que se verifica na teoria jakobsiana é a introdução de elementos próprios do Estado total no interior do Estado de direito, o que resulta na implosão deste por aquele e na ruína da responsabilidade científica.[20] O saber penal nacional-socialista comprovou ter sido o coroamento da individualização ôntica do inimigo; compará-lo com a teoria de Jakobs, imputando a este o resgate de doutrinas ultrapassadas e totalitárias, mais do que uma crítica, serve como alerta para o comprovado fato de que o desenvolvimento coerente da periculosidade, até suas últimas conseqüências, mais cedo ou mais tarde, acaba nos campos de concentração – ou, na *normalização* do estado de exceção.[21]

Por fim, merece censura a insuficiência teórica de Jakobs por não ter esclarecido como se alcança a condição de inimigo: se é uma condição da qual é portador o indivíduo no momento da realização de algum fato típico do direito penal do inimigo (nesse caso: é inimigo aquele que colabora com um bando terrorista, vez que este é um fato próprio do inimigo), a sentença penal teria valor meramente *declaratório* de uma situação anterior[22]; se é uma condição atribuída ao sujeito *a posteriori* (nesse caso: a pessoa que colabora com um bando terrorista despersonaliza-se com a sentença condenatória após um processo contra ela ditado), a sentença penal teria, assim, um caráter *constitutivo*. Todavia, em ambas as possibilidades, se o discurso do direito penal do inimigo diz encontrar esse conceito de *não-pessoa* no abandono duradouro do direito por parte do indivíduo – abandono inferido a partir de sua dedicação habitual, reincidente e profissional à prática de infrações ao direito[23] –, e, considerando que para se comprovar que o indivíduo em questão infringiu real e reiteradamente o direito penal do cidadão ele deverá ser submetido necessariamente a processos penais ordenados pelo direito processual do cidadão, conclui-se que, quando o sujeito entra no processo, o faz na condição de cidadão e dessa forma deve ser tratado no decorrer de todos os procedimentos, não lhe restando outra conseqüência senão o reconhecimento, caso condenado, de que ele infringiu regramento tutelado pelo direito penal do cidadão e por essas mesmas regras foi julgado.[24] A declaração/constituição jurisdicional torna-se, pois, contraditória à sua própria prestação.

Por isso, pode-se afirmar que a condição de inimizade não se declara, tampouco se constitui, a partir do ordenamento jurídico ou de uma decisão judicial; a condição de inimigo é fruto da conveniência política. Nesse sentido, Carl Schmitt foi o único que

---

[19] CRESPO, Eduardo Demetrio. Do "direito penal liberal" ao "direito penal do inimigo". p. 31.

[20] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *op. cit*. p. 160; CONDE, Francisco Munõz. **De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo**". p. 28.

[21] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *op. cit*. p. 104.

[22] GRACIA MARTÍN, Luis. *op. cit*. p. 124.

[23] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *op. cit*. p. 149-150

[24] GRACIA MARTÍN, Luis. *op. cit*. p. 157.

desenvolveu coerentemente a teoria política até suas últimas consequências: ao buscar a essência do político – na polaridade equivalente a *bom* e *mau* do campo próprio da moral, a *belo* e *feio* da estética, a *rentável* e *prejuízo* da economia –, Schmitt encontrou na diferenciação *amigo* e *inimigo* o critério para se definir o *político* autônoma e explicitamente.[25] A conveniência política em retirar o *status* de pessoa e, por consequência, em constituir o inimigo é anterior ao julgamento do magistrado, ocorrendo na seleção de bens jurídicos relevantes a serem protegidos, na (mal disfarçada) eleição dos autores em potencial do desrespeito à norma e na previsão do próprio procedimento processual a ele imposto. Decisões estruturais dessa natureza revelam-se como o exercício do poder de designar o inimigo para destruí-lo ou reduzi-lo à impotência total.[26] E, mais importante, tais decisões revelam uma nova forma de se governar: o governo através do crime.

§ 4º. Foi Jonathan Simon, professor da University of California, Berkeley, quem propôs uma nova leitura da relação histórica entre a administração pública estadunidense e o fenômeno da criminalidade. A partir de meados do século XX, instituiu-se uma nova ordem político-social, estruturada entorno à problemática do crime violento, na qual Simon reconheceu a passagem de um *governo do crime* (*governing crime*), no qual as políticas públicas se voltam à prevenção, persecução e minoração do fenômeno da criminalidade, para um *governo através do crime* (*governing through crime*), em que o crime e as formas de conhecimento historicamente associadas a ele – direito penal, criminologia, políticas criminais, narrativas populares do crime – tornaram-se disponíveis para além de seus domínios originais e se transmutaram em poderosas ferramentas com as quais se pôde interpretar e moldar todas as ações sociais como um problema de governo.[27]

Nesse novo modelo político, o crime tornou-se questão estratégica significante para uma agenda político-punitiva, passou a ser utilizado para se alcançar objetivos que fossem mais penosos de se conquistar de outro modo – ou, até mesmo, proibido –, e proporcionou a difusão de seu discurso, sua tecnologia e suas metáforas para instituições de natureza diversa. A arte de governar através do crime é bastante evidente no exemplo que Simon oferece quanto às políticas de financiamento federal às universidades e escolas americanas: promulgado em 1994, o *Safe School Act* exige que a escola que pretende se qualificar para receber fundos federais adote políticas nas quais estejam claramente estabelecidas as condições em que pode ocorrer a expulsão de um aluno, haja a previsão de íntima cooperação com a polícia e com agências responsáveis pela tutela de jovens

[25] SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. p. 27.
[26] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *op. cit*. p. 17.
[27] SIMON, Jonathan. **Governing through crime**. p. 17.

infratores, e se promova a coleta e a elaboração de estatísticas de incidentes criminais; o investimento governamental corresponde diretamente à produção estatística da escola, o que força o mapeamento dos eventos desviantes a alcançar níveis capilares de intervenção e gera o curioso fenômeno em que administradores, professores, pais e alunos lancem-se numa cruzada contra seus próprios correligionários.[28]

A arte de *governo através do crime* funciona como uma espiral de saber e poder que permite, fortalece e produz tanto quanto reprime, encarcera e estigmatiza.[29] Trata-se, sem floreios eufemísticos, da administração dos riscos sociais, tendo como seu melhor instrumento o controle repressivo institucionalizado. E, por mais que estados fascistas de todos os tipos tenham estruturado seus governos através do crime – utilizando táticas criminais, utilizando-se de redes criminosas existentes para exercitar poder político, declarando inimigos do povo os seus oponentes políticos –, a relação entre crime e governo que surgiu nos países ocidentais, nas recentes décadas, decorre mais da história da ordem política liberal, do que de conscientes exceções associadas a regimes autoritários.[30]

Quando o professor Miguel Reale Jr. apontou as citações de um candidato à Presidência da República e de um candidato a governo estadual – "a favor dos direitos humanos, mas dos humanos direitos" e "a polícia é eficiente, mas os direitos humanos a impedem de trabalhar", respectivamente –, foi evidenciado que o novo discurso político se dava em pleno exercício da democracia brasileira.[31] Não foi diferente quando, na inauguração dos Centros Integrados de Operações Policiais (Ciops) em Goiás, o então presidente Fernando Henrique Cardoso acusou advogados e juízes de usarem a lei para libertar bandidos e pediu que o Congresso Nacional promovesse alterações que permitissem que as normas processuais penais fossem *agilizadas*:

> Reiteramos um pedido ao Congresso Nacional, para a aprovação de leis que agilizem o Código de Processo Penal. Não adianta a polícia pegar o bandido e o juiz, por articulação de um advogado – que usa as leis e deixa a Justiça sem alternativa – liberar o bandido para assaltar de novo. Isso é inaceitável no Brasil. Se não mudarmos a legislação penal, isso vai continuar assim. (...)
>
> Não podemos mais aceitar que nenhum bandido, no Brasil, seja protegido pelas chicanas que, muitas vezes, alguns maus advogados, sem sentido público, utilizam para fazer com que a Justiça dê liminares e solte esses criminosos.

---

[28] SIMON, Jonathan. *op. cit*. p. 218-220.
[29] SIMON, Jonathan. *op. cit*. p. 191.
[30] SIMON, Jonathan. *op. cit*. p. 15.
[31] REALE JR., Miguel. **Insegurança e tolerância zero**. p. 67-68.

René Dotti considerou a declaração como derivada de um "momento de *baixo-astral* e incontinência verbal"[32], em especial porque proferida por um homem de admirável dotação intelectual e com a experiência de ter sido exilado por se opor ao regime militar. Sem a intenção de discordar de uma justificativa bastante válida, não é possível deixar de identificar nessas proposições uma dupla dimensão: os discursos políticos correspondem às expectativas partilhadas por significativa parcela do eleitorado; porém, eles também evidenciam que o crime é estrategicamente inserido na pauta político-punitiva. Como destaca Paulo César Busato, as proposições são reveladoras "do modelo político-criminal que está inserido no contexto da política em geral no Brasil atual".[33]

A partir dessa concepção, é preciso ir além da velha constatação de que o direito penal é o instrumento político para o internamento compulsório dos *indesejáveis*, que a prisão é a fábrica de corpos dóceis, que o sistema penal, enfim, simplifica a governança com a bipolarização da sociedade em homens bons e homens maus, que a inimizade deriva de uma decisão judicial. No cenário nacional, não há sequer de se insinuar que o *governo através do crime* é realizado por determinados grupos partidários: análise descritiva das propostas de leis revela que as proposições são oriundas tanto de partidos de direita, como de esquerda e de centro. Mais instigante é perceber que a maior parte (42,9%) das normas promulgadas nas duas recentes décadas tem iniciativa no Poder Executivo, contra 54,8% do Congresso Nacional (39,3% provenientes da Câmara dos Deputados e 15,5%, do Senado Federal).[34] A considerável participação do Executivo na agenda da produção legal em segurança pública e justiça criminal e a rapidez da tramitação de suas propostas – geralmente mais punitivistas e neocriminalizantes –, se comparadas com projetos de outras Casas, leva-nos a identificar que o *governo através do crime* no Brasil em muito se assemelha àquele instituído nos Estados Unidos: fortes evidências de uma atividade legislativa de emergência, ampla flexibilização de valores políticos fundamentais, reorientação de orçamentos públicos e de políticas fiscais para a segurança pública em detrimento de outros setores, aumento da população submetida ao controle penal repressivo, alteração de comportamentos pessoais através do gerenciamento da microfísica dos riscos[35], e, mais relevante, no que preocupa a este estudo, contribuição para a construção e legitimação da inimizade. Quanto a este último argumento, tem-se o caso paradigmático da Lei dos Crimes Hediondos.

---

[32] DOTTI, René Ariel. As dez pragas do sistema criminal brasileiro.

[33] BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? p. 351.

[34] CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Crime e Congresso Nacional**. p. 142, 148, 150-154.

[35] FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou uma história ocidental**...

§ 5º. A Constituição da República promulgada no ano de 1988 já contemplava, na redação do art. 5º, XLIII, que os crimes considerados hediondos seriam insuscetíveis de determinados benefícios processuais. Tal previsão, *per se*, revelou duas incongruências: primeiramente, evidenciou-se uma técnica legislativa *menor* ao se incluir no rol de direitos e garantias fundamentais um critério de cerceamento dos próprios direitos e garantias individuais; segundo, ficou manifesta uma lesão legislativa, divorciada de toda a evolução histórica e filosófica do direito penal, o qual, nas palavras do professor João Mestieri, tornava-se "órfão da história, ignorante dos princípios e conquistas já apropriadas pela humanidade, em homenagem a um tratamento sintomático do crime."[36]

Desde já, percebe-se que apontar críticas tão somente à lei ordinária não é a conduta mais adequada, vez que, dois anos antes da publicação normativa, o próprio texto constitucional trouxera o instrumento – juridicamente inconveniente – de severidade repressiva, ainda que não definisse quais condutas poderiam ser consideradas hediondas. Repetimos, pois, a indagação de Alberto Silva Franco, elaborada no ano seguinte à publicação da Lei dos Crimes Hediondos: o que teria conduzido o legislador constituinte a formular o inciso XLIII?[37]

No tocante à restrição de direitos individuais – a graça, a anistia e a fiança –, paradoxal que seja, verifica-se que foram exatamente os parlamentares de formação política democrática aqueles que mais assiduamente defenderam essa proposta.[38] A experiência brasileira de *redemocratização dirigida*[39] escondera uma política de *autoperdão* e de *esquecimento* dos crimes cometidos pelos agentes do Estado, o que deveria ser evitado para as gerações futuras. Quanto à necessidade de uma distinção qualitativa dos crimes, tendo recém *despertado* numa democracia que desconhecia e lhe assustava, a sociedade brasileira encontrava-se submetida a uma *déception* circularmente viciosa: sofria com o medo de, na impossibilidade de dominar ou refrear a criminalidade, tornar-se vítima de suas ações e desconfiava que os órgãos de controle, mergulhados na sua própria sucata burocrática, seriam incapazes de reagir às ações delinquentes. O temor desprotegido criou a vitimização, a qual, por sua vez, propiciou a adoção de políticas criminais paliativas e passionais. Mas, a esta violência cíclica somou-se o trabalho dos meios de comunicação de massa, os quais, atuando de forma absolutamente irresponsável em um contexto democrático imaturo, dramatizaram aquela realidade e serviram de catalisador a uma cultura do medo que fermentava.

---

[36] MESTIERI, João. Leis hediondas & penas radicais. p. 194-195.

[37] FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. p. 32.

[38] LEAL, João José. **Crimes hediondos**. p. 27-28.

[39] Roberta Cunha Oliveira, especialista no processo brasileiro de transição de governo, apontou-me que *redemocratização dirigida* expressa com maior fidelidade o contexto pelo qual o país tem passado, o que me fez substituir a expressão original *democratização gradativa*.

Assim, dois anos após a previsão constitucional, após a apresentação de vários projetos de leis[40] sobre o tema, após uma onda de extorsões mediante sequestros, com destaque para os casos dos empresários Abílio Diniz, em São Paulo, e Roberto Medina, no Rio de Janeiro, foi elaborada e publicada a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), a qual conceituava como hediondos os seguintes crimes, os quais já eram anteriormente tipificados[41]: latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, genocídio. A lei também majorava as penas de cada um dos referidos crimes e dispunha que estes seriam insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança, liberdade provisória, progressão de regime, sequer de se recorrer de decisão condenatória em liberdade.

Cesare Beccaria já havia alertado, séculos antes, que "as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por natureza"; e, por isso, aconselhava que "o legislador deve, consequentemente, estabelecer fronteiras ao rigor das penas, quando o suplício não se transforma senão em espetáculo e parece ordenado mais para ocupar a força do que para punir o crime."[42] Seu ensinamento perdeu-se nas estantes da história das civilizações ocidentais. E as penas foram majoradas, de modo cada vez mais desproporcional – agravamento alcunhado de *neocriminalização* pelo professor René Dotti.[43]

---

[40] "A Mensagem Presidencial [546/89] e as diversas contribuições contidas nos Projetos de Lei [2.105/89, 2.154/89, 2.529/89, 3.754/89, 3.875/89, 5.270/90, 5.281/90], já especificados, deram origem ao Projeto Substitutivo 5.405/90, elaborado pelo Dep. Roberto Jefferson, Relator na Comissão de Constituição, Justiça e Redação (DCN, 29.6.90, p. 8.230), e tal Projeto de Lei, em virtude de acordo entre todos os líderes de partidos políticos, e sem nenhuma discussão mais aprofundada, foi aprovado pela Câmara dos Deputados e, em seguida, pelo Senado Federal, transformando-se na Lei 8.072/90, promulgada, com dois vetos (arts. 4.º e 11), pelo Presidente da República, em 25.7.90." (FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. p. 43.)

[41] "O texto legal pecou, desde logo, por sua indefinição a respeito da locução 'crime hediondo', contida na regra constitucional. Em vez de fornecer uma noção, tanto quanto explícita, do que entendia ser a hediondez do crime (o projeto de lei enviado ao Congresso Nacional sugeria uma definição a esse respeito), o legislador preferiu adotar um sistema bem mais simples, ou seja, o de etiquetar, com a expressão 'hediondo' tipos já descritos no Código Penal ou em leis penais especiais. Desta forma, não é 'hediondo' o delito que se mostre 'repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjecto, horroroso, horrível' (Morais, *Dicionário de Morais*, 5.º/657, 1953), por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminosa, ou pela adoção de qualquer outro critério válido, mas sim aquele crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador." (FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. p. 44-45.) A referida técnica utilizada pelo legislador brasileiro – uma antecipação histórica do método *ctrl c-ctrl v*, muito difundida atualmente – gerou distorções inconcebíveis: na redação *original*, não tendo sido selecionada qualquer figura criminosa que atentasse ao bem jurídico vida, foi este bem preterido diante da tutela patrimonial, da dignidade sexual e de algumas situações fáticas de perigo comum.

[42] BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. p. 20, 54.

[43] DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. p. 77-78.

Nélson Hungria, em seu tempo, já criticava o costume pátrio de se *legislar por legislar*, apelidando tal uso como "prurido legiferante" ou "coceira de urticária".[44] De fato, há décadas, tem-se cometido impropriedades técnicas legislativas gritantes que conglobam tanto a má-redação (generalizações, ambiguidades, remissões dinâmicas confusas, esvaziamento do tipo) quanto o ridículo de propostas incabíveis. Aquela perspectiva utópica de um legislador consciente de sua "superior atividade sistematizadora do direito sem abstração da realidade palpitante da vida" quedou-se diante dos fatos.[45] O legislador brasileiro está mais para um experimentador apaixonado, um Victor Frankenstein. Sim, essa perspectiva do remendo orgânico bem lhe cabe e lhe pode ser lançada a crítica que Nicolau Copérnico erigiu contra seus oponentes: "porém o seu procedimento tem sido daquele que coleta mãos, pés, uma cabeça, e outros membros de vários lugares, todos muito bons em si, mas não proporcionais para um corpo, e nenhum correspondente, por sua vez, aos outros, de modo que o monstro, ao invés de um homem, seria formado a partir deles."[46]

A Lei dos Crimes Hediondos apresentou essas deficiências, mas suas inconveniências foram ainda mais graves: seu histórico revelou que a sua *razão-de-ser* foi essencialmente um instrumento de governabilidade (*governo através do crime*) que avigorou a política de inimizade através da *frontalidade* de sua redação e da *combatividade* das penas. Por *frontalidade*, expressão extraída das manifestações artísticas, entende-se o direcionamento da linguagem ou da intenção do artista ao espectador àquele que deve ser atingido/agradado por essa comunicação (conforme Julius Lange e Adolf Erman)[47], bastante evidente nas representações gráficas egípcias e na construção do teatro cortesão de onde o ator jamais voltava as costas ao público, reafirmando-lhe a quem se dirigia a ficção narrada. Zaffaroni bem lembra que a frontalidade sempre foi característica de regimes autocráticos, tal como o nazista: "Todas as leis *de defesa* e *de proteção* do Estado nazista eram dirigidas ao *Führer* para agradá-lo, mas também ao *público*, para *propagar as qualidades de um regime interessado em mostrar que, através delas, defendia e protegia esse público*. Basicamente, portanto, *essas leis autoritárias tinham dois destinatários: os autocratas, a quem seus escribas deviam agradar para não cair em desgraça, e o público, perante o qual deviam servir de propaganda*. Só secundariamente tendiam a burocratizar a supressão de *inimigos*, que eram os estranhos ou *hostis*."[48] A natureza *combativa*, por sua vez, refere-se à transformação da legislação penal em uma legislação de luta, o que se verifica tanto nas novas redações típicas, como nas políticas públicas de segurança (*war on drugs, war on crime, war on terrorism*) e nas ações das agências policiais.

---

[44] *apud* BONFIM, Edílson Mougenot. **Direito penal da sociedade**. p. 219.
[45] HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. vol. I. tomo I. 5. ed. p. 106.
[46] COPÉRNICO, Nicolau. **Dedication of the revolutions of the heavenly bodies**.
[47] HAUSER, Arnold. **The social history of art**. p. 35.
[48] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *op. cit*. p. 55-57.

A vida nos ensina: o que está mal, pode muito piorar. Ao final do ano de 1992, a atriz Daniella Perez foi assassinada por seu colega de trabalho Guilherme de Pádua (que era seu par romântico na telenovela) e a esposa deste, Paula Thomaz. Daniella foi morta a golpes de tesoura e por razões ainda não bem esclarecidas (competição profissional entremeada a questões passionais mal resolvidas), o que, para qualquer operador do direito criminal, seja advogado, magistrado, promotor ou policial, foi um crime bárbaro, mas não incomum. Mas, se há quem acredite na falsa ideia de que a morte é o único elemento comum e democrático, este trágico episódio serve para demonstrar que há algumas mortes mais valiosas que outras. Daniella Perez era atriz de novela em ascensão da Rede Globo, era filha da diretora Glória Perez e era casada com o ator Raul Gazolla. De sorte, de sua morte para uma campanha nacional de caça e condenação dos culpados, bastaram poucas horas. A partir de então, Glória Perez iniciou uma cruzada moral para a inclusão do crime de homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos. Sua empresa foi pessoalmente frustrante e, parece-me, totalmente desaconselhada, pois seria juridicamente impossível que a reforma na lei atingisse Pádua e Thomaz, uma vez que o crime era anterior à *reformatio in pejus*. De qualquer forma, a novelista conseguiu reunir mais de um milhão de assinaturas e promoveu a tão desejada reforma com a promulgação da Lei nº 8.930/1994.

(Nota a ser lida, em silêncio: Compreenda, cara leitora, que os sofrimentos de uma mãe que tem a filha morta devem ser respeitados e os responsáveis pelo crime, por óbvio, devem ser apenados; mas, daí a provocar o clamor público através da mídia de massa, a gerar graves perturbações da ordem, a incitar reformas legais irracionais e a quebrar o ordenamento jurídico, vai ao largo de uma conduta normativamente aceita. Em fria análise, os atos de Glória Perez deixaram de ser derivados de um luto vindicativo para se constituírem em manifestações terroristas.)

O melhor retrato que um jovem acadêmico possa ter do que aqui se passou com relação à Lei dos Crimes Hediondos se assemelha ao registro feito por Jeff Widener, nos protestos na Praça Tiananmen (1989), daquele jovem desconhecido quem, portando somente uma bolsa e muita coragem, postou-se diante de tanques de guerra, impedindo-lhes passagem. Eivada de inconstitucionalidades, a Lei nº 8.072/1990 operava a pleno vapor, enquanto as críticas doutrinária e jurisprudencial se esforçavam em fazê-la interromper seu curso desastroso. Alberto Zacharias Toron denunciou o mito da prevenção geral que se veiculava em prol da lei: "no plano do agente criminoso e a despeito do Pacto de São José da Costa Rica, despreza-se por inteiro a prevenção positiva, pois, ao se expungir o sistema progressivo, prestigiou-se a custódia com efeito neutralizador. Vale dizer, descrendo-se da ressocialização, joga-se na única coisa aparentemente certa: enquanto preso, o delinquente não ameaça os bens juridicamente protegidos e, enfim, preserva-se a paz

social."[49] Francisco Rezek, à época ministro do Supremo Tribunal Federal, votou que "a lei dos crimes hediondos – seguramente não lhe daríamos esse nome, e provavelmente, na esteira da melhor doutrina, não permitiríamos que ela se editasse com tantos defeitos." [50]

E foi exatamente sua patologia crônica o que lhe enfraqueceu as estruturas internas; além, é claro, de uma desatenção técnica do legislador – ou de uma sabotagem legislativa muito bem elaborada. Em 7 de abril de 1997, foi promulgada a lei que definiu e estabeleceu penas para os crimes de tortura (Lei nº 9.455). No § 7º do artigo 1º, previu-se que o condenado por crime de tortura, salvo os casos de omissão daqueles que tinham por dever evitar ou apurar o delito, *iniciaria* o cumprimento da pena em regime fechado. "O legislador, ao prever apenas o início, tão-somente o início, de cumprimento da pena no regime mais rigoroso, sinalizou no sentido da pertinência de fases outras, adentrando-se o regime semi-aberto e o aberto", explicou o ministro Marco Aurélio. Logo, uma contradição normativa foi evidenciada: enquanto o § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990 excluía a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos ("A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado"), o crime de tortura – equiparado, no *caput* do referido artigo e no texto constitucional, aos crimes hediondos – passava a contemplar a possibilidade do cumprimento de pena em regime de progressão.

Quadro 1: Normatização dos crimes hediondos e do crime de tortura, na Constituição da República, na Lei nº 8.072/1990 e na Lei nº 9.455/1997.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 (α)	**LEI Nº 8.072/1990, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL (β)**	**LEI Nº 9.455/1997 (λ)**
Art. 5º (...) XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.	Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...) § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.	Art. 1º Constitui crime de tortura: (...) § 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

[49] TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos**. p.133.

[50] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 69.657-1 SP**. Voto do Min. Francisco Rezek.

Em voto no qual restou vencido, no ano de 1998, o ministro Marco Aurélio anotou que, diante da exigência do texto constitucional (α) – o qual havia equalizado e equiparado hipóteses fáticas –, a redação do artigo 1º, § 7º, da Lei da Tortura (λ) revelava-se uma opção político-legislativa-criminal que derrogava tacitamente o artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos (β).[51] Bastante intrigante o fato de que, utilizando-se dos mesmos exatos argumentos, cinco anos mais tarde, o voto do ministro Marco Aurélio foi voto vencedor em decisão histórica do *Habeas Corpus* 82.959-7/SP, a qual determinou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990.

Semelhante feito já havia ocorrido anteriormente, quando no ano de 1992, o mesmo ministro havia argumentado que não era o aumento da pena ou o rigor do regime que afastariam o elevado índice de criminalidade: "A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização?"[52] Da mesma forma, as razões apresentadas então foram repetidas no seu voto no HC 82.959-7/SP e, nesta oportunidade, restaram vitoriosas. Os ministros do Supremo Tribunal Federal alegaram que a corte, em evolução jurisprudencial, assentava nova inteligência do princípio da individualização da pena. Para elucidar o fenômeno de *mutação constitucional*, o ministro Gilmar Mendes chegou a resgatar o caso *Plessy versus Ferguson* (1896), em que a Corte Suprema americana reconhecera que a separação entre brancos e negros em vagões de trens distintos era legítima, decisão que foi superada pela orientação assumida em *Brown versus Board of Education* (1954), a partir da qual se assentou a incompatibilidade dessa separação

---

[51] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 76.371-0 SP**. Voto vencido do Min. Marco Aurélio.

[52] O enfoque dado pelo ministro Marco Aurélio da progressividade como prevenção do bem-estar social foi inédito ao romper com as espécies de prevenção das doutrinas utilitaristas, criando uma possível quinta categoria à qual se poderia referir como uma *prevenção especial positiva de interesse social*: "Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal (...) / A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos à sociedade que um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais provável, o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinquir, (...)."(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 69.657-1 SP**. Voto vencido do Min. Marco Aurélio.)

com os princípios básicos da igualdade.[53] Na oportunidade da discussão, o ministro Cezar Peluso comentou: "Tão incongruente com o princípio da individualização da pena, da readaptação dos condenados, tão ilógica e irracional se desvela a disciplina instaurada pela chamada Lei dos Crimes Hediondos, que, hoje, temos situação insólita: o condenado por crimes hediondos não pode progredir no regime, mas pode obter livramento condicional, tanto que cumpridos três quartos da pena (art. 83, V, CP – inciso acrescentado pela própria Lei n° 8.072/90). Ou seja, sem que se possa avaliar o seu grau de ressocialização e/ou proporcionar ao condenado condições para sua harmônica integração social por meio da progressão para regimes menos severos (semiaberto e aberto), sai ele diretamente de estabelecimento prisional de segurança máxima (art. 3º da Lei n° 8.072/90) para as ruas!"[54] O ministro Carlos Ayres Britto foi enfático: "Afinal, não é de se confundir jamais hediondez do crime com hediondez da pena".[55]

Assim, em 23 de fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da restrição de progressão de regime da Lei dos Crimes Hediondos. Pela constitucionalidade do dispositivo, foram os votos vencidos dos ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim. A partir de então, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade passou a ser regido pelo artigo 33, § 2º, do Código Penal[56], e a progressão de regime, pelo artigo 112, da Lei de Execução Penal[57].

---

[53] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 82.959-7 SP**. Voto do Min. Gilmar Mendes.

[54] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 82.959-7 SP**. Voto do Min. Cezar Peluso.

[55] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 82.959-7 SP**. Voto do Min. Carlos Ayres Britto.

[56] "Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto."

[57] "Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão."

Eis que, no dia 28 de março de 2007, foi publicada a Lei nº 11.464, a qual excluiu a vedação à concessão da liberdade provisória e impôs o início do cumprimento da pena em regime fechado, permitindo a progressão de regime após o cumprimento de 2/5 da condenação (se primário) ou 3/5 (se reincidente). Houve desavisados que acreditaram que a alteração legislativa poderia indicar uma negação ao conservadorismo histórico do legislador pátrio; houve especialista quem tenha subscrito que a nova lei atendia ao reclamo da doutrina processual penal após a decisão do Supremo Tribunal Federal[58]; houve doutrinador quem identificou na iniciativa do legislador a intenção de colmatar uma lacuna advinda do tardio reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo revogado, fazendo o Parlamento se curvar ao Judiciário com a oferta de uma solução intermediária.[59] Tenho simpatia por esta sugestão, mas, no fundo, acredito que a Lei nº 11.464/2007 foi uma resposta afrontosa à decisão da suprema corte e confirmou a vitória do punitivismo. Vejamos o porquê:

Quadro 2: Evolução do instituto da progressão de regime no ordenamento brasileiro, contemplando as redações do Código Penal, da Lei de Execução Penal, da Lei nº 8.072/1990, do Habeas Corpus 82.959-7/SP (STF) e da Lei nº 11.464/2007.

CÓDIGO PENAL E LEI DE EXECUÇÃO PENAL	**LEI Nº 8.072/1990**	**HC 82.959-7/SP**	**LEI Nº 11.464/2007**
Regime de cumprimento dependente do *quantum* da condenação	*Integralmente* em regime fechado	Regime de cumprimento dependente do *quantum* da condenação	*Inicialmente* em regime fechado
A partir de 1/6 do regime anterior	Sem progressão de regime	A partir de 1/6 do regime anterior	A partir de 2/5 (primário) e 3/5 (reincidente) do regime anterior
reformatio in pejus	*reformatio in mellius*	*reformatio in pejus*	

Ao estabelecer regras mais severas quanto ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, tanto quanto ao início quanto às porcentagens, a Lei nº 11.464/2007 vige somente sobre os crimes hediondos e equiparados cometidos após 28 de março de 2007; os fatos anteriores a essa data estão sujeitos ao Código Penal e à Lei de Execução Penal, por força da decisão do HC 82.959-7/SP.

[58] AMICO, Carla Campos. Inovações decorrentes da Lei 11.464/07. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.15, n.176, jul 2007.

[59] BALDAN, Édson Luís. **Etiologia e ontologia da normativa penal ocidental**. São Paulo: IBCCRIM, 2008. p. 46.

Despreparo técnico do legislador, vitória do discurso punitivo, capricho desorientador do destino, seja o que for, a Lei dos Crimes Hediondos permanece vigente, atuante e ineficaz. Dados estatísticos recolhidos pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente evidenciaram, recentemente, que a legislação extravagante, em especial a Lei nº 8.072/1990, teve plena ineficácia no que tange a alguns crimes, tais como estupro, extorsão mediante sequestro, homicídio e tráfico de entorpecentes, os quais, ao contrário, tiveram suas incidências aumentadas em percentuais significativos: "Os percentuais estatísticos crescem, se estabilizam ou se reduzem com total indiferença em relação ao maior poder punitivo atribuído à legislação penal, que só serve, na realidade, para atender ao efeito puramente simbólico, com a montagem de uma pantomima pseudopenal sem nenhuma consequência eficaz."[60]

§ 6º. Um passo à frente da concepção *afirmativo-descritiva* de um direito penal do inimigo, deparamo-nos com a constância de um paradigma de inimizade ôntica (*hostis alienigena*)[61] no decorrer da história da civilização ocidental e com sua condição sendo ditada pela conveniência política. É esta decisão que, dentro de seu contexto histórico e social, subtrai o *status* de pessoa daquele cuja existência não lhe é conveniente: a constituição do inimigo ocorre na seleção de bens jurídicos relevantes a serem protegidos, na eleição dos autores em potencial do desrespeito à norma, na previsão do próprio procedimento processual a ele imposto, ou seja, ela é muito anterior à prestação jurisdicional. Neste novíssimo exercício de poder, em que o modelo político assume o fenômeno da criminalidade como questão estratégica significante para uma agenda político-punitiva, como argumento para se alcançar objetivos e como paradigma discursivo, tecnológico e metafórico a ser disseminado para instituições de natureza diversa, estabelece-se uma nova forma de se governar: governa-se através do crime.

---

[60] FRANCO, Alberto Silva. **A lei dos crimes hediondos deve ser abolida? sim**. p. 6.

[61] Na concepção romana, existia distinção entre *inimicus* e *hostis*, pela qual o *inimicus* representava o inimigo pessoal, enquanto o verdadeiro inimigo político seria o *hostis*. A distinção é expressamente verificável em duas passagens do Novo Testamento (Mateus 5,44; Lucas 6,27), nas quais os apóstolos remetem a mensagem "Amai a vossos inimigos": na versão grega, o texto sagrado é expresso como αγαπατε τους εχθρους υμων, tendo εχτρός o sentido de inimigo em sentido amplo; na versão latina, lê-se *diligite inimicos vestros*. Enquanto as línguas modernas são incapazes de distinguir entre o *inimigo* privado e público, as duas variantes clássicas defendem o amor ao próximo, sem estender a possibilidade desse gesto ao inimigo político: os trechos originais não se referem a αγαπατε τους πολεμιος υμων ou a *diligite hostes vestros*. A partir da identificação do *hostis*, dois eixos troncais sustentariam as suas subclassificações, diversas na racionalidade e no exercício de seu poder punitivo: *hostis judicatus* e *hostis alienigena*. O inimigo declarado (*hostis judicatus*) comportava a figura dos dissidentes ou inimigos, assim declarados pelo poder de plantão, do qual participaram os inimigos políticos puros de todos os tempos. O estrangeiro (*hostis alienigena*), por sua vez, abarcava todos os indivíduos que incomodavam o poder, os insubordinados, indisciplinados ou estranhos, como forma de proteger o *jus gentium*. Eram inimigos porque eram desconhecidos; por assim serem, inspiravam desconfiança e eram suspeitos por serem potencialmente perigosos. Sobre esse resgate promovido por Carl Schmitt (*Der begriff des politischen*, 1932), vide FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir.**

O tragicômico fenômeno da Lei dos Crimes Hediondos é o caso mais emblemático deste país de uma lei extremamente punitivista, derivada da opinião pública, estruturada em plena verborragia jurídica, criada única e exclusivamente como um (péssimo) instrumento de administração pública. Eis a referência ao passo inaugural de uma nova arte de se governar no Brasil, fundada no crime, na urgência e na exceção[62].

Até o encerramento deste estudo, a Lei dos Crimes Hediondos permanece vigente, atuante e ineficaz. E tudo indica que assim jazerá.

[62] Quanto à *urgência* de sua tramitação, ao contrário do ritmo ordinariamente prolongado da atividade legislativa – o que não é de todo um mal, quando se exige equilíbrio, sensatez e coerência sistêmicos –, de sua proposta, através do Projeto Substitutivo 5.405/1990 da Câmara dos Deputados passando pelo Projeto de Lei do Senado nº 50/1990, até sua sanção, transcorreram tão somente 68 dias. Como contraponto, a Lei nº 9.714/1998, que estabeleceu as penas alternativas no Brasil, tramitou, da apresentação de seu projeto (Projeto de Lei nº 2.684/1996) à sua sanção, por 695 dias. No tocante à sua excepcionalidade, nos moldes da leitura agambeniana, é possível identificar o uso do direito para a suspensão das regras do processo democrático com a finalidade de se definir o que poderia ser excluído do espaço da normalidade soberana. (TEIXEIRA, Alessandra. **Do sujeito de direito ao estado de exceção**. p. 101.)

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução: Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

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.

AMICO, Carla Campos. **Inovações decorrentes da Lei 11.464/07. Boletim IBCCRIM**. ano 15. n. 176. São Paulo: jul 2007.

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. derecho penal del ciudadano: GÜTHER Jakobs y los avatares de um derecho penal de la enemistad. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais,v.12, n. 51, nov./dez. 2004.

BALDAN, Édson Luís. **Etiologia e ontologia da normativa penal ocidental**. in Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências e reforma: colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

BARRETO, Tobias. **Crítica política e social**. Obras Completas de Tobias Barreto. Edição comemorativa. Instituto Nacional do Livro. Ministério da Cultura. Rio de Janeiro: Record, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BONFIM, Edílson Mougenot. **Direito penal da sociedade**. São Paulo: Del Rey, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: de 05 de outubro de 1988. 41. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diario Oficial [da]República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 jul. 1984.

Brasil. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diario Oficial [da]República Federativa do Brasil**, Brasília, 26 jul.1990.

BRASIL. Lei nº 8.930, de 06 de setembro de 1994. Dá nova redação ao art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diario Oficial [da]República Federativa do Brasil**, Brasília, 07 set. 1994.

BRASIL. Lei nº 9.455, de 7 de abril de]1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. **Diario Oficial [da]República Federativa do Brasil**, Brasília, 08 abr.1997.

BRASIL. Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. **Diario Oficial [da]República Federativa do Brasil**, Brasília, 26 nov. 1998

BRASIL. Lei 11.464, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art.2º da Lei 8072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. **Diario Oficial [da]República Federativa do Brasil**, Brasília, 29 mar. 2007.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diario**

Oficial [da]República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 69.657-1 SP**. Data do acórdão 18 dezembro 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 76.371-0 SP**. Data do acórdão 25 março 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.959-7 SP**. Decisão em 02 dezembro 2004. Data do acórdão: 23 fevereiro 2006.

BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Crime e Congresso Nacional**: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

COPÉRNICO, Nicolau. Dedication of the revolutions of the heavenly bodies. 1543. In ELIOT, Charles W. **Prefaces and prologues to famous books with introductions, notes and illustrations**. Harvard Classics. vol. 39. New York: P.F. Collier & Son, 1910.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Do "direito penal liberal" ao "direito penal do inimigo". Tradução: Érika Mendes de Carvalho. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. v. 1, n. 1. São Paulo: jul-dez 2004. p. 9-37.

DOTTI, René Ariel. As dez pragas do sistema criminal brasileiro. **Gazeta do Povo**. Publicado em 14 fev 2002.

_____. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRANÇA, Leandro Ayres. **A Fragmentação do discurso de Rousseau por seus contemporâneos**. No prelo.

_____. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.No prelo.

FRANCO, Alberto Silva. **A lei dos crimes hediondos deve ser abolida? sim**: um crime sem definição legal. Publicação Oficial do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal. ano 2. n. 2. maio 2006. [Artigo extraído da versão on-line do Jornal Folha de São Paulo, de 04 de março de 2006.

_____. **Crimes hediondos**: notas sobre a Lei 8.072/90. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. **Cem anos de solidão**. Tradução: Eliane Zagury. 58. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo** (ou inimigos do direito penal). Notícias Forenses, São Paulo, out. 2004.

GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução: Luiz Regis Prado e Érika Mandes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.(Série Ciência do Direito Penal Contemporânea; v. 10)

GUTHRIE. **Historia de la filosofia griega III**. Madrid: Gredos, 1988.

HAUSER, Arnold. **The social history of art**, volume I: from prehistoric times to the middle ages. New York/London: Routledge, 2003.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, 1976. v.1, t. 3.

JAKOBS, Günther; CANZIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEAL, João José. **Crimes hediondos**: a Lei 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

LEAL, João José. **Crimes hediondos**: a Lei 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

MESTIERI, João. Leis hediondas & penas radicais.: BARRA, Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (Org.). **Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

REALE JR., Miguel. Insegurança e tolerância zero. **Revista de Estudos Criminais**. n. 9. Porto Alegre: Notadez, 2003.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SIMON, Jonathan. **Governing through crime**: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear. New York: Oxford University Press, 2007.

SÓFOCLES. **Antígona**. trad. Donaldo Schüller. Porto Alegre: L&PM, 2008.

TEIXEIRA, Alessandra. **Do sujeito de direito ao estado de exceção**: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro. São Paulo: Dissertação de Mestrado (Universidade de São Paulo), 2007.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos**: o mito da repressão penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofia del derecho**. Derecho natural y justicia material. trad. Felipe González Vicén. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1971.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

A ATUAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E O INDEVIDO FOMENTO À POLÍTICA CRIMINAL DE EXCLUSÃO

Alexey Choi Caruncho*

RESUMO

Embora ultrapassadas mais de vinte anos da promulgação da Constituição da República de 1988, o Ministério Público brasileiro, instituição integrante do sistema criminal, persiste dando mostras de que sua atuação nesta área ainda não sofreu os devidos reflexos do contexto político que gestou seu atual perfil. Se, por um lado, o texto promulgado manteve a existência de atuações repressivas, tal não significa terem restado autorizadas atuações desarrazoadas ou autoritárias, como não raras vezes tem sido vistas. Fruto da disseminação de uma cultura do medo, essas atuações acríticas e sem qualquer planejamento, entretanto, têm fomentado cada vez mais a mera manutenção de uma seletividade que tende a manter uma política de exclusão há muito em vigor.

Palavras-chave: Ministério Público – política criminal institucional – sociedade do medo.

ABSTRACT

Although elapsed over twenty years of the Brazilian Constitution of 1988, the Public Prosecution, a member institution of the criminal system, persists showing signs that its performance in this area has not suffered the consequences arising from the political context that nurtured its current profile. If, on one side, the text promulgated maintained the existence of repressive actions, this does not mean it had have left over actions authorized or unreasonable, as there has seldom been seen. However, result of the dissemination of a culture of fear, these performances uncritical and without any planning have increasingly encouraged the maintenance of a selectivity that maintain a policy of exclusion.

Keywords: Public Prosecution – criminal policy institutional – society of fear

* Mestrando em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG); Especialista em Direito Criminal pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA); Professor convidado da Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP); Promotor de Justiça no Estado do Paraná.

INTRODUÇÃO

É hoje dominante a convicção de que a preservação da sociedade civilizada não pode prescindir de um sistema criminal, que, tendo em seu núcleo o direito penal, acaba sendo visto como um "mecanismo de preservação da ordem social"[1], sem o qual "o caos e a própria destruição do sistema seriam as consequências inevitáveis"[2].

É da essência de todo e qualquer sistema criminal intervir após a ocorrência do fato tido como delituoso. Natural, portanto, que a atuação de alguns de seus integrantes, no que ora interessa, o Ministério Público, seja essencialmente voltada à repressão do evento delituoso.

Contudo, voltar sua atuação para fins repressivos longe está de significar uma prestação a propósitos autoritários, ou seja, longe está de autorizar atuações desarrazoadas.

---

[1] BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3.

[2] BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3.

[3] Enfrentando a etimologia da expressão, esclarece Emerson Garcia que "o substantivo ministério deriva do latim *ministerium*, *minister*, indicando ofício de servo, função servil ou somente ofício, mister, cuidado, ocupação ou trabalho. O adjetivo que o acompanha, por sua vez, pode ser analisado sob um aspecto subjetivo, denotando a ideia de instituição estatal, ou objetivo, no sentido de interesse geral ou social. A expressão, se pouco diz sob o aspecto literal, pois toda atividade desempenhada pelo Estado (*lato sensu*) deverá consubstanciar um ofício de interesse social, muito nos fala se analisada sob o prisma da posição da Instituição na estrutura do Estado (...). Segundo Gabriel de Rezende Filho, a origem da expressão estaria associada à terminação ter, de *minister*, que indica comparação ou graduação. Por tal razão, enquanto magister, que é uma derivação do comparativo de superioridade latino *magis quam* (maior que), significa o maior, o líder, o guia, daí derivando o vocábulo magistrado, *minister*, por derivar de *minus quam* (menor que), significaria, em oposição, o menor, o que serve alguém ou o servidor de alguma causa: ministros do rei, ministros da fé, etc." (GARCIA, Emerson. **Ministério Público:** organização, atribuições e regime jurídico**.** 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 6-7). No mesmo sentido SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público brasileiro e o estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 30-31. Lastreado nas lições de Mario Vellani, porém, adverte este último autor existir quem entenda que a expressão teria surgido "quase inadvertidamente na prática, quando seus agentes, procuradores e advogados do rei, *les gens du roi*, se referiam, eles próprios, ao seu *mister* ou *ministère*, qualificando-o naturalmente com o adjetivo *public*. A partir do segundo quartel do século XVIII, por volta de 1730 a 1736, a expressão passou a figurar em documentos do Estado francês, inicialmente, conforme afirma Vellani, em correspondência oficial, passando posteriormente a aparecer em textos de ordenações e éditos, a partir de 1765. (...) no Brasil, o primeiro texto legal a usar a expressão teria sido o Regimento das Relações do Império, de 2 de maio de 1847, em seu artigo 18".

[4] Não por outra razão que, já no prólogo da obra de Ignácio Flores Prada, Victor Moreno Catena adverte que "La figura del Ministerio Fiscal es, del conjunto de órganos que operan en el ámbito de la Administración de Justicia, uma de las más controvertidas precisamente por la falta de una clara definición de su posición institucional en la estructura del Estado." (FLORES PRADA, Ignácio. **El Ministerio Fiscal en España**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 15).

Malgrado a expressão "ministério público" não possua um significado unívoco, ensejando interpretações por vezes equivocadas[3,4], fazendo com que seja comum que, fora do âmbito jurídico, a instituição seja vista como órgão representativo da figura do incansável acusador, servir a este propósito de forma cega, sem um senso crítico mínimo, não raras vezes tem feito com que o Ministério Público atue em prol não da sociedade, mas de uma política criminal de exclusão que, de forma cada vez mais acentuada, vem sendo verificada.

É neste sentido que o presente artigo procurará contribuir para uma reflexão, especialmente do real papel que foi (ou deveria ser) assumido pela instituição a partir da Constituição da República de 1988.

1 A ATUAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO: UMA CRÍTICA NECESSÁRIA

Pesquisa de opinião levada a cabo no ano de 2004, por meio de um critério de amostragem, identificou que 43% do público-alvo pesquisado só conhecia o Ministério Público de "ouvir falar" e apenas ínfimos 6% dos entrevistados afirmaram o "conhecer bem"[5]. Na mesma ocasião, restou aferido que a pequena face conhecida da instituição pátria referia-se, quase que exclusivamente, à sua atuação repressivo-criminal, retratando a concepção generalizada de que a atividade ministerial se limitaria à figura do Estado-Acusador[6].

Se este cenário, por si só, já serviria como indicativo da necessidade de se realizar uma análise crítica voltada aos reflexos produzidos pela Constituição de 1988 na atuação criminal do Ministério Público (*justificativa externa*), também justifica esta necessidade a identificação de que, embora tenha havido a entrega à instituição de diversos instrumentais – independência funcional (CR 127, § 1º), inamovibilidade (CR 127, § 5º, I, *b*), titularidade privativa da interposição da ação penal pública (CR 129, I), função requisitória de diligências investigatórias e de instauração do inquérito policial (CR 129, VIII), exercício do controle externo da atividade policial (CR 129, VII), etc. –, decorridas mais de duas décadas, não existe uma política criminal traçada de forma planejada pela instituição (*justificativa interna*).

---

[5] Este trabalho "envolveu duas mil entrevistas, realizadas em cento e quarenta e cinco municípios das cinco regiões do país, apresentando intervalo de confiança estimado em 95% e margem de erro máxima de 2,2 pontos percentuais para mais ou para menos sobre os resultados encontrados no total da amostra" (CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Púbico. **Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil** – pesquisa de opinião realizada pelo Ibope em fevereiro de 2004. Rio de Janeiro, 2004, p. vii e 64).

[6] CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Púbico. **Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil** – pesquisa de opinião realizada pelo Ibope em fevereiro de 2004. Rio de Janeiro, 2004, p.79. Na oportunidade, indagado o público-alvo a respeito do conhecimento de "casos em que o Ministério Público atuou", a quase unanimidade das respostas apresentadas estava vinculada a atuações de natureza repressivo-criminal.

De fato, sob o ângulo da sociedade, tal qual pontuado, o membro ministerial é visto como órgão exclusivamente acusador, como representante estatal que personifica a busca desmedida de uma condenação criminal. Não é exagerado afirmar que, para o senso comum, suas atribuições se resumem à busca da condenação, sendo quase que inteiramente desconhecida toda e qualquer atuação que não a criminal-repressiva.

No afã de se aproximar da sociedade, entretanto, não são poucas as vezes em que se *assistem*[7] atuações pautadas pela precipitação, quando não pela exposição temerária da figura do acusado, invertendo a ordem dos valores, isto é, ignorando-se princípios basilares do direito criminal, a se iniciar pelo da presunção de inocência. Assim, sob a justificativa da transparência nos trabalhos persecutórios (como se houvesse) ou ainda da liberdade de imprensa (como se absoluta fosse), transforma-se a figura do acusado em definitivamente culpado, em franco arrepio ao postulado do devido processo legal. Afinal, o tempo, na sociedade atual, é imperativo, tal qual bem lembra Aury Lopes Jr:

> (...) a velocidade da notícia e a própria dinâmica de uma sociedade espantosamente acelerada são completamente diferentes da velocidade do processo, ou seja, existe um tempo do direito que está completamente desvinculado do tempo da sociedade. E o Direito jamais será capaz de dar soluções à velocidade da luz. Estabelece-se um grande paradoxo: a sociedade, acostumada com a velocidade da virtualidade, não quer esperar pelo processo, daí a paixão pelas prisões cautelares e a visibilidade de uma imediata punição. Assim querem o mercado (que não pode esperar, pois tempo é dinheiro) e a sociedade (que não quer esperar, pois está acostumada ao instantâneo)[8].

Por outro lado, sob o ângulo interno, não bastasse a absurda inexistência de unicidade de posições e unidade nas atuações criminais do Ministério Público em alguns casos[9], não poucas vezes, enxerga-se a valorização apenas de aspectos quantitativos, com uma preocupação estatística voltada, não aos bens jurídicos eventualmente tutelados

---

[7] A expressão aqui é usada na sua literalidade, já que nesses casos o uso midiático é frequente.

[8] LOPES JR, Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. In GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). **A qualidade do tempo:** para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 139-177 (grifo no original).

[9] CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 43. No dizer de Emerson Garcia, "seus membros não devem ser concebidos em sua individualidade, mas como representantes e integrantes de um só organismo, em nome do qual atual" (GARCIA, Emerson. **Ministério Público:** organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 54-55).

através das ações penais propostas e julgadas procedentes, mas ao número de denúncias elaboradas ou de arquivamentos de procedimentos investigatórios promovidos[10].

Ademais, mesmo quando há uma preocupação quanto ao conteúdo e à eficiência da atuação encetada, é comum a existência de interpretações duvidosas na leitura dos dados[11].

Tudo a indicar que, institucionalmente, a atuação criminal ainda encontra-se na nítida dependência do que é produzido na fase investigatória por outras instâncias. Neste sentido, com razão a ponderação de Luciano Feldens:

> No âmbito jurídico penal, um dos problemas que tangenciam o Ministério Público é a ausência de uma política criminal institucionalmente orientada. Embora se possa debater sobre qual realmente deva ser o papel a ser desempenhado pela instituição na consolidação da política criminal do Estado (isso no que respeita ao processo de criminalização secundária), a indicar as prioridades de atuação no específico setor, o fato é que a inércia discursiva quanto a tais critérios de eleição tem fomentado um Ministério Público burocrático, pautado exclusivamente pela ação das polícias e dos demais órgãos de fiscalização. Não parece ter sido para isso que a Constituição o projetou[12].

---

[10] Neste particular, estranha-se que, no âmbito local, o Ministério Público do Estado do Paraná, através do Ato n.º 01/2011 da Corregedoria-Geral (Disponível em: <http://www.mp.pr.gov.br/modules/ conteudo/conteudo.php?conteudo=2979)>. que buscou "dar cumprimento à exigência prevista (...) pela Resolução 33, de 15 de dezembro de 2008, do Conselho Nacional do Ministério Público" –, tenha publicado modelo de relatório de atividades funcionais com conteúdo diverso daquele constante no anexo da referida Resolução (Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/legislacao/ resolucoes/Resolucao_33_08_altera_resolucao_25_07.pdf)>, o qual, sim, teria demonstrado preocupação com uma classificação da atuação conforme bens jurídicos atingidos ou critérios de eficiência da atuação.

[11] O tema relacionado aos critérios utilizados para aferir a eficiência na atuação criminal do Ministério Público é amplo e fugiria aos propósitos do presente trabalho, mormente diante da necessidade de pesquisas afetas à metodologia quantitativa e qualitativa. Estatísticas recentemente publicadas, porém, servem para ilustrar que, não raro, as conclusões são precipitadas. Neste sentido, tome-se de exemplo conclusão lançada no Relatório-Diagnóstico 2002-2010 do Ministério Público do Estado de São Paulo em relação à atuação institucional em julgamentos de crimes dolosos contra a vida afetos ao Tribunal do Júri: "O Ministério Público paulista, através de seus Membros que atuam perante o Tribunal do Júri tem demonstrado eficiência, haja vista que, em média, 72% das sentenças proferidas pelo Poder Judiciário estão em conformidade com a posição defendida pelos Promotores de Justiça". Parte-se, assim, da precipitada conclusão de que, em todas as sentenças a que faz referência, o posicionamento ministerial estaria isento de vícios; ignora-se, ainda, que, não raro, o próprio Ministério Público pode ter postulado a sentença absolutória em algumas das demais sentenças (BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Relatório-Diagnóstico 2002-2010**. São Paulo, 2011. p. 46. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/home/banco_imagens/flash/RelatorioDiagnostico2011/RelDiag2011novo.html>. Acesso em 17 maio 2011).

[12] FELDENS, Luciano. Ministério Público, Processo Penal e Democracia: identidade e desafios. In PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia:** estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.321-342. Não se ignora a existência de tentativas de 'nortear' a atuação criminal. A mais recente, em âmbito nacional, refere-se à Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (Enasp), que tem "o objetivo de promover a articulação dos órgãos responsáveis pela segurança pública, reunir e coordenar as ações de combate à violência e traçar políticas nacionais na área", inclusive com a elaboração de gráfico demonstrativo da evolução dos trabalhos, intitulado "inqueritômetro", iniciativa do Conselho Nacional do Ministério Público. Uma vez mais, porém, identifica-se que uma preocupação quantitativa, no sentido de diminuir o volume de inquéritos policiais antigos ainda em curso. Traça-se como meta (Meta 2) a de "concluir todos os inquéritos e procedimentos que investigam homicídios dolosos instaurados até 31 de dezembro de 2007" (Conselho Nacional Do Ministério Público. Disponível em http://www.cnmp.gov.br/enasp. Acesso em 10 de maio 2011).

2 A ATUAÇÃO ENDOPROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: UMA ATUAÇÃO REPRESSIVA SOB UM VIÉS GARANTISTA

O exercício de parcela do poder punitivo estatal tem sido uma das atribuições tradicionalmente afetas ao Ministério Público. Considere-se sua evolução histórica ou ainda as diversas conjunturas sociopolíticas nas quais se viu envolvida, em maior ou menor grau, tem sido uma constante a função de "defesa concentrada da legalidade"[13] pela instituição. Daí se afirmar que, desde a sua origem, a instituição sempre teve suas atribuições atreladas à seara criminal[14].

Se, por um lado, a conjuntura na qual o Ministério Público brasileiro vinha se encontrando então legitimava o exercício dessa atribuição acusatória de forma acrítica e, inclusive, autoritária – afinal, no passado a instituição serviu como *órgão de atuação de política autoritária*[15] –, por outro, a partir da Constituição da República de 1988 esta legitimação deixou de existir.

---

[13] FLORES PRADA, Ignácio. **El Ministerio Fiscal en España**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 21.

[14] Cabe aqui, desde logo, esclarecer existir quem entenda que a origem do Ministério Público não estaria vinculada às atribuições criminais, já que sua função ativa no processo penal só teria passado a existir a partir do *Code d'Instruction Criminelle*, no Século XIX. Partindo de paradigmas diversos da presente pesquisa e amparado nas lições de CORDERO, ressalta João Gualberto Garcez Ramos que "desde sua criação, no Século XIV, até o Século XIX, o Ministério Público francês não possuiu qualquer função ativa no processo penal. Sua atuação era meramente formal; ainda fiscalizatória" (RAMOS, João Gualberto Garcez. Reflexões sobre o perfil do Ministério Público de ontem, de hoje e do 3º milênio. **Justitia**, São Paulo, v. 63, n. 194, p.51, abr./jun. 2001).

[15] A pesquisa histórica identifica que, no mínimo, até a vinda da Constituição de 1946, o Ministério Público brasileiro longe estava de se apresentar verdadeiramente como uma instituição com perfil republicano, figurando muito mais como um mero "órgão de cooperação das atividades governamentais", nos termos, inclusive, da previsão trazida pelo regime da Constituição de 1934 (Seção I do Capítulo VI do Título I). Esta natureza jurídica potencializou ainda mais sua atuação criminal repressiva. Não por outra razão que foi sob a égide da Carta ditatorial de 1937, que o Ministério Público viu alargado o seu campo de atuação criminal, principalmente, com o advento do Código de Processo Penal, em 03 de outubro de 1941, no qual, por exemplo, adveio a previsão do poder de requisição de inquérito policial e de diligências para a apuração de delitos, passando a ser regra, ademais, sua titularidade na promoção da ação penal pública. Embora o regime constitucional de 1946 tenha representado um avanço republicano, a Constituição de 1967, com seu texto resultante de um ato de força perpetrado na esteira do golpe militar de 31 de março de 1964, implicou na inauguração de um interregno no perfil ministerial que vinha existindo até então, cuja duração se estenderia pelo regime da Emenda outorgada de 1969 que, ao cuidar do Ministério Público dentro do capítulo "do Poder Executivo", não deixava dúvidas quanto à real intenção dos governantes da época "de transformar a Instituição num órgão de atuação de sua política autoritária". Por fim, ressalta SAUWEN FILHO que, embora o texto da Emenda nº 1 de 17 de outubro de 1969 tenha praticamente repetido o tratamento dispensado pela Constituição anterior à instituição, trata-se de mera aparência: "nota-se, de início, a migração da Instituição da esfera do Poder Judiciário para a do Poder Executivo, passando de auxiliar daquele a órgão de atuação deste Poder" (SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério Público brasileiro e o estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 159-160).

Previsível, portanto, que o exercício desta atribuição repressiva tenha sofrido uma sensível alteração. Afinal, trata-se de atribuição afeta ao poder punitivo estatal, o qual sofreu (ou deveria ter sofrido[16]) toda uma remodelagem a partir da atual Constituição.

De fato, de mero *órgão de acusação*, o Ministério Público pátrio assumiu a figura de *órgão legitimado à acusação*, conforme diferenciação ressaltada por Eugênio Pacelli de Oliveira[17]. Afinal, passou a ser expressa, no texto constitucional, "a defesa da ordem jurídica"[18] pela instituição.

---

[16] A crítica recebe o reforço de pesquisa empírica efetuada por Camila Cardoso de Mello Prando que, após analisar 24 leis penais promulgadas entre 1998 a 2002, identificou que a política criminal em vigor desde a década de 80 tem sido expansionista. Neste sentido, conclui: "observa-se que neste período de produção legislativa houve um aumento de criminalizações e, portanto, houve um processo de expansão do sistema penal, dando continuidade ao processo que vem ocorrendo desde o final da década de 80. Das 24 leis promulgadas, apenas duas trataram da despenalização, e nenhuma delas tratou da descriminalização de condutas" (PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Orientação político-criminal do estado brasileiro: uma análise de leis promulgadas no período de 1998 a 2002. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, v. 8 n 31, p. 97-120, out./dez. 2008.

[17] "Ao contrário de certos posicionamentos que ainda se encontram na prática judiciária, o Ministério Púbico não é órgão de acusação, mas órgão *legitimado* para a acusação, nas ações penais públicas. A distinção é significativa: não é por ser o titular da ação penal pública, nem por estar a ela obrigado (em razão da regra da obrigatoriedade), que o *parquet* deve *necessariamente* oferecer a denúncia, nem, estando esta já oferecida, pugnar pela condenação do réu, em quaisquer circunstâncias. Enquanto órgão do Estado e integrante do Poder Público, ele tem como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas da *ordem jurídica*" (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 384, grifos no original). No mesmo sentido, ressalta Hugo Nigro Mazzilli que "é ideia comum dos leigos que o Ministério Público constitua apenas ou basicamente o órgão da acusação do Estado. Essa afirmação não exprime bem a verdade; primeiro, porque somente em parte é verdadeira; em segundo, porque, mesmo na parte em que a afirmação é correta, é preciso bem compreender aquilo em que consiste a acusação penal, já que, para formulá-la, não só o Ministério Público tem total liberdade e independência funcionais (não é obrigado *a priori* a acusar), como ainda pode e deve buscar a absolvição de quem lhe pareça inocente, de forma que não é um acusador cego, gratuito ou implacável" (MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 40).

[18] "Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Corolário desta diferenciação, tem sido a identificação de que o tratamento dado ao Ministério Público pela Constituição autorizaria resgatar uma imparcialidade no exercício da sua função repressivo-criminal[19,20].

Até porque, no âmbito pátrio, antes mesmo da vinda do ordenamento constitucional de 1988, certo é que a legislação infraconstitucional já vinha trazendo atribuições ao Ministério Público na seara criminal que em muito se aproximavam daquelas que seriam constitucionalmente positivadas.

A título de exemplo, mencione-se o trazido pela Lei nº 7.210 que, no âmbito da execução penal, já previa desde o ano de 1984 funções aos agentes ministeriais que nada tinham de acusatórias, mas nitidamente assecuratórias de direitos fundamentais. São explícitos, neste sentido, alguns dos preceitos trazidos pelo artigo 68 da Lei em questão[21]. A Constituição, aqui, serviu de reforço, pois o Ministério Público assumiu a função de verdadeiro garante dos direitos humanos dos sentenciados[22].

De qualquer forma, muito embora algumas modificações normativas tenham advindo previamente à Constituição de 1988, é certo que esta realmente serviu como um verdadeiro divisor de modelos ministeriais.

---

[19] Faz-se referência a um "resgate", pois já na década de quarenta do século passado, havia o entendimento de que o Ministério Público, no exercício de suas atuações criminais, era mais do que "simples parte acusadora". Na doutrina brasileira, destaca-se extenso trabalho elaborado em 1942 por Mario Dias que, em comentário ao dispositivo do Código de Processo Penal que prevê a indisponibilidade da ação penal pública, escrevia que o Ministério Público "age em nome da sociedade e não como simples parte acusadora", concluindo que "as funções do M.P. não são as funções de carrasco" (DIAS, Mario. **Ministério Público brasileiro** (instituição, atribuições, processo). Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942, p.458 e 489, grifo no original).

[20] A imparcialidade na atuação repressivo-criminal da instituição é abordagem que fugiria dos propósitos do presente trabalho, já que demandaria estudo não somente da sua existência, mas da sua pertinência e viabilidade. Registre-se, por oportuno, se tratar de tema que longe está de ser pacífico. Na atualidade, Eugênio Pacelli de Oliveira não vê empecilhos na sua aceitação (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 383-384). No sentido contrário, é a posição de LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 2. ed. Vol I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

[21] No que interessa ao contexto, traslada-se: "Art. 68. Incumbe, ainda, ao Ministério Público: (...) II - requerer: a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo; b) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução; (...) d) a revogação da medida de segurança; e) a conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes (...); Parágrafo único. O órgão do Ministério Público visitará mensalmente os estabelecimentos penais (...)".

[22] Neste particular, ao lado da fiscalização, interposição e intervenção em todos os incidentes executórios, há, cada vez mais, toda uma atuação voltada à fiscalização dos próprios estabelecimentos prisionais. Não por outra razão que, atualmente, não são raras interposições de ações civis públicas voltadas à interdição de centros de detenção e cadeias públicas ou, até mesmo, tendentes à implementação pelo Poder Público da política penitenciária estatal. Muito embora se trate de demandas interpostas perante o Juízo Cível, evidente os reflexos na seara criminal destas ações.

De modo que, ao tempo em que se tornou fundamental reinterpretar-se todo o direito processual penal com base na principiologia constitucional trazida, fundamental se fez ainda que se percebesse que todos os atores sociais que fazem parte da persecução penal sofreram reflexos desta principiologia.

Desde 1988, portanto, para bem compreender a normativa processual penal brasileira, é imprescindível que a mesma seja (re)interpretada a partir das vigas mestras constitucionais. Nesta tarefa jamais poderá ser ignorado que também os agentes que fazem parte do sistema criminal sofreram as influências do sistema fundado.

Daí a necessária releitura do papel exercido pelo Ministério Público durante todo o curso da incidência da Justiça criminal – desde a fase investigatória até a fase executória –, pois o novo ordenamento constitucional fez com que os membros da Instituição assumissem funções absolutamente distintas daquelas de outrora.

Tome-se, como exemplo, inicialmente, as atribuições afetas ao Ministério Público na fase inaugural da persecução, isto é, na *fase investigatória*. Se antes da Constituição as atribuições ministeriais limitavam-se a requisitar a instauração de inquéritos policiais ou a realização de diligências (CPP, arts. 5º, II e 47)[23,24], a partir de 1988 passou a ser possível, inclusive, a instauração de seus próprios procedimentos investigatórios[25].

Ademais, ressalta Décio Alonso Gomes que foi conferido também ao Ministério Público o especial dever de controlar a atuação dos demais agentes responsáveis pela primeira fase da persecução criminal, em especial a polícia, buscando que seus procedimentos ajustem-se às regras do Estado Democrático de Direito[26]. Neste particular,

---

[23] "Art. 5º. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: (...) II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público".

[24] "Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.".

[25] Não se desconhece a existência de divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da existência e dos limites do poder investigatório do Ministério Público. Neste particular, registre-se recente decisão emanada da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em que se asseverou que "a denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal [...]" (RE 535478/SC, Rel(a). Min(a). Ellen Gracie, j. 28.10.2008). Por todos, fundamentais as lições de Eugênio Pacelli de Oliveira: "A legitimidade do *parquet* para a apuração de infrações penais tem, de fato, assento constitucional, nos termos do disposto no art. 129, VI e VIII, da CF, regulamentado, no âmbito do Ministério Público Federal, pela Lei Complementar nº 75/93, consoante o disposto nos arts. 7º e 8º. Também o art. 38 da mesma Lei Complementar nº 75/93 confere ao *parquet* a atribuição para *requisitar inquéritos* e *investigações*. Na mesma linha, com as mesmas atribuições, a Lei nº 8.625/93 reserva tais poderes ao Ministério Público dos Estados". Ibidem, p.384, grifos no original).

[26] GOMES, Décio Alonso. Política criminal brasileira e o papel do Ministério Pùblico. In: VILLELA, Patrícia (Coord.). **Ministério Público e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p.31.

conforme referido, tem sido percebida uma leniência por certa parcela de integrantes da instituição, aceitando (comodamente) o produto que lhe é entregue, sem que haja um efetivo controle externo da atividade policial, nos moldes desenhados pela Constituição da República de 1988[27].

Afora a renovação trazida na fase investigatória, importante modificação há de ser reconhecida, igualmente, a partir da *fase do oferecimento da inicial acusatória* nas infrações penais cuja iniciativa da ação penal seja pública. Com efeito, mesmo no tocante a essa fase, as atribuições ministeriais ganharam contornos diferenciados daquele então existente. Refere-se às modificações pelas quais têm passado o *princípio da obrigatoriedade da ação penal pública*[28], seja em âmbito normativo, seja em âmbito doutrinário.

No âmbito normativo, nítida mitigação a esse princípio veio através da Lei nº 9.099/95 que, dando concretude à previsão do artigo 98, inciso I, da Constituição, no tocante às infrações penais de menor potencial ofensivo, trouxe a possibilidade do oferecimento da denúncia ser evitado nos casos em que couber o instituto da transação penal (art. 76)[29].

Em âmbito doutrinário, cite-se, a título de exemplo, o entender de Eugênio Pacelli de Oliveira no sentido de que, sob certas circunstâncias, apresentando a persecução, desde o seu início, prova indiscutível e incontestável – isto é, estreme de qualquer dúvida razoável – da existência de uma excludente de ilicitude estaria o Ministério Público autorizado a

---

[27] Faz-se referência a ausência de uma análise crítica e detalhada de inquéritos policiais enviados ao Ministério Público com as tradicionais postulações de "dilação de prazo", nos termos do artigo 10 do Código de Processo Penal, as quais, invariavelmente, se eternizam até a prescrição da pretensão punitiva de certos delitos.

[28] "O princípio da legalidade ou obrigatoriedade impõe ao Ministério Público o dever de promover a ação penal (...), descabendo-lhe qualquer juízo sobre a conveniência social ou oportunidade política da medida, tampouco deixar de oferecer a denúncia com base em critérios subjetivos, ideológicos, religiosos, humanitários, não previstos em lei" (MANZANO, Luis Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2010. p.154).

[29] "Trata-se de relativização do princípio da obrigatoriedade, ou, ainda, de uma nova concepção a ser incorporada no sistema processual penal brasileiro: discricionariedade regrada. Mas, é importante destacar, está muito longe de qualquer consagração de oportunidade e conveniência. Trata-se apenas de situações muito restritas e devidamente disciplinadas onde o Ministério Público tem uma pequena (e bem circunscrita) esfera de negociação com o imputado (dentro de rígidos critérios legais)" (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1. p. 348).

promover o arquivamento do inquérito policial, pois numa tal hipótese o processo penal se revelaria absolutamente inútil e contraproducente[30,31].

Ainda em âmbito doutrinário, há de se fazer referência a Luis Wanderley Gazoto, em obra cujo próprio título já dá mostras de sua pretensão: "O princípio da não obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público"[32].

O que se vê, desta forma, é que, antes tido e entendido como regra de caráter absoluto[33], cada vez mais o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública vem sofrendo mitigações, certamente como um reflexo de mudanças inauguradas pela Constituição.

Afora as modificações introduzidas na atuação da fase investigatória e da *fase da instauração da ação penal*, mesmo no curso da instrução processual e até mesmo na fase

---

[30] "Entendimento contrário obrigaria o órgão do *parquet* – mesmo convencido, desde o início, da inocência (pela conduta justificada) do agente –, a oferecer denúncia contra este, imputando-lhe a prática de fato que sabe não ser criminoso. A hipótese consagraria inegável violação ao princípio constitucional da independência funcional do Ministério Público, a menos que se sustentasse que, na própria denúncia, então obrigatória, o órgão da acusação pudesse fazer referência expressa à existência da legítima defesa, arrolando, desde já, provas testemunhais exclusivamente no interesse da defesa, o que, convenhamos, é de um absurdo insustentável" (OLIVEIRA, *op. cit*., p.112; grifos no original).

[31] Embora tal entendimento certamente demandasse uma análise mais aprofundada, que fugiria às pretensões deste trabalho, uma alternativa normativa já em vigor em igual sentido é a do artigo 160 do Código de Processo Penal Alemão (StrafprozeBordnung, StPO), referido por Marcelo Batlouni Mendroni em trabalho comparativo voltado à "direção" da fase investigatória: "StPO § 160: (1) Tão pronto tenha conhecimento a Promotoria de Justiça, por meio de denúncia ou outra via, da suspeita de um fato punível, deverá averiguar as circunstâncias com o fim de tomar sua resolução sobre se deverá exercitar a ação penal. (2) A Promotoria de Justiça deverá averiguar não só as circunstâncias que sirvam de incriminamento, **como também as que sirvam de inocentamento**, e cuidar de colher as provas cuja perda seja temível. (3) As averiguações da Promotoria deverão estender-se às circunstâncias que sejam de importância para a determinação das consequências jurídicas do fato. Para isto poderá valer-se de ajuda do Poder Judicial" (MENDRONI, Marcelo Batlouni. A tendência do processo penal moderno. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.6, n.22, p.81/88, abr./jun. 1998 (grifos nosso)).

[32] "O Ministério Público brasileiro ainda não se deu conta de suas relevantes funções na atual configuração do sistema punitivo: seus membros ainda agem como se estivessem sob a égide do Código de Processo Criminal do Império, de 1832, quando até o juiz podia, de ofício, dar início à ação penal pública. Por certo, não foi desarrazoadamente que o constituinte lhe atribuiu a titularidade privativa da ação penal pública – se o escopo constitucional fosse meramente instrumental e não finalístico, evidentemente teria atribuído, para tanto, legitimação a qualquer um do povo, admitindo a ação penal de iniciativa popular. Se não o fez, é porque entendeu necessária a interposição de um órgão independente, com poderes de filtragem no mecanismo punitivo, objetivando a efetiva produção de resultados e não a insana e desarranjada acusação privada" (GAZOTO, Luis Wanderley. **O princípio da não obrigatoriedade da ação penal pública:** uma crítica ao formalismo no Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003. p. XV).

[33] DIAS, Mario. **Ministério público brasileiro** (instituição, atribuições, processo). Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942, p.458. Em comentário à dispositivo processual penal brasileiro que prevê a indisponibilidade da ação penal público, afirmava o autor: "é claro que (o Ministério Público) não poderá renunciar nunca um direito que não lhe pertence".

recursal, passou a assumir o membro do Ministério Público cada vez mais uma posição verdadeiramente de agente imparcial, ou, como preferem alguns, de parte imparcial[34,35].

Ressalte-se que esta *imparcialidade* do agente ministerial relaciona-se à liberdade que se lhe reconhece na apreciação dos fatos e do direito a eles aplicável. O Ministério Público é livre e deve ser livre na formação de seu convencimento, sem que esteja vinculado

---

[34] Especificamente no tocante à admissão da expressão 'parte imparcial', voltada ao Ministério Público, vd. OLIVEIRA, *op. cit*., p. 374-375. No sentir do autor, há de se fazer uma diferenciação entre parte *no sentido formal* (referente à posição processual) e parte *no sentido material* (referente ao objeto dos requerimentos e alegações). A partir daí, conclui que o Ministério Público é *parte material* quando há coincidência entre a sua manifestação na causa (requerendo a condenação) e a sua posição no processo; é *formal*, por outro lado, quando não há tal coincidência, "como ocorre, por exemplo, quando o Ministério Público, mesmo *autor* da ação, requer a *absolvição* do acusado". De qualquer forma, embora por vezes, essa conclusão possa ser tida como algo decorrente de uma moderna interpretação do direito processual penal, comentando o dispositivo processual penal brasileiro que prevê a possibilidade do Ministério Público requerer a instauração de exame de insanidade mental do acusado, já entendia Mario Dias em 1942: "em regra geral, os exames de sanidade dos delinquentes são requeridos pelos interessados na sua defesa. Entretanto o M.P., poderá tomar a iniciativa e deve fazê-lo sempre que houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, dando assim uma prova de imparcialidade no exercício de suas atribuições" (DIAS, Mario. **Ministério público brasileiro** (instituição, atribuições, processo). Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942, p.469). Ademais, é o mesmo autor que, ao tratar especificamente da atuação do Ministério Público no Tribunal do Júri – seara em que, em princípio, poderia restar evidente o interesse acusatório –, cita o autor. WHITAKER que "dissertou com maestria (...) no seu livro 'Juri', (6. ed. p. 93 –): '... A do promotor (acusação) deve revestir-se da mais absoluta imparcialidade. A sociedade pede a condenação em nome da ordem pública sobressaltada com o proceder criminoso de um dos seus membros, mas não é movida por sentimentos de ódio, paixão ou vingança. Quando seu representante, abandonando a verdade, e a lógica, socorrer-se, para vencer, dos artifícios da palavra e vícios de argumentação, amesquinha o mandato, merecendo censura. Imparcialidade absoluta, dissemos; porque, si, nos debates, o réu demonstrar à evidência sua inocência, ou seu direito, o promotor, pela dignidade do cargo, deve-se considerar vencido, confessando lealmente a impotência da acusação. Verdade é que o governo, já uma vez ordenou que o Promotor acusasse, mesmo contra a consciência, porque *a lei não permite que a causa da justiça fique abandonada e os atos das autoridades criminais sem ter quem os explique* (Aviso 323 de 25 de julho de 1861, de SAYÃO LOBATO). A causa da justiça, porém, é a verdade; a condenação do inocente constitui (*sic*) maior desgraça para a sociedade do que para o condenado, sendo preferível, segundo a velha sentença de BERRIER, ficarem impunes muitos culpados, do que punido quem deverá ser absolvido (ORTOLAN, 2/n. 2.289). Expor com lealdade os fatos, não é deixar em desamparo os atos da autoridade'" (DIAS, Mario. **Ministério público brasileiro** (instituição, atribuições, processo). Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942, p. 489).

[35] Neste sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira: "Também o Ministério Público atua com inteira *imparcialidade*, a ele *interessando*, na mesma medida, tanto a condenação do culpado quanto a absolvição do inocente. Não se pode esquecer de que a fase pré-processual, isto é, a fase de investigação, desenvolve-se *sem a participação da defesa*, do que resulta a conclusão de que somente o convencimento ou a *opinio delicti* inicial do Ministério Público, para fins de instauração da ação penal, é que é construída com alguma parcialidade. Mas, uma vez instaurada a relação processual penal, estabelecidos o contraditório e a ampla defesa, o Ministério Público é inteiramente livre para a reapreciação dos fatos, seja sobre o aspecto *de direito*, seja sobre a questão fática, não se podendo identificar em tal atuação tratar-se de exercício de *direito de punir*, mas unicamente do exercício do *dever da ação penal*, diante do convencimento firmado a partir do conjunto probatório colhido na fase investigatória (...). Enquanto órgão do Estado e integrante do Poder Público, ele tem como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas *da ordem jurídica*, o que o coloca em posição de absoluta imparcialidade diante *da* e *na* jurisdição penal" (Ibidem, p. 373-374 e 384, grifos no original).

a qualquer valoração ou consideração prévia sobre as consequências que juridicamente possam ser atribuídas aos fatos tidos por delituosos[36]. Na conclusão de Décio Alonso Gomes:

> O que sobreleva destacar é indispensabilidade de uma atuação objetiva e imparcial, esta última característica entendida como a inexistência de interesse pessoal do membro do Ministério Público na solução do caso penal. Não é crível que o Ministério Público tenha que atuar sob a bandeira da imparcialidade tal qual ocorre com o Judiciário, pois os integrantes do Parquet devem – obrigatoriamente – estar convencidos da sua opção antes de atuar (a chamada formação da opinio). O caráter híbrido destacado é o que permite a alteração da sua convicção ao longo do desempenho do seu mister (é dizer, ao longo das duas fases da persecução penal). O julgador, ao contrário, não deve externar sua opinião em qualquer momento que antecede a sentença, devendo estar aberto às razões expostas pelas partes interessadas do processo[37].

3 A IMPRESCINDIBILIDADE DE UMA ATUAÇÃO CRIMINAL REPRESSIVA PLANEJADA

Malgrado tenha sido visto que, normativamente, a partir da década de 80, foi inaugurado um novo perfil de Ministério Público brasileiro também em relação à forma de enfrentar o fenômeno criminal, ultrapassadas mais de duas décadas desde esta introdução, ainda hoje persistem sendo identificadas atuações ministeriais que aproximam a instituição ao perfil que possuía no passado.

Neste particular, em pesquisa de recursos criminais interpostos perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, voltada a demonstrar que "uma 'baixa compreensão' acerca do sentido da Constituição – naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito" – tem implicado em uma "problemática que não é difícil de constatar na quotidianidade das práticas dos operadores do Direito"[38], Lenio Luiz Streck cita exemplos em que se identificam atuações ministeriais posteriores a 1988 que confirmam esse cenário:

---

[36] *Ibidem*, p. 384.

[37] GOMES, *op. cit.*, p. 32-33 (grifos no original).

[38] STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como "la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos". **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, v.8 n. 31, p. 65-96, out./dez. 2008.

Exemplo 1) cidadão foi processado criminalmente porque, na noite de natal, foi a um baile e pagou o ingresso com um cheque que teria sido objeto de furto. O ingresso custou R$ 6,00. O cheque foi passado no valor de R$ 60,00. O Promotor de Justiça pediu a prisão preventiva do acusado (imagine-se o grau de 'periculosidade' do citado cidadão, a ponto de o Ministério Público querer vê-lo recolhido à prisão). Felizmente, o Juiz não atendeu ao pleito. Entretanto, condenou o réu a 2 anos de reclusão! Examinando o processo em grau de recurso, constatou-se que sequer estava provado que o cheque era produto de furto. Mais ainda, nem de longe estava provado que o cheque tinha sido preenchido pelo acusado. (...)

Exemplo 3) cidadão foi processado porque teria furtado uma garrafa de vinho e alguns metros de mangueira plástica e um facão. Foi preso preventivamente. Ficou recolhido mais de 06 meses. Ao final, o Juiz o condenou a 04 meses de reclusão, pelo delito de receptação, do qual não havia prova alguma. Em segundo grau, o réu foi absolvido.

Exemplo 4) cidadão foi processado pelo crime de estelionato, porque teria comprado mercadorias em uma loja (limpador de para-brisas), pagando com um cheque de R$ 130,00, recebendo R$ 80,00 de troco. Segundo a acusação, o cheque seria furtado. Foi condenado a 1 ano e 10 meses de reclusão. Permaneceu preso preventivamente por 10 meses. Como não foi dado direito ao acusado de recorrer em liberdade, quando o processo chegou ao segundo grau (apelação), já estava preso há quatorze meses. Resultado do julgamento: foi absolvido, porque não havia provas.

Exemplo 5) cidadão, depois de discutir com sua esposa, tentou suicídio. Não conseguiu o intento. Quando saiu do hospital, foi denunciado por porte ilegal de arma (afinal, o 'réu' (?) não tinha autorização legal para ter a arma em sua casa). Foi condenado a 1 ano de detenção. Em segundo grau, foi absolvido. É preciso dizer mais?

Poder-se-ia acrescentar ainda outros exemplos, como o caso de dois cidadãos condenados a 2 anos de reclusão por terem 'subtraído', das águas de um bucólico açude no interior do Estado do Rio Grande do Sul, 9 peixes tipo 'traíra', avaliados em R$ 7,50, ou do cidadão que ficou preso por ordem da justiça de Tubarão, SC, pelo período de 60 dias, por ter tentado furtar R$ 10,00, cuja cédula jamais foi encontrada; ou, ainda, do casal catarinense que ficou 46 dias preso preventivamente, por tentar furtar um par de chinelos...[39]

[39] STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como "la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos". In **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, v.8 n. 31, p. 83-84 out./dez. 2008.

Após vistas todas as transformações pelas quais passou o Ministério Público com a vinda do novo modelo de atuação criminal, diante do cenário apresentado por STRECK[40], forçoso identificar que o perfil inaugurado em 1988 ainda esta longe de ser concretizado na sua inteireza.

De fato, conforme exemplificado, conscientemente ou não, por vezes a atuação institucional ignora a ineficiência do sistema criminal e continua a permitir com que seja testemunhado o desrespeito rotineiro aos direitos humanos.

Ainda hoje tem sido comum a identificação deste perfil em parte significativa de membros do Ministério Público pátrio, que considera que suas atribuições na seara criminal limitar-se-iam ao pleito condenatório. Sob a perspectiva de apenas lhe incumbir a representação do Poder central, uma vez apresentada a acusação e postulada a condenação, esgotar-se-iam todas as atribuições ministeriais afetas à seara criminal[41].

A atuação ministerial, por este viés, passa a ser acrítica. Preocupada exclusivamente com sua quantificação[42], demonstra ausência de comprometimento com as causas que

---

[40] Embora o autor tenha se lastreado no cotidiano forense dos Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, trata-se de cenário que igualmente é replicado em outros estados da federação, o que pode ser constatado por meio de breve pesquisa efetuado nos sítios eletrônicos de seus respectivos Tribunais de Justiça. A título de exemplo, cite-se o Processo-crime n. 619483-0, cujo recurso de apelação foi interposto perante o Tribunal de Justiça do Paraná. Tratou-se de acusação que imputou a dois réus a prática de furto qualificado pelo concurso de pessoas, por terem, em fevereiro de 2008, subtraído da calçada da residência da vítima um vaso de cimento de planta ornamental, avaliado em R$ 120,00. Após pleito de condenação pelo Ministério Público, ao primeiro dos réus foi fixada a pena de 02 anos e 06 meses de reclusão no regime semiaberto; ao segundo, a pena de 02 anos de reclusão no regime aberto. Interposto o recurso pelo Defensor, requerente o reconhecimento da insignificância ou, ao menos, da regra do furto privilegiado, o Tribunal julgou improcedente: "ante à caracterização da qualificadora do concurso de agentes, torna-se inviável a aplicação do princípio da insignificância, impossibilitada pelo desvalor da conduta. (...) Não há que se falar, outrossim, em desclassificação da conduta para o furto privilegiado, porquanto igualmente inaplicável ao furto qualificado. (...) Cumpre mencionar que a pena foi bem fixada (...)".

[41] Tais conclusões podem ser extraídas das respostas a algumas das indagações apresentadas na pesquisa coordenada por Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo no âmbito do Ministério Público Federal, ofertada a todos os seus 852 integrantes entre junho e julho de 2008. Malgrado o universo de respondentes tenha representado 20% do total, a pesquisa é válida para demonstrar, ao menos em caráter ilustrativo, algumas percepções das políticas criminais de parte relevante dos integrantes do Ministério Público. De fato, indagado ao público-alvo a respeito da função da pena, 21% dos respondentes considera a de "retribuir o delito". Quanto à redução da maioridade penal, 31,7% acredita que ela deve reduzir para 16 anos e 9% crê na necessidade de uma redação para 14 anos. Ademais, 67,6% concorda, totalmente ou em parte, com a afirmação de que a dificuldade na contenção da criminalidade se deve à existência, no Brasil, de uma legislação penal e processual penal "excessivamente branda". Não por outra razão que 71,2% é favorável à expansão do direito criminal ante à existência de novos riscos sociais (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coord.). **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010. p. 41-43 e 50).

[42] Conforme exemplo citado, relacionado ao Relatório-Diagnóstico 2002-2010 do Ministério Público do Estado de São Paulo, no que diz respeito à atuação institucional em julgamentos de crimes dolosos contra a vida afetos ao Tribunal do Júri (SÃO PAULO (estado) Ministério Público. **Relatório-diagnóstico 2002-2010**. São Paulo, 2011. p. 46. Disponível em <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/home/banco_imagens/flash/RelatorioDiagnostico2011/RelDiag2011novo.html>. Acesso em 17 maio 2011).

implicaram no comportamento delituoso e, principalmente, com as consequências que advirão a partir do ingresso (ou mera permanência) do desviante no sistema criminal[43].

Sob o manto de estar-se agindo de acordo *com a lei e a sua consciência*[44], crê-se num discurso de ressocialização que há muito vem sendo deslegitimado[45]. Ou, ainda, numa política criminal de defesa social[46], a qual, sabe-se, tende a autorizar o movimento da lei e ordem[47].

---

[43] Não por outra razão que, na referida pesquisa de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo realizada no âmbito do Ministério Público Federal, indagado ao público-alvo a respeito do regime disciplinar diferenciado, 94,1% entendeu que o mesmo "faz-se necessário em virtude da gravidade do problema da atuação das organizações criminosas no interior dos presídios" (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coord.). **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do ministério público dederal**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010, p. 80).

[44] "A independência funcional, segundo entendo, importa em que os seus membros possam manifestar-se livremente, apenas submetendo-se 'a sua consciência e aos limites imperativos da lei" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília: Imprensa Nacional, v.147, jan./mar., p. 142 1994).

[45] A referência aqui é a obra de ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

[46] Na pesquisa de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo já mencionada, indagado ao público-alvo a respeito da corrente político criminal a qual se identificada, com 34,7% predominou a adesão à "defesa social". Ademais, incríveis 48,5% concorda que a contenção da criminalidade organizada justifica a flexibilização de garantias e procedimentos e a ampliação dos poderes investigatórios da polícia, numa nítida aproximação ao direito penal de duas velocidades a que faz referência SILVA SÁNCHEZ (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, em especial item 6.3). Diante de tal cenário, previsível que 82% concorde que, na utilização da prisão preventiva, "deve-se considerar a periculosidade do agente e a manutenção da paz social e da ordem pública, para além dos elementos técnico-jurídicos vinculados à cautelaridade da medida" (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coord.). **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010, p. 52, 66 e 73).

[47] A identificação da decorrência do movimento da lei e ordem a partir da defesa social é ressaltada por Camila Cardoso de Mello Prando: "De um lado, subsistem as políticas-criminais de defesa social. Para essas políticas, a função do sistema penal é a realização da defesa da sociedade contra os indivíduos perigosos. (...) BARATTA aponta que o discurso fundador e oficial do sistema penal moderno é o discurso da ideologia da defesa social, cujos princípios formadores advêm das Escolas Clássica e Positiva. Estes princípios constituem a formação de um sistema penal cuja função declarada é a de garantir a defesa da sociedade contra o delinquente, e também, em alguma medida, garantir a defesa do delinquente contra o poder do Estado (ANDRADE, 1997, BARATTA, 1998, ZAFFARONI, 2003). As políticas de defesa social costumam apontar para a necessidade de reproduzir intervenções penais, mais ou menos repressivas, mais ou menos delimitadas pelo estatuto jurídico-penal, para a realização da ordem e para o combate da criminalidade produzida por uma minoria perigosa presente na sociedade. Daí se depreendem, exemplificativamente, desde as primeiras propostas de ENRICO FERRI, autor da Escola Positiva (FERRI, [s.d.]) passando pela chamada Nova Defesa Social, proposta por MARC ANCEL (ANCEL, 1979) culminando atualmente, por exemplo, com a organização do Movimento de Lei e Ordem (WACQUANT, 2001)" (PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Orientação político-criminal do estado brasileiro: uma análise de leis promulgadas no período de 1998 a 2002. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, v.8 n. 31, out./dez., 2008, p. 98-99).

Fomenta-se, enfim, a manutenção de um sistema criminal que, historicamente, tem buscado tão somente "punir os pobres"[48], conforme impactante título da obra de WACQUANT.

A impressão que fica é que parcela dos integrantes do Ministério Público brasileiro sofre os efeitos da *cultura do medo*, a que faz referência FERRAJOLI[49]. Fruto do contexto social atual, o medo – fomentado diariamente, em especial, pelos meios midiáticos[50] – produz o falso consenso de uma sociedade insegura quando, na verdade, vivencia-se uma diminuição da criminalidade, segundo dados estatísticos identificados em diversas partes do mundo ocidental[51].

---

[48] WACQUANT, Loic. **Punir os pobres:** A nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva). Tradução: Sérgio lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007 no mesmo sentido, na doutrina nacional, é a conclusão a que chega Luiz Flávio Gomes diante do levantamento de dados apresentados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo por meio do Relatório-Diagnóstico 2002-2010: "No tocante às denúncias por tipo penal, o delito mais denunciado foi o furto (177.454 denúncias de 2004 a 2009). O segundo colocado foi o roubo (113.413), na sequência vem o crime de tráfico de entorpecentes (95.932), arma (57.417), estelionato (43.996), uso de entorpecentes (38.636), homicídios dolosos (26.309), estupro (19.214) e outros (12.645). A categoria 'outros' significa um pouco mais que 1%. Uma pequena parcela desse minguado número retrata os crimes das estruturas econômico-financeiras, políticas, empresariais etc. A conclusão é simples: a grande criminalidade não faz parte das preocupações dos MPs estaduais, que, servos do inquérito policial, não conseguem superar a seletividade da Polícia Civil e Militar contra os crimes dos miseráveis" (GOMES, Luiz Flávio. **MPs perseguem os miseráveis e um pouco da violência**. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/coluna-lfg-mps-perseguem-miseraveis-violencia>. Acesso em 17 maio 2011).

[49] FERRAJOLI, Luigi. **L'abuso del diritto penale nella società della paura**. Palestra ministrada no V Premio Internazionale dell'Associazione Silvia Sandano, no evento II modello integrato *di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, na cidade de Roma/Itália, em 19 de novembro de 2010. Disponível em: < www.radioradicale.it.> Acesso em 12 dez. 2010.

[50] FERRAJOLI, Luigi. **L'abuso del diritto penale nella società della paura**. Palestra ministrada no V Premio Internazionale dell'Associazione Silvia Sandano, no evento II modello integrato *di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, na cidade de Roma/Itália, em 19 de novembro de 2010. Disponível em www.radioradicale.it. Acesso em 20 dez. 2010. Informa o autor que, na Itália, há dados estatísticos demonstrando que, enquanto no fim do Século XIX o número de homicídios era em torno de quatro mil ao ano e na década de 50 do século passado era de dois mil, hoje, apresenta uma taxa de 600 ao ano, muito embora tenha havido um aumento populacional. No mesmo sentido, conclui pesquisa de DÍEZ RIPOLLÉS no âmbito espanhol: "la evolución de la tasa de criminalidad no se corresponde com el discurrir de las percepciones sociales". Após analisar gráficos de pesquisas em relação ao triênio 2001/2003 que aferem, na Espanha, as taxas de criminalidade, a atenção mediática e a preocupação com o delito, conclui parecer claro que "la atención que los médios prestan en los últimos años a la criminalidad, y la preocupación que ésta suscita entre la ciudadanía, han crecido de manera desproporcionada, y no siempre de forma pareja, a la efectiva evolución de la delincuencia" (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p.12 e 26).

[51] FERRAJOLI, Luigi. **L'abuso del diritto penale nella società della paura**. Palestra ministrada no V Premio Internazionale dell'Associazione Silvia Sandano, no evento II Modello Integrato *di Scienza Penale di fronte alle Nuove Questioni Sociali*, na cidade de Roma/Itália, em 19 de novembro de 2010. Disponível em www.radioradicale.it. 20 dez. 2010. No âmbito nacional, é exemplo a estatística apresentada pela Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, no sentido de que o estado "teve redução de 70% no número de homicídios dolosos, de 1999 a 2008". Informa-se que as taxas de delitos por 100 mil habitantes que em 1999 eram de 35,27 (em homicídios dolosos), de 604,33 (em roubos) e de 610,16 (em furtos e roubos de veículos), no ano de 2010 foi de 10,47, de 564,59 e de 410,60, respectivamente (Secretaria De Segurança Pública Do Estado De São Paulo. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/dados.aspx?id=E.> Acesso em 19 maio 2011).

Ignora-se, porém, que é justamente este falso consenso que figurará como o principal ingrediente de uma política criminal de exclusão, já que é dele (do consenso de insegurança) que irá advir a eleição do inimigo da vez[52].

Forçoso reconhecer que tal cenário não deve persistir após as modificações pelas quais passou o Ministério Público a partir da vinda do atual ordenamento constitucional brasileiro.

Admitir que integrantes da instituição – alçada a defensora do Estado Democrático de Direito – fomentem a manutenção de uma criminalização que atinge de forma mais intensa o desviante mais frágil, é cenário que não se coaduna com o perfil ministerial traçado pela Constituição de 1988, em cujos objetivos fundamentais se encontra justamente o da redução das desigualdades sociais[53].

Urge, portanto, que a instituição pátria trace uma política criminal institucional relacionada ao processo de criminalização secundária.

Enzo Bello, neste particular, propõe alternativa que sequer passaria pelo crivo dos órgãos da administração superior da instituição, o que parece por demais arriscado, haja vista o risco de uma má interpretação do princípio institucional da independência funcional, por vezes tratado como *individualismo funcional*[54]. Com efeito, segundo o autor:

> Propomos uma atuação pragmática do Ministério Público focalizada nos crimes dotados de repercussão substancial em termos de danosidade social e de influência direta nos rumos da ordem jurídica e política. Destarte, para um engajamento efetivo nessa empreitada, cumpre a seus membros essencialmente realizar um filtro nos inquéritos policiais (e investigações criminais), a fim de aferir se realmente ensejam a deflagração de novos processos judiciais criminais, bem como nos que já estejam em curso. Assim, cumpre ter em mente, mais do que nunca, os princípios da lesividade, ofensividade e insignificância, de modo que a atividade ministerial esteja fulcrada na persecução das condutas realmente dignas da mobilização de todo o maquinário do Parquet para acionar o Judiciário e movimentar o aparato punitivo do Estado. Para tanto, é necessário atentar quanto ao tipo de bem jurídico que foi (ou possa vir a ser) lesionado por uma determinada conduta e quanto ao grau de agressão que esta possa lhe proporcionar. Enfim,

---

[52] FERRAJOLI, Luigi. **L'abuso del diritto penale nella società della paura**. Palestra ministrada no V Premio Internazionale dell'Associazione Silvia Sandano, no evento II modello integrato *di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, na cidade de Roma/Itália, em 19 de novembro de 2010. Disponível em: <www.radioradicale.it>. Acesso em 20 dez. 2010.

[53] "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais".

[54] O enfrentamento desta questão é realizado por FELDENS, Luciano. Ministério Público, Processo Penal e Democracia: identidade e desafios. In PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia:** estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.321-342, em especial no item 3.2.

> ponderar-se-á (inclusive com base nos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade) acerca da (des)necessidade de se levar a juízo questões que não representam verdadeiramente malefícios para a sociedade, ou para um determinado indivíduo a ponto de merecer a deflagração de um processo judicial criminal. Em suma, é preciso que se passe de um Ministério Público 'demandista' para um 'resolutivo'[55].

É neste passo que ganha importância a questão da realização de um planejamento institucional também afeto à otimização da atuação criminal do Ministério Público[56]. Um planejamento, porém, que não seja elaborado tão somente com metas traçadas artificialmente pela administração superior da instituição, nem mesmo por seus integrantes de forma individual como sugerido.

Isto porque, ao assim agir, dúvida haveria a respeito da (ausência de) legitimidade política do Ministério Público para elencar por si só referidas metas[57]. No entanto, conforme assinala Luciano Feldens, "essa circunstância não impede, senão que recomenda, que eventual *déficit* democrático do Ministério Público para a eleição de prioridades de atuação seja suprido por uma maior atenção da instituição aos anseios da sociedade civil"[58].

A evidência que esses anseios, inclusive, poderiam ser aferidos através da análise criteriosa de indicadores oficiais afetos à seara criminal, conforme exemplifica o mesmo FELDENS, fazendo referência ao Índice de Percepção da Corrupção:

---

[55] BELLO, *op. cit*., p.341-342 (grifos no original).

[56] "enquanto não esteja institucionalmente articulado, sempre a partir de razões superiores que lhe sirvam de fundamento, o Ministério Público estará prestigiando a 'natural' seletividade do sistema penal, um sistema que historicamente tem sido forte com os fracos e fraco com os fortes. (...) O Ministério Público não é (ou não deveria ser) um cão de guarda dos interesses da classe econômica dominante; tampouco deve se apresentar como instituição revolucionária. Até por isso é importante que se estabeleçam pautas de atuação institucional no âmbito jurídico-penal, e que essas pautas venham à luz, submetendo-se à avaliação crítica externa, o que lhe permitiria prosseguir com aderência de legitimidade, ou mesmo, em sendo o caso, corrigir seus rumos. (...) Ao contrário de enfraquecê-lo, isso o (re)legitimaria à tomada de determinadas decisões que hoje, à míngua de qualquer controle, podem ter fortemente questionada sua legitimidade política" (FELDENS, Luciano. Ministério Público, processo penal e democracia: identidade e desafios. In Prado, Geraldo e Malan, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia:** estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 333).

[57] "a crítica que se poderia lançar sobre a colocação de um maior peso de decisão nas mãos do Ministério Público ao momento da formação da política criminal do Estado residiria na ausência de legitimidade democrática da instituição para efetuar escolhas políticas" (FELDENS, Luciano. Ministério **Público, processo penal e democracia**: identidade e desafios. In PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia:** estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 334).

[58] FELDENS, Luciano. Ministério Público, Processo Penal e Democracia: identidade e desafios. In Prado, Geraldo e Malan, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia:** estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 334.

> Uma constatação empírica, retirada de um olhar panorâmico sobre os reclamos da sociedade brasileira, nos indica que no Brasil atual parece haver uma forte exigência de maior transparência, ética e legalidade na administração pública, assim como de uma atuação mais eficaz frente à criminalidade macroeconômica. Existem razões suficientes para uma intervenção organizada do Ministério Público nesses setores da criminalidade (...). Eis aqui, portanto, um tema em torno do qual a instituição poderia melhor se organizar, entabulando formas articuladas de atuação, inclusive no sentido de prevenir delitos dessa ordem[59].

Quer-se crer que, desta forma, se abriria uma possibilidade de a instituição brasileira – fortemente instrumentalizada pela Constituição de 1988 – deixar de aguardar passivamente investigações realizadas por entidades estranhas à sua estrutura. Viabilizar-se-ia, ainda, a otimização da atuação ministerial na área criminal; uma otimização calcada em interesses concretamente demonstrados pela sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou identificar a razão pela qual se visualiza um desvirtuamento na atuação criminal por certa parcela dos integrantes do Ministério Público brasileiro. Afinal, se o perfil normativo inaugurado na Constituição de 1988 é essencialmente de uma instituição de defesa do Estado Democrático de Direito, com maior capacidade de transformação social e que, como visto, possui um leque instrumental apto a gerar reflexos positivos na prevenção criminal[60], não se concebe que parcela significativa de seus membros persista atuando de forma a aproximar o Ministério Público de um perfil que iniciou seu declínio na metade da década de 70 do século passado.

Sendo a razão estrutural, o que surge é um cenário de crise, pois ausente uniformidade pelo Ministério Público no exercício da sua função criminal. Isto porque, preceituando o artigo 127, parágrafo 1º, da Constituição ser princípio institucional aquele da "unidade"[61], decorrência natural desta é justamente entender "que o Ministério Público

---

[59] FELDENS, Luciano. Ministério Público, Processo Penal e Democracia: identidade e desafios. In PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia:** estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 335.

[60] No dizer de Maria Tereza Aina Sadek: "Os textos legais, tanto a Constituição como legislações infraconstitucionais, propiciaram que o Ministério Público se convertesse em uma instituição fundamental do sistema de Justiça, cabendo-lhe papel relevante no controle das demais instituições e na defesa da cidadania. Em decorrência, a instituição tornou-se cor-responsável por políticas públicas e agente de inclusão social" (SADEK, Maria Tereza Aina. Ministério Público dos Estados: uma caracterização. In BRASIL, Ministério da Justiça. **Diagnóstico Ministério Público dos Estados**. Brasilia, 2006. p. 15).

[61] "Art. 127. (...) § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional".

se constitui de um só organismo, uma única instituição. Quando um membro do *Parquet* atua, quem na realidade está atuando é o próprio Ministério Público"[62]. Estranha-se que um único "organismo" ora atue em conformidade com o texto constitucional atual, ora em desconformidade com este perfil. Há, portanto, uma efetiva crise a ser enfrentada, a qual não só existe como é bastante perceptível.

[62] Emerson Garcia evita o termo "crise", mas alerta para a existência de uma "tensão entre os princípios da unidade e da independência funcional". Malgrado se trate de tema que demandasse abordagem própria, é válido registrar que, para o autor, a "tensão" existe por força do modelo híbrido de instituição adotada pelo ordenamento brasileiro: "O princípio da unidade, na forma em que foi concebido e desenvolvido na França, indica que o Ministério Público, apesar de agir por intermédio de múltiplos braços, está sujeito a um comando único, oriundo do Procurador-Geral, o qual pode atuar diretamente ou por meio dos demais agentes de grau inferior. Dessa primeira vertente, deflui o princípio da indivisibilidade, segundo o qual cada um dos seus membros presenta a Instituição em sua integridade, pouco importando o agente que atuou. (...) Além disso, o Chefe do Ministério Público pode dar aos seus subordinados, que são apenas colaboradores, todas as ordens que julgar necessárias, terminando por fixar um dever de ação ou de omissão em um caso concreto. Vê-se, assim, que, em sua gênese, o princípio da unidade está intimamente relacionado ao princípio da hierarquia, o qual legitima um escalonamento funcional e autoriza a fixação de diretrizes, pelos escalões superiores, aos inferiores. Daí se concluir pela sua absoluta incompatibilidade com o princípio da independência funcional, pois não se pode falar em independência onde há hierarquia. (...) Como consequência, conclui-se que, quanto maior for a independência funcional dos membros do Ministério Público, menor será a unidade da Instituição, já que contra legem qualquer ato que busque uma uniformização de atuação – ressalvadas as recomendações destituídas de imperatividade (GARCIA, Emerson. **Ministério Público:** organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 56-57).

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Coord.). **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal. Brasília**: Escola Superior do Ministério, 2010.

BELLO, Enzo. **Perspectivas para o direito penal e para um ministério público republicano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Lei n. 8625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. **Diário Oficial [da] da República Federativa do Brasil**, Brasília, 15 fev.1993.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] da República Federativa do Brasil**, Brasília, 26 set.1995.

BRASIL. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **Diário Oficial [da] da República Federativa do Brasil**, Brasília, 21 maio 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência. Brasília**: Imprensa Nacional, n. 147, n.1, jan./mar. 1994.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**: fundamentos pra um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CONSELHO Nacional do Ministério Público. Disponível em: <http://www.cnmbp.gov.br/enasp>. Acesso em: 10 maio 2011.

CONAMP, Associação Nacional dos Membros do Ministério Púbico. **Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil**: pesquisa de opinião realizada pelo Ibope em fevereiro de 2004. Rio de Janeiro, 2004.

DIAS, Mario. **Ministério Público Brasileiro** (instituição, atribuições, processo). Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

FELDENS, Luciano. Ministério Público, processo penal e democracia: identidade e desafios. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo penal e democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República

de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. L'abuso del diritto penale nella società della paura. In: Premio internazionale Silvia Sandano, 5., 2010, Roma. **II Modello integrato di scienza penale di fronte alle question social**. Disponível em: www.radioradicalicale.it>. Acesso em: 20 dez. 2010.

Palestra ministrada no V Premio Internazionale dell'Associazione Silvia Sandano, no evento Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali, na cidade de Roma/Itália, em 19 de novembro de 2010. Disponível em: <www.radioradicale.it>. Acesso em 20 dez. 2010.

FLORES PRADA, Ignácio. **El Ministerio Fiscal en España**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

GARCIA, Emerson. **Ministério público**: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAZOTO, Luis Wanderley. **O princípio da não obrigatoriedade da ação penal pública**: uma crítica ao formalismo no Ministério Público. São Paulo: Manole, 2003.

GOMES, Décio Alonso. Política criminal brasileira e o papel do Ministério pùblico. In: VILLELA ,Patrícia (Coord.). **Ministério Público e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 23-46.

GOMES, Luiz Flávio. **MPs perseguem os miseráveis e um pouco da violência**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/coluna-lfg-mps-perseguem-miseraveis-violencia>. Acesso em 17 maio 2011.

KERCHE, Fábio. O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.7, n. 26, p.27-52, abr./jun. 1999.

LOPES JUNIOR, Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.139-177.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1

MANZANO, Luis Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Propostas de um novo Ministério Público. **Justitia**, São Paulo, v. 189/192, 2000. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br>. Acesso em: 21 jul. 2008.

_____. **Regime jurídico do Ministério Público**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. A tendência do processo penal moderno. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, n. 22, p.81-88, abr./jun. 1998.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Orientação político-criminal do estado brasileiro: uma análise de leis promulgadas no período de 1998 a 2002. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, v.8, n.31, p.97-120, out./dez. 2008.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Reflexões sobre o perfil do Ministério Público de ontem, de hoje e do 3º milênio. **Justitia**, São Paulo, v. 63,n.194, p. 51-75, abr./jun. 2001.

SADEK, Maria Tereza Aina. Ministério Público dos estados: uma caracterização. In: BRASIL. Ministério da Justiça. **Diagnóstico Ministério Público dos Estados**. Brasília, 2006.

SÃO PAULO (estado) .Ministério Público. **Relatório-diagnóstico 2002-2010**. São Paulo, 2011, p. 46. Disponível:<em:<http://www.mp.sp.gov.br/portal/page /portal/home/banco_imagens/flash/RelatorioDiagnostico2011/RelDiag2011novo.htm>. Acesso em 17maio 2011.

SAUWEN FILHO, José Francisco. **Ministério público brasileiro e o estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SECRETARIA de Segurança Pública do Estado de São Paulo. Disponível em:< http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/dados.aspx?id=E>. Acesso em 19 maio 2011.

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

STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Notadez, v.8, n. 31, p. 65-96, out./dez. 2008.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva). Tradução: Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WHITAKER, Firmino. **Jury** (Estado de São Paulo). 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1930.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

A EXPANSÃO DA DELAÇÃO PREMIADA COMO CONSOLIDAÇÃO DE UM DIREITO PENAL DO INIMIGO

Walter Barbosa Bittar*

RESUMO

O presente trabalho aborda o instituto da delação premiada como elemento de uma política criminal não apenas para consolidar, mas também para fortalecer o Direito Penal do inimigo, procurando demonstrar as estratégias entabuladas para tanto e as consequentes modificações para justificar uma – não comprovada – eficaz elevação da eficácia do funcionamento do sistema penal.

Palavras-chave: Delator – Garantias – Punibilidade – Inimigo – Direito premial.

ABSTRACT

This article addresses the institute of plea bargaining (informer) as part of a criminal policy, not only to consolidate but also strengthen the Criminal Law of the enemy, seeking to demonstrate the strategies for both consultations undertaken and the resulting changes to justify an – unproven – effective increase in the effective operation criminal justice system.

Keywords: Informer – Constitucional guarantees – Criminality – Enemy – Premial law.

* Doutorando em Ciências Criminais, PUC/RS, Mestre em Direito, PUC/PR, professor de Direito Penal e Criminologia da PUC/PR e da Escola Superior da Magistratura do Paraná.

INTRODUÇÃO

Abordar o tema da delação premiada, sob a perspectiva do objeto das ciências criminais, observando os efeitos da adoção de uma ética utilitarista para justificar alterações na política criminal, ou mesmo quanto aos problemas inerentes ao princípio de eficiência, analisada como custo-benefício, do sistema penal, sob uma perspectiva do debatido Direito Penal do Inimigo, implica em admitir um entrelaçamento ou tensão existente entre as garantias e a eficácia do sistema, focada no choque entre o direito penal antiliberal, com os postulados históricos da contenção dos estados de polícia, corajosamente obtida ao longo de séculos de luta contra o poder absoluto[1], sem cair na tentação da crítica emocional e puramente retórica, provocada pela terminologia empregada por Günther Jakobs[2].

Sendo assim, atualmente é perceptível a cerrada discussão doutrinária no campo das ciências penais contemporâneas, no intuito de enquadrar um fenômeno inerente da política criminal moderna, ou seja, o avanço do *ius puniendi* do Estado contra determinadas formas de manifestações delitivas, que seriam caracterizadas por representar um perigo permanente para a sociedade civil, tais como terrorismo, narcotráfico, lavagem de dinheiro, e outros, cujas peculiaridades - assombrando o chamado Direito Penal tradicional - projeta-se sobre os direitos e garantais reconhecidos pela Constituição Federal e pelos tratados e pactos internacionais em matéria de direitos humanos[3].

Concretamente, observa-se que uma discussão importante está sendo desenvolvida na concepção de um "novo" Estado social e democrático de Direito que permitiria a convivência de dois direitos penais, um reservado para um grupo específico de cidadãos, onde o respeito aos princípios de liberdade e dignidade da pessoa seriam respeitados harmonicamente pelo Estado; outro, contrariamente, em que deverá existir uma redução desta perspectiva em face da atividade e/ou qualidade dos indivíduos que representem um perigo permanente para a paz social[4].

---

1 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **El enemigo em el derecho penal**, Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 165.

2 ABANTO VASQUEZ, Manuel A. El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia ao **derecho penal** econômico. In: MELIÁ, Cancio; DIEZ, Gómez-Jara (Coord.). Derecho penal del enemigo. Buenos Aires, Montevideo: Edisofer, BdeF, 2006. v. 1, p. 1 e ss.

3 ABOSO, Gustavo Eduardo. El llamado derecho penal del enemigo y el ocaso de la política criminal racional: el caso argentino. In: MELIÁ, Cancio; DIEZ, Gómez-Jara (Coord.). **Derecho penal del enemigo**. Buenos Aires, Montevideo: Edisofer, BdeF, 2006. v. 1 p. 53.

4 Segundo o próprio Jakobs de um lado deve ser observada a criminalização em um estágio prévio a lesão de um bem jurídico, de outro o aumento desproporcionado das penas e ainda a supressão de certas garantias processuais. JAKOBS, Günther. Criminalización en el estádio prévio a la lesión de un bien jurídico. In: _____. **Estudios de derecho penal**. Traducción al castellano y estudio preliminar: Henrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá. Madrid: UAM, Civitas, 1997. p. 293 e ss.

O fundamento para uma tal concepção inclui os problemas inerentes a manutenção de um modelo de Direito penal incapaz de resguardar os postulados liberais e que, portanto, deve ser substituído, pois estaria superado por uma nova realidade social que, em tese, não consegue atender a efetiva tutela de novos (e mesmo os tradicionais) bens jurídico-penais, pois foi afrontado inapelavelmente pela incapacidade de cumprir seu papel no enfrentamento de um novo paradigma da criminalidade, com ênfase nas chamadas organizações criminosas que se dispõem a colocar em cheque a sociedade atual.

Some-se a essas críticas ao Direito penal liberal ou tradicional, a pressão do mundo moderno em atender a velocidade exigida por resultados compatíveis com a era da informática, onde a rapidez se opõe a necessária reflexão e consequências das respostas possíveis do sistema jurídico, o que vem a fortalecer as novas perspectivas criadas pelo Direito Penal do inimigo, quando cria um excesso de confiança na capacidade de respostas do sistema jurídico que, "alucinado"[5], prioriza o resultado em detrimento do conceito de justiça, abrindo espaço para concepções utilitárias, meramente funcionais o que, concretamente, ajuda a disseminação das ideias de Jakobs, obnubilando a visão sobre o objeto, limites e funções da resposta penal.

Ao lado de outros fenômenos já presentes da legislação criminal, a delação premiada aparece como uma verdadeira manifestação de um Direito penal do inimigo, não mais focado nas novas formas de criminalidade[6], cujo romper de fronteiras caminha para atingir a totalidade da legislação criminal, já demonstrando a impossibilidade da existência de dois modelos de Direito penal que são incompatíveis entre si, mas cuja admissão produz institutos disformes, ameaçando não só a ideia de um Direito penal liberal como do próprio processo, onde a evidência que permite a valoração de delatores, que não remete a dispositivos exteriores de avaliação e controle (como por exemplo o estado policial) substitui a prova, cuja essência de engendrar a convicção é substituída por uma crença, que dispensa uma produção probatória cautelosa[7].

---

[5] A expressão é de Rui Cunha Martins, para explicar a existência de um verdadeiro ponto cego do direito, cujos excessos podem ser verificados, dentre outras formas, na "alucinação dos materiais", enquanto pressão exacerbada sobre as propriedades e funções do direito (resultando por exemplo no tolerância zero, redução de garantias, etc.). MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1.

[6] Para Patrícia Faraldo Cabana a figura da delação da legislação espanhola demonstra a consolidação e fortalecimento de um direito penal do inimigo para o terrorismo e a delinquência organizada. FARALDO CABANA, Patrícia. Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. In: FARALDO CABANA, Patricia (Dir.); BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel; PUENTE ABA, Luz María (Coord.) **Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización**. Valencia:Tirant lo Blanch,2004. p. 411.

[7] A idéia aqui colocada para debate advém das conclusões de Rui Cunha Martins sobre o que ele chama de o ponto cego do direito. *Op. cit*., p. 7-9.

Estas manifestações supracitadas, dentre outros aspectos, são facilmente perceptíveis a partir da análise da evolução da delação premiada em ordenamentos jurídicos esparsos, demonstrando os efeitos, já nem tão sensíveis assim, do Direito Penal do inimigo e seu enfronhamento sinuoso no direito positivo, fenômeno que se apresenta como irreversível nas próximas décadas, cujo desenvolvimento é a demonstração de que os estados de direito (ainda que se reconheça que nunca foram totalmente desligados dos estados policiais, pois o poder executivo não logra desprender-se dos instrumentos de controles e limitações) não conseguem mais conter os estados de polícia, fomentando os perigosos modelos de poder absoluto[8].

Em um cenário como este, não surpreende o alastramento da prática da delação premiada, instituição típica dos estados policiais, autoritários e inquisitoriais, que demonstra a perversidade em face dos opositores do poder constituído, cuja legitimidade e eficácia desaparecem, permitindo deformações de conceitos em princípios, muitos destes perfeitamente observáveis nas diversas formas de colaboração processual.

Nesta seara é que, uma abordagem da introdução da delação premiada nos ordenamentos jurídicos onde seu destaque é manifesto, confere a estas assertivas um reforço valioso para as convicções adiante assinaladas.

1 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO NA ITÁLIA, NA ESPANHA E NO BRASIL E SUAS PARTICULARIDADES NA CONSOLIDAÇÃO DE UM DIREITO PENAL DO INIMIGO

1.1 Observações necessárias

Não é necessário um estudo aprofundado de todas as legislações das democracias ocidentais para demonstrar os efeitos, já produzidos, pelo conceito de Direito Penal do inimigo e uma de suas exacerbações quanto às funções do Direito que se viu obrigado a recepcionar a premiação de criminosos, para a perseguição dos inimigos do sistema.

Assim, especificamente quanto à delação premiada, a análise pode ser perfeitamente possível, passando-se por duas das notórias principais referências sobre a matéria (Itália e Espanha), onde os postulados aqui sustentados são facilmente verificáveis. Nesta seara, também a observação do ordenamento jurídico brasileiro ganha peso, na medida em que,

---

[8] ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Op. cit.*, p. 165.

por ser uma cópia das legislações alienígenas, permite demonstrar os efeitos perversos da recepção dos instrumentos mais comuns do Direito Penal do inimigo e a sua disseminação, no caso específico: a evolução da delação premiada.

1.2 O modelo italiano

O fenômeno criminal da Itália por sua peculiaridade histórica, em especial quanto às especulações e estudos sobre a criminalidade mafiosa, dificulta uma caracterização específica, diante de seu predicado difuso. Especificamente, o problema pode ser ressaltado sob o prisma de que "é difícil caracterizar um assunto, uma tipologia ou uma sucessão de fenômenos homogêneos para concentrar sob o termo máfia; e é igualmente difícil evitar a impressão de que é justamente essa amplitude e indeterminação de campos de aplicação que é responsável pela sua fortuna"[9].

Mas uma tentativa de análise do binômio delação-inimigo deve ser avaliado sob a perspectiva histórica recente, a partir do final dos anos sessenta do século passado, onde a sociedade italiana vê-se frente a uma nova forma de criminalidade, causadora nos cidadãos de uma sensação de desconfiança nas instituições democráticas[10].

A difusão do terrorismo e da extorsão mediante sequestro impuseram ao legislador a progressiva elaboração de normas aptas a combater atividades criminosas organizadas. As estratégias de combate dessa criminalidade concentraram-se em três planos: a) investigativo: criação de órgãos investigativos especializados e coordenação entre os membros do Ministério Público encarregados das investigações; b) processual: a utilização de "processo investigativo"; c) sancionatório: aumento de sanções para delitos cometidos por organizações criminosas.

---

[9] LUPO, Salvatore. **História da máfia**: da origem aos nossos dias. Tradução de Álvaro Lorencini São Paulo: UNESP, 2002. p. 12. Para Juarez Cirino dos Santos, ao abordar o conceito de crime organizado, o discurso italiano tem por objeto o estudo original da Máfia siciliana. Ainda para esse autor o objeto inicial do discurso italiano não é o chamado crime organizado mas a atividade da Máfia, uma realidade sociológica, política e cultural secular da Itália meridional. In: LUPO. Salvatore. Crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.11, n.42, p. 215-218. jan./mar. 2003.

[10] Salvatore Lupo analisa o período da seguinte forma: "gli anni 'di piombo' videro l`escalation delle agressini, delle gambizzazioni, degli assassinii politici, e piú in generale delle violazioni della legalità fattesi sistematiche e in qualche misure normali; ci furono stragi tremende, bombe nelle piazze e sui treni con le quali soggetti occulti sicuramente collegati com la destra radicale, e probabilmente annidati in qualche istituzione, lanciarono oscuri messaggi intimidatori al governo e alle opposizioni". LUPO, Salvatore. Alle origini del pentitismo: politica e mafia, In:DINO, Alessandra (Org.). **Pentiti**: i collaboratori di giustizia, le istituizioni, l´opinione pubblica, Roma: Donzelli, 2006, p. 118.

Algumas importantes consequências foram percebidas. No entanto, para os operadores do setor ficou a impressão de que o ataque às organizações, só seria eficaz com o rompimento do vínculo associativo através de normas especiais que, por um lado, agravassem as sanções dos autores dos crimes e, por outro, possibilitassem a concessão de atenuante a quem, dissociando-se dos cúmplices, ajudasse as autoridades a evitarem consequências do crime, ou colaborasse na elucidação dos fatos, ou na identificação dos demais agentes[11].

A opção político criminal, diante do quadro que se apresentava na Itália foi feita pela via do "direito premial", introduzido no ordenamento jurídico italiano por meio dos arts. 5 e 6 da Lei 497, de 14.out.1974. O art. 5 tratou de elevar a pena do crime de extorsão mediante sequestro, e o art. 6 estabeleceu uma atenuante para o participante do crime, pessoa essa que ajudasse a vítima a readquirir a liberdade, sem o pagamento do resgate. Nos anos seguintes, outras normas mais articuladas foram criadas para tratar dos delitos de terrorismo[12].

Posteriormente, outras modificações foram introduzidas, mas foi em 1982 com a aprovação da chamada Lei "*Rognoni-La Torre*" que se inseriu o crime de associação mafiosa no art. 416-bis, do Código Penal italiano[13], dando outra conotação aos rumos da história da Máfia. Com a nova Lei em mãos, com os depoimentos de mafiosos, principalmente Tommaso Buscetta[14], e com a experiência do magistrado Giovanni Falcone, é instaurado, em 1986 o chamado "maxiprocesso", que, pela primeira vez, culminou na condenação da maioria dos réus, entre eles alguns *capimafia* (chefes mafiosos).

---

[11] D`AMBROSIO, Loris. **Testemoni e collaboratori di giustizia**. Padova: Cedam, 2002. p. 7-8. Segundo Enzo Musco a filosofia da colaboração processual pode ser especificada como uma opção utilitarista, de conveniência e eficácia do meio escolhido para alcançar os fins desejados, sobretudo, no caso da Itália, penetrar nas organizações armadas/terroristas para desagregá-la por meio do conhecimento sob o modo como estas operam. MUSCO, Enzo. La premialità nel diritto penale. **L'Indice Penale**, Padova, v. 20, n. 3, p. 591-.611, sett./dic. 1986

[12] BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação premiada**, Rio de janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15.

[13] MONTANARO, Giovanna. Il contesto storico-sociale, In: MONTANARO, Giovanna; SILVESTRI, Francesco. **Dalla máfia allo stato** (I pentiti: analisi e storie). 4. ed. Torino: EGA, 2008. p. 70.

[14] Salvatore Lupo adverte que Buscetta e sócios não são – como se afirma – os primeiros a falar, a romper a férrea muralha da omertà, pois os mafiosos falam sempre com a polícia, dirigem esta contra seus adversários por meio de carta anônima, de conversa confidencial... A novidade é que agora eles falam no Tribunal. *Op*. Cit., p. 390-391.

Nos debates para a extensão da delação premiada para fatos associados à Máfia, "era forte o temor de que tais colaborações terminassem por ser funcional mais à resolução dos conflitos existentes no interior das organizações de tipo mafiosas que às exigências do Estado de romper os vínculos de silêncio e desagregar tais organizações, enfraquecendo, também, a credibilidade ou a força de intimidação"[15]. No entanto, o resultado de alguns processos, entre eles o "maxiprocesso" e a repetição de gravíssimos fatos sangrentos começam a fazer com que políticos acreditem que uma normatividade premial possa trazer benefícios, também, na luta contra o fenômeno mafioso.

O primeiro passo de superação dessa forte hostilidade deu-se através da introdução de causas atenuantes para colaboradores relacionados ao delito de tráfico de entorpecentes (DPR nº 309, de 9 de outubro de 1990)[16]. A primeira delas encontra-se no parágrafo 7, do art. 73 e diz respeito ao delito de produção e tráfico ilícito de substância entorpecente. A outra, prevista no parágrafo 7 do art. 74, é ligada ao crime de associação para tráfico ilícito de substância entorpecente.

Entretanto, a reviravolta decisiva para a aceitação da extensão dos benefícios, também para os mafiosos, foi ocasionada no ano seguinte, com o assassinato do juiz Rosário Livatino e a pressão, por parte dos magistrados da Sicília, que exigiam uma estratégia mais eficiente no combate a tais grupos criminosos[17]. Foi, então, promulgado o Decreto-Lei nº 8, de 15 de janeiro de 1991, convertido com modificação na Lei nº 82, de 15 de março, concernente à disciplina de proteção dos colaboradores e testemunhas nos processos. Pouco tempo depois, por solicitação e contribuição de Falcone, o Decreto-Lei nº 152, de 13 de março de 1991, convertido, com modificação, na Lei nº 203, de 12 de julho do mesmo ano, estabeleceu, entre outras providências, uma causa de aumento da pena para quem facilita a associação de tipo mafioso, ou vale-se da condição intimidativa dela (art. 7). Por outro lado, trouxe benefícios substanciais para os mafiosos colaboradores (art. 8).

Mas esta expansão do direito premial concretiza a recepção do direito penal do inimigo quando a normatividade do aspecto sancionatório permitiu um regime *duplo binário* caracterizado, de um lado, pelo endurecimento das penas, seja com o aumento das já existentes, seja com a criação de novos tipos delitivos, e, de outro, por benefícios de redução da pena para os colaboradores que cumpram os requisitos exigidos pela lei.

---

[15] D`AMBROSIO, Loris. *Op. Cit*., p. 15.

[16] Para aprofundar a matéria veja RIVA, Carlo Ruga. I collaboratori di giustizia e la connessa legislazione premiale in Italia ed in altri ordinamenti europei. In:_____. **Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale**: forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna. Milano: Giuffrè, 2004. p. 349 e ss.

[17] RIOLO, Simona. La legislazione premiale antimafia. In: DINO, Alessandra (Org.), **Pentiti**: i collaboratori di giustizia, lê istituzioni, l´opinione pubblica, Roma: Donzelli, 2006. p. 6

Assim como no direito substancial, a normatividade premial do direito penitenciário (combinação dos arts. 4-bis e 58-ter da Lei nº 354/75, introduzidos pelo Decreto-Lei nº 152/91 e modificados pela Lei nº 306/92)[18] também restou baseada num duplo-binário de acordo com as seguintes diretrizes: por um lado, para os irredutíveis, drástica restrição da possibilidade de obter benefícios penitenciários diversos da liberação antecipada e, ainda, a proibição de dispor de medidas cautelares diversas da custódia em cárcere; e de outro, para os colaboradores, a facilidade para a obtenção dos benefícios e a possibilidade de obter custódia em locais diferenciados, revogação da custódia, ou sua substituição para uma medida cautelar menos gravosa[19].

Outras reformas no âmbito da normatividade premial material foram posteriormente introduzidas, a partir de 2001, por meio da Lei nº 63, de 01 de março e da Lei nº 45, de 13 de fevereiro, mas ao lado do regime duplo binário a Lei nº 63/2001[20], reforça os postulados do Direito Penal do inimigo ao admitir no direito positivo a restrição do direito ao silêncio e exceções ao princípio do contraditório.

1.3 O modelo espanhol

A delação premiada foi introduzida na Espanha em 1988, através da Lei Orgânica nº 3, de 25 de maio, que incluiu uma figura premial[21] (remissão parcial ou total da pena, de acordo com as circunstâncias) para os participantes do crime de terrorismo que colaborassem com a justiça[22]. Esta alteração normativa surge da influência de dois elementos históricos: o primeiro, considerando-se que, na Espanha, o fenômeno terrorista era um problema estrutural com permanência no tempo, e que a legislação penal especial que havia para esta matéria já não era válida, pois de vigência temporal, fruto do pensamento que encarava o terrorismo basco como conjuntural, impunha a necessidade de regulamentar a matéria de forma permanente; e o segundo vetor atrelava-se à crescente incorporação, nos principais países da Europa, de figuras premiais para o terrorismo[23].

---

[18] Para aprofundar a matéria veja SAMMARCO, Angelo Alessandro. La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria: il procedimento di sorveglianza ex artt. 4-bis e 58-ter L.26 1975, nº 354. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, V.19, Milano, v. 37, n. 354,1975.

[19] RIOLO, Simona. *Op. Cit*., p. 9-10.

[20] A Lei modificou e introduziu vários aspectos no Código de Processo Penal Italiano. Com informações detalhadas veja-se: BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 88, p. 225-270, jan./fev. 2011.

[21] Art. 57, bis b), do antigo Código Penal.

[22] GARCÍA ESPAÑA, Elisa. **El premio a la colaboración con la justicia:** especial consideración a la corrupción administrativa. Granada: Comares, 2006. p. 58.

[23] Idem, p. 57-58.

No novo Código Penal (L.O. nº 10, de 23 de novembro de 1995) o instituto não só foi mantido para o terrorismo, art. 579.3, como foi estendido para os delitos relacionados ao tráfico de drogas, art. 376. Entre as novidades frente à regulamentação anterior, Julio Dìaz-Maroto y Villarejo destaca que as mais significativas são que o preceito se localiza no Livro II do Código, ao invés do Livro I, o qual entende correto do ponto de vista sistemático, pois, para a atenuação penal, é preciso, agora, a concorrência de todas as circunstâncias (algumas de modo alternativo) previstas antes, separadamente, no art. 57 bis e que já não permite a remissão total da pena[24].

Um aspecto interessante da legislação espanhola é seu avanço, quanto ao Direito Penal do inimigo, principalmente porque a expansão da legislação premial se possuía, por um lado, alguma semelhança com a Itália, no ponto em que o terrorismo basco teria algumas particularidades histórico-culturais – em especial a questão estrutural com permanência no tempo – a semelhança (mas não identidade) com a criminalidade dita mafiosa; de outro nada mais fez do que atrelar a legislação à crescente incorporação, conforme já ressaltado, em outros países europeus, de figuras premiais para o terrorismo, mas agora estendendo ao tráfico de entorpecente.

Ponto crítico relevante é que a crescente produção legislativa penal, também chamada de expansão do direito penal[25], pode ser aferida quanto ao espaço público ganho pelo consumo de drogas e que, ao gerar "pânico moral", termina por seguir esta tendência, em torno da década de 60 do século XX, produzindo intensa produção legislativa penal, cujas campanhas idealizadas por movimentos repressivistas, aliadas aos meios de comunicação, justificavam os primeiros passos para a transnacionalização do controle sobre os entorpecentes[26].

A crítica, já popular, é que ano após ano estatísticas demonstram a inaptidão da estratégia adotada, por meio de forte repressão legislativa penal[27] e pela receptividade do

---

[24] ALGUNOS aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del "arrepentido". **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 1, n.10, p. 185-186, maio/ago. 2000.

[25] Veja-se, por todos, SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **La expansíon del derecho penal:** aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. Segundo Manuel Cancio Meliá, uma tentativa de delimitação poderia ser assim resumida: "a aparição de múltiplas novas figuras, às vezes, inclusive, novos setores de regulamentação, acompanhada de uma atividade de reformas de tipos penais já existentes, realizada a um ritmo muito superior ao de em épocas anteriores". DOGMÁTICA y política criminal en una teoría funcional del delito. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre,n,4, p. 224, set./dez., 2001.

[26] CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 15.

[27] LAURENZO COPELLO, Patrícia. Drogas e estado de direito: algumas reflexões sobre os custos da política repressiva. Tradução: Eduardo Maia Costa. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 64, p. 39, out/dez, 1995.

conceito de inimigo, por meio da delação, em especial quanto ao sistema de duplo binário, com destaque para o tratamento penal suave para os colaboradores do sistema punitivo.

Decisivo para a consolidação e fortalecimento de um Direito Penal do inimigo na Espanha foram as alterações produzidas pela L.O, nº 15, de 25.nov.2003, que buscava sintonizar a legislação e a prática que demonstrava político-criminalmente a necessidade de flexibilização dos critérios de aplicação da cláusula premial para o narcotráfico[28], suprimindo a necessidade de confissão dos fatos; bem como pela L.O. 7, de 30.jun.2003, que introduziu medidas de reformas para o cumprimento íntegro e efetivo das penas, alterando diversos dispositivos legislativos. Contudo, a questão pode ser concentrada apenas nas reformas que afetaram os requisitos para a obtenção da progressão de regime de cumprimento da reprimenda (art. 72.6 da Lei Orgânica Geral Penitenciária), claramente inspirada no duplo-binário italiano, consistente no maior rigor para os irredutíveis[29].

Note-se que a justificativa para o modelo repressivo adotado, iniciado para enfrentar o fenômeno terrorista, estrutural com permanência no tempo, deitando ainda raízes histórico-culturais, atinge a legislação destinada à repressão do tráfico de drogas, como instrumento para reduzir garantias e impor a moral dominante quanto ao consumo de substâncias entorpecentes, determinando regras diferenciadas para os inimigos do controle social formal.

Mesmo que não seja objetivo do presente trabalho uma comparação entre as figuras dos crimes de terrorismo e de tráfico de drogas, deve ser reconhecido, que as infrações de terrorismo – em todos os ordenamentos – são extraordinariamente perigosas, e ainda, o significado político da atividade de uma organização terrorista – que não das intenções ou atitudes pessoais de seus integrantes – é especialmente intolerável em um ordenamento que se define em sentido forte como legítimo[30].

Estes paradoxos existentes entre o terrorismo e o tráfico de entorpecentes, onde de um lado há uma verdadeira eclosão do terrorismo de natureza política, nacional e internacional, que é o centro das atenções não só do público jurídico especializado[31] e de outro, uma criminalização de cunho moral, cuja política criminal não possui semelhança com aquela do terrorismo é outro aspecto a demonstrar a consolidação do Direito Penal do inimigo, também na Espanha.

---

[28] GARCIA ESPAÑA, Elisa. **El premio a la colaboración con la justicia:** especial consideración a la corrupción administrativa. Granada: Comares, 2006. p. 68. Apenas para situar o leitor nesta obra ora citada a autora não faz referência específica, neste trecho, ao direito penal do inimigo, mas sim, as alterações legislativas.

[29] BITTAR, Walter Barbosa, PEREIRA, Alexandre Hagiwara. *Op. cit*., p. 11/12.

[30] CANCIO MELLIÁ, Manuel. Los limites de uma regulación maximalista: el delito de colaboración com organización terrorista en el código penal español. ARS IVDICANDI v. 3. **Estudos em homenagem ao professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra, Coimbra Editora, 2010. p. 225.

[31] Idem, p. 223.

1.4 O modelo brasileiro

Com uma realidade política criminal, histórica e cultural muito diferente dos países europeus supramencionados, cujo destaque foi feito ante a indiscutível pertinência com o tema da delação premiada, pois nestes países (em especial na Itália) ocorreram rumorosos casos de colaborações em investigações e processos criminais, as manifestações do Direito Penal do inimigo possuem particularidades em nosso ordenamento jurídico que em, quase nada, se assemelham ao modelo legislativo de delação adotado por outras nações.

Mesmo com o péssimo hábito do legislador brasileiro em copiar normas pertinentes às legislações alienígenas, como foi o caso da delação premiada (esta simplesmente "transportada" da Itália para o Brasil[32]), que trouxe um elemento típico do Direito Penal do inimigo para toda a legislação comum, a realidade pátria nada mais é do que uma tendência que pode ser observada em todo o mundo.

O histórico brasileiro quanto ao instituto da delação premiada remonta as Ordenações Filipinas (11.jan.1603, que é o início da vigência até 16.dez.1830, com a sanção do Código Criminal do Império), onde já havia a possibilidade do perdão para alguns casos de delação de conspiração ou conjuração e de revelações que propiciassem a prisão de terceiros envolvidos com crimes que resultassem provados, funcionando a delação como causa de exculpação[33].

Porém o enfoque fica melhor delimitado, partindo-se da previsão pela lei 8.072/90, de acordo com a previsão pela Constituição Federal da criação da lei dos crimes hediondos. Esta opção resta baseada no fato de que o instituto possui estreita relação com a criminalidade contemporânea, em especial ao que se pretende classificar como a prática de crimes em larga escala, cuja justificativa para a sua previsão, embora difusa, eis que voltada para a tutela de bens jurídicos supraindividuais, não remonta aquela época[34].

---

[32] Veja-se a respeito os comentários de FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 350-351. Acrescenta ainda Silva Franco que "No Brasil, não foram detectados ainda focos de atividade terroristas de caráter internacional e o legislador infraconstitucional não elaborou ainda a figura típica do terrorismo. No entanto, a delação premiada, importada da Itália, a partir do denominado terrorismo político – que não se confunde com o terrorismo internacional do início do século XXI – alargou o seu raio de incidência para fazer face à criminalidade meramente comum". Idem, p. 351, nota de rodapé n. 17

[33] PENTEADO, Jaques Camargo. Delação premiada, In: FARIA COSTA, José Francisco de; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

[34] Em que pese seja necessário consignar que o crime em larga escala não é um fenômeno recente e que alguns autores chegam a afirmar que a categoria do crime organizado, conceito ainda polêmico, mas que se deseja criar, é um fenômeno do século XX, e que pouco vale a tentativa de descobrir precedentes históricos. BITTAR, Walter Barbosa. **A política oficial de combate à lavagem de dinheiro no Brasil**. p. 229-230.

Desse modo, com a promulgação da Lei 8.072/90, atendendo a previsão constitucional (art. 5º, XLIII, CF/1988) que reconhecia a categoria dos crimes hediondos, com a rotulação de oito delitos como hediondos, sendo que sete já incluídos no Código Penal e um (o genocídio) em lei extravagante[35] inaugurou-se uma – nova era – de adoção dos movimentos político criminais de Lei e Ordem, sob o argumento de que as últimas reformas penais haviam conferido tratamento brando à criminalidade, o que exigia medidas repressivas mais contundentes.

A aprovação da Lei dos Crimes Hediondos atendeu aos clamores da época. Formulada com nenhuma, ou quase nenhuma, discussão no Congresso Nacional, restando aprovada em pouco mais de dois meses, esta lei, mesmo com alguns projetos em tramitação foi consagrada em tempo surpreendente, devendo ser entendida à luz do momento vivido, onde existiu forte pressão dos meios de comunicação, devido a notícias de extorsões mediante sequestro de importantes pessoas do cenário nacional, onde foi exigido uma resposta do setor público que, como sempre, optou pela via fácil da promulgação de uma legislação penal[36].

Foi nesse contexto que a Lei 8.072/1990 introduziu em nosso ordenamento jurídico pátrio a premiação ao participante delator que emprestasse sua colaboração. Introduziu no art. 159 do CP, um parágrafo (§ 4.º), no qual estabelecia uma causa de redução de pena em favor do coautor ou partícipe de extorsão mediante sequestro, praticada em quadrilha ou bando que, fornecesse à autoridade dados que ajudassem – de qualquer forma[37] – na liberdade das vítimas de sequestro.

---

[35] FRANCO, Alberto Silva. *Op. cit.*, p. 106.

[36] Vale registrar que alguns congressistas mostraram-se preocupados em aprovar um projeto sem o menor debate. Eis as palavras de um deles: "Sr. presidente, parece-me que seria melhor se tivéssemos possibilidades de ler o substitutivo. Estamos votando uma proposição da qual tomo conhecimento através de uma leitura dinâmica. Estou sendo consciente. Pelo menos gostaria de tomar conhecimento da matéria. (...) quero que me deem, pelo menos, uma avulso, para que possa saber o que vamos votar". Deputado Érico Pegoraro (PFL). Com maior profundidade veja-se: BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. Op. cit., p. 90 e ss.

[37] Neste sentido são as seguintes decisões: "Extorsão mediante sequestro. Causa especial de diminuição da pena. Delação. A regra do § 4.º do art. 159 do CP, acrescentada pela Lei 8.072/1990, pressupõe a delação à autoridade e o efeito de haver-se facilitado a libertação do sequestrado" (STF, HC 69.328-8, DJU 05.06.1992, p. 8.430 e JSTF 168/322); "A delação premiada prevista no art. 159, § 4.º, do CP é de incidência obrigatória quando os autos demonstram que as informações prestadas pelo agente foram eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima" (RT 819/553); "Na extorsão mediante sequestro, a teor do § 4.º do art. 159 do CP, merece ser premiada, com a atenuação da pena, a delação feita pelo agente cuja colaboração eficaz garante, de certa forma, o êxito da ação final do estouro do cativeiro, com um mínimo de vítimas" (RJTACrim 66/85).

A partir daí a expansão da delação premiada, sem qualquer critério, até chegar a sua completa banalização cumpriu um ritual de previsões esparsas, em diversas legislações, permitindo por meio de uma norma material que reduzia e até extinguia a pena do delator, sua utilização desmedida e capciosa em inúmeras investigações e processos criminais que grassavam, e ainda grassam, pelo país[38], sem que uma única norma procedimental tenha sido publicada em mais de vinte anos.

Mas não era apenas o art. 7.º da Lei 8.072/1990 que inaugurava no ordenamento jurídico pátrio a causa de diminuição de pena pela delação. A redação do parágrafo único do art. 8.º[39] do mesmo diploma repressivo estabelecia dois pressupostos básicos para a caracterização da delação, nos casos em que o caso concreto não se amolde à hipótese do § 4.º do art. 159 do CP, nos casos em que exista uma denúncia que possibilite o desmantelamento do bando ou quadrilha.

Importa destacar que, nessa primeira norma introduzida no país, prevendo a delação premiada, o legislador fez a opção por um rol taxativo das hipóteses contempladas com a possibilidade de diminuição da reprimenda o que, posteriormente, conforme se analisará, foi excessivamente ampliado com a previsão da delação premiada em outras leis. Mas certo é que, à época, restou bastante clara a característica de excepcionalidade da concessão do beneplácito.

Ainda que na Espanha e Itália não exista a promiscuidade permitida pela lei brasileira atualmente, a aplicação do beneplácito, neste primeiro momento supracitado, restava limitada aos casos mencionados na lei (crimes hediondos, tortura ou terrorismo) possuindo inegável alinhamento aqueles ordenamentos jurídicos, cuja expansão da delação também é uma tendência, sendo inegável o arraigamento do Direito Penal do inimigo, embora com contornos específicos, mas com a nítida tendência de imposição de uma moral estatal e redução de garantias.

A saga da introdução do instituto no Brasil ganhou novo capítulo, cinco anos depois de sua introdução, voltando a aparecer com a promulgação da Lei 9.034/1995, agora em uma legislação com pretensões bem claras, em que pese a má técnica de sua redação. Conceituada, como a lei brasileira de "combate" ao crime organizado[40] essa

---

[38] DELAÇÕES premiadas foram decisivas para condenação de Battisti na Itália. **Folha de S.Paulo**, 08 fev. 2009. Caderno A, p. 8

[39] "Art. 8.º Será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)"

[40] Utilizou-se da expressão combate com aspas (e daí a ideia de uma possível ironia), baseado em capítulo da obra de GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Crime organizado:** enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 67.

legislação, foi omissa quanto ao conceito autônomo de criminalidade organizada ou mesmo de organização criminosa, muito embora seja necessário destacar que contém inúmeras referências às *organizações criminosas*, o que terminou por produzir reflexos na jurisprudência[41], passando a utilizar genericamente, inclusive o termo "crime organizado", com o intuito de demonstrar a gravidade do fato em julgamento, mesmo ante a falta de expressa definição legal a respeito.

Buscando enfrentar as organizações criminosas, na verdade o que pretendeu configurar como criminalidade sofisticada, o legislador criou um problema enorme para a interpretação e aplicação do texto legal, em especial quanto à inexistência de um conceito seguro, mesmo doutrinário, tanto de crime organizado, como de organização criminosa, conquanto inúmeros esforços estejam sendo empreendidos neste sentido em todo o mundo[42], mas principalmente por não adotar regras procedimentais quanto ao uso da delação para permitir a redução da pena.

Mas o pior ainda estaria por vir, apenas sessenta e um dias após a aprovação da Lei 9.034/1995, com a promulgação da Lei 9.080/1995, que ampliava a concessão do beneplácito para crimes cuja pena máxima não superava a dois anos de detenção. Se, nas leis anteriores, o legislador deixava claro que a utilização do beneplácito só teria cabimento quando pertinente a prática de crimes graves, ao optar por introduzir mais normas sobre delação premiada na legislação, sem fazer qualquer distinção quanto à gravidade do delito, a opção político-criminal de banalização e ampliação de concessões aos investigados e acusados em geral, restou pacificada no ordenamento jurídico pátrio.

Posteriormente, agora com a promulgação da Lei 9.613/1998 referente aos crimes de lavagem de dinheiro o legislador voltou à carga, mas agora ampliando ainda mais as benesses concedidas ao delator, pois foram acrescentadas novas possibilidades de prêmios a serem oferecidos: o cumprimento da pena inicialmente em regime aberto; a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos e, até mesmo, a isenção total da responsabilidade criminal.

Por fim, quase uma década após a introdução da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei 8.072/1990, e após a promulgação de diversos diplomas legais prevendo hipóteses ajustáveis ao instituto da delação premiada, quando não existiu a mínima preocupação quanto ao resguardo da integridade física e psíquica daqueles agentes

---

[41] Por exemplo: STJ, HC 1996/0008316-9, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 17.06.1996, p. 21.498; TRF-4.ª Reg., HC 3984/PR, 8.ª T., rel. Helcio Pinheiro de Castro, DJU 18.06.2003, p. 759.

[42] Em particular no seio das Nações Unidas, o Conselho da Europa e a União Europeia que cunharam conceitos político-criminais de organização criminosa. Para aprofundar: SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, Isabel. **La criminalidad organizada**. Madrid: Dykinson, 2005. p. 31-35.

que, de uma forma ou de outra, fossem agraciados com os benefícios do instituto, o legislador demonstrando – aparentemente[43] – preocupação com a efetividade das medidas de combate à crescente criminalidade, promulgou, em 13.07.1999, a Lei de Proteção a Vítimas e a Testemunhas (Lei 9.807/1999), estabelecendo normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção, instituindo o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, dispondo, ainda, sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente colaborado com o procedimento persecutório penal.

Mas, além de finalmente – pelo menos na legislação – existir uma resposta para as críticas exaradas pela doutrina, quanto à ineficácia total da possibilidade da delação premiada, sem a contrapartida de um programa de proteção ao delator, seus familiares e outros que porventura se coloquem em situação de risco, decorrente das informações prestadas para as autoridades, a lei em comento permitiu o alastramento da concessão do beneplácito para todo o direito pátrio, possibilitando o cabimento em toda e qualquer modalidade de crime.

O argumento de que a amplitude do instituto por todo o direito brasileiro tem como base o fato de que a Lei 9.807/1999, de acordo com as ilações de Alberto Silva Franco, "não estruturou novos tipos incriminadores sobre determinada matéria de proibição ou reformulou tipos preexistentes, tendo apenas o duplo objetivo de estabelecer 'normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas' e de dispor 'sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal'.

Em segundo lugar, porque o texto dos arts. 13 e 14 da Lei 9.807/1999 criou as hipóteses de perdão judicial e de causa redutora de pena, com ampla abrangência e sem nenhuma vinculação a determinados tipos legais"[44].

Silva Franco chega, ainda, a afirmar que a amplitude atribuída pela Lei 9.807/1999 revogou a Lei 9.269/1996, ao comentar especificamente sobre o § 4.º do art. 159 do CP e o parágrafo único do art. 8.º da Lei 8.072/1990, asseverando que "só poderiam ser excluídos da revogação tácita, se a própria Lei 9.807/1999 tivesse explicitamente excepcionado essas hipóteses. Por último, porque em se tratando de norma penal mais favorável, deve retroagir, respeitado o princípio do inc. XL do art. 5.º da CF/1988 para beneficiar o réu"[45].

---

[43] O termo aparente é utilizado, pois não houve preocupação, além da promulgação de uma lei, com a criação de uma estrutura eficiente para a estruturação de um programa realmente confiável quanto à proteção de vítimas e testemunhas no país.

[44] *Op. cit.*, p. 354.

[45] Idem, ibidem.

Com a extensão do beneplácito para todo o ordenamento jurídico brasileiro, sem qualquer preocupação com a origem do instituto, o direito premial tomou por completo a legislação penal ordinária e extraordinária, permitindo que a delação premiada ganhasse mais de uma natureza jurídica: causa extintiva de punibilidade (por meio do perdão judicial), causa de liberação de pena e causa de diminuição de pena, desde que presentes os requisitos exigíveis[46].

Mas, quanto ao Direito Penal do inimigo, é com a promulgação da Lei 11.343/06 que se consolidou a verdadeira intenção, por trás da introdução de novas formas de direito premial.

A questão é que, no seio de uma legislação cujo processo de criminalização é "(...) produto eminentemente moralizador, incorporado à ideia de punição de opções pessoais e de proliferação de culpas e ressentimentos próprios das formações culturais judaico-cristãs ocidentais (...)"[47] que geram descontinuidade dos discursos proibicionistas, a previsão de normas para coibir o uso de substância entorpecentes, cujo caminho escolhido para se tentar controlar as drogas foi a repressão, estratégia que se mostrou inapta[48] ao método selecionado, reforça no Brasil os postulados do Direito Penal do inimigo, mas agora com outras particularidades quanto à forma escolhida para beneficiar o delator.

A novidade, agora, é que houve uma tentativa do legislador em reduzir as benesses concedidas aos delatores, nas hipóteses contempladas pela Lei 11.343/06, quando não previu mais a isenção de pena e a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena, consignando, apenas a possibilidade de redução da reprimenda de um terço a dois terços[49].

Na verdade houve uma tentativa em endurecer o tratamento penal em oposição à antiga política criminal, pertinente ao direito premial, onde a generosidade do legislador parecer restar voltada a determinados crimes. Ficou a impressão, com a promulgação da Lei 11.343/06, ainda que em sede de concessão de prêmios para delatores, que determinados colaboradores não merecem a mesma extensão de benefícios, ou seja, houve a tentativa da criação de duas categorias de delatores, uma com um rol considerável de benefícios; outra com restrições.

O caso brasileiro é emblemático, não só porque o país não possui uma política criminal séria, ou mesmo que possa ser considerada equilibrada, mas também porque a

---

[46] Mesmo a promulgação da Lei 11.343/2006 (drogas) – que não previu qualquer causa extintiva de punibilidade - não restringiu a concessão do perdão judicial, ou qualquer outro beneplácito, pois não revogou nenhuma outra norma pertinente à delação, cuja regra remonta a Lei 9.807/99 por ser mais benéfica ao agente.

[47] CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 10.

[48] LAURENZO COPELLO, Patrícia. *Op. cit.*, p. 39.

[49] Esta afirmação de que foi uma tentativa é feita porque os arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99 está em plena vigência e, sendo mais favorável ao agente, aplica-se também aos delitos previstos na Lei 11.343/06.

opção para o enfrentamento das drogas está baseada na repressão penal, em verdadeira guerra aos agentes que se opõem à moral dominante, o que é facilmente perceptível em sede de legislação criminal que, de um lado estipula normas mais duras para uma determinada classe de cidadãos e outras mais amenas, mesmo com penas em abstrato semelhantes, traduzindo o repugnante sistema de duplo binário que também pode ser verificado na Itália e na Espanha, característica exponencial do Direito Penal do inimigo, situada com clareza na política criminal referente aos delatores, também chamados de "réus colaboradores".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feita uma abordagem por três diferentes ordenamentos jurídicos, sob uma mesma perspectiva referente ao paralelo existente entre a delação premiada e o Direito Penal do inimigo, mesmo sem ter presente o histórico do poder punitivo e do Direito Penal dos três países analisados, permite formular, apenas, algumas poucas reflexões, sem a pretensão de expor conclusões fechadas, a uma porque o tema não tem conclusão, pois ultrapassa a casuística da qual foi iniciado o presente trabalho, a duas porque se correria o risco de tecer conclusões sobre problemas políticos.

Se, de fato, não se pode negar a assertiva de Zaffaroni de que o Direito Penal "sempre justificou ou legitimou o trato de algumas pessoas como inimigos, com maior ou menor amplitude e prudência"[50], deve ser observada a transposição da pessoa inimiga para o indivíduo inimigo, não mais identificado apenas pelo grau de reprovabilidade de sua conduta, mas sim referenciado de acordo com o grupo ao qual pertence, o que dá novos contornos às questões sobre quem é o inimigo no Direito Penal.

A tensão entre garantia e eficácia resta focada em categorias outras, que não a pessoa, o que lhe confere uma singela diferença das tendências ou forças que sempre estarão presentes nos enfoques das ciências criminais, que logram resguardar as pessoas contra os abusos da força estatal.

Sob o manto de um impulso, em busca da elevação do nível de eficácia do funcionamento do sistema punitivo, em um determinado segmento de crimes, o fortalecimento do duplo binário traz à reflexão sobre as consequências, sobre as transformações sofridas pelo Direto Penal, especialmente na era pós-iluminismo, quanto

[50] *Op. cit.*, p. 187.

às possibilidades de se estabelecer se existem sacrifícios que se mostrem intolerantes para a vida em sociedade.

Não se pode olvidar as advertências de Beccaria[51] quanto ao delator sobre o oferecimento de perdão aos cúmplices de delitos considerados graves, mesmo com referências a possíveis vantagens, sem ressaltar as ameaças ocultas contra o Estado de Direito, em especial quanto à possibilidade de sua existência, ante a diminuição do nível de garantias, sob a justificativa de que implica no reconhecimento de um Estado que não consegue enfrentar a criminalidade, acusado de ser brando e ineficaz e, por isso, favorecedor da impunidade.

Exemplos como os das Leis de criminalização de substâncias entorpecentes, dão bem a medida do perigo de se admitir uma redução de garantias com base no aumento da criminalidade, ou da impossibilidade de se enfrentar um determinado gênero de delito, especialmente quando a sua criminalização é derivada de uma postura meramente moral do Estado, ou mesmo não permite comprovar que a redução destas garantias implica em um enfrentamento do problema da criminalidade.

O retorno aos postulados da inquisição, onde o agora Estado moderno, deve ser eficiente, no sentido de justificar um tratamento enérgico, com meios estranhos aos postulados garantistas, se constitui em reconhecer a admissão de uma luta para extrair de pessoas o maior número de informações para descobrir e comprovar a prática de delitos, devolvendo a confissão o título de rainha das provas, vem a bem da verdade, respaldar o crescimento de prisões cautelares como resposta simbólica à sociedade, culminando com o crescimento de um arsenal "moderno", de práticas inquisitoriais que já se consideravam banidas, agora coroadas pela proliferação (ou retorno) da delação premiada, na alça da consolidação de um "novo" Direito Penal do inimigo.

---

[51] BECCARIA, Cesare. **Tratado de los delitos y de las penas**. Traducción: Juan Antonio de las Casas. Madrid: Centro de Publicaciones, Ministério de Justicia, Biblioteca Nacional, 1993. p. 216.

REFERÊNCIAS

ABANTO VASQUEZ, Manuel A. El llamado derecho penal del enemigo. Especial referencia ao derecho penal econômico. In: MELIÁ, Cancio; DIEZ, Gómez-Jara (Coord.). **Derecho penal del enemigo**. Buenos Aires, Montevideo: Edisofer, BdeF, 2006. v. 1.

ABOSO, Gustavo Eduardo. El llamado derecho penal del enemigo y el ocaso de la política criminal racional: el caso argentino. In: MELIÁ, Cancio; DIEZ, Gómez-Jara (Coord.). **Derecho penal del enemigo**. Buenos Aires, Montevideo: Edisofer, BdeF, 2006. v. 1.

ALGUNOS aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del "arrepentido". **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 1, n.10, p. 185-186, maio/ago. 2000.

BECCARIA, Cesare. **Tratado de los delitos y de las penas**. Traducción: Juan Antonio de las Casas. Madrid: Centro de Publicaciones, Ministério de Justicia, Biblioteca Nacional, 1993.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.19, n. 88, p. 225-270, jan./fev. 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. **A política oficial de combate à lavagem de dinheiro no Brasil**. Disponível em: http://www.advocaciabittar.adv.br/index.php?option=com_content&task=view&id=12&Itemid=26>.

BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação premiada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.BRANDARIZ/ Puente (Coord.). **Nuevos retos del derecho penal em la era de la globalización**, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

BRASIL. Lei 8.072/1990, de 25de julho de1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5°, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil**, Brasília, 25 de julho de 1996.

BRASIL. Lei 9.034/1995 de 03 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil**, Brasília, 04 de maio de 1995.

BRASIL. Lei 9080, de 19 de julho de 1995. Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil**, Brasília, 20 de julho de 1995.

BRASIL. Lei n. 9807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. **Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil**, Brasília, 14 de julho de 1999.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas - sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para represão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil**, Brasília, 24 de agosto de 2006.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre,n,4, p. 224, set./dez. 2001.

_____. Los limites de una regulación maximalista: el delito de colaboración com organización terrorista en el código penal español. **Ars Ivdicandi**, Coimbra, v.3, n.92, 2010.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

D`AMBROSIO, Loris. **Testemoni e collaboratori di giustizia**. Padova: Cedam, 2002

DELAÇÕES premiadas foram decisivas para condenação de Battisti na Itália. **Folha de S.Paulo**, 08 fev. 2009.Caderno A, p. 8

DINO, Alessandra (Org.). **Pentiti:** i collaboratori di giustizia, lê istituzioni, l´opinione pubblica, Roma: Donzelli, 2006.

_____ . FARALDO CABANA, Patrícia. Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. In: FARALDO CABANA, Patricia (Dir.); BRANDARIZ GARCÍA,José Ángel; PUENTE ABA, Luz María (Coord.) **Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización**. Valencia:Tirant lo Blanch,2004.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa. **El premio a la colaboración con la justicia:** especial consideración a la corrupción administrativa. Granada: Comares, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Crime organizado:** enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

JAKOBS, Günther. Criminalización en el estádio prévio a la lesión de un bien jurídico. In: _____. **Estudios de derecho penal**. Traducción al castellano y estudio preliminar: Henrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá. Madrid: UAM, Civitas, 1997.

LAURENZO COPELLO, Patrícia. Drogas e estado de direito: algumas reflexões sobre os custos da política repressiva. Tradução: Eduardo Maia Costa. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 64, p. 39, out./dez, 1995.

LUPO, Salvatore. Alle origini del pentitismo: politica e mafia, In:DINO, Alessandra (Org.). **Pentiti:** i collaboratori di giustizia, le istituizioni, l´opinione pubblica, Roma: Donzelli, 2006.

_____. Crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.11, n.42, p. 215-218. jan./mar. 2003(verificar)(Santos, Juarez Cirino-nota 10

_____. **História da máfia:** da origem aos nossos dias. Tradução de Álvaro Lorencini São Paulo: UNESP, 2002.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MONTANARO, Giovanna. Il contesto storico-sociale, In: MONTANARO, Giovanna; SILVESTRI, Francesco. **Dalla máfia allo stato** (I pentiti: analisi e storie). 4. ed. Torino: EGA, 2008.

MUSCO, Enzo. La premialità nel diritto penale. **L'Indice Penale**, Padova, v. 20, n. 3, p. 591-.611, set./dic. 1986.

PENTEADO, Jaques Camargo. Delação premiada, In: FARIA COSTA, José Francisco de; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RIOLO, Simona. La legislazione premiale antimafia. In: DINO, Alessandra (Org.), **Pentiti:** i collaboratori di giustizia, lê istituzioni, l´opinione pubblica, Roma: Donzelli, 2006.

RIVA, Carlo Ruga. I collaboratori di giustizia e la connessa legislazione premiale in Italia ed in altri ordinamenti europei. In:_____. **Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale:** forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna. Milano: Giuffrè, 2004.

SAMMARCO, Angelo Alessandro. La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria: il procedimento di sorveglianza ex artt. 4-bis e 58-ter L.26 1975, nº 354. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 37, n. 354, 1975.

SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, Isabel. **La criminalidad organizada**. Madrid: Dykinson, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.11, n.42, p. 215-218. Jan./mar. 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **La expansíon del derecho penal:** aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

A MÍDIA COMO PRODUTORA DE MAIS UM INIMIGO

Carolina de Freitas Paladino*
Danyelle da Silva Galvão**

RESUMO

O presente trabalho visa apontar sobre o Direito Penal do inimigo, analisando suas características e forma de atuação. Num segundo momento, o objetivo é tratar da mídia e seus efeitos positivos e negativos. Posteriormente, tem-se como objetivo, com o presente trabalho, verificar de que forma a mídia pode ser responsável na estigmatização de um sujeito enquanto inimigo, retirando-se dele as garantias penais e processuais penais. Finalmente, demonstrar-se-á de que forma a mídia pode influenciar alterações legislativas.

Palavras-Chave: Direito Penal do Inimigo, Mídia, Processo Legislativo.

ABSTRACT

This paper aims to show about the criminal law of the enemy, analyzing their characteristics and form of action. After, the goal is to treat the media and its positive and negative effects. After, it has the objective to study how the media can be responsible for the stigmatization of an individual as an enemy, withdrawing its criminal guarantees and criminal procedure. Finally, we will demonstrate how the media can influence legislative changes.

Keywords: Enemy Criminal Law, Media, Legislative Process.

---

* Doutoranda em Ciências Criminais pela PUCRS. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela Unibrasil. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Graduada em Direito pela Unibrasil. Professora de Direito Constitucional e Administrativo na FAPAR. Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça do estado do Paraná.

** Mestranda em Direito Processual na Universidade de São Paulo. Pós-Graduada em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada e colaboradora do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM.

"Those who desire to give up freedom
in order to gain security will not have,
nor do they deserve, either one".

(Aqueles que desejam abrir mão da liberdade
a fim de obter segurança, não terão,
nem merecem ter nenhuma delas)
Thomas Jefferson

"A inocência nunca é notícia"
Flávia Rahal, 2004.

INTRODUÇÃO

Falar de Direito Penal corresponde mencionar diversos fenômenos, muitas vezes, antagônicos. Isso quer dizer que estamos em uma constante tensão entre a aplicação de um Direito Penal máximo e um Direito Penal mínimo. Assiste-se uma cisão interna tanto em relação aos penalistas quanto aos criminólogos.

Nascida há pouco mais de uma década, a Teoria do Direito Penal do Inimigo parece crescer e ganhar mais adeptos de tempos em tempos. Por meio dela, surgem dois modelos antagônicos de aplicação de um Direito Penal. De um lado, estariam os cidadãos, com todas as garantias previstas no contrato social a partir da observância do princípio da legalidade e toda a plêiade de garantias penais e processuais penais. Contudo, de outra parte, desenvolveu-se outro modelo, chamado de Direito Penal do inimigo, pelo qual as mencionadas garantias desapareceriam.

A par disso, outra figura de especial relevância, que se desenvolveu sobremaneira nas últimas décadas, foi a mídia. Por meio dela há a propagação de notícias, a dissipação de informações, o contato entre diferentes cantos do mundo, dentre outros. Após longo período de luta pela vedação à censura, houve toda uma conquista com o direito de informação, que no contexto brasileiro, é inclusive alvo de proteções constitucionais.

Contudo, nem sempre a mídia exerce um papel de imparcialidade e que não prejudique determinadas pessoas, ou seja, existem casos em que ela pode ser responsável por apontar determinadas pessoas como criminosas e, provocando uma ojeriza social, sugere um tratamento diferenciado com essas pessoas. Tem-se falado que a mídia pode eleger determinado sujeito que tenha potencialmente cometido um crime, como inimigo, retirando dele a condição de cidadão, e, portanto, provocando todas as consequências que disso advém.

Isso tem sido tão significativo, que o último escopo do presente trabalho é justamente analisar os projetos de lei e como a influência midiática pode contribuir nesse processo de eliminação de garantias e tratamento diferenciado a essas pessoas, seja na aprovação, ou mesmo na aceleração de seu trâmite a partir de projetos de lei já aprovados e outros ainda em tramitação.

Contudo, antes de iniciar propriamente o trabalho, é necessário fazer uma breve observação. O que se pretende aqui é demonstrar como a mídia pode ser nociva em determinados casos, embora se perceba os efeitos positivos que ela pode trazer em diversas situações. Portanto, não se está buscando qualquer tipo de censura, mas, sim, apontar possíveis problemas no intuito de buscar uma maior razoabilidade tratando-se de casos penais.

1 APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Vivemos em uma sociedade de risco, que proporciona uma sensação de insegurança e imprevisibilidade no que tange às relações sociais. Atualmente, a hegemonia do neoliberalismo e a prevalência de um modo de globalização excludente e concentrador de renda têm refletido em todo o contexto das garantias constitucionais, visto que a revolução tecnológica, o aparecimento de novos riscos e a identificação de outros bens jurídicos merecedores de tutela penal dão causa[1] à expansão, caracterizada pelo aumento legislativo, nas searas do Direito Penal e Processual Penal.

A sensação de pânico gerada na sociedade pela violência legitima um fenômeno[2]. Em verdade, com toda essa ideia de "sociedade de risco" ou de "insegurança" ganha

---

[1] Segundo Jesús-María Silva Sánchez, as causas da expansão, além da aparição de 'novos interesses' merecedores de tutela penal, resumem-se à existência de novos riscos, à sensação social de insegurança, à configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, à identificação da maioria com a vítima do delito, a desestruturação dos valores sociais, além do descrédito com outras formas ou instâncias de proteção, da nova gestão atípica da moral, da atitude de esquerda política (política criminal social – democrata), e do fenômeno da globalização. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**:. aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Série as Ciências Criminais no Século XXI, v. 11..Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002., p. 27-96. (Série as Ciências Criminais no Século XXI, v. 11).

[2] CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. O papel do medo no e do direito penal. **Revista dos Tribunais**, v.ano 98, n. 888, p. 4420-459, ou, outt. 2009, p. 442. Neste sentido, expõe Pierpaolo Cruz Bottini que "*a dinâmica das transformações na sociedade contemporânea, com a superação cotidiana de paradigmas, e a apresentação de novidades tecnológicas que colocam em novo patamar as relações sociais impactam a formatação do sistema penal*". BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACCELI, Eugênio (Coord.) **Direito penal contemporâneo**:. Q questões controvertidas. São Paulo: Saraiva; Brasília: IDP, 2011., p. 111

legitimidade o discurso de um "estado vigilante", ou "estado de prevenção"[3], sugerindo um modelo que intervém na vida do cidadão a todo tempo[4].

Diante disso, em nome da preservação de uma pseudossegurança, tem-se desenvolvido discursos populares exigindo a criminalização de novas condutas, a extensão do rol dos crimes hediondos, a construção de mais presídios de 'segurança máxima', o encurtamento do processo criminal e a diminuição das hipóteses de cabimento de recursos processuais[5]. Assim sendo, práticas de todo arbitrárias são apontadas, e muito bem recebidas pela sociedade, como valor absoluto, não passível de harmonização com outros valores.

Aqueles discursos de interesse geral e da necessária manutenção da segurança da coletividade são usados para fundamentar e 'legitimar' a expansão repressiva. Não raro ainda são aqueles exigentes da redução da maioridade penal, da previsão da pena de morte e da prisão perpétua, além da redução das possibilidades de exercício da defesa.

Ou seja, legitima-se a intervenção do Direito Penal Máximo e a criação de um sistema totalmente contrário ao proposto por um Estado de Direito. Nesse modelo, em nome de uma segurança maior, direitos podem ser facilmente esquecidos. Sobre tal temática, Giorgio Agamben dissertou que o "Estado de Exceção" é caracterizado por medidas excepcionais que se encontram

> na situação paradoxal na medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal. Por outro lado, se a exceção é o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e inclui em si por meio de sua própria suspensão, uma teoria do estado de exceção é, então, condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona o vivente ao direito.[6]

Com o surgimento de novas condutas criminosas, especialização na prática das mesmas e transnacionalidade dos seus efeitos, o Estado se tornou ineficaz ou mesmo incompetente para a prevenção, apuração e repressão da criminalidade. Diante disto, adotou uma política criminal repressiva, tendente ao aumento do número de tipos penais e ao agravamento das penas já previstas. Aparece, pois, um discurso propugnando uma necessidade absoluta de segurança, legitimando um tratamento diferenciado com

---

[3] SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria . *op. cit*., p. 127.

[4] A própria banalização da violência pode ter sugerido a propositura de um modelo mais violento. Sobre o tema, vide BUSATO, Paulo. Quem é o inimigo, quem é você? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 66, p. 317, maio/jun. 2007.

[5] MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Direito e política na emergência penal: uma análise crítica à flexibilização de direitos fundamentais no direito do direito penal do inimigo. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 117, abr./jun. 2009.

[6] AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Bointempo, 2004. p. 11-12.

determinadas pessoas, "convertendo o modelo do controle social do intolerável em um modelo intolerável de controle social"[7], a partir da substituição de um direito penal de risco a um Direito Penal do Inimigo.

A teoria desenvolvida por Günther Jakobs, desde 1995, apresentada no Congresso de Berlim 13 anos depois, defende a existência de dois modelos jurídicos, o primeiro a ser aplicado aos cidadãos e o outro, de emergência, chamado de Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*), em prol de uma segurança coletiva.[8]

Eugenio Raúl Zaffaroni destaca como premissa de sua obra que esmiúça essa matéria, a existência desde sempre da discriminação entre seres humanos, considerando alguma categoria de pessoas como "perigosas ou daninhas", e se nega a aplicar de um direito penal liberal a essas pessoas, juntamente com todas as garantias fundamentais, afirmando essa sua teoria pela História e também pelo caminho traçado pelo Direito.[9] Isso legitima práticas como essas, pois

> os perigos que mais tememos são imediatos: compreensivelmente, também desejamos que os remédios o sejam, "doses rápidas", oferecendo alívio imediato, com analgésicos prontos para o consumo. Embora as raízes do perigo possam ser dispersas e confusas, queremos que nossas defesas sejam simples e prontas a serem empregadas aqui e agora. Ficamos indignados diante de qualquer solução que não consiga prometer efeitos rápidos, fáceis de atingir, exigindo em vez disso um tempo longo, talvez indefinidamente longo, para mostrar resultados. Ainda mais indignados ficamos diante de soluções que exijam atenção às nossas próprias falhas e inequidades [...]. E abominamos totalmente a ideia de que, a esse respeito, ha pouca diferença, se é que alguma, entre nós, os filhos da luz, e eles, as crias das sombras.[10]

Nessa linha de raciocínio, somente se aceita prejudicar alguém quando esse sujeito é considerado diverso de si, pois o indivíduo não costuma aceitar a autopunição, tendo em vista que está imbuído de verdades e valores, e esses elementos permeiam sua forma de pensar e atuar.

---

[7] BUSATO, Paulo. Quem é o inimigo, quem é você? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 66, p. 315-371, maio/jun. 2007.

[8] MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 94, mar./abr. 2010.

[9] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. 2. ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 11. O autor ainda afirma que a adoção de um tratamento penal diferenciado não contém a avalanche de insegurança, porque não há possibilidade de isolar apenas um grupo de pessoas sem que se reduzam as garantias de todos os cidadãos, afinal não sabemos ab initio quem são, ou devem ser os diferenciados. ZAFFARONI, Eugenio Raúl.

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

Três são os elementos caracterizadores do Direito Penal do inimigo: o primeiro corresponde a um adiantamento da punibilidade (modelo prospectivo) e retrospectivo (no sentido do fato cometido); uma desproporcionalidade em relação às penas; e, por último, a relativização ou mesmo supressão das garantias processuais.[11]

Muñoz Conde destaca uma quarta característica, abordando a criminalização de condutas que não se traduzem num perigo concreto.[12] Assim sendo,

> o processo de demonização acaba por criar guetos, aos quais se aplica o DPI. A aplicação de normas diferenciadas não em razão de uma conduta praticada, mas sim em virtude do sujeito que a realiza, afronta um dos pilares do Estado de Direito que é o princípio da igualdade. Essa legislação simbólica – de emergência – também representa a reinserção nos ordenamentos jurídicos de medidas típicas do Estado de Polícia, o que se apresenta como mais uma afronta ao Estado Democrático de Direito.[13]

Contudo, é importante destacar que nem todo criminoso pode ser considerado um adversário do ordenamento respectivo.[14] Por isso, são selecionados alguns, dentre os possíveis criminosos, que realmente sejam considerados inimigos sociais e, portanto, alvo de um tratamento diferenciado.[15]

A partir de um modelo posto, estão vinculados os indivíduos por meio de um ordenamento jurídico. Contudo, afirma-se a preocupação do aparecimento de um indivíduo perigoso, o inimigo, aplicando-se a ele, segundo Manuel Cancio Meliá, um não direito.[16] Dessa forma,

> o direito conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.[17]

---

[11] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Organização e tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 10-12.

[12] MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit*., p. 98.

[13] MACHADO, Felipe Daniel Amorim, *op. cit*., p. 127.

[14] JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio, *op. cit*., p. 41.

[15] Dessa forma, pode-se dizer que "*o totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, com a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político*." AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Bointempo, 2004. p. 13.

[16] JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio, *op. cit*., p. 10-12.

[17] *Ibidem*, p. 36.

Para caracterizar o inimigo, abordam-se como elementares o fato do sujeito ser considerado estranho à sociedade, aquele que não compartilha os mesmos valores e, por isso, não tem o direito de receber o mesmo tratamento que os demais criminosos da sociedade. Por conseguinte,

> o conceito de inimigo introduz de contrabando a dinâmica da guerra no Estado de direito, como uma exceção à sua regra ou princípio, sabendo ou não sabendo (a intenção pertence ao campo ético) que isso leva necessariamente ao Estado absoluto, porque o único critério objetivo para medir a periculosidade e o dano do infrator só pode ser o da periculosidade e do dano (real e contrato) de seus próprios atos, isto é, de seus delitos, pelos quais deve ser julgado e, se for o caso, condenado conforme o direito. Na medida em que esse critério é abandonado, entra-se no campo da subjetividade arbitrária do individualizador do inimigo, que sempre invoca uma necessidade que nunca tem limites. [18]

Como esses sujeitos seriam diferentes, assim deveriam ser tratados pelo ordenamento jurídico.[19] E, por isso, retoma-se a proposta de Estado de Exceção, justamente pelo fato do contrato social ser respeitado em parte, ou seja, aos cidadãos valem suas regras, o que não ocorre com os inimigos sociais.

> El Derecho penal del enemigo se origina en un estado de inseguridad, en el que la población cede – convencido por una nueva política criminal- su Derecho a la libertad a cambio del Derecho a la seguridad. Dicho de otra forma, ante el estado de crisis la manifestación de uno o varios sujetos como fuentes de peligro era solo latente, pero es mediante el etiquetamiento Estatal que dicha manifestación se hace manifiesta. El Estado se encarga de identificar el peligro, y la población se solidariza – mediante la enemistad- a luchar por su conservación. Generándose una reacción masiva en contra del enemigo, donde se justifican las medidas represivas en el nombre de la seguridad. Así en este contexto, el rol del Derecho penal es el de un simple instrumento subordinado a la ideología de la política vigente. Y es, en el tangible retroceso de la normativa que integra el Estado de Derecho, que se evidencia no solo la falta de capacidad por parte de los gobernantes de espetar las bases constitutivas del mismo; sino también el origen del Derecho penal del enemigo como una mera opción política.[20]

---

[18] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo...**, p. 25. Destaca-se que, para o autor, o conceito de inimigo não é novo, Idem.

[19] Sobre essa temática, Bauman menciona que "nessa guerra (para tomar emprestados os conceitos de Lévi-Strauss), duas estratégias alternativas, mas também complementares foram intermitentemente desenvolvidas. Uma era antropofágica: aniquilar os estranhos devorando-os e depois, metabolicamente, transformando-os num tecido indistinguível do que há havia. Era esta a estratégia da assimilação: tornar a diferença semelhante; [...]. A outra estratégia era antroproêmica: vomitar os estranhos, bani-los dos limites do mundo ordeiro e impedi-los de toda comunicação com os do lado de dentro. Essa era a estratégia da exclusão." BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução: Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 28-29.

[20] VÍQUEZ, Karolina. **Derecho penal del enemigo** ¿una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro? Disponível em: <http://www.unifr.ch/ddp1/derecho penal/ obrasportales/ op_20080612_61.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2011.

Muitos inimigos podem ser identificados já por suas características anteriores. As Teorias da Escola Positiva[21], desenvolvidas entre os séculos XVIII e XIX, continuam de forma fugaz angariando adeptos que realmente acreditam sobre a existência de uma classe de potenciais criminosos e que, portanto, devem ser repelidos da sociedade.

Hoje é possível vislumbrar um sujeito europeu com hábitos similares a um japonês, norte-americano, ou até mesmo latino-americano. Esse mundo sem fronteiras (em determinados lugares, dependendo da condição social e aparência) a que se chegou, sugere uma uniformização do próprio pensamento. Ao mesmo tempo, a alteridade é um discurso que ganha fôlego no que tange à necessidade do respeito às diferenças. Tudo isso para dizer que quando se fala de Direito Penal do Inimigo não se pode transladar o conceito de inimigo no contexto europeu ao Brasil ou aos Estados Unidos.[22]

Nesse sentido, é possível vislumbrar na Europa, e até mais evidente em função da crise econômica que lá se instalou, uma política muito forte no sentido de tentar diminuir as fronteiras. Todavia, o tratamento com tais pessoas não é tão transparente e benevolente. O imigrante, falando-se aqui daquele ilegal que trabalha clandestinamente e acaba usufruindo o que restou do Estado Social, é tratado hoje como inimigo, e que pode a qualquer tempo ser deportado ao seu país.

De outro lado, os Estados Unidos estão marcados pelos ataques terroristas e sua política de proteção social é concentrada nessas "pessoas perigosas". Com tal modelo, não se pode falar em direitos dessa classe de pessoas, legitimando-se práticas arbitrárias e ofensivas aos perigosos[23].

---

[21] Cf. LOMBROSO, Cesare. **O Homem delinquente**. Tradução:. Sebastião José Roque. São Paulo: Icone, 2007.

[22] Na visão de Zygmunt Bauman "*todas as sociedades produzem estranhos. Mas cada espécie de sociedade produz sua própria espécie de estranhos e os produz de sua maneira, inimitável*." BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar...**, p. 27.

[23] Cite-se, apenas como exemplo, a manutenção da prisão de Guantánamo em solo cubano. Além da divulgação internacional do uso de tortura para os interrogatórios, importante destacar a grande discussão havida na Suprema Corte dos Estados Unidos da América no ano de 2008, acerca das garantias processuais aos acusados de terrorismo presos naquele recinto, devido ao seu reconhecimento como combatentes inimigos. Entendia-se, até o julgamento ocorrido que aqueles acusados sequer poderiam impetrar *habeas corpus* perante o Poder Judiciário americano. Sem dúvida, estas práticas demonstram a adoção de um sistema penal do inimigo em relação àqueles. Exatamente com este entendimento tem-se posicionamento de Roberto Delmanto Junior. ao afirmar categoricamente que o atentado às torres gêmeas em setembro de 2001 deu azo a adoção do Direito Penal do Inimigo por países tradicionalmente democráticos, como os Estados Unidos da América e Inglaterra. E para corroborar seu entendimento, afirma: "*são prisões sem direito a habeas corpus e a assistência de advogados, como ocorre na famosa base militar de Guantánamo, torturas como as verificadas no Iraque, no Afeganistão e em prisões secretas administradas pela CIA fora dos Estados Unidos, vergonhosamente 'legalizadas' em 29.11.2006 pelo Senado Norte-Americano ao aprovar o denominado Military Commissions Act, com a criação de comissões militares para julgar 'inimigos combatentes'(um verdadeiro Tribunal de exceção)*". DELMANTO JUNIOR Roberto. Do iluminismo ao 'direito penal do inimigo'. In: MOREIRA, Rômulo. **Leituras complementares de processo penal**. Salvador: Podivum, 2008 . 131-132. Sobre aquele mencionado julgamento vide: SHERMAN. Mark. **Supreme Court rules** Guantanamo detainees have constitutional right **to challenge detention**. Disponível em: < (http://www.huffingtonpost.com/2008/06/12/supreme-court-rules-guant_n_106718.html) > e PRESOS de Guantánamo podem apelar diz Suprema Corte dos EUA. Disponível em: <www.estado.com.br/noticias/internacional.presos-de-guantanamo-podem-apelar-diz-suprema-corte-dos-eua, 188453,0.htm>.

Já no Brasil, o quadro é um pouco diferente. Não se tem ataques terroristas em potencial assemelhados ao modelo anteriormente citado e tampouco aversão aos imigrantes, uma vez que o Brasil é constituído, majoritariamente, por imigrantes.

Enfim, os inimigos brasileiros são outros, isso sem mencionar as distinções que há no âmbito interno do país. O tratamento degradante e desumano é legitimado para outras classes: acusados de crime organizado, pessoas que cometem delitos sexuais, traficantes e usuários de drogas, acusados de crimes violentos e contra menores, em geral, pessoas com uma condição econômica singela são colocadas como inimigas da sociedade, e disso decorre um tratamento diferenciado no sistema penal.

A importância da discussão decorre da análise de como a informação sobre as leis criminais ou os crimes praticados chegam à população. Sabe-se que uma das grandes propagadoras do medo e da insegurança é a mídia, que aponta e julga – por suas próprias razões – atos realizados por sujeitos "maus", às vezes a partir de gravações ilícitas com o pretenso "dever" de alertar a sociedade que pessoas ruins não têm o direito de conviver na sociedade.

Por conseguinte, a questão também deve ser estudada a partir dos agentes que estabelecem os inimigos à sociedade, se isso é reflexo direto no Poder Judiciário, pois a população deseja, cada vez, mais participar do processo, investigando, opinando e julgando, ou se existem outros atores responsáveis por esse fenômeno.

Ademais, fundamentado no falso fim de combater a violência e garantir a segurança, e apoiado na força da mídia e no anseio popular[24], o legislador define novos tipos penais e recrudesce as sanções já existentes. E, infeliz e inconstitucionalmente, renega todos os parâmetros constitucionais específicos ao processo penal, criando outras formas de investigação e persecução criminais, alterando o ônus probatório e reduzindo as garantias processuais.

Em que pese os estudiosos do Direito Penal considerarem excessiva[25] a teoria do inimigo, a sociedade a apoia por entender ser a solução perfeita para diferenciar as pessoas boas das ruins. Em meio à insegurança social, o risco torna-se o ponto de referência, com

---

[24] Sobre o anseio popular de recrudescimento do sistema penal e processual penal, leciona Ada Pellegrini Grinover: "*a população, assustada pela escala de criminalidade violenta, clama por leis penais e processuais penais mais rigorosas, não sendo raras as reivindicações de introdução da pena de morte (...) e chagando, não raro a linchamentos em praça pública*." (GRINOVER, p. 61). GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileiro em face do crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, n. 20, out./dez., 1997.

[25] NEUMANN, Ulfrid. Direito penal do inimigo. Tradução: Antonio Martins. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 69, p. 156 -177, nov./dez. 2008. (p. 168).

a banalização da violência enseja essa guerra contra o inimigo que sequer se sabe quem é,[26] antes das práticas cometidas por ele.

Diante desse contexto, o presente estudo visa tratar do inimigo criado pela mídia como resultado da estigmatização por ela causada. Contudo, antes de abordar sobre a mídia enquanto produtora de mais um inimigo, é necessário abordar o contexto em que ela foi criada e de que forma ela pode influenciar positivamente em muitos casos.

2 A IMPORTÂNCIA DA IMPRENSA LIVRE

Com a noção de Estado Moderno, que é entendido a partir de um contrato social[27], ocorre uma alteração nas formas de influência na valoração de condutas. Nesse sentido, os meios de comunicação ganharam uma relevância distinta nesses últimos séculos. Passaram a ocupar uma posição de destaque em relação às pessoas, executando diversos papéis, que inicialmente era o de repassar notícias, inclusive a respeito dos crimes. Mas, hoje, alcança novos horizontes, exigindo determinadas condutas estatais, caracterizando-se como um meio influente no que tange às ações estatais e privadas.

A mídia assumiu, então, um papel de protetora das vítimas, de investigadora, de julgadora, de formadora de opinião, embora seu discurso sempre seja apenas o de repassar notícias ao cidadão, que deve ter suas próprias conclusões acerca do caso. Esse instrumento pode trazer efeitos positivos e negativos, conforme sua presença ou ausência no acompanhamento dos casos concretos.

Tratando-se de omissão, quando o medo e a raiva provocados nas pessoas ameaçam influenciar o caso, a omissão da mídia pode ser positiva. Contudo, é negativa em situações relacionadas a desvios de verbas e descumprimento de obrigações políticas, visto que a sociedade permanece ignorante quanto a tais atos, não podendo reivindicar mudanças de comportamento.

Quando se abordam, entretanto, influências pela mídia, será negativo em situações que envolvem alguns indivíduos, podendo, inclusive, contaminar provas e interferir, por

---

[26] BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 316-317.

[27] Nesse sentido, os sujeitos não poderiam fazer tudo o que bem lhe aprouvessem sob pena de impossibilidade de coexistirem. E aí surgiram os grandes teóricos, como Thomas Hobbes, John Locke e Rousseau, criando as diversas formas de teorias contratualistas em que o sujeito abre mão de sua liberdade em prol de um bem maior, significando a mutação de um poder privado que imperava a outro, o público. Era época das grandes monarquias. ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 66.

questões de âmbito sentimental, as decisões sobre a prisão do sujeito, trazendo um pano de fundo a esse caso com efeitos irreversíveis. Mas ser positiva tratando-se de uma comoção social em prol do bem comum.

Embora possa trazer influências positivas em determinadas situações, o presente trabalho tem apenas a pretensão de tratar sobre o papel da mídia quando acompanha casos concretos e os efeitos negativos que podem surgir disso. De qualquer forma, evidentemente existem outras agências responsáveis pela formação de inimigos, mas por uma opção metodológica far-se-á a análise tão-somente em relação à mídia e suas consequências.

Assim, em situações de grandes catástrofes, já se assistiu a campanhas de arrecadação de suprimentos de grande valia, repassadas pelos meios de comunicação, ou mesmo na pressão exercida em situações em que se denunciaram excessos cometidos por pessoas públicas.

De qualquer forma, tendo em vista o aumento populacional e a evolução da sociedade ninguém possui reais condições de conhecimento e extensão da realidade existente, o que faz com que os seres humanos, em massa, percam a visão do todo e também do indivíduo, que passa a ser apenas um número correspondente, no sentido de auxiliar a captação e compreensão dos fatos vivenciados pela sociedade, a qual se dá pelos meios de comunicação de massa.[28] Surge, então, a mídia como uma forma de intercambiar as necessidades sociais, seja em relação ao consumo, conhecimentos, bens materiais e culturais.[29]

A televisão, o rádio, o jornal e a internet, em geral, são os principais meios de comunicação de massa, com o escopo de dirigir notícias a um telespectador, que é considerado um leitor ordinário, comum, um homem médio. Não é alguém nem ninguém, o homem sem face.[30] Por conseguinte, é necessário tratar sob a premissa de que a mídia é abrangida por todos esses meios, ou seja, *lato sensu*, correspondente a qualquer acesso a uma possível informação.

Certo é de que a globalização agilizou, e muito, a transmissão da informação. Nesse contexto, a mídia detém grande importância, afinal divulga e propaga os acontecimentos relevantes ocorridos na sociedade[31]. Sem sombra de dúvidas, dentre outros assuntos,

---

[28] MARQUES, Bráulio. A Mídia como filtro do fato social. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Org.). **Ensaios em Homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. (p. 164).

[29] VIEIRA, Ana Lúcia Menezes, . *op. cit*., p. 26.

[30] MELLO, Silvia Leser. A Cidade, a violência e a mídia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 189-195, jan./mar., 1998. (p. 189).

[31] A mídia pode retratar assuntos de natureza privada ou pública. Tratando-se de situações de âmbito privado, essa notícia deve ser considerada e trabalhada com maior cautela, eis que traz influência direta sobre uma pessoa ou um grupo de pessoas e pode ser objeto de ofensa a direitos fundamentais.

possui relevante papel na divulgação dos crimes, bem como dos projetos legislativos em andamento relativos ao Direito Criminal, seja ele material ou processual. Por essas razões, o estudo da atuação da mídia, nesse âmbito, merece devida atenção.

Pode-se indagar o que pode ser objeto da mídia. Quem elege essas matérias. Como se determina o perfil de um determinado canal televisivo. Existe um fenômeno denominado **Agenda Setting** que consiste na colocação de matérias a ser veiculadas pelos meios de comunicação:

> Essa hipótese foi examinada pela primeira vez por McCombs e Shaw, em 1972, e ressalta o poder que a imprensa possui para estabelecer "quais" são os tópicos que serão considerados importantes pelas audiências e "quando" serão. Com isso, os meios, embora não sejam capazes de impor "o que" pensar em relação a determinado tema, definem a pauta e a hierarquia das questões na percepção e preocupações do público, sendo capazes de, a médio e longo prazos, influenciar "sobre o que" e "como" se pensar e falar.[32]

A partir do século XVIII, almejou-se uma maior liberdade de expressão, com a questão do livre desenvolvimento da personalidade. Isso culminou na Declaração de Direitos de Virgínia[33], de 12 de junho de 1776, reconhecendo-se a liberdade de imprensa como direito humano. A presença dos *mass* media se faz sentir logo no início do século XX, principalmente nos períodos das Guerras Mundiais, nas quais se percebe claramente a utilização dos veículos de comunicação disponíveis na época para objetivos ideológicos claros e de esforço de guerra.[34]

O capitalismo é marcado por uma especial vinculação entre mídia e direito penal, possuindo uma militante legitimação nesse tocante. Embora aspectos econômicos e políticos sejam decisivos nessa tarefa, existem outros fatores a ser considerados. No século XVIII, a imprensa foi censurada por burocracias "seculares e religiosas". Contudo, a partir das revoluções burguesas se tornou um instrumento importante para diminuir a legitimação de modelos inquisitoriais, propondo um modelo com o fim de penas cruéis e desproporcionais. Buscava-se uma quebra do monopólio de informações ao poder punitivo.[35]

---

[32] KESSLER, Cláudia Samuel; KESSLER, Márcia Samuel. **A diminuição da maioridade penal e a influência midiática na aprovação de leis**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/12949/12513>. Acesso em: 20 abr. 2010.

[33] É importante ainda destacar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789), em seu artigo 11 com a seguinte redação: "*a livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei*". Bem como a Declaração de Direitos dos Estados Unidos, de 1781, e também a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948.

[34] CAMPOS, Renato de. **A Teoria funcionalista**. Disponível em: < http://www.unaerp.br/comunicacao/professor/ renato/arquivos/funcionalismo_tc2.pdf> . Acesso em: 10 dez. 2009.

[35] BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 42 , p. 242-263, jan./mar., 2003.

Atualmente "somos fascinados pela imagem em virtude da televisão ter se tornado o meio de comunicação mais rápido que os outros desde o final dos anos 80."[36] Com a velocidade de informações, a mídia propicia maior alcance da notícia ao expectador. Isso alimenta o desejo da população participar do cenário jurídico e saber dos crimes ocorridos.

Ninguém contesta que a mídia surgiu com um propósito nobre. Todavia, não se pode mistificar essa idealização da imprensa, a partir desse propósito, como se fosse possível manter a fidelidade aos valores impostos quando a mídia foi criada.[37]

O direito à informação pode ser compreendido como a possibilidade ser agente passivo ou ativo de notícias sobre fatos relacionados a uma transcendência pública, sendo necessária a participação coletiva. Articula-se com a transmissão, veiculação de informações, notícias ou opiniões.[38] A comunicação, cujo processo sempre está em movimento, é o instrumento pelo qual se viabiliza uma sociedade, desde suas formas mais rudimentares como as mais modernas.

A mídia ingressou como um aliado da sociedade. É crescente a expectativa do público pela justiça realçando a inter-relação do Poder Judiciário e meios de comunicação em massa, pois se num contexto anterior existia uma instituição judiciária distante dos cidadãos, em um modelo de Estado Democrático de Direito não há qualquer possibilidade de aplicar essa prática. O direito de conhecer as decisões judiciárias e sua forma de agir do Judiciário pertence ao público.[39]

Analisando a mídia de um ponto de vista de crimes noticiados, verifica-se que ocorreu uma mudança da percepção da teoria do Direito Penal destacando que

> os temas de Direito Penal já não estão mais restritos à academia, à pura discussão teórica se, afetação do cotidiano das pessoas, conforme apontamentos de Paulo César Busato. Cada vez mais os jornais, o cinema, a literatura, a internet e todas as formas de comunicação ocupam boa parte do seu espaço com o fenômeno criminal. As pessoas em geral, e não só a academia, esperam dos juristas muito mais que uma explicação distanciada das opções tomadas em aras da tratativa jurídica do crime.[40]

---

[36] KELLNER, Douglas. **A Cultura da mídia**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. Bauru: EDUSC, 2001. p. 77.
[37] BATISTA, Nilo, *op. cit*, p. 243.
[38] VIEIRA, Ana Lúcia Menezes, *op. cit*., p. 31-32.
[39] *Ibidem*, p. 60-61.
[40] BUSATO, Paulo César, *op. cit*., p. 317.

No Estado Democrático de Direito em que vivemos a liberdade de imprensa ganha papel de destaque enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação de pensamento. Inclusive, há previsão constitucional expressa que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição". E, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, a liberdade de imprensa "reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar" (STF – 2ª T - AI 705630 – rel. Min. Celso de Mello – j. 22/03/2011 – Dje 05/04/2011).

De qualquer sorte, não se pode esquecer que o texto constitucional também prevê como direitos fundamentais a intimidade, a privacidade, além de inúmeras garantias penais e processuais penais, em especial, decorrentes da presunção de inocência[41] o devido processo legal[42], que devem ser observados por todos para a efetiva concretização do Estado Democrático de Direito.

3 MÍDIA: ESTIGMATIZAÇÃO DO ACUSADO E A CRIAÇÃO DE INIMIGOS

Conforme anteriormente mencionado, sabe-se que a mídia pode auxiliar ou dificultar alguns fenômenos sociais conforme a sua ação ou omissão. Com isso, pretende-se trabalhar com apenas um desses elementos, que corresponde à mídia no tocante à influência do indivíduo e também nas condutas estatais, influenciando a comunidade geral e jurídica sobre crimes narrados, dissipando a cultura do medo a partir da produção de um inimigo, retirando seus direitos fundamentais[43].

O cenário de difusão do medo, hoje enfrentado, também legitima que se some à flexibilização legislativa das garantias[44] a atribuição ao julgador da tarefa de justiceiro

---

[41] De acordo com Ana Lúcia Menezes Vieira, "*a presunção de inocência é um dos princípios mais violados pela mídia*". VIEIRA, Ana Lúcia Menezes, *op. cit*., p. 168.

[42] Importante destacar que além do Poder Judiciário, o Poder Legislativo deve ser orientado pelos princípios e garantias penais e processuais previstas na Constituição Federal. Até porque, a Constituição Federal de 1988, com o objetivo de instituir um Estado Democrático de Direito e assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, previu diversos princípios e direitos individuais de cunho processual garantista, tendo como 'super-princípio' o devido processo legal no sentido adjetivo, que exige o respeito aos seus princípios decorrentes, como o da presunção de inocência, o da ampla defesa e do contraditório pleno, o do juiz natural, o da publicidade dos atos processuais, o da proibição das provas ilícitas, o do *in dubio pro reo*, o da necessidade de motivação das decisões judiciais e o duplo grau de jurisdição.

[43] Por consequência, traz-se prejuízos ao acusado, visto que o próprio processo penal em tramitação – mais ainda quando extrapola a razoabilidade na sua duração – pode ser considerado como sanção.

[44] Sobre as modificações legislativas, vide o capítulo 4 do presente estudo.

que deve combater o crime. Cria-se uma verdadeira hermenêutica voltada à repressão a qualquer custo, ainda mais reducionista das garantias e inimiga da estrutura constitucional do devido processo legal da Constituição Federal de 1988, em especial vulnerando, nesse caso, seu princípio decorrente, que exige do juiz uma conduta imparcial e desvinculada dos objetivos repressivos do Estado[45].

A este respeito sustenta Antônio Cláudio Mariz de Oliveira:

> Nos dias de hoje, a má imprensa tem se incumbido de fomentar o clima de repressão que tomou conta da sociedade e, como consequência, tem contribuído para cada vez menos se compreenda o papel do advogado e, o que é mais grave, para diminuir o prestígio e a importância do próprio direito de defesa. (...) Tem-se a impressão, pelo exclusivo enfoque dado pela mídia, que o delito é uma realidade posta, inevitável, contra a qual apenas se reage e de uma única forma, trancafiando-se o culpado, por vezes, o mero suspeito[46].

Um sujeito ganha posição de destaque na mídia em relação ao crime de algumas formas: quando ele figura como vítima ou quando é o próprio acusado. Ainda, não se pode esquecer que se tornam protagonistas aqueles que apresentam pareceres sobre o caso, seja na posição de jurista, investigador, psicólogo, ou qualquer outra capacitação profissional que possa interferir no caso noticiado.

Portanto, a divulgação pela mídia "ao vivo" (em tempo real) das prisões cautelares, das reconstituições dos crimes, ou mesmo da festa popular em decorrência de uma condenação criminal não pode ser confundida como atuação decorrente da liberdade de imprensa, afinal se tornou verdadeiro espetáculo degradante, criando os "inimigos da sociedade".

Essa discussão ganha ainda mais atenção ao se tratar de casos de crimes de grande repercussão ou repulsa social. A mídia passou a noticiar com cada vez mais ênfase os "grandes" casos criminais, e isso vem sendo aceito com normalidade – e até entusiasmo – pela população. Isso torna a sociedade doente e maniqueísta, afinal se faz "justiça" paralelamente ao Poder Judiciário, sem processo, direitos ou garantias. Situação ainda pior quando os casos criminais causam ojeriza social.

Apenas a título exemplificativo, citam-se os inúmeros programas televisivos destinados à divulgação da prisão do casal Alexandre Nardoni e Ana Carolina Jatobá, bem como da reconstituição do crime. Não é exagero indicar que, por cerca de uma semana,

---

[45] Nunca é demais ressaltar que em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, em que o processo penal segue o sistema acusatório, a separação clara entre as funções de acusar, julgar e defender são primordiais. Sobre o sistema acusatório e a sua importância, vide PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

[46] OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. Combate á criminalidade e as prerrogativas profissionais. **Revista do Advogado**, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo (AASP,) v. 27, n. 93, set. 2007; MARTINS NETO, Braz. Ética e prerrogativas dos Advogados. **Revista do Advogado**, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), v. 27, n. 93, set. 2007.

todos os canais de televisão do país dispuseram de horas diárias para tratar da morte da menor Isabela, inclusive realizando julgamento popular antecipado e extrajurídico do casal, oportunidade em que as garantias individuais previstas na Constituição foram aniquiladas em rede nacional de televisão. A situação não foi diferente no caso de Suzana Von Richthofen e dos irmãos Cravinhos, que apesar de ter sido restrita a publicidade do julgamento, foi narrado por escrito em tempo real por diversos meios de comunicação.

Irretocável o posicionamento exposto pela Ministra Carmem Lúcia, em voto proferido perante o Supremo Tribunal Federal, ao se discutir acerca da humilhação pela exposição do acusado algemado quando da sua prisão. Assim aduziu a Ministra:

> Vivemos, nos tempos atuais, o Estado espetáculo. Porque muito velozes e passáveis, as imagens têm de ser fortes. A prisão tornou-se, nesta nossa sociedade doente, de mídias e formas sem conteúdo, um ato deste grande teatro que se põe como se fosse bastante a apresentação dos criminosos e não a apuração dos crimes na forma da lei. Mata-se e esquece-se. Extinguiu-se a pena de morte física. Mas instituiu-se a pena de morte social.[47]

Não é demais destacar que os meios de comunicação trabalham com os sentidos mais primitivos das pessoas (visão, audição, tato), ocasionando, a partir das matérias apresentadas, sensações no indivíduo, seja de medo, de felicidade, de vingança, de esperança. Cria-se uma imagem que, por sua vez,

> substituirá esta realidade, e como isto será feito pela mídia (supõe-se, pelo viés adotado, que ele considera essa construção totalmente ilegítima), indiretamente ele está afirmando que existe um novo processo social em curso (de transformação do real em imagem), que é resultado da criação da mídia, à parte da sociedade.[48]

Em verdade, a mídia cria uma imagem própria sobre a realidade[49] e disto decorre a importância de o ser humano poder distinguir situações de representação e realidade.

> A cena criada e desenvolvida pelos meios de comunicação, no palco do espetáculo do crime, é transformada em notícia divulgada não como informação, mas como condenação definitiva. O suspeito ou indiciado é transformado em réu, as circunstâncias ainda não apuradas do crime são as provas cabais da materialidade, e a matéria jornalística é veiculada como decreto de morte moral do indivíduo submetido, ainda, às investigações.[50]

---

[47] STF – 1ª T. - HC 89429 – rel. Min. Cármem Lúcia – j. 22/08/2006 - DJ 02/02/2007 – RTJ 200/150 – RDDT n. 139, 2007, p. 240. E completou o Ministro Sepúlveda Pertence que a utilização do preso para o espetáculo – como troféu – "*é degradante e ofende princípios básicos da Constituição*". Frisou não estar em causa o direito dos veículos de comunicação em informar, mas a possibilidade de exibição dos acusados em situação humilhante.

[48] MAGALHÃES, Nara. **Significados de violência em abordagens da mensagem televisiva**. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/sociologias/article/view File/8870/5111>. Acesso em: 02 abr. 2010.

[49] KESSLER, Cláudia Samuel; KESSLER, Márcia Samuel, *op. cit*.

[50] VIEIRA, Ana Lúcia Menezes, *op. cit*., p. 192.

Acompanham-se de perto, e muitas vezes ao vivo[51], os casos concretos a partir de uma informação repassada pela mídia. É necessário, pois, refletir a respeito de como essa opinião pública pode influenciar no processo, pelo fato de que "a cultura da mídia, assim como os discursos políticos, ajuda a estabelecer uma hegemonia de determinados grupos e projetos políticos. Produz representações que tentam induzir anuência a certas ideologias."[52]

Ademais,

> as atividades de investigação do fato criminoso, encetadas pela polícia são as que mais interessam e alimentam a crônica policial. Pela maior proximidade do crime, o impacto da notícia de um acontecimento inesperado, grave, violento e intenso desperta a curiosidade pública e repercute socialmente.[53]

É importante salientar que não se cogita a proibição de veiculação de fatos criminosos pela imprensa, até porque se rechaça por completo a possibilidade de censura prévia, mesmo que estabelecida por lei. Também não se defende o afastamento da publicidade no processo penal com a finalidade de preservar o acusado, afinal, tem-se consciência da relevância desse aspecto no processo penal de cunho acusatório. Nos dizeres de Geraldo Prado

> A publicidade também se insinua como característica do sistema acusatório, na medida em que o segredo, é incompatível, como regra geral, exclusivamente com regimes autoritários e processos penais inquisitórios[54].

E como exposto em capítulo anterior, em um Estado Democrático de Direito, a manutenção da imprensa livre é um dos pressupostos básicos. Tampouco se afirma que a atuação dos meios de comunicação sempre afronta a presunção de inocência ou outros direitos fundamentais. Nesse ponto, concorda-se com o posicionamento de Mauricio Zanoide de Moraes quando afirma que "a violação advém apenas do abuso e do excesso no exercício dessa atividade profissional"[55].

---

[51] Novamente com a finalidade de exemplificar, cita-se a transmissão ao vivo da prisão do casal Alexandre Nardoni e Ana Carolina Jatobá.

[52] KELLNER, Douglas, *op. cit*., p. 81.

[53] VIEIRA, Ana Lúcia Menezes, *op. cit*. p. 191. Diversos são os casos a ser exemplificados que causam uma espécie de comoção social. CASO Isabella. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/caso-isabella/>. Acesso em: 10 mar. 2011; CASO Daniella Perez. Disponível em: <http://www.terra.com.br/ istoegente/148/ reportagens/capa_paixao_daniela_ perez.htm>. Acesso em: 10 mar. 2011; CASO Richthofen. Disponível em: <http://busca.globo.com/Busca/fantastico?query=Suzane%20Von% 20Richthofen>. Acesso em: 10 mar. 2011. CASO Carli Filho. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/editoria/policia/news/445565/?noticia=CASO+CARLI+FILHO+COMPLETA+UM+ANO+HOJE>. Acesso em: 10 mar. 2011.

[54] PRADO, Geraldo, op. cit. p. 158. Para Flávia Rahal, o princípio da publicidade vive atualmente em crise no processo penal, visto que apesar de representar uma conquista da humanidade, está sendo deturpado pelos meios de comunicação que o invocam contra argumentos que visem à proteção da intimidade do acusado. RAHAL, Flávia. Publicidade no processo penal: a mídia e o processo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 272-275, mar./abr. 2004.

[55] MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 510.

Entretanto, imprescindível que a atuação da imprensa seja pautada pelas demais disposições constitucionais, especialmente relativas às garantias do acusado no processo penal. Com precisão, afirma o autor anteriormente mencionado que:

> Como 'norma de tratamento', a presunção de inocência impõe a todos que atuem na persecução penal (juiz, promotor de justiça, delegado de Polícia, auxiliares da Justiça, agentes policiais em geral, defensor, testemunha, entre outros) que preservem todos aqueles direitos acima referidos [direitos à intimidade, à honra ou à vida privada do cidadão] e cujo titular é o imputado[56].

Isto porque, como dito, paralelamente à atuação da imprensa, deve-se proteger a honra e a imagem dos cidadãos, direitos inerentes ao homem, imprescindíveis para a convivência social[57]. Afinal, a honra alcança tanto o valor moral íntimo pessoal como a consideração dos demais por aquele[58]. Enquanto isso, o direito à imagem envolve duas vertentes: tanto o direito à reprodução gráfica da figura humana quanto o conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo meio social[59].

Inclusive devido à importância de preservação desses direitos, passou-se a discutir, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o uso de algemas como forma de humilhação pública, especialmente quando a prisão era filmada ou transmitida. Em voto sobre o tema,

---

[56] Idem. Destaca-se que o mencionado autor entende que a relação da mídia com a presunção de inocência deve ser analisada sob duplo panorama: a exposição (abusiva) do acusado – norma de tratamento –; e a influência sobre a persecução penal, especialmente as decisões judiciais – norma de juízo. Para exemplificar a observância da presunção de inocência como norma de tratamento, o mesmo autor cita a Portaria DGP 18/1998 da Delegacia Geral de Polícia do Estado de São Paulo, cujo artigo 11 dispõe: "*As autoridades policiais e demais servidores zelarão pela preservação dos direitos à imagem, ao nome, à privacidade e à intimidade das pessoas submetidas à investigação policial, detidas em razão da prática de infração penal ou à sua disposição na condição de vítimas, em especial enquanto se encontrarem no recinto de repartições policiais, a fim de que a elas e a seus familiares não sejam causados prejuízos irreparáveis, decorrentes da exposição de imagem ou de divulgação liminar de circunstância objeto de apuração*". O parágrafo único do mesmo artigo ainda dispõe que os acusados "*somente serão fotografados, fotografadas, entrevistadas ou terão suas imagens por qualquer meio registradas, se expressamente o consentirem mediante manifestação explícita de vontade, por escrito ou por termo devidamente assinado*". A íntegra da mencionada portaria pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <http://ericlavoura.files.wordpress.com/2009/09/portaria-dgp-18-de-25-de-novembro-de-1998.pdf>

[57] A importância da preservação é, inclusive, reconhecida pelo Direito Penal, visto que há tipificação de crime contra a honra no Código Penal e Código Eleitoral, sem olvidar da Lei de Imprensa, recentemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

[58] Envolve, portanto, tanto a honra objetiva quanto subjetiva.

[59] Sobre os aspectos do direito à honra e à imagem, vide CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do estado e da constituição; direito constitucional positivo. 15. ed. .Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 753.

a então relatora, Ministra Cármem Lúcia, mencionou a imprescindibilidade de evitar a constituição de um espetáculo quando da prisão[60].

Já o Ministro Carlos Ayres Britto, no seu voto, afirmou expressamente que o direito à informação está condicionado ao direito à honra e à imagem, previstos no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Porque, na visão do Ministro, "a filmagem é expressão, é um processo, um veículo de informação social, mas há de se respeitar esse inciso X do art. 5º da Constituição, versante sobre intimidade, vida privada, honra e imagem"[61].

A proteção de tais direitos e a consequente observância pela imprensa são imprescindíveis, já que expostos como criminosos, apontados e, às vezes, execrados pela mídia, passam a ser tratados como verdadeiros inimigos que, independentemente da classe social e da posição econômica que se encontram, perdem a condição de pessoa, não lhes sendo concedido um tratamento digno com observância de garantias processuais.

Frente a esse contexto, pode-se afirmar que em alguns casos a mídia é responsável pela estigmatização do acusado, que passa a ser considerado como inimigo ou "não cidadão". Afinal, são colhidos e propagados fatos que denigrem sua imagem, reproduzindo um sujeito que não merece sequer piedade da sociedade, ou julgamento de acordo com as diretrizes constitucionais.

> Este sujeto peligroso, etiquetado como enemigo se caracteriza por haber abandonado el Derecho en forma permanente, son los delincuentes que se desvían por principio, que no ofrecen garantía de un comportamiento personal. Y a fin de hacerles frente, se necesita establecer una confrontación clara entre los mismos y la sociedad, una guerra entre el Estado y el enemigo mediante su inocuización. Por lo que, no se trata en primera línea del castigo de una acusación reprochable de daño social, sino de la eliminación preventiva de la fuente de peligro que constituye el hombre así definido como peligroso.[62]

---

[60] STF – 1ª T. - HC 89429 – rel. Min. Cármem Lúcia – j. 22/08/2006 – DJ 02/02/2007 – RTJ 200/150 – RDDT n. 139, 2007, p. 240. Ainda aduz a Ministra que "*a prisão há de ser pública, mas não há de se constituir em espetáculo. Menos ainda, espetáculo difamante ou degradante para o preso, seja ele quem for. Menos, ainda, se haverá de admitir que a mostra de algemas, como símbolo público e emocional de humilhação de alguém, possa ser transformado em circo de horrores numa sociedade que quer sangue, porque cansada de se ver sangrar. Não é mais com mais violência que se cura a violência. Não é com mais degradação que se chegará à honorabilidade social*".

[61] O Ministro ainda afirma que o voto da Ministra Cármem Lúcia, ao determinar o uso das algemas com razoabilidade e apenas nas situações realmente imprescindíveis, "seria um basta a essa tentativa de marketing pessoal do agente público".

[62] VÍQUEZ, Karolina, *op. cit*. Maurício Zanoide de Moraes explica com precisão o feito da atuação da mídia e a violação da presunção de inocência quanto afirma: "*Há uma promíscua interação entre agentes de persecução penal e mídia, da qual somente o imputado perde em direitos e interesses. [...] Os 'especialistas' consultados e levados à mídia para comentarem aspectos jurídicos trabalham apenas com a versão da culpa, sempre a mais interessante. As imagens e as versões formam, progressivamente, 'convicções' que passam a ser debatidas nos meios sociais; a 'inocência' passa a não ser mais admissível e, mesmo se ocorrente em decisão final de órgão judicial colegiado, creditam-na ao já lugar comum da 'ineficiência legislativa', 'da demora do sistema', ou, ainda, das 'ilegalidades' perpetradas ou anuídas pelos agentes (públicos ou privados) da persecução penal*". MORAES, Maurício Zanoide de, *op. cit*. p. 514.

Guilherme de Souza Nucci já dispôs que "crimes que ganham destaque na mídia podem comover multidões e provocar, de certo modo, abalo à credibilidade da Justiça e do sistema penal". O mesmo autor enfatiza que é inaceitável que "publicações feitas pela imprensa sirvam de base exclusiva para a decretação da prisão preventiva". Entretanto, a seguir, afirma que tais publicações pela mídia podem causar abalo emocional na sociedade, motivo pelo qual é aceitável a decretação de prisão preventiva para garantia da ordem pública, "pois se aguarda uma providência do Judiciário como resposta a um delito grave."[63]

A questão ainda ganha maior relevância ao se constatar que inúmeras prisões processuais vêm sendo decretadas em decorrência do clamor público, especialmente decorrente da propagação continuada do crime praticado pela mídia. Nesse contexto é que vem à tona a influência da mídia sobre a persecução penal, especialmente sobre as decisões judiciais, e, no entender de Maurício Zanoide de Moraes, a atuação da presunção de inocência como 'norma de juízo'. Nesse sentido, "impede que os influxos provocados pelos meios de comunicação ingressem na ação como fatores incriminadores"[64].

O mesmo autor ressalta

> O juiz é passível de sofrer vários tipos de influência no instante de decidir, não sendo de se desconsiderar a força que os meios de comunicação produzem e projetam neste momento. Criam uma expectativa e alimentam uma ansiedade incompatíveis com a necessária calma e limitação fático-jurídica da causa que o magistrado deve ter e respeitar ao decidir. A dúvida deixa de ser em favor do imputado ('in dubio pro reo') e passa a ser decidida da maneira 'como se espera', como os 'especialistas' disseram que deveria ser[65].

Não por outra razão, e para que se faça cumprir a Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou que o clamor público; o estado de comoção social ou de indignação popular; e a gravidade do delito, por si só, não constituem justificativa, tampouco hipóteses legais, para a decretação de prisão processual, sob pena de aniquilar o postulado fundamental da liberdade[66]. Mesmo quando o Supremo Tribunal Federal aceitava o clamor público como base para a decretação de prisão preventiva, decidia

---

[63] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 591.

[64] MORAES, Maurício Zanoide de, *op. cit.*, p. 510.

[65] *Ibidem*, p. 515.

[66] A título de exemplo vide decisão proferida no HC 80379 – STF.

como inaceitável o "fundamento apenas a circunstância de os acusados pertencerem a uma determinada classe social, sem que exista qualquer outra indicação que consubstancie a necessidade desta constrição" (STF – 1ª T. - HC 71289 – rel. Min. Ilmar Galvão – j. 09/08/1994 – DJ 06/09/1996).

Mencionando-se as decisões do Supremo Tribunal Federal, vale a transcrição de ementa – mais recente – em que há menção expressa à mídia como responsável por gerar o clamor público: "Prisão preventiva: motivação substancialmente inidônea. Não serve a motivar a prisão preventiva 'que só se legitima como medida cautelar' nem o apelo fácil, mas inconsistente, ao clamor público 'mormente quando confundido com o estrépito da mídia', nem a alegação de maus antecedentes do acusado 'quando reduzidos a um processo penal no qual absolvido' nem, finalmente, que se furte ele 'já superada a situação de flagrância' à ordem ilegal de condução para ser autuado em flagrante, à qual se seguiu decreto de prisão preventiva, contra o qual, de imediato, se insurgiu em juízo: precedentes do Supremo Tribunal". (STF – 1a T. – HC 80472 – rel. Min. Ellen Gracie – rel. para acórdão Min. Sepúlveda Pertence – j. 20/03/2001 – DJ 22/06/2001)[67].

Nota-se, portanto, que a "mídia e sistema penal têm, portanto, objetivos muito diferentes, que se aproximam apenas no que se refere à disputa pelo poder que decorre da afirmação da 'verdade'".[68] O que torna esse panorama ainda pior é a constatação que cada vez mais "estamos nos batendo contra um inimigo oculto, que não sabemos exatamente quem é, e que ao final, pode ser identificado como nós mesmos".[69] Evidentemente que esse fenômeno significa um processo de interação entre cidadão e os meios de comunicação.

A sociedade não se conforma com a prática de determinados atos. Se revolta, deseja punição, exige justiça do Estado. Retorna o discurso da pena de morte, da prisão perpétua, da possibilidade de tratamento desumano com aqueles sujeitos considerados inimigos da sociedade, que fazem mal a seus pais, às crianças, a idosos ou a pessoas de boa índole. Resgata-se a divisão dos homens entre bons e ruins, e para estes, entende-se que não devem ser acobertados por qualquer garantia.

---

[67] Mesmo no entendimento da relatora, Ministra Ellen Gracie, que entendia possível a decretação da prisão preventiva em decorrência do clamor público, havia ressalva no sentido de não se poder confundir aquele com a repercussão do fato criminoso na mídia. Com o mesmo apontamento tem-se STF – HC 79781 – rel. Min. Sepulveda Pertence; e STF – HC 78425 – rel. Min. Néri da Silveira.

[68] ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Criminologia e teoria social: sistema penal e mídia e luta por poder simbólico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 56.

[69] BUSATO, Paulo César, *op. cit.*, p. 317.

Deseja-se acompanhar um crime desde a sua investigação até o trânsito em julgado da decisão, justamente para que se tenha a sensação de realização de justiça. E, assim, questões de suma importância relacionadas ao acusado não são ponderadas pela mídia e muito menos pelo espectador.

Em todo esse espetáculo de punição de figuras eleitas como "grandes vilãs", tem-se um retorno aos tempos passados, em que o público participa desse espetáculo de terror. O crime e o criminoso fascinam, com um noticiário delitivo, composto de "páginas vermelhas de sangue", diferenciando o homem bom do homem mal.[70] E o resultado no Tribunal do Júri, por exemplo, não costuma ser outro[71]: condenação e indignação pela não existência de um sistema criminal ainda mais robusto que possibilitasse a pena de morte ou a prisão perpétua.

A partir da proposta que os inimigos devem ser tratados de maneira diferenciada, a mídia propõe notícias de cunho negativo que são supervalorizados pelos agentes. A mídia, muitas vezes, tem sido responsável pela

> produção de um 'culpado'(s), exposto à execração pública, e/ou de uma demanda de interesse por uma história que se desenvolve em capítulos. Para a captação de matéria-prima para esse produto, costuma haver uma rede estabelecida, desde a fonte que não é o fato, mas a informação sobre o fato, fornecida pelos agentes públicos encarregados, as polícias, até as redações das organizações de comunicação social[72].

Dessa forma "lugares comuns e chavões passam a ser como base de interpretação de fenômenos complexos e heterogêneos, reforçando ainda mais os inúmeros estereótipos existentes".[73]

A título de exemplo sobre a diferenciação de tratamento concedido a alguns acusados, tem-se a exposição interessante de Antonio Magalhães Gomes Filho:

---

[70] VIEIRA, Ana Lúcia Menezes, *op. cit*., p. 17-18.

[71] Maurício Zanoide de Moraes afirma que a influência da mídia sobre os jurados costuma ser muito pior quando comparada aos juízes togados. Isto porque aqueles não fundamentam suas decisões, tampouco têm preparo técnico necessário para controle das pressões externas, o que dificulta o controle das partes sobre a racionalidade jurídica. MORAES, Maurício Zanoide de, *op. cit*., p. 515.

[72] ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da, *op. cit*., p. 53.

[73] BEATO, Cláudio. A Mídia define as prioridades da segurança pública. In: RAMOS, Silvia; PAIVA, Anabela (Coord.). **Mídia e Violência**: novas tendências na cobertura de criminalidade e segurança no Brasil. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007. p.34.

> Na atualidade, quando se pensa em reprimir formas mais sofisticadas ou perniciosas de delinquência, como em relação à criminalidade organizada, também se verifica essa tendência das legislações a lançar mão de providências extravagantes, tidas como as únicas capazes de pôr fim a tais atividades: inversões do ônus da prova, testemunha anônimas, utilização de agentes infiltradas nas organizações criminosas, interceptações telefônicas, violações de segredos, buscas domiciliares sem mandado judicial, prazos maiores para a prisão processual, impedimento de recursos em liberdade, etc., são as medidas que mais frequentemente são cogitadas.[74]

Ocorre que os postulados constitucionais que pautam o Direito Penal e Processual Penal, ademais de estruturarem a base civilizatória do Estado Democrático de Direito, são os únicos instrumentos hábeis a efetivar a justa prestação jurisdicional e permitir que o princípio da dignidade da pessoa humana[75] seja efetivamente respeitado.

Outrossim, não se pode atribuir ao princípio do devido processo legal, e tampouco às demais garantias constitucionais decorrentes, o fracasso estatal na busca da prevenção e repressão da criminalidade. Mais absurdo ainda é admitir que tais disposições propaguem o crime, ou que a Constituição Federal legitima a atividade repressiva pelo fato de ter acolhido, em seu texto, projetos de exacerbação criminal.

Ao contrário, foram (e são) justamente essas disposições constitucionais que definiram os limites da intervenção penal e da atuação repressiva por meio do Direito Penal e Processual Penal. Por esse insuperável motivo, esses ramos do Direito devem se submeter aos postulados previstos na Constituição Federal, sob pena de vulneração do Estado Democrático de Direito.

Como dito, a liberdade de imprensa é elementar aos Estados Democráticos, mas não pode pautar, com exclusividade, o processo legislativo ou judicial, correndo o risco de enfraquecimento desses poderes imprescindíveis. E, nesse ponto, reside a necessidade de diferenciar divulgação de notícia e intenção sensacionalista de estigmatizar o acusado ou ao menos denegrir sua imagem.

---

[74] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O crime organizado e as garantias processuais. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n.21, p. 08, set. 1994.

[75] Nunca é demais salientar que a dignidade da pessoa humana foi erigida como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição Federal), além de dever ser considerada como limite à atuação estatal.

Portanto, ao aceitar que os homens sejam separados entre bons e maus, e negar a estes um tratamento digno pelo ordenamento jurídico, aniquila todo o sistema, afinal, desprestigia o postulado da igualdade previsto constitucionalmente. E nessa visão equivocada de necessidade de tratamento – enfatizada cada vez mais pela mídia –, os princípios e garantias processuais previstos na Constituição Federal são considerados obstáculos à realização da justiça e à punição dos criminosos. E o derradeiro capítulo do presente trabalho visa justamente abordar sobre a influência da mídia no processo legislativo, apontando-se, aqui, inimigos a serem combatidos pelo Estado.

4 A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO PROCESSO LEGISLATIVO

Conforme exposto nos capítulos anteriores, paralelamente ao trabalho imprescindível da imprensa na divulgação das notícias, há a propagação do medo na sociedade e, muitas vezes, a exposição abusiva do acusado ou dos fatos criminosos e suas circunstâncias. Não raras vezes, a mídia execra a legislação criminal (material e processual) e expõe os órgãos do Poder Judiciário simplesmente por não concordar com as decisões que determinam a estrita observância das garantias constitucionais no acusado na condução da persecução penal.

Também como exposto, notória a influência da mídia sobre a população, que passa a pugnar por maior rigor na aplicação das leis já existentes, ou, em alguns casos, inclusive, pela criação de outras ou modificação daquelas. Não é a toa que a própria mídia já reconhece que as leis penais são pautas pelos crimes de grande repercussão nacional[76]. Em recente reportagem do Jornal Gazeta do Povo, cuja manchete foi justamente "Crimes pautam a lei"[77], demonstrou-se que algumas modificações legislativas ocorreram após comoção social causada especialmente pela exposição maciça do crime pela mídia.

---

[76] A tal fenômeno dá-se o nome de processo penal emergencial. A este respeito, vide: CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. Esse autor, ao tratar das legislações extravagantes em âmbito criminal, expõe sobre a tendência atual de flexibilização das garantias constitucionais. Com posicionamento similar, tem-se Antonio Scarance Fernandes ao afirmar que "*todas estas iniciativas legais ressentem-se de falhas graves, que causam perplexidade e dificultam sobremaneira o trabalho dos juízes e tribunais*", pois se aceita um sistema processual especial em que "*permite-se e é facilitada a prisão preventiva; impõem-se menores exigências no resguardo à intimidade para produção da prova*". FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 25.

[77] GAZETA DO POVO. **Crimes pautam a lei**. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1116971>.

Em verdade, a lei dos crimes hediondos é considerada o exemplo mais nítido desse cenário. A análise cronológica demonstra que os sequestros dos empresários Abílio Diniz e Roberto Medina (1990); o assassinato da atriz Daniela Perez (1992); e as cenas de tortura e assassinatos na Favela Naval, em Diadema-SP (1997), foram decisivos, primeiro, para a aprovação da lei em tempo curtíssimo, depois para a inclusão de outros tipos penais dentre os crimes considerados hediondos.

No tocante às modificações havidas na lei, cita-se o grande movimento social causado pela mídia, em especial a Rede Globo de Televisão – empresa na qual atuava a vítima, Daniela Perez, e na qual trabalhava sua mãe, Glória Perez. Colheram-se cerca de 1,3 milhão de assinaturas em todo o país[78], alegando-se que o crime teria sido evitado caso o homicídio qualificado estivesse incluído dentre o rol dos crimes hediondos. Devido à grande pressão e comoção social, aprovou-se a Lei nº 8930/94, considerada por alguns como "Lei Rede Globo"[79], que além de fazer a inclusão citada[80], deu novo e mais severo tratamento aos crimes do rol, inclusive com a obrigatoriedade de cumprimento de pena em regime fechado e a impossibilidade de pagamento de fiança.

A mesma lei ainda foi alvo de críticas para modificação em 1997, após a divulgação das imagens de Diadema (SP), para inclusão da tortura no rol de crimes, o que de fato ocorreu posteriormente.

Outro aspecto da lei dos crimes hediondos – a progressão de regime – foi alvo de comoção social quando da exposição do caso envolvendo Ademar Jesus da Silva, condenado por pedofilia e acusado de assassinato de seis meninos em Luziânia (DF), após ter sido beneficiado pela progressão de regime. Na época, além de recente decisão do Supremo Tribunal Federal que admitiu a progressão de regime, a repulsa social e a indignação acarretaram rediscussão do assunto no Congresso Nacional[81], oportunidade em que alguns congressistas inclusive defenderam o estabelecimento de prisão perpétua e pena de morte.

Em 2003 e 2007, em decorrência dos crimes envolvendo Liana Friendenbach e Felipe Caffé (Caso Champinha), e o menino João Hélio, respectivamente, a discussão sobre

---

[78] A este respeito, vide : CASO Daniella Perez. Disponível em: http://www.terra.com.br/istoegente/148/reportagens/capa_paixao_daniela_perez.htm. Acesso em: 16 out.2008

[79] Expressão comumente usada, mas retirada neste momento do artigo de VAZ, Paulo Junio Pereira. Lei dos crimes hediondos e suas recentes alterações. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 12, n. 1585, 3 nov. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10574/lei-dos-crimes-hediondos-e-suas-recentes-alteracoes>. Acesso em: 10 abr. 2011

[80] Neste momento, vale a transcrição de trecho de reportagem veiculada na Internet, na qual se reconhece que a aprovação da lei decorreu de movimentação social, sem dúvida causada pela atuação da mídia: "*Após a tragédia, que comoveu toda a população brasileira, assídua no acompanhamento de novelas globais, o homicídio qualificado passou a integrar o rol dos crimes hediondos*". VAZ, Paulo Junio Pereira, *op. cit*. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/10574/lei-dos-crimes-hediondos-e-suas-recentes-alteracoes>.

[81] As discussões culminaram na aprovação da Lei n. 11.464/2007.

a maioridade penal tomou fôlego[82]. A sociedade, instada pela mídia sob o fundamento da necessária redução da criminalidade praticada por menores de idade, pleiteou a modificação da legislação relativa à idade e ao tempo de permanência do infrator nas instituições[83]. Certo é que a imprensa passou a divulgar com mais afinco as infrações penais cometidas por crianças e adolescentes, induzindo, assim, que a solução seria a redução da maioridade penal. Pode-se dizer, sem sombra de dúvidas, que os menores infratores tornaram-se, por atuação da mídia, os inimigos a serem combatidos a qualquer preço, justificando-se, inclusive, maior encarceramento e rigor na aplicação da legislação.

Diante desse contexto, concorda-se com as conclusões do levantamento do Núcleo de Estudos, da Violência da Universidade de São Paulo (USP), de que as políticas para a segurança pública no Brasil são pensadas sempre em caráter de emergência.

O Direito Penal, que deveria ser considerado como *ultima ratio*[84], expande-se[85], enquanto o Direito Processual Penal, que deveria ser instrumento privilegiado na busca da preservação dos direitos individuais jusfundamentais e da liberdade dos cidadãos[86], é convertido em instrumento de manipulação política, próprio de estados autoritários.

---

[82] Alexandre de Andrade Resende, Fernanda Forastieri da Costa, Nathalia Dutra da Rocha Jucá e Mello e Thaysa de Aquino Ribeiro, em estudo sobre a progressão de regime nos crimes hediondos afirmam que "*muitas outras discussões têm surgido mediante pressão social, instigada pela mídia, como o clamor pela redução da maioridade penal frente aos casos do menino João Hélio, do casal de namorados Felipe Silva Caffé e Liana Friedenbach, dentre outros. Depois desses acontecimentos, os pais das vítimas promoveram campanhas e protestos para, além da solidariedade dos políticos e da justiça, tentar reduzir a maioridade penal de dezoito para dezesseis anos*". RESENDE, Alexandre de Andrade et al.. **Progressão de regime em crimes hediondos**. Juiz de Fora: Faculdades Integradas Vianna Junior, 2008. Disponível em: . <www.viannajr.edu.br/site/menu/publicacoes/publicacao_direito/pdf/edicao5>.

[83] Sobre o movimento social para modificação da lei,vide: <http://www.opantaneiro.com.br/noticias/policial/94828/destino-de-assassino-do-joao-helio-abre-discussao-sobre-maioridade-penal>. Em outra reportagem, tem-se fala do pai da vítima João Hélio em movimento contra a impunidade: "*A intenção deste encontro é a de mobilizar e sensibilizar a população e as autoridades quanto à violência e a impunidade presentes na nossa sociedade. O que precisamos são de leis eficazes que garantam que os condenados realmente cumpram suas penas*", disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL 14 175-5606,00-PAIS+DE+JOAO+HELIO+ORGANIZAM+MOVIMENTO+CONTRA+ IMPUNIDADE.html>.

[84] Segundo Renato de Mello Jorge Silveira "*o chamado princípio de intervenção mínima, também dito de ultima ratio, visa traçar norte e fronteira para a atuação desse Estado, preconizando que a criminalização só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bm jurídico. [...]. O Direito Penal, deve, pois, representar a ultima ratio legis, só entrando em ação quando o bem jurídico apresentar-se violentamente atacado ou agredido*." SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.(Ciência do Direito penal contemporânea, v. 3). p. 28-29.

[85] Segundo Jesús-María Silva Sánchez as causas da expansão do direito penal, além da aparição de 'novos interesses' merecedores de tutela penal, resumem-se à existência de novos riscos, a sensação social de insegurança, a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, a identificação da maioria com a vítima do delito, a desestruturação dos valores sociais, além do descrédito com outras formas ou instâncias de proteção, da nova gestão atípica da moral, da atitude de esquerda política (política criminal social – democrata), e do fenômeno da globalização. Vide: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (As Ciências Criminais no Século XXI, v. 11) p.27-29.

[86] De acordo com Luigi Ferrajoli "*la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una funciónde garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos*". FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 2006. p. 26

Em consequência do aumento legislativo em matéria penal, e frente à incompetência estatal para a apuração dos crimes, o legislador modifica os parâmetros constitucionais do processo penal lastreado num discurso que, em tese, justificaria tais medidas com o objetivo de prevenir a ocorrência de outros crimes. Tendendo a adotar, também lastreado num discurso que a morosidade do judiciário decorre do excesso de meios de defesa dos acusados, a flexibilização das próprias garantias constitucionais mais caras ao devido processo legal. Por isso, afirma-se que a expansão do Direito Penal traz, como consequência imediata, a modificação do próprio processo penal, refletindo diretamente na redução e, em alguns casos, até no afastamento das garantias processuais constitucionalmente previstas.

Surge, então, o Direito Processual do inimigo[87], caracterizado pela tutela antecipada de bens jurídicos, tipificação de crimes de perigo abstrato, inversão do ônus da prova, atenuação do postulado da presunção de inocência, além de um agravamento das penas cominadas[88], das hipóteses de cabimento de medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais e aumento do rigor repressivo[89]. Trata-se de um Direito Penal e Processual de emergência, que visa à apuração e julgamento de certos nichos de criminalidade, com o objetivo de satisfazer a ânsia repressiva oriunda da sociedade, que almeja por uma justiça célere, com restrição de garantias aos acusados e contrária à impunidade.

Nessa concepção, o réu transforma-se em um *res nullius*, pois "nega-se a si próprio como pessoa, aniquila a sua existência como cidadão, exclui-se de forma voluntária, e a título permanente, da sua comunidade e do sistema jurídico que a regula"[90].

---

[87] Diogo Rudge Malan, ao expor a ideia de Günther Jakobs, explica a distinção entre o "*Direito Penal do Cidadão (Bürgerstrafrecht), o qual otimiza as esferas de liberdade, e Direito Penal do Inimigo (Feindstrafrecht), que potencializa a proteção a bens jurídicos*.". MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 59. p. 224, mar./abr. 2006.

[88] Damásio de Jesus enfatiza que hoje existe "*a falsa crença de que somente se reduz a criminalidade com a definição de novos tipos penais, a supressão de garantia dos réus durante o processo, o agravamento das penas e a acentuação da austeridade de sua execução*." JESUS, Damásio de. Crimes hediondos, organizados e de especial gravidade. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, n, 33, p. 3, set. 1995.

[89] Canotilho expõe com clareza estas características. CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; . CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 236. No mesmo sentido, leciona Diogo Rudge Malan que "*os três elementos caracterizadores do Direito Penal do Inimigo são: (i) o adiantamento do âmbito de incidência da punibilidade (...); (ii)a acentuada desproporção das penas cominadas (...); (iii) o abrandamento ou até mesmo a supressão pura e simples de determinadas garantias processuais do réu*." MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v . 14, n. 59, p. 228, mar./abr. 2006.

[90] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**, *op. cit*. p. 236-237.

Cria-se, segundo as palavras do ex-Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos, a "legislação do pânico". Ao comentar os ataques ocorridos na cidade de São Paulo no ano de 2007, o jurista salientou a importância de que as modificações legislativas sejam feitas com calma, "com a harmonia e com a possibilidade de manter o sistema integro e em condição de operar", e que

> Num momento como esse, em que o país vive uma crise, em que São Paulo vive uma crise, que é de todos nós, é preciso ter muito cuidado para que não cedamos à tentação da legislação de pânico, que acaba por deformar e desarmonizar o sistema penal e processual brasileiro.[91]

O ex-Ministro da Justiça, em outra oportunidade, já havia afirmado categoricamente que

> não se pode fazer nada correndo. No Brasil, cada vez que ocorre uma violência que chama a atenção da sociedade, surge um pacote, um clamor por penas mais pesadas. Os pacotes, como se tem visto, não resolvem nada. As penas mais pesadas também são uma bobagem. São o que chamamos de "legislação do pânico". Não adianta criar pena de 100 anos. O que serve de vacina contra o crime é a certeza da punição.[92]

Também sobre as reformas processuais no Brasil, Maria Thereza Rocha de Assis Moura afirma:

> infelizmente, o principal vetor da reforma processual penal brasileira, voltado à garantia do acusado em processo acusatório, célere, sem formalismos inúteis e procrastinatórios, consentâneo com a Constituição, tem perdido terreno para o vetor político, voltado a outra tendência: a da restrição da liberdade e cada vez mais restritivo das garantias.[93]

O que se pode concluir é que não se tem dúvidas sobre o papel da mídia na formação da opinião da sociedade, especialmente no tocante à repressão penal, refletindo diretamente sobre o processo legislativo do país.

---

[91] Na reportagem de SANTANA, Érico intitulada: **Thomaz Bastos diz que país não pode ceder a "legislação do pânico**", publicada em 16 de maio de 2006. Disponível em: < http://agregario.com/thomaz-bastos-diz-que-pais-nao-pode-ceder-a-legislacao-do-panico>.

[92] Entrevista disponível em :< http://veja.abril.com.br/050303/p_046.html>.

[93] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Novas tendências na reforma processual penal brasileira. In: FRANCO, Alberto Silva, et al (Org.). **Justiça penal portuguesa e brasileira**: tendências de reforma. Colóquio em Homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,. realização da Faculdade de Direito de Coimbra. São Paulo: IBCCRIM, 2008. p. 133. Sobre a impossibilidade do uso do processo penal como forma de conter a criminalidade, concorda-se com o posicionamento de Afrânio da Silva Jardim exposto a seguir: "*O que não se pode admitir é que, em nome da ineficácia relativa do sistema processual penal, que decorre de circunstâncias estruturais alheias ao direito se procure transformar o processo penal em instrumento de combate aos altos índices de criminalidade, mascarando a verdadeira realidade dos fatos, postergando valores éticos e humanitários que já se encontram incorporados, de forma indelével, à nossa cultura,à nossa civilização*." JARDIM, Afrânio Silva. Em torno do 'devido processo legal'. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de. (Coord.) **Livro de estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. p. 104.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se discute que a criminalidade existe. Tampouco se discute que políticas de segurança pública voltadas à preservação da segurança do cidadão devem ser repensadas pelas autoridades competentes.

Ao mesmo tempo, não se pode olvidar que o Direito Penal, em um Estado Democrático de Direito, deve ser utilizado como *ultima ratio*. Políticas públicas emergenciais com o objetivo apenas repressivo ou supressor das garantias processuais – consideradas por muitos como *law and order* – não atingem a finalidade de prevenir o crime.

Entretanto, em contraposição a essa conclusão jurídica, tem-se visto a atuação da mídia que, ao divulgar e explorar exaustivamente crimes ocorridos, vem lastreando na sociedade a sensação de insegurança, pânico e insatisfação com o Poder Judiciário e com a legislação vigente. E como demonstrado, acaba criando novos inimigos, que, segundo a visão de grande parte da população, devem ser considerados como 'não cidadãos', indignos de tratamento jurídico igualitário com o restante da sociedade.

Não raras vezes, como anteriormente exposto neste estudo, surgem movimentos sociais que pugnam por maior rigor na aplicação das leis vigentes, ou até mesmo em sua modificação, sob o fundamento que apenas maior severidade pode ser capaz de reduzir os índices de criminalidade. Ao contrário do que às vezes se afirma, as garantias processuais não são privilégios dos criminosos e tampouco fomentam a impunidade[94], pois caracterizam dispositivos de segurança do cidadão contra o arbítrio e a força estatal.

Cria-se um clamor público, muitas vezes responsável por julgamentos paralelos ao Poder Judiciário, visto que a influência sobre juízes – sejam togados ou populares – é visível, especialmente quando de trata sobre a "necessária" decretação de prisão processual. Situação ainda pior ocorre quando estas prisões são transmitidas, comentadas "ao vivo", estampadas na primeira capa dos jornais impressos ou digitais, ou reprisadas pela mídia por diversos dias ou até semanas. A estigmatização do acusado é consequência lógica e inevitável destes atos.

---

[94] Nessa visão equivocada, os princípios e garantias processuais previstos na Constituição Federal são considerados obstáculos à realização da justiça e à punição dos criminosos. Ocorre que tais postulados, demais de estruturarem a base civilizatória do Estado Democrático de Direito, são os únicos instrumentos hábeis a efetivar a justa prestação jurisdicional e permitir que o princípio da dignidade da pessoa humana seja efetivamente respeitado. Antonio Magalhães Gomes Filho sustenta que as garantias "*não constituem favores concedidos aos criminosos, nem instrumentos destinados a promover a impunidade, mas expressam, na verdade, valores fundamentais de civilidade que devem informar a aplicação jurisdicional do direito. São, antes de tudo, garantias da própria jurisdição e seu fator de legitimação*." GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Garantismo à paulista: a propósito da videoconferência. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.12, n.147, p. 6, fev. 2005.

Neste ponto, concorda-se com as palavras da Ministra Carmem Lúcia, ao afirmar que:

> espetáculos não atendem aos fins da pena; não garantem a eficácia da punição devida aos que devem ser apenados; não asseguram o respeito aos órgãos e às instituições incumbidos de garantir a eficácia do sistema punitivo do Estado. [...] A Justiça não se alimenta de imagens, não se realiza em formas, não se aperfeiçoa como força. A sede de Justiça não se sacia pela vingança, nem mesmo a social. A impunidade não se resolve pelos abusos na aplicação da lei.

Por isso, faz-se necessário repensar a atuação da mídia. Proposta interessante surge da doutrina ao sugerir que "aos meios de comunicação caberia evitar a divulgação de imagens, fotografias ou expressões, notadamente enquanto não houvesse acusação formal em face de uma pessoa"[95]. A importância desta proposta decorre da não violação da presunção de inocência e proteção da intimidade do indivíduo ao mesmo tempo de não inviabilizar ou impedir que a imprensa noticie o fato.

De outro lado, sendo mantido o modelo atual – de vulnerabilidade da imagem e de sua estigmatização – deve-se repensar na responsabilização dos envolvidos na exposição abusiva do indivíduo ou do conteúdo das investigações ou ação penal. Porque não podemos, de maneira alguma, tornar o acusado apenas um objeto da investigação ou persecução penal, anulando-o como sujeito de direitos[96].

---

[95] MORAES, Maurício Zanoide de, *op. cit*. p. 511. No mesmo sentido vide VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *op. cit*., p. 175. Aquele autor ainda afirma que "*conforme se sabe da experiência de outros países melhor seria que: antes de existir acusação formal, as notícias omitissem o nome dos envolvidos na investigação ou suspeitos, ou ainda, se vedasse a exposição da imagem pejorativa de pessoas algemadas, carregadas e expostas de forma a representarem um troféu da autoridade pública que efetuou a prisão, ou , pior, para diminuí-las em sua auto-estima e respeitabilidade social*".

[96] O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:"O Direito Processual Penal moderno exige que o réu participe, seja ator, não se resumindo a mero espectador do processo. Resulta da maneira civilizada de aplicar a sanção penal.(...) O Código de Processo Penal precisa ser relido com os princípios modernos do Direito; urge repelir o processo como simples esquema formal" (STJ – Resp 36754 – 6ª T - Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro – j. 13/12/1994 – DJ 03/04/1995).

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Bointempo, 2004.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 243-263, jan./mar. 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

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

BEATO, Cláudio. A Mídia define as prioridades da segurança pública. In: RAMOS, Silvia; PAIVA, Anabela (Coord.). **Mídia e violência**: novas tendências na cobertura de criminalidade e segurança no Brasil. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Ferreira, BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACCELI, Eugênio (Coord.). **Direito penal contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva; Brasília: IDP, 2011.

BRASIL. Lei n. 8930, de 06 de setembro de 1994. Dá nova redação ao art. 1o da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5o, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 07 set. 1994.

BRASIL. Lei 11.464, de 28 de março de 2007. DÁ nova redação ao ART. 2° da Lei N° 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do Inciso XLIII DO ART. 5°da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 29 mar. 2007.

BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 66, p. 315-371, maio/jun. 2007.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. O papel do medo no e do direito penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 888, p. 440-459, out. 2009.

CAMPOS, Renato de. **A Teoria funcionalista**. Disponível em: <http://www.unaerp.br/ comunicacao/ professor/ renato/arquivos/funcionalismo_tc2.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: teoria do estado e da constituição, direito constitucional positivo. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CASO Carli Filho. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/editoria/policia/news/445565/?noticia=CASO+CARLI+FILHO+COMPLETA+UM+ANO+HOJE>. Acesso em: 10 mar. 2011.

CASO Daniella Perez. Disponível em: <http://www.terra.com.br/istoegente/148/reportagens/capa_paixao_daniela_perez.htm>. Acesso em: 16 out. 2008.

CASO Isabella. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/caso-isabella/>. Acesso em: 10 mar. 2011

CASO Richthofen. Disponível em: <http://busca.globo.com/Busca/fantastico?query=Suzane%20Von% 20Richthofen>. Acesso em: 10 mar. 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

DANTAS, G. F. L; PERSIJN, A.; SILVA JÚNIOR, A. P. **O medo do crime**. Disponível em: <http://www.observatorioseguranca.org/pdf/01%20(60).pdf>. Acesso em: 12 mar. 2011.

DELMANTO JR, Roberto. Do iluminismo ao direito penal do inimigo. In: MOREIRA, Rômulo. **Leituras complementares de processo penal**. Salvador: Podivum, 2008.p. 117-133.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 2006.

GAZETA DO POVO. **Crimes pautam a lei**. Curitiba, 17 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1116971>.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O crime organizado e as garantias processuais. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 2, n.21, p. 08, set. 1994.

_____. Garantismo à paulista: a propósito da videoconferência. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.12, n.147, p. 6, fev. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileiro em face do crime organizado. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, n. 20, out-dez 1997.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**; noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. Em torno do 'devido processo legal'. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de. (Coord.) **Livro de estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

JESUS, Damásio de. Crimes hediondos, organizados e de especial gravidade. **Boletim do IBCCRIM**, n, 33, p. 3, set. 1995.

KELLNER, Douglas. **A Cultura da mídia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. Bauru: EDUSC, 2001.

KESSLER, Cláudia Samuel; KESSLER, Márcia Samuel. **A diminuição da maioridade penal e a influência midiática na aprovação de leis**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/12949/12513>. Acesso em: 20 abr. 2011.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem delinquente**. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Icone, 2007.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Direito e política na emergência penal: uma análise crítica à flexibilização de direitos fundamentais no direito do Direito Penal do Inimigo. In: **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 9, n. 33, abr./jun. 2009.

MAGALHÃES, Nara. **Significados de violência em abordagens da mensagem televisiva**. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/sociologias/article/ view File/8870/5111>. Acesso em: 02 abr. 2010.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 59, p. 223-259, mar./abr. 2006

MARQUES, Bráulio. A Mídia como filtro do fato social. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Org.) **Ensaios em Homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003, p. 164.

MARTINS NETO, Braz. Ética e prerrogativas dos Advogados. **Revista do Advogado**, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), v. 27, n. 93, set. 2007.

MELLO, Silvia Leser. A Cidade, a violência e a mídia. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 189-195, jan./mar. 1998.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Novas tendências na reforma processual penal brasileira. In: FRANCO, Alberto Silva, et al. (Org.). Justiça Penal Portuguesa e Brasileira. Tendências de reforma. **Colóquio em Homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Realização da Faculdade de Direito de Coimbra. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 93-119, mar./abr. 2010.

_____. De novo: **"Direito Penal" do Inimigo?** Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A12.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2011.

NEUMANN, Ulfrid. Direito Penal do Inimigo. Tradução: Antonio Martins. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 69, p. 156-177, nov./dez. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. Combate á criminalidade e as prerrogativas profissionais. **Revista do Advogado**, v. 27, n. 93, set. 2007. Ética e Prerrogativas dos Advogados. São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRESOS de Guantánamo podem apelar, diz Suprema Corte dos EUA" Disponível em: <(http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,presos-de-guantanamo-podem-apelar-diz-suprema-corte-dos-eua,188453,0.htm) >.

RAHAL, Flávia. Publicidade no processo penal: a mídia e o processo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 47, mar./abr. 2004..

RESENDE, Alexandre de Andrade et al. **Progressão de regime nos crimes hediondos**. Juiz de Fora: Faculdades Integradas Vianna Junior, 2008. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/site/menu/publicacoes/publicacao_direito/pdf/edicao5/artHediondos.pdf> . Acesso em: 10 abr. 2011

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Criminologia e teoria social: sistema penal e mídia e luta por poder simbólico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídicos-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

SANTANA, Erico. **Thomaz Bastos diz que país não pode ceder a ''legislação do pânico''**; reportagem da Agência Nacional. Disponível em: <http://agregario.com/thomaz-bastos-diz-que-pais-nao-pode-ceder-a-legislacao-do-panico>.

São Paulo (estado) Portaria DGP 18, de 25 de novembro de 1998. Dispõe sobre medidas e cautelas a serem adotadas na elaboração de inquéritos policiais e para a garantia dos direitos da pessoa humana. **Diário Oficial [do] Estado de São Paulo**, São Paulo, 27 nov. 1998. Disponível em: <http://ericlavoura.files.wordpress.com/2009/09/portaria-dgp-18-de-25-de-novembro-de-1998.pdf>.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série as Ciências Criminais no Século XXI, v. 11).

SHERMAN, Mark. **Supreme Court rules Guantanamo detainees have constitutional right to challenge detention**. Disponível em: < (http://www.huffingtonpost.com/2008/06/12/supreme-court-rules-guant_n_106718.html) >.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Ciência do direito penal contemporâneo, v. 3).

THOMPSON, Augusto. **A questão** disponível em: <ttp://www.terra.com.br/istoegente/ http://www.terra.com.br/istoegente/ 48/reportagens/capa_paixao_daniela_perez.htm>

VAZ, Paulo Junio Pereira. **Lei dos crimes hediondos e suas recentes alterações**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10574/lei-dos-crimes-hediondos-e-suas-recentes-alteracoes>. Acesso em: 10 abr. 2011.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VÍQUEZ, Karolina. **Derecho penal del enemigo** ¿una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro? Disponível em: <http://www.unifr.ch/ddp1/derecho penal/obrasportales/op_20080612_61.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Jorge Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

As Categorias de Inimigos

Tipo: Inimigo

A CONSTRUÇÃO DO LOUCO COMO INIMIGO: ENTRE PERICULOSIDADE E VULNERABILIDADE

Noyelle Neumann das Neves*

RESUMO

O objetivo deste artigo é fornecer algumas pistas de reflexão quanto ao processo histórico e social de construção do louco como pessoa indesejada e inimigo da sociedade, bem como às respostas institucionais formuladas para lidar com esse "problema". Iniciando com uma exposição de alguns possíveis fundamentos desta construção (quais sejam a exclusão da loucura para uma unidade cultural e moral da maioria e o binômio periculosidade/vulnerabilidade como característica inerente aos loucos), passa-se à análise das políticas adotadas contra a loucura. Após um breve apanhado das respostas institucionais brasileiras, busca lançar algumas reflexões sobre a ameaça da loucura contemporânea.

Palavras-chave: loucura; periculosidade; saúde mental; políticas públicas; controle social.

RÉSUMÉ

Le présent article a comme objectif de fournir quelques pistes de réflexion pour comprendre le processus historique et social de construction du fou comme personne non désirée et ennemie de la société, ainsi que les réponses institutionnelles formulées pour y faire face. Un exposé des quelques possibles fondements d'une telle construction (l'exclusion de la folie pour l'unité morale et culturelle de la majorité et le binôme dangerosité/vulnérabilité comme une caractéristique inhérente aux fous) est suivi d'une analyse sur les politiques adoptées contre la folie. Après un bref aperçu des réponses institutionnelles brésiliennes, cet article présente quelques réflexions sur les menaces de la folie contemporaine.

Mots-clés: folie; dangerosité; santé mentale; politiques publiques; contrôle social.

---

* Noyelle Neumann das Neves é Doutoranda em Direito Público e Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Paris X; Especialista em Sociologia Política pela Universidade Federal do Paraná; advogada.

> "Via de regra, este tema é tratado como um problema médico, ou seja, como um problema de doença e tratamento, e de políticas de saúde mental. Eu diria que esse é um problema relativo à dependência e à indesejabilidade do adulto, isto é, um problema das relações político-econômicas e de poder entre seres produtivos e não produtivos, entre estigmatizadores e estigmatizados, intrínseco à sociedade moderna"[1].

Em toda sociedade há certas pessoas que são indesejadas e é possível identificar, em todo agrupamento social, a existência de um grupo de indivíduos, com uma característica particular, que fosse qualificado política, moral ou juridicamente como "inimigo". Sua identidade varia conforme a época e o lugar. Atualmente "os mais indesejados são os usuários de drogas, os pacientes mentais crônicos e os desamparados"[2]. No presente artigo, tratar-se-á especificamente da indesejabilidade do louco.

Diversos exemplos podem ser citados para comprovar a indesejabilidade desse grupo de pessoas. Um deles é o extremo ocorrido durante a Segunda Guerra Mundial. Em 1920, apareceu na Alemanha o panfleto intitulado *Da autorização de destruir as existências sem valor*[3], de autoria de Karl Binding, professor de direito, e Alfred Hoche, professor de psiquiatria. Essa obra justificava a eliminação dos doentes mentais, que seriam "falsos homens que causam repulsa em quase todos aqueles que os veem" e afirma que não há lugar na sociedade "para tais metades ou quartos de força"[4]. Em consequência de uma lei de 1933, sobre as pessoas portadoras de doenças congenitais, 400.000 pessoas foram esterilizadas pelo regime nazista entre 1934 e 1945 (outros países, como os Estados Unidos, a Suíça e os países escandinavos, também adotaram práticas de esterilização de doentes mentais). A primeira câmara de gás foi concebida por psiquiatras para esvaziar hospitais psiquiátricos[5]: o programa de eutanásia para purificar a raça alemã, a chamada em Aktion T4, começou outubro de 1939[6] e durou até o final de agosto de 1941, quando

---

1 SZASZ, Thomas. **Cruel compaixão**. Campinas: Papirus 1994, p. 29 (grifou-se).

2 Ibidem, p. 27.

3 BINDING, Karl; HOCHE, Alfred. **Die Freigabe der Vernichtung Lebensunwertem Lebens**. Leipzig, 1920.

4 SIMONNOT, Anne-Laure. **Hygiénisme et eugénisme au XXe siècle à travers de la psychiatrie française**: la rencontre du savoir médical et du pouvoir politique. Paris: Seli Arslan, 1999. p. 134.

5 SOUSA, Carmen Verônica Aguiar de. Deficiente: uma minoria desrespeitada. In: SÉGUIN Elida (Coord.), **Direitos das minorias**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 211.

6 No início, foi progressivamente, e mesmo com uma certa prudência, que a ideia de eutanásia se impôs, aproveitando-se do pedido da parte de pais de crianças com graves malformações. Foi durante o ano 1939 que o programa foi lançado, escondido sob o disfarce de uma "Comissão do Reich para o estudo científico de afetações hereditárias e constitutivas graves". Graças ao "progresso da ciência", a morte era constantemente administrada por injeção letal, porém o sinistro médico nazista Pfannmüller, diretor do centro de Eglfing-Haar, deixava seus pacientes morrerem de inanição, para dissimular uma morte "natural". Foi em setembro de 1939 que Hitler, através de um decreto, encarregou Karl Brandt e Philipp Bouhler, chefe da Chancelaria, da execução do programa de eutanásia de adultos. Tal operação foi denominada Operação T4 ou *Die Aktion*. Tal decreto não se aplicava somente aos doentes mentais, mas também aos doentes incuráveis.

Hitler ordenou a interrupção do programa. O número estimado de vítimas da operação T4 oficial é difícil a estabelecer precisamente e teria sido de entre 80.000 a 100.000 pessoas. No entanto, o fim oficial da operação não parou o processo: sob o código "14F13", a direção do programa autorizou Himmler a utilizar as instalações e os funcionários da operação T4 para exterminar os detentos dos campos de concentração. Nesse "tratamento especial", *sonderbehandlung*, que precede os campos da morte, será a metáfora médica que designará a exterminação: falava-se de transferência ao "hospital central" para designar as câmaras de gás[7].

Na França, entre 1940 e 1944, as "autoridades de Vichy"[8] determinaram restrições alimentares tão importantes que muitos pacientes dos manicômios franceses morreram de fome. Com efeito, sob o regime de ocupação alemã, cerca de 40.000 doentes mentais morreram de inanição nos hospitais psiquiátricos, o que foi chamado pelo psiquiatra Max Lafont de *extermination douce* (extermínio sutil). Sua pesquisa demonstrou que, contrariamente aos pacientes de outros hospitais, esses doentes recebiam do governo rações insuficientes para assegurar sua sobrevivência. "Na Alemanha tratou-se de um programa de extermínio elaborado, que durou bastante tempo, tendo começado por medidas de esterilização. [...] No que concerne à França, deve-se falar de desinteresse e esquecimento dos doentes mentais. [...] Fala-se constantemente de acidentes, sem dúvida lamentáveis, mas inevitáveis naquelas circunstâncias"[9]. De fato, não havia uma ordem explícita do governo de Vichy para liquidar os pacientes psiquiátricos, mas é possível deduzir uma vontade de extermínio pela passividade: o desaparecimento dos loucos não preocupava o corpo médico responsável nem as autoridades[10].

Um outro exemplo que pode ser ressaltado é o artigo 5-1, alínea "e", da *Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais*, de 1950 e que encontra-se plenamente em vigor até os dias de hoje. Tal texto dispõe que:

> Artigo 5 – Direito à liberdade e à segurança
> 1. Toda pessoa possui direito à liberdade e à segurança. Ninguém pode ser privado de sua liberdade, salvo nos casos a seguir e seguindo os trâmites legais:
> [omissis]
> e) se se tratar da detenção regular de uma pessoa suscetível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado, de um alcoólatra, de um toxicômano ou de um vagabundo.

---

7 LAFONT, Max, **L'extermination douce**: la cause des fous. 40.000 malades mentaux morts de faim dans les hôpitaux sous Vichy. Bordeaux : Les Bords de l'Eau, 2000, p. 95-101.

8 Forma de denominar o governo francês durante a ocupação alemã na II Guerra.

9 LAFONT, Max, *op. cit*., p. 46-47.

10 Ibidem, p. 8.

Encontram-se presentes nesse texto todas as figuras ameaçadoras para a sociedade, contra as quais os poderes públicos tentaram proteger desde que se engajaram na questão sanitária. O risco que pesa sobre a sociedade ainda figura nas entrelinhas do texto europeu: ele é sanitário em se tratando do doente e do contágio, mas é securitário quando concerne o alienado, o alcoólatra e o toxicômano; a inserção do vagabundo na lista revela, também, a lógica histórica que prevaleceu sobre os riscos de perturbações à segurança pública.

Desta forma, a questão que se põe é: por que particularmente esse grupo de pessoas foi, nas sociedades ocidentais, assimilado ao inimigo, ao Outro que deve ser combatido e excluído? O objetivo do presente artigo, sem a pretensão de ser exaustivo, é fornecer algumas pistas de reflexão para entender tal processo e as respostas institucionais formuladas.

1 FUNDAMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DA NOÇÃO

Dois elementos importantes podem ser identificados e serão aqui apresentados como possíveis bases da identificação histórica do louco ao Outro por excelência. O primeiro deles pode ser extraído da análise do filósofo Michel Foucault, que, em seus estudos[11], evocou que a exclusão da loucura é necessária para definir a integridade cultural das sociedades ocidentais, sendo, portanto, a base de sua relação.

O segundo elemento dessa relação entre a sociedade e o louco que não pode ser deixado de lado é a dicotomia periculosidade/vulnerabilidade, que associada à loucura acompanha sua exclusão ao longo do tempo. Com efeito, a exclusão dos loucos do seio das sociedades ocidentais se deu de forma diferente dos outros inimigos: ela foi acompanhada não só da exaltação da diferença e do risco, mas também de uma justificativa baseada na benevolência.

1.1 A exclusão da loucura como necessária à integridade cultural da maioria

Inicialmente, é preciso destacar que, apesar de hoje em dia a loucura ser entendida como uma doença mental, um estudo mais aprofundado pode comprovar que ela tem sido encarada por diversas sociedades de forma diferente, sofrendo alterações com o decorrer

[11] Foucault realizou um profundo estudo sobre o tema da loucura em sua tese de doutorado *Folie et déraison*, publicada sob o título *Histoire de la Folie à l'Âge Classique* (**História da loucura na idade clássica**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004). Nesta obra, o objetivo do autor não é o de fazer uma história do enclausuramento e do asilo, mas, sim, do discurso que constitui os loucos como objeto de saber, isto é, da relação entre razão e desrazão que autoriza a primeira a produzir um discurso sobre a segunda.

do tempo e com o advento de novas instituições. Fazer dela uma doença mental, um puro objeto médico, é reduzir consideravelmente seu lugar e sua importância na cultura ocidental.

Para compreendê-la como um fenômeno histórico-social, a evolução de seu conceito e das respectivas formas de lidar com ela, é preciso ter em mente que a concepção de loucura é determinada segundo os padrões ético-morais de cada sociedade e, principalmente, de acordo com sua base material de produção e reprodução da vida. Conforme Georg Rusche e Otto Kirchheimer[12], cada sistema de produção tende a criar formas punitivas correspondentes às suas relações, determinando o que deve ou não ser punido ou excluído.

Segundo a análise de Michel Foucault, a loucura é, originalmente, uma decisão cultural massiva: rejeitar os loucos ao outro lado da divisão é uma maneira de os homens se definirem como seres de razão. Tal gesto de separação – a exclusão do Outro para liberar-se de sua assombração e obter uma integridade cultural determinada – é, para ele, a raiz da relação da sociedade com a loucura. Desta forma, uma empreitada em busca do conhecimento da loucura não pode negligenciar esse gesto primeiro de exclusão.

Nomeando o louco como a personificação do mau, do feio, do ruim, do imoral, torna-se possível determinar os limites do que é aceitável e, consequentemente, criar uma unidade pela exclusão. Nas palavras do professor Yves Baille: "é possível dizer que o louco é aquele que é diferente, mais ou menos diferente, mas diferente, de mim. Eu, que vivo em um grupo, bem adaptado, no qual eu respeito as regras de vida e de pensamento; neste grupo, que reivindica a normalidade e que sabe manter a razão. Eu faço parte deste grupo, que me dá segurança, enquanto o outro, o louco, ao contrário, me incomoda e me dá medo"[13].

Para Leandro A. França[14], a condição de inimigo é fruto de conveniência política. A história ocidental registrou diversos grupos caracterizados como inimigos e a intensidade do combate que lhes foi proporcionado dependeu da necessidade de expiação do contexto em que estavam inseridos. A inimizade é uma construção tendencialmente estrutural do discurso do poder político-punitivo.

---

[12] RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan ICC, 2004, p. 20.

[13] BAILLE, Yves; LECA, Antoine. **La détérioration mentale**: droit, histoire, médecine et pharmacie. Actes du colloque interdisciplinaire d'Aix-en-Provence, 7-8 juin 2000, Aix-en-Provence: PUAM, 2002, p. 15.

[14] FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro, 2011.

Na Antiguidade, o louco era considerado como insensato, ou seja, aquele que não sabia controlar suas paixões, que não buscava a sabedoria e que recusava a lei divina. O insensato era aquele que se opunha ao sábio. Na Idade Média, sob o modo de produção feudal, a loucura era identificada a partir de padrões essencialmente religiosos, tratada de forma tolerante e complacente – em um primeiro momento – e caçada como heresia – em um segundo momento. O episódio da lepra na Idade Média constituiu, para Foucault, um condensado da história da loucura, por ter implementado fortes rituais de purificação e exclusão. O Renascimento fará uma experiência "cósmica" da loucura, o estado de errância no qual o louco é projetado relacionava-se com temas como a destruição dos mundos, monstros e o medo do caos por detrás das aparências, o que o filósofo denominou "consciência trágica" da loucura[15]. As *Meditações* de Descartes irão representar uma ruptura com a concepção renascentista: buscando razões para duvidar, querendo encontrar verdades absolutamente certas, ele rejeita a loucura (ao mesmo tempo em que penso e raciocino, não posso ser louco)[16]. A loucura passa a ser percebida como a ausência de razão, a pura negação, o escândalo do vazio escancarado. A Idade Clássica será, então, marcada pelo aprisionamento dos loucos em instituições (por exemplo, na França, nos chamados Hospitais Gerais ou, na Inglaterra, em instituições privadas de alojamento de loucos). Esse confinamento, junto com mendigos e outros excluídos, supõe uma nova experiência da loucura: louco não é mais um personagem místico, ele torna-se um problema social e político.

Com o advento das revoluções contra os absolutismos, as práticas de confinamento serão questionadas e associadas ao despotismo. A loucura torna-se moderna quando não testemunha mais da divisão entre a verdade e o erro, mas sim de uma separação entre a clara consciência e as trevas de uma natureza secreta: ela torna-se uma doença mental, uma alienação das faculdades psíquicas normais. Ela não será mais mística, mas sim um sinal da divisão entre o normal e o patológico humanos, o que a tornará paradoxalmente próxima (pois constituirá um fenômeno humano) e distante (pois transformar-se-á em um objeto exclusivamente médico). Somente a partir dessa nova concepção de loucura é que sua exclusão será exclusiva do novo espaço criado: o manicômio.

---

[15] Após um longo período de esquecimento, esta "consciência trágica" irá ressurgir, segundo o filósofo, em autores contemporâneos como Nietzsche e Artaud.

[16] A loucura é rejeitada por Descartes no mesmo período em que começa o confinamento dos loucos. Tal interpretação instaurou uma grande divergência entre Foucault e o filósofo Jacques Derrida. Para este último, Descartes rejeita a loucura justamente por considerá-la pouco perigosa. Para Foucault, um texto filosófico deve ser esclarecido pelas práticas históricas contemporâneas e não ser considerado em seu sentido abstrato; segundo ele, abordagem meditativa de Descartes legitimou as práticas e confinamento e a análise de Derrida deixa completamente de lado as modificações impostas por ela.

Constitui-se, então, um novo campo de especialistas, os psiquiatras, que afirmavam-na como uma doença de fundo orgânico, "invisível" aos olhos dos leigos, e a "cura" como o objetivo do tratamento. "A ruptura entre o normal e o patológico sobre a qual repousava uma tal operação deve ser lida nos dois sentidos: os 'loucos' eram completamente loucos e os 'normais' completamente normais"[17]. Uma avaliação fundada na competência técnica vai impor a certos grupos de marginais um estatuto que terá valor legal, embora seja constituído a partir de critérios técnico-científicos, e não de prescrições jurídicas inscritas em códigos. "Um processo de corrosão do Direito por um saber, a subversão progressiva do legalismo por atividades de perícia, constituem uma das grandes tendências que, desde o advento da sociedade burguesa, opera os processos de tomada de decisão que engajam o destino social dos homens"[18].

Com efeito, segundo a análise de Robert Castel, no período de pós-Revolução Francesa serão dados em conjunto, pela primeira vez, todos os elementos que irão constituir, até hoje, as bases da problemática moderna da loucura, de seu encargo social e de seu status antropológico. Tais elementos são quatro:

a) o *contexto político do advento do legalismo*, o contexto de ruptura com a antiga base de legitimação do poder e do arbítrio real, proporcionados pela Revolução Francesa. "A nova orientação, desde a queda do Antigo Regime, é fazer passar o máximo de práticas de reclusão da jurisdição real para a autoridade judiciária, tendência que prepara a tentativa de fazer garantir, pela interdição, todas as reclusões de alienados"[19];

b) o *surgimento de novos agentes*, ou seja, as instâncias encarregadas de preencher o vazio causado pela abolição da participação real no controle da loucura, que passam a ser a justiça, as administrações locais e a medicina[20];

c) a *atribuição do status de doente ao louco* aparece como sendo o terceiro elemento que passa a fazer parte da questão da loucura: "As modalidades do encargo da loucura não devem mais ser homogêneas às que continuam a controlar os criminosos, os vagabundos, os mendigos e outros 'marginais', o louco é reconhecido na sua diferença a partir das características do aparelho que vai tratá-lo daí por diante"[21];

---

[17] CASTEL, Robert. **A ordem psiquiátrica**: a idade de ouro do alienismo. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1991, p. 20.

[18] *Ibidem*, p. 19-20.

[19] *Ibidem*, p. 25.

[20] *Ibidem*, p. 9.

[21] Idem.

d) a *constituição de uma nova estrutura institucional*, ou seja, os manicômios, novos hospitais indicados exclusivamente para o tratamento dos loucos:

> No momento em que esta instituição [o hospital] está marcada pelo descrédito atribuído aos lugares de segregação, dos quais, a Administração Real e a Igreja tinham feito os instrumentos de sua política de neutralização dos seus indesejáveis e dos seus inimigos; no momento também em que um movimento geral de desinstitucionalização da assistência desordena o antigo complexo hospitalar juntamente com as bastilhas do absolutismo político. A imposição do "estabelecimento especial" (ou asilo) como "meio terapêutico" supõe, portanto, a reconquista, pela nova medicina, de uma face da velha organização hospitalar, carregada do ódio do povo e do desprezo dos espíritos mais esclarecidos[22].

Desta forma, o louco que surge como um problema na ruptura revolucionária vai ser dotado, no fim do processo, do *status* completo de alienado: "completamente medicalizado, isto é, integralmente definido como personagem social e tipo humano pelo aparelho que conquistou o monopólio de seu encargo legítimo"[23].

1.2 A dicotomia periculosidade/vulnerabilidade

Merece, ainda, destaque a característica que é particularmente atribuída a esse grupo e, que pode ajudar a compreender sua construção como inimigo: a perda da razão ocasionaria, além do *risco* de cometimento de atos perigosos para si próprio ou para terceiros, a *perda da autonomia* do louco. Da onde a justificação da necessidade de uma intervenção institucional.

1.2.1 O louco perigoso

Agressividade, violência e imprevisibilidade são atributos historicamente associados à loucura. A armadilha histórica que aprisionou os insensatos e posteriormente os impediu de participar da vida social e, portanto, de exercer sua cidadania, vincula-se ao *pressuposto da periculosidade* a eles aplicado[24]. A definição e as classificações de doença mental partem de pressupostos de irrecuperabilidade, incurabilidade e imprevisibilidade (historicamente anteriores à internação, à segregação e à institucionalização), jamais questionados nem explicitados pelo saber médico-psiquiátrico. "Por isso, mesmo quando separado de outras formas de periculosidade social, [o louco] deveria permanecer internado"[25].

---

[22] *Ibidem*, p. 10-1. (grifou-se)

[23] *Ibidem*, p. 11.

[24] BARROS, Denise Dias, "Cidadania *versus* periculosidade social: a desinstitucionalização como desconstrução do saber". In: AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (Org.), **Psiquiatria social e reforma psiquiátrica**. 3. reimpr., Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008, p. 171-195, p. 177.

[25] *Ibidem*, p. 177.

Em razão de sua periculosidade presumida, o louco é considerado como uma não pessoa. Partindo-se da noção de Günther Jakobs, "aquele que se conduz de modo cronicamente desviado, não oferecendo garantia de um comportamento pessoal expectado, não pode ser tratado como pessoa (cidadão), devendo ser combatido como não pessoa (inimigo)"[26].

O processo de construção social da noção de periculosidade, bem como da noção de criminoso nato, constitui o nascimento da criminologia como fato institucional, no final do século XIX. Traçar as origens da periculosidade é, portanto, descrever a história da criminologia. É possível identificar quatro fases históricas e analíticas[27] que, sob diversas formas, se repetem há dois séculos.

A primeira fase é anterior à emergência da criminologia como disciplina; neste momento, seus saberes difusos se desenvolviam no campo das investigações sociais, da higiene pública e da psiquiatria (que nessa época deixa o campo exclusivamente médico e começa a se inserir nos campos judiciário e social). Antes da introdução das circunstâncias atenuantes no sistema penal, a responsabilidade penal dos loucos representava um sério problema no momento da condenação[28]. Somente era possível condenar alguém se estivessem presentes as seguintes condições: a) quando não houvesse dúvida quanto à culpabilidade; b) a "demonstratividade" da prova, com o fim de importar a adesão de um espírito suscetível de verdade; c) a própria convicção, a prática real da verdade judiciária. Assim, uma pessoa a qual a demência ou a fúria levavam à execução de um ato criminoso, eram contempladas com a exclusão da responsabilidade penal. No entanto, certos crimes anormais[29], que não correspondiam a nenhuma "mecânica de interesses", não evidenciavam lógica alguma na concretização do ato, surpreendem pela ausência de sintomas de loucura e paralisaram o sistema penal[30]. Desmunidos, os magistrados recorreram aos alienistas para pedir seu parecer: o sistema penal foi obrigado a recorrer à psiquiatria. Quando os alienistas, solicitados pela justiça, avaliavam, qualificavam e categorizavam,

---

[26] FRANÇA, Leandro Ayres, *op. cit*., p. 17.

[27] Tais fases são analisadas pela professora Françoise Digneffe em seu artigo "*Généalogie du concept de dangerosité*". In: CHEVALLIER, Philippe; GREACEN, Tim (Dir.). **Folie et justice**: relire Foucault, Toulouse: Érès, 2009, p. 139-157.

[28] Conforme artigo de CHAVAUD, Frédéric, "Leçons sur la « souveraineté grotesque »: Michel Foucault et l'expertise psychiatrique". In: CHEVALLIER, Philippe; GREACEN, Tim (dir.), *op. cit*., p. 49-66.

[29] Analisados por Foucault em seu curso "Os Anormais", no Collège de France, em 1974-75. Como o crime de Pierre Rivière, que degolou sua mãe, sua irmã e seu irmão sem nenhuma razão aparente, ou de uma camponesa alsaciana que assassinou sua filha, cortou a perna do cadáver e cozinhou a coxa com repolho...

[30] Se é preciso postular pela racionalidade do ato, no século XIX é necessário, sobretudo, postular pela racionalidade do sujeito que se quer punir.

eles produziam uma verdade e traziam elementos de prova. Tais pareceres eram discursos de verdade, pois possuíam *status* científico. Os alienistas e médicos peritos contribuíam (e ainda contribuem) a uma *certeza penal*, uma *requalificação moral*, dando ao acusado sua parte de racionalidade. Tais distúrbios particulares serão objeto de inúmeras análises, sendo denominadas "monomanias homicidas"[31]. Os psiquiatras irão intervir nos debates jurídicos – pois defendiam que estas pessoas deveriam ser tratadas e não julgadas – e a monomania homicida foi origem de inúmeras controvérsias entre peritos, magistrados e jurados, ocasionando decisões em diversos sentidos.

A introdução das circunstâncias atenuantes no sistema penal, possui, para alguns, a função de suavizar a pena. Para outros, no entanto, o verdadeiro objetivo de tal introdução é *reforçar a eficacidade da justiça*, adaptando a pena não mais ao crime, mas à personalidade de seu autor. Outros, ainda, defendem que elas possuem a função de pôr fim às escandalosas absolvições da época e de fazer de sorte que, *diminuindo o grau de severidade da sanção penal, fosse possível punir o maior número de acusados* (os jurados hesitariam menos em reconhecer a culpabilidade de um réu se esta decisão não o levasse à morte). Se a culpabilidade não é certa, ao menos será possível condenar com moderação, adaptar o rigor da punição à personalidade moral do acusado. A perícia psiquiátrica permitirá à repressão penal de se modular segundo às circunstâncias e à personalidade dos culpados[32].

Ao mesmo tempo, a psiquiatria se desenvolve não só como medicina da alma, mas também como medicina social, participando do espírito higienista da época. Conforme afirma Foucault[33], os alienistas acreditavam lidar com um verdadeiro perigo social, seja porque a loucura aparecia relacionada a condições insalubres de vida causadas pela urbanização, ou porque ela era percebida como a fonte do perigo. Assim, a periculosidade tornou-se um problema social.

A segunda fase da construção da noção de periculosidade forma-se no final do século XIX, como base ao movimento de "defesa da sociedade", e consegue cumular no sujeito perigoso um saber científico (que o apresenta como condicionado em seus atos) e uma ficção jurídica (que o considera livre e responsável). Nos anos 1850, a monomania começa a perder crédito e seu uso é abandonado pelos tribunais. Uma nova disciplina, uma mistura de saberes médicos, biológicos, sociológicos e jurídicos, irá se dedicar ao

---

[31] Trata-se de delírios que se traduzem em atos graves, mas que aparecem em pessoas que habitualmente possuem relações normais com o ambiente em que vivem e discursos sensatos.

[32] CHAVAUD, Frédéric, *op. cit.*, p. 60.

[33] FOUCAULT, Michel. "L'évolution de la notion d'individu dangereux dans la psychiatrie légale du XIX^{e} siècle", **Dits et Écrits**, tome IV, Paris: Gallimard, 1994, p. 459.

estudo da questão criminal como objeto central. A obra de Cesare Lombroso, *O Homem Delinquente*[34], aparece em 1876 e obtém um sucesso internacional. Para ele e para os outros positivistas, o comportamento do homem é fundamentalmente determinado. Seguindo a teoria evolucionista, acreditavam que o criminoso nato seria como uma espécie de selvagem, inadmissível no seio da sociedade por representar uma espécie desaparecida há muito tempo, com o surgimento da lei e da moral. Por estar condicionado a agir desta forma, ele não poderia ser julgado penalmente responsável e os tribunais devem, com a ajuda de critérios científicos[35] trazidos pela criminologia, impor sanções adaptadas a cada sujeito. Essa nova política criminal parte do princípio da falência do sistema penal clássico, desamparado frente à massa de criminosos degenerados gerada pela urbanização. Seu objetivo é criar uma justiça penal moderna, eficaz, baseada em um conhecimento empírico dos fenômenos da criminalidade, e reflete plenamente as ideologias do progresso. A noção de periculosidade penetrou no direito positivo em diversos níveis: na teoria geral do Direito Penal, através da noção de tentativa e das formas de intervenção antes do cometimento do crime quanto aos vagabundos, toxicômanos, menores e anormais mentais; no campo do Processo Penal, através da multiplicação de perícias médico-psicológicas e sociais; e, no campo penitenciário, através da liberdade condicional[36].

O terceiro momento é o da desconstrução do conceito que, por volta dos anos 1960-80, busca demonstrar o caráter ideológico e político da noção de periculosidade, criticando o *status* científico do conceito e a capacidade dos profissionais de estabelecê-lo com justeza. Uma corrente importante da psicologia social desenvolveu uma teoria que demonstra que os positivistas não forneciam uma visão objetiva do sujeito. Ademais, como afirmou inúmeras vezes Michel Foucault, a noção de periculosidade sustentada por uma certa criminologia participa primeiramente às práticas disciplinares e às questões de gestão política. Além disso, existe uma impossibilidade científica de prever com precisão se um indivíduo é ou não um reincidente em potencial. A periculosidade funciona como um mito que faz emergir a insegurança, que o grupo social relaciona à violência manifesta e evidente de alguns seres humanos e vem suscitar uma representação dramática, que se tornará o parâmetro de compreensão. É por isso que, segundo Foucault, a sociedade, para se proteger do que lhe aparenta ser uma ameaça à sua integridade, codificou a suspeita e o monitoramento dos indivíduos perigosos.

---

[34] Titulo original: **L'uomo delinquente**.

[35] Praticamente todos os positivistas elaboraram estudos científicos comparados e desenvolveram tipologias de delinquentes para ajudar os juízes em sua tomada de decisão.

[36] DIGNEFFE, Françoise, *op. cit*., p. 146.

A quarta fase é o momento no qual vive-se atualmente. Apesar de todas as lutas, os debates científicos não mudaram e o uso da noção parece ter ainda um longo caminho pela frente. Desta forma, a equação louco = perigoso justificou, e ainda justifica, *em nome do risco que não se pode correr*, a exclusão e a punição desse grupo. A justificativa atual é proteger a sociedade de um indivíduo potencialmente perigoso, devendo este – pelo fato de, em consequência da sua "doença", representar uma ameaça aos demais – ser privado de suas liberdades individuais em benefício do interesse geral. Assim, *quando uma doença puder levar a pessoa atingida a realizar atos perigosos, justifica-se não somente colocá-la fora de perigo, mas também obrigá-la a receber o tratamento médico adequado*[37]. Ressalte-se que, neste caso, o indivíduo, mesmo não representando uma ameaça de fundo sanitário, deve ser submetido a *tratamento*, ou seja, uma medida de saúde, em prol da coletividade.

1.2.2 O louco vulnerável

> "Prejudicar pessoas a pretexto de ajudá-las é um dos passatempos favoritos da humanidade"[38].

No entanto, o fundamento das medidas institucionais adotadas contra os loucos não é somente proteger a coletividade de um indivíduo potencialmente perigoso, como analisado anteriormente, mas também o constante argumento da benevolência. De fato, a loucura associa-se à ideia de incapacidade, de dependência, de pedinte e de mendicância; o louco é aquele que a sociedade considera digno de pena, o inútil e inválido, que necessita da ajuda dos outros, não tendo identidade própria[39]. Assim – seja sob o argumento da *caridade* das Santas Casas, na Idade Média, da *filantropia* das instituições da Idade Clássica, da *fraternidade* dos manicômios da Idade Moderna, ou da *solidariedade* dos hospitais psiquiátricos contemporâneos – a justificativa permanece constante: é do próprio interesse do louco ser confinado em instituições. Não se pode esquecer que a justificativa das operações de eutanásia da Alemanha nazista era pôr fim a uma vida "indigna de ser vivida", era a "morte por graça".

---

[37] AUBY, Jean-Marie. "L'obligation à la santé", in: **Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux**, série juridique, n. 1, 1955. Bordeaux: Imprimerie Bière, 1955, p. 7.

[38] SZASZ, Thomas, *op. cit.,* p. 21.

[39] CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência, 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 96.

O psiquiatra Thomas Szasz[40] coloca a seguinte questão: como é que as pessoas justificam a dominação coercitivo-paternalista de um adulto pelo outro? Na Antiguidade, coagir esse alguém teria sido considerado uma intromissão nada nobre, inadequada para o tipo de relacionamento entre seres livres. Os filósofos gregos e romanos duvidavam da compaixão, sendo a razão, por si só, o guia certo da conduta. A deusa romana da Justiça é uma mulher de olhos vendados: sua virtude é a indiferença, não a compaixão. "Os estoicos viam a compaixão e a inveja nos mesmos termos: pois o homem que se condói do infortúnio de outro também se aflige com a prosperidade do outro"[41].

A resposta que Szasz apresenta para a questão é simples: pode-se justificar tal dominação apelando para o axioma moral-religioso, segundo o qual somos os protetores dos nossos irmãos. "Nosso mundo é um mundo cristão e é à cristandade que devemos as bases morais de algumas das mais importantes instituições. Mas existe uma face obscura no monoteísmo cristão – bem como no judaísmo e no islamismo: se existe um Deus e se Ele é um ser perfeito e, como tal, perfeitamente benevolente, *então é correto coagir aqueles que rejeitam a Sua vontade, para o próprio bem deles*"[42].

Independentemente dos nomes ou diagnósticos atribuídos aos dependentes adultos, a maior parte dos esforços pós-Iluministas para remediar tal condição tem se baseado no interesse do próprio benfeitor, travestido de filantropia. "Pelo simples fato de um homem dedicar-se a esforços conscientes para tornar outras pessoas mais felizes e melhores do que são, esse homem afirma conhecer melhor do que eles quais são os elementos necessários que constituem a felicidade e a bondade. Em outras palavras, ele se arvora em seu guia e superior"[43].

A pessoa que está fisicamente doente pode receber cuidados sem a necessidade de ser submetida a um controle social coercitivo, mas o "doente mental" não pode ser tratado dessa forma, uma vez que ele rejeita o papel de paciente[44]. Porém, a vulnerabilidade do louco, resultante da sua ausência presumida de autonomia, leva o Estado a assumir obrigações adicionais e a instaurar um controle coercitivo-paternalista, opondo o racional ao infantilizado cuja palavra e vontade são consideradas como insignificantes. De fato, a relação médico-paciente que se instaura é paternalista, fundada no princípio da benevolência para com aquele que está em estado de fraqueza, por sua doença ou ignorância. O doente é como uma criança, que o médico suporta, protege e desencarrega da responsabilidade

---

[40] SZASZ, Thomas, *op. cit*., p. 13.
[41] ARENDT, Hannah *apud* SZASZ, Thomas, *op. cit*., p. 23.
[42] SZASZ, Thomas, *op. cit*., p. 23. (grifou-se)
[43] STEPHEN, J.F *apud* SZASZ, Thomas, *op. cit*., p 16.
[44] SZASZ, Thomas, *op. cit*., p. 165.

da decisão; o doente, de seu lado, confia no médico como uma criança em seus pais[45]. Nessa relação, a ação do médico deve ser orientada no sentido de uma moral do Bem, uma obrigação moral de caridade para com aquele que sofre, que não é fundada na vontade deste, mas em algo exterior: a obrigação moral de se substituir ao paciente para poder fazer o bem a ele. Assim, a busca de um consentimento do doente pode até mesmo parecer contrária ao princípio da benevolência, podendo se configurar como um mal, uma recusa ao compromisso moral e uma fuga à responsabilidade. A noção de vulnerabilidade evolui de forma a proteger o vulnerável não somente de um terceiro, mas de protegê-lo de si mesmo[46].

Trata-se aqui de uma obrigação de tratamento, praticado contra a vontade do paciente, de *um atentado à sua liberdade individual para seu próprio bem*, para protegê-lo contra si mesmo. Em razão da crise mental que sofre, é preciso protegê-lo contra atitudes imprudentes que possa cometer contra sua integridade física.

> As sociedades modernas são superprotetoras. Elas buscam trazer felicidade ao indivíduo, sob sua demanda. Porém, existe o risco de que venham a exceder tal demanda, fazendo o indivíduo feliz, em primeiro lugar, sem seu pedido e, em seguida, apesar dele. Os sistemas de prevenção coletiva são certamente um poderoso meio de desenvolver liberdades concretas. Mas, possuem seu lado negativo: ninguém é livre para escapar à Seguridade Social[47].

A promessa de curar pessoas doentes contra sua vontade – especialmente pessoas cuja enfermidade não é compreendida, ou que podem, de fato, nem estarem doentes – está coberta de perigos, que todos parecem determinados a negar. "A despeito das horrendas mutilações feitas pelos psiquiatras da Alemanha nazista e da União Soviética, continuamos a venerar o psiquiatra coercivo-compassivo. Na verdade, não existe um interesse popular, ou mesmo um apoio profissional, para uma psiquiatria despida de poder político. Ao contrário, *aprimorar o outro pela coerção, em nome da saúde mental, tornou-se um traço característico de nossa era*"[48].

---

[45] RAMEIX, Suzanne. "Du paternalisme des soignants à l'autonomie des patients?", in: LOUZOUN, Claude; SALAS, Denis (dir.). **Justice et psychiatrie**: normes, responsabilité, étique. Paris: Érès, p. 65-75, 1998, p. 65.

[46] ROMAN, Diane. "À corps défendant: la protection de l'individu contre lui-même". In: **Recueil Dalloz**, 2007, p. 1288.

[47] DENQUIN, Jean-Marie. "Sur les conflits de libertés". In: **Services public et libertés**: mélanges offerts au professeur Robert-Édouard Charlier. Paris: Éd. Émile-Paul, 1981, p. 554.

[48] SZASZ, Thomas, *op. cit.,* p. 25.

2 GENEALOGIA DA RESPOSTA INSTITUCIONAL

Após ter apresentado alguns fundamentos que podem ajudar a compreensão da construção do louco como personagem ameaçador e indesejado, passa-se a um breve apanhado das respostas institucionais brasileiras. O objetivo é fornecer algumas bases históricas para compreender o contexto desse país quanto às políticas adotadas contra a loucura.

Por fim, levando em conta os fundamentos apresentados ao longo do trabalho, buscar-se-á lançar algumas indícios de reflexão sobre o contexto atual das medidas de neutralização dos loucos, especialmente no âmbito penal.

2.1 Breve gênese das políticas institucionais brasileiras

No Brasil, a loucura é registrada desde os primeiros séculos de colonização[49], mas só vem a ser objeto de intervenção específica por parte do Estado a partir da chegada da Família Real, no início do século XIX. O primeiro manicômio brasileiro foi inaugurado quando o país já era uma nação independente, durante o II Reinado, sob o nome de *Hospício Pedro II*, e tinha como sede o prédio em que atualmente situa-se a Universidade Federal do Rio de Janeiro, no bairro da Urca, naquela capital[50]. Com efeito, o imperador brasileiro tinha interesse em manter o jovem país alinhado às tendências europeias e buscou durante todo seu reinado a modernização bem como a projeção do país na cena internacional[51]. Neste contexto, o novo manicômio deveria representar o progresso da ciência aliado aos princípios humanistas da caridade, simbolizando a modernização. Esta instituição foi a primeira do gênero na América Latina e tinha a capacidade para trezentos e cinquenta internos, tendo sido inspirada no modelo asilar francês. Importante ressaltar que a proposta de reabilitação não era, ainda, uma assistência médica psiquiátrica propriamente

---

[49] A existência de doentes mentais no Brasil desde o primeiro século de colonização pode ser comprovada através de registros feitos pela Visitação que o Santo Ofício de Lisboa enviou para o Brasil no final do século XVI. Segundo o historiador Ronaldo Vainfas, a Inquisição tratava a loucura como possível atenuante de heresias, definindo-a como "enfermidade do miolo", frenesi, doença de aluados ou lunáticos. Neste ponto, não se afastava muito do que popularmente se dizia dos loucos, nem do que diziam os médicos da época, que praticamente desconheciam as doenças mentais (VAINFAS, Ronaldo. Heréticos e lunáticos. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, São Paulo, ano 1, n. 2, p.25, ago. 2005).

[50] ENGEL, Magali Gouveia. "Um palácio para guardar doidos". **Revista de História da Biblioteca Nacional**. São Paulo, ano 1, n. 2, p. 33-35, ago. 2005, p. 33.

[51] "Para esses jovens países que acabavam de conquistar suas independências, era importante ficar em contato com sua antiga metrópole quanto à evolução dos modos de vida e da modernização em geral" (BOURDELAIS Patrice. Les logiques du développement de l'hygiène publique. In: BOURDELAIS Patrice (Dir.). **Les hygiénistes**: enjeux, modèles et pratiques. Paris : Belin, 2001. p. 24).

dita. Esta instituição era vinculada à Santa Casa de Misericórdia e "estaria embasada ainda pelo viés religioso através de rituais que supostamente aliviariam o sofrimento psíquico dos alienados"[52].

Na segunda metade do século XIX, começou a ser estabelecida no Brasil uma nova corrente da medicina, chamada *alienismo*, desenvolvida por médicos da Europa[53]. Esta corrente propunha encarar a loucura como uma doença e, não mais, como um problema de espírito. A separação e a classificação dos doentes passa a ser elemento essencial para a cura, através do chamado "confinamento terapêutico". Protegia-se, assim, a sociedade e o doente, pois a loucura tinha, segundo a medicina da época, um temível potencial de contágio[54]. A ambição do isolamento, a partir do século XIX e das descobertas de Philippe Pinel, não é somente proteger a sociedade dos alienados, mas, também, criar um ambiente favorável à sua cura.

Da criação do manicômio de Pedro II até a proclamação da República, os médicos não pouparam críticas ao hospício, excluídos que estavam de sua direção e inconformados com a ausência de um projeto assistencial científico. Reivindicavam o poder institucional que se encontra nas mãos da Provedoria da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, assim como da Igreja, com a ativa participação da Irmandade São Vicente, pertencentes aos setores mais conservadores do clero[55].

As preocupações com a saúde coletiva brasileira, especificamente a partir da década de 1880, atingem o auge das preocupações em duas áreas da saúde pública: a área das *epidemias* – febre amarela, tifo, varíola, entre outras – e a da *loucura*[56]. A medicina sanitária do final do século XIX, baseada no higienismo das cidades, também era convergente com a prática da psiquiatria, que tinha o objetivo de moralização dos indivíduos. "Como se iniciava um processo de urbanização, existia uma forte preocupação do Estado com a necessidade de se ter um maior controle da população"[57]. Nesta época, os

---

[52] ROSATO, Cássia. "Violência, saúde mental e direitos humanos". **Revista Direitos Humanos**. Recife, ano 4, n. 8, p. 44-52, dez. 2004, p. 46.

[53] A consolidação e a legitimação da psiquiatria no período do final da monarquia e início do regime republicano no Brasil foram retratadas pelo escritor realista Machado de Assis, em seu conto intitulado O *Alienista*, publicado entre o final de 1881 e início de 1882. O conto relata a história de um médico, o doutor Simão Bacamarte, que, ao retornar após uma estadia na Europa, constrói o primeiro manicômio da pequena cidade de Itaguaí e passa a internar todas as pessoas que possuem qualquer tipo de desvio de conduta.

[54] CUNHA, Maria Clementina Pereira. Hospício a céu aberto. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, São Paulo v.1, n. 2, p.29, ago. 2005.

[55] AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho. Asilos, alienados e alienistas: pequena história da psiquiatria no Brasil. In: AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (Org.). **Psiquiatria social e reforma psiquiátrica**. 3. reimpr. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008. p. 75.

[56] LUZ, Madel Therezinha. *op. cit.,* p. 89-90.

[57] ROSATO, Cássia. *op. cit.,* p. 47.

loucos e também os aleijados, doentes, mendigos, negros, infestavam as ruas das cidades, tornando-as sombrias e inseguras. Além disso, havia o nascente proletariado "amontoado em cortiços, casas de cômodos e malocas, armazenando em si, pronto para disseminar os germes da doença e da morte e, no entanto, necessário para movimentar as alavancas da indústria"[58]. Neste contexto, existe algo em comum entre as epidemias e a loucura, o que pode explicar porque passam a ser um problema de saúde pública: ambas são "doenças" interclasses, ou seja, afetam e destroem contingentes de camadas sociais diversas.

Com a proclamação da República, muitas reivindicações dos psiquiatras foram atendidas. Uma das primeiras medidas do novo regime foi separar o Hospício da Santa Casa (por meio do Decreto n. 142, de 11 de janeiro de 1890), passando a ser chamado *Hospício Nacional de Alienados*, e criar a *Assistência Médico-Legal aos Alienados* (pelo Decreto n. 206, de 15 de fevereiro de 1890), primeira instituição pública de saúde estabelecida pela República. Eram os primeiros passos para a ampliação e a especialização do espaço asilar[59]. No âmbito da assistência, são criadas as duas primeiras colônias de alienados, que são também as primeiras da América Latina[60]. Criadas como tentativa de resolver o problema da superlotação no hospício, foram denominadas Colônia de São Bento e do Conde de Mesquita. Ambas se situavam na Ilha do Galeão, atual Ilha do Governador, no Rio de Janeiro, e se destinavam ao tratamento de alienados indigentes do sexo masculino.

No início do século XX, os hospícios se proliferaram por todo o país e o alienismo viu sua abrangência fortalecida no Brasil. As famílias entregavam seus doentes mentais com um misto de vergonha e alívio e, a mudança de atitude é rápida e impressionante após o aparecimento do "asilamento científico" no país. No ano de 1923, Gustavo Riedel fundou a Liga Brasileira de Higiene Mental, cristalizando o movimento higienista em saúde mental. A carta dos princípios da Liga constitui um programa de intervenção no espaço social, com características marcadamente eugenistas, xenofóbicas, antiliberais e racistas. "Através da Liga Brasileira de Higiene Mental, a psiquiatria coloca-se definitivamente em defesa do Estado, levando-o a uma ação rigorosa de controle social e reivindicando, para ela mesma, um maior poder de intervenção"[61]. Com o movimento da eugenia, o asilo passa a contar com uma nova ideologia que o fortalece: a psiquiatria passa a pretender a constituição de coletividades sadias e deve operar a reprodução ideal do conjunto social

---

[58] LUZ, Madel Therezinha. *op. cit.,* p. 91.

[59] ENGEL, Magali Gouveia. *op. cit.,* p. 34.

[60] Longe do centro urbano, são locais onde os pacientes ficariam encarregados de trabalhos agrícolas e artesanais. "O trabalho, valor decisivo na formação social burguesa, passa a merecer uma função nuclear na terapêutica asilar" (AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho, *op. cit.,* p. 75).

[61] AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho. *op. cit.,* p. 78.

que se aproxima de uma concepção modelar da natureza humana; um espaço eugênico, asséptico, de normalidade.

Este modelo de tratamento baseado na segregação e no isolamento de pessoas foi reforçado com a chegada de Getúlio Vargas ao poder. O Decreto n. 24.559 de 1934 fortificava a necessidade de afastamento de pessoas que pudessem perturbar a ordem social, tendo em vista a periculosidade e a incapacidade civil deste grupo. Ainda, o Presidente teria classificado "a questão da saúde mental como caso de polícia e ordem pública"[62].

Os manicômios prolongaram, ao longo do século XX, a vocação experimental para a aplicação de métodos como o eletrochoque (criado como terapia em 1928), a lobotomia (intervenção cirúrgica no cérebro, método criado pelo português Egas Moniz, em 1936, que lhe rendeu o prêmio Nobel de Medicina, em 1945) e os neurolépticos (remédios desenvolvidos a partir da década de 1950). "Além dos castigos, das algemas, dos banhos e massagens, vieram tratamentos ainda mais ferozes: retirar certas partes do cérebro, produzir convulsões com eletrochoques, deixar sem alimento, remover cirurgicamente dentes, amídalas, úteros, etc."[63].

A psiquiatria torna-se mais poderosa e o asilamento mais frequente. Em meados da década de 1940, o *Hospício Nacional de Alienados* é transferido da Praia Vermelha para o Engenho de Dentro, onde conta com novas instalações, ampliação de vagas e modernos centros cirúrgicos para as promissoras lobotomias[64].

As internações psiquiátricas brasileiras chegaram ao seu auge na época da ditadura militar, a partir da década de 1960. Neste momento histórico, houve uma séria mudança na política de saúde de forma geral, por meio do Ministério da Previdência e Assistência Social: com o objetivo de maior racionalidade e expansão da cobertura de atendimento à população, houve a privatização dos serviços públicos de saúde, através do financiamento e da contratação de estabelecimentos privados para prestar estes serviços[65]. Ocorreu, portanto, um aumento desenfreado de instituições psiquiátricas, corroborado pela falta de planejamento e acompanhamento adequados por parte do Estado – parte contratante destes serviços. Neste aspecto reside o início da "indústria da loucura", tendo em vista que a lógica privada funciona de acordo com princípios diversos da lógica estatal. Em razão deste grande crescimento das instituições psiquiátricas e da ausência de controle eficaz, os critérios para as internações foram sendo distorcidos e, muitas vezes, foram realizados

---

[62] ROSATO, Cássia. *op. cit.,* p. 47.

[63] MENNINGER, Karl *apud* SZASZ, Thomas, *op. cit.,* p. 304.

[64] AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho. *op. cit.,* p. 78.

[65] ROSATO, Cássia. *op. cit.,* p. 47.

internamentos de pessoas que não se encontravam em crise, somente para o repasse de verbas, ou por motivos políticos, como ocorria com os presos da ditadura.

No final da década de 1970 e início dos anos 1980, com o fim da ditadura militar, surge no Brasil um movimento influenciado pelas novas tendências psiquiátricas europeias, que contestavam o paradigma psiquiátrico hegemônico das *instituições totais*[66], locais nos quais os internos são separados da sociedade levando uma vida fechada e formalmente administrada. Esse movimento foi influenciado por pensadores europeus como Michel Foucault, Robert Castel, Franco Basaglia, Thomas Szaz e o canadense Erving Goffman, integrantes de uma nova corrente, chamada "antipsiquiatria", que surgiu no período pós-guerras[67]. O Movimento Nacional da Luta Antimanicomial (MNLA) surgiu como uma manifestação dos trabalhadores na área da saúde mental, na defesa dos direitos fundamentais e pela inclusão dos doentes mentais[68]. O projeto deste Movimento assume um caráter marcado pela crítica ao saber psiquiátrico e as diferentes forças envolvidas no movimento de reforma buscavam a construção de um novo modelo assistencial, enfatizando, sobretudo, os serviços extra-hospitalares. A partir de 1989, os membros do Movimento assumiram a coordenação da política de saúde mental de vários municípios. Tal fato implicou na formulação e na mobilização pela aprovação do projeto de lei n. 3.657/89 (que futuramente daria origem à lei federal n. 10.216/2001), de autoria do deputado federal Paulo Delgado, que prescrevia a extinção progressiva dos hospitais psiquiátricos. Desde então, diversos Estados formularam projetos de orientação semelhantes, como, por exemplo, o Estado do Paraná, que, em 1995, teve aprovada a Lei n. 11.189/95, que "dispõe sobre condições para internações em hospitais psiquiátricos e estabelecimentos similares de cidadãos com transtorno mental".

---

[66] Conforme expressão de Erving Goffman. Sobre essa questão, ver seu estudo **Manicômios, prisões e conventos**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

[67] Após as duas Grandes Guerras, ou seja, na constituição e amadurecimento das democracias norte-americana e europeias, os Estados Modernos passaram a se responsabilizar oficialmente pelos chamados problemas sociais. Os desdobramentos que se seguiram à reestruturação dos países europeus e redefinição das políticas sociais nos Estados Unidos representam fontes importantes de propostas de mudanças nas formas do ordenamento social. A Europa se encontrava imersa em um ambiente marcado por duas guerras, no qual um debate intenso de redefinição da política, da economia e uma reorganização institucional e ética se impunham. Seria nesse clima que a situação dos hospitais psiquiátricos provocaria a comoção da sociedade, tendo sido muitas vezes comparados aos campos de concentração. O processo americano parece mais diretamente ligado à necessidade de redefinição do papel do Estado na regulação capital-trabalho. Tal discussão é aflorada com a crise de 1929, mas vai ganhar força em termos de mudança da assistência da população na década de 1960, durante o governo Kennedy.

[68] FERNANDES, Daniel Augusto. **A cura da loucura ou a loucura da cura**: psicanálise e o movimento antimanicomial. Disponível em: <www.geocities.com/daftm/loucura.html> Acesso em: 04 mar. 2005, p. 1.

Então, em 06 de abril de 2001, foi aprovada a Lei 10.216, que determina um tratamento mais humanitário para os doentes mentais, com a extinção progressiva dos manicômios e a sua substituição pela assistência aberta e, institui parâmetros que regulam a internação compulsória das pessoas portadoras de transtornos psíquicos. Este texto legislativo redireciona a política de saúde mental no Brasil, através do encaminhamento da população para serviços extra-hospitalares ou comunitários, a proibição de internação em instituições asilares, dentre outras medidas e direitos.

No entanto, apesar de tal avanço no âmbito legislativo, a situação da saúde mental no Brasil está longe de ser ideal. Optou-se por não entrar aqui na discussão sobre a reforma psiquiátrica implantada pela referida lei e os entraves à sua concretização, por tratar-se de tema que, por si só, poderia constituir um novo artigo. Reserva-se à presente contribuição, portanto, algumas breves reflexões sobre as justificativas atuais das medidas adotadas contra as ameaças da loucura, especialmente no âmbito penal.

2.2 Respostas às ameaças da loucura contemporânea

É possível constatar que, ainda nos dias atuais, o binômio periculosidade/vulnerabilidade continua a justificar as medidas adotadas contra a loucura, ou doença mental. E o Direito que, ditado pelas classes dominantes, reproduz a lógica do sistema no qual está inserido, confere, a partir da definição dada pela psiquiatria, uma forma jurídica a essa verdade, legitimando as reações contra esse inimigo.

Com efeito, após o colapso do totalitarismo[69], diversas estruturas de base que até então eram aceitas pelas sociedades ocidentais, tornaram-se intoleráveis: com a abolição dos campos de concentração, todos os locais de aprisionamento, bem como sua própria problemática, foram associados às práticas totalitárias. No entanto, três décadas depois, tais dispositivos deixaram de ser intoleráveis e sua necessidade começa a ser novamente evocada.

Segundo Foucault, um dispositivo tem se constituído pouco a pouco e vem redobrar, e até mesmo exceder, o dispositivo legal clássico – que visava *sancionar uma infração*, devidamente definida pela lei – e o dispositivo de correção – que se instituiu ao longo do século XIX, visando a *reforma e/ou o tratamento de um indivíduo*, definido em suas características psicológicas e sociais: trata-se do dispositivo de segurança[70]. Não significa que

[69] Segundo Michel Foucault, após a queda do nazismo, foi possível perceber que ele não era um fenômeno aberrante, mas que, se ele pôde prolongar seus efeitos tão profundamente no corpo social, era porque ele pôde utilizar uma série de estruturas de poder preestabelecidas no interior deste campo: estruturas de micropoder que se encontram nas relações escolares, sexuais, na separação entre o normal e o anormal, etc.

[70] Michel Foucault faz a diferença destes três tipos de dispositivos em seu curso "Segurança, Território, População", no *Collège* de France, em 1977-78.

os primeiros tenham desaparecido ou parado de funcionar, mas sim que foram integrados e subordinados ao último. Esse dispositivo de segurança estabelece a urgência não da sanção de uma infração ou a reforma de um sujeito, mas da *prevenção de um risco*, a gestão e a responsabilidade da periculosidade, e possui como valor central e absoluto a segurança das pessoas e a prevenção de ameaças e reiteração das agressões. Tais dispositivos de segurança se inserem em um movimento geral de implementação de estruturas de prevenção de riscos, no domínio da saúde, do meio ambiente e das tecnologias. No que concerne o âmbito penal[71], as políticas se organizam sobre um dispositivo de gestão de populações de risco, organiza e classifica essas populações e a amplitude das medidas adotadas, bem como seus custos, em função das taxas de risco estabelecidas estatisticamente[72].

Uma característica destes dispositivos de segurança em matéria penal é que a legitimação de sua implantação é feita por meio de certos casos concretos, ou seja, fundamentando-se em dramas que suscitam emoções é possível, na ilusão de urgência e de necessidade, ultrapassar certos princípios fundamentais e liberdades públicas[73]. Tais dispositivos não são implementados em nome da defesa da sociedade, mas sim do *dever de precaução para com as vítimas*, e essa proteção absolutizada institui uma forma de "estado de sítio permanente". É certo que, quando o sofrimento das vítimas torna-se um princípio de governo, que sua legitimidade é apresentada como absoluta e serve de suporte a uma fragilização do Estado de Direito, tais dispositivos de segurança se aproximam da ameaça do totalitarismo.

Quanto à loucura, a publicidade feita aos monstros julgados pelos tribunais e a colocação dos crimes monstruosos no centro das atenções possui um papel importante: uma vez esquecidos ou legados a um passado longínquo, eles irão permitir que os pequenos monstros ou o grupo de anormais ocupem o espaço disponível. A atenção dada aos monstros, que constitui o ponto de nascimento da perícia psiquiátrica contemporânea, permite a expansão do interesse desse domínio a todos os acusados[74].

---

[71] Uma tal transformação está intimamente ligada às transformações do papel do Estado: após o desmantelamento do Estado de Bem-Estar Social, uma estratégia neoliberal institui um Estado penal, preventivo e descomprometido (através de políticas de privatização da segurança), que se dedica prioritariamente à prevenção e à neutralização, e não à reinserção.

[72] DORON, Claude-Olivier. "Une volonté infinie de sécurité: vers une rupture générale dans les politiques pénales?", in: CHEVALLIER, Philippe; GREACEN, Tim (Dir.). **Folie et justice**: relire Foucault, Toulouse: Érès, 2009, p. 184.

[73] Nos últimos 30 anos, diversos países, como os Estados Unidos, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, França, entre outros, passaram por esta transformação de ajustamento das políticas penais quanto ao tratamento da periculosidade, à prevenção da reincidência, e todos foram relacionados com casos de violência sexual.

[74] CHAVAUD, Frédéric, *op. cit.,* p. 56.

Contudo, como afirmado anteriormente, a atenção está menos voltada ao sujeito perigoso enquanto indivíduo reintegrável, mas sim à busca de políticas de uma gestão atuarial dos riscos. Com a diminuição da confiança no diagnóstico clínico dentro da justiça penal e nos tratamentos que buscam a ressocialização, o vazio é preenchido por novos dispositivos de categorização dos indivíduos. Se, antigamente, o critério era o comportamento perigoso como atributo do indivíduo, hoje ele foi substituído pelo risco de violência, conceito estatístico que não indica mais um atributo do indivíduo. O objetivo deste modelo é guiar a tomada de decisão da justiça criminal; o princípio de base consiste em dizer que a maioria dos crimes são cometidos por uma minoria de criminosos e, que a neutralização destes terá um impacto considerável na diminuição das taxas de criminalidade.

As medidas de neutralização da loucura continuam, por outro lado, a serem justificadas pela vulnerabilidade do doente mental, através de sua interdição civil enquanto totalmente ou relativamente incapaz, e dos internamentos compulsórios, ainda que este não tenha cometido qualquer ato considerado irregular.

Vulnerável, imprevisível, potencialmente perigoso e incapacitado para o trabalho, seria possível incluir o louco em uma sociedade capitalista, na qual a inclusão se opera pela possibilidade de acesso aos bens materiais e pela autonomia para a produção de riquezas? Quanto ao momento atual, não se estaria vivendo apenas uma humanização da proteção da ordem pública, de passagem do “punir” ao “vigiar” a loucura?

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho. Asilos, alienados e alienistas: pequena história da psiquiatria no Brasil. In: AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (Org.). **Psiquiatria social e reforma psiquiátrica**. 3. reimpr. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008. p. 73-81.

AUBY, Jean-Marie. L'obligation à la santé. **Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux**. Série Juridique, n. 1, p. 1-1, 1955.

BAILLE, Yves; LECA, Antoine. **La détérioration mentale**: droit, histoire, médecine et pharmacie. Actes du colloque interdisciplinaire d'Aix-en-Provence, 7-8 juin 2000, Aix-en-Provence: PUAM, 2002.

BARROS, Denise Dias. Cidadania *versus* periculosidade social: a desinstitucionalização como desconstrução do saber. In: AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho (Org.). **Psiquiatria social e reforma psiquiátrica**. 3. reimpr. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2008. p. 171-195.

BINDING, Karl; HOCHE, Alfred .**Die Freigabe der Vernichtung Lebensunwertem Lebens**. Leipzig, 1920.

BOURDELAIS, Patrice. Les logiques du développement de l'hygiène publique. in: BOURDELAIS, Patrice (Dir.). **Les hygiénistes**: enjeux, modèles et pratiques, Paris: Belin, 2001. p. 5-26.

CASTEL, Robert. **A ordem psiquiátrica**: a idade de ouro do alienismo. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1991.

CHAVAUD, Frédéric. Leçons sur la « souveraineté grotesque: Michel Foucault et l'expertise psychiatrique. In: CHEVALLIER, Philippe; GREACEN, Tim (Dir.). **Folie et justice**: relire Foucault. Toulouse: Érès, 2009. p. 49-66.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CUNHA, Maria Clementina Pereira. Hospício a céu aberto. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 27-32, ago. 2005.

DENQUIN, Jean-Marie. Sur les conflits de libertés. In: **Services public et libertés**: mélanges offerts au professeur Robert-Édouard Charlier. Paris: Éd. Émile-Paul, 1981. p. 545-561.

DIGNEFFE, Françoise. Généalogie du concept de dangerosité In: CHEVALLIER, Philippe; GREACEN, Tim (Dir.). **Folie et justice**: relire Foucault. Toulouse: Érès, 2009. p.139-157.

DORON, Claude-Olivier. Une volonté infinie de sécurité: vers une rupture générale dans les politiques pénales?. In: CHEVALLIER, Philippe; GREACEN, Tim (Dir.). **Folie et justice**: relire Foucault. Toulouse: Érès, 2009. p. 179-201.

ENGEL, Magali Gouveia. Um palácio para guardar doidos. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 33-35, ago. 2005.

FERNANDES, Daniel Augusto. **A cura da loucura ou a Loucura da cura**: psicanálise e o movimento antimanicomial. Disponível em: www.geocities.com/daftm/loucura.html>. Acesso em: 04 mar. 2005.

FOUCAULT Michel. **Les Anormaux**. Paris: Gallimard, 1999.

_____. L'évolution de la notion d'individu dangereux dans la psychiatrie légale du XIXe siècle. In: _____. **Dits et Écrits. Paris**: Gallimard, 1994. v. 4, p. 459.

_____. **História da loucura na idade clássica**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GOFMANN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LAFONT, Max. **L'extermination douce**: la cause des fous ; 40.000 malades mentaux morts de faim dans les hôpitaux sous Vichy. Bordeaux : Les Bords de l'Eau, 2000.

RAMEIX, Suzanne. Du paternalisme des soignants à l'autonomie des patients?. In: LOUZOUN, Claude; SALAS, Denis (Dir.). **Justice et psychiatrie**: normes, responsabilité, étique. Paris: Érès, 1998. p. 65-75.

ROMAN, Diane. À corps défendant: la protection de l'individu contre lui-même. In: **Recueil Dalloz**, Paris, p. 1284-1291, 2007.

ROSATO, Cássia. Violência, saúde mental e direitos humanos. **Revista Direitos Humanos**, Recife, 4, n. 8, p. 44-52, dez. 2004.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004.

SIMONNOT, Anne-Laure. **Hygiénisme et eugénisme au XXe siècle à travers de la psychiatrie française**: la rencontre du savoir médical et du pouvoir politique. Paris: Seli Arslan, 1999.

SOUSA, Carmen Verônica Aguiar de. Deficiente: uma minoria desrespeitada. In: SÉGUIN Elida (Coord.). **Direitos das minorias**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 209-224.

SZASZ, Thomas. **Cruel compaixão**. Campinas: Papirus 1994.

VAINFAS, Ronaldo. Heréticos e lunáticos. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 24-26, ago. 2005.

O PRESO COMO INIMIGO - A DESTRUIÇÃO DO OUTRO PELA SUPRESSÃO DA EXISTÊNCIA COMUNICATIVA

Paulo César Busato*

RESUMO

O artigo analisa os porquês de o condenado vir sendo tratado como inimigo e como isto traduz um Direito penal de autor. Comenta-se o suporte teórico desde posturas funcionalistas sistêmicas a um perfil discriminatório do sistema penal. Mostra-se como este perfil tem estreita relação com um modelo sociológico e até mesmo jurídico, dual, que induz ao maniqueísmo. Em seguida, apresenta conclusões sobre as consequências de tal identificação, mostrando como a compressão do espaço é a consequência da aplicação do sistema punitivo, visando sempre a supressão da inter-relação. A superação do modelo dual pela incorporação de sujeito e objeto, através do holismo próprio da filosofia da linguagem, pode conduzir a uma política criminal capaz de oferecer uma melhor perspectiva de análise crítica do sistema criminal, minimizando os efeitos deletérios naturais derivados da intervenção do sistema criminal.

Palavras-chave: Dualismo; Inimigo; Condenado; Direito penal; Filosofia da linguagem.

ABSTRACT

The article analyzes the reasons for the prisioner being treated as an enemy and how this signifies a criminal law based in an offender. It comments the theoretical support from a systemic functional theory to a discriminatory profile of the criminal justice system. It shows how the profile is closely related to a sociological model or even legal, dual, which leads to Manichaeism. It then presents the consequences of such identification, showing how the compression of space is the result of applying punitive system, always aiming at the abolition of the interrelationship. The overcoming of the dual model by incorporating subject and object, through the philosophy of language's holism, may lead to a criminal policy able to offer a better perspective of critical analysis of the criminal system, minimizing the deleterious effects provided by the criminal intervention system.

Keywords: Dualism. Enemy. Prisioner. Criminal law. Philosophy of language.

* Paulo César Busato é doutor em Direito penal pela Universidad Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha, Mestre em Ciência Jurídica pela Univali-Universidade do Vale do Itajaí, Especialista em Direito penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra, Professor de Direito penal e Criminologia da Universidade Estadual de Ponta Grossa e da UNIFAE e Promotor de Justiça do Estado do Paraná.

INTRODUÇÃO

Estudos históricos e sociológicos recentes[1] apontam que a humanidade tem permanentemente mantido um grupo de pessoas à margem da participação social. Aos membros deste grupo é destinada uma identificação com uma espécie de culpa atávica pelo sofrimento próprio, que conduz à qualificação de inimigo.

A figura do inimigo está sempre associada ao outro, ao que não sou eu, àquele que, por razões diversas, se pretende ver excluído do plano de vida, como fórmula de aplacar os temores que se tem.

O que se pretende destacar no presente estudo é o fato de que o medo tem crescido exponencialmente na modernidade reflexiva[2], sendo que, para aplacá-lo, cada vez mais vem sendo convidado o Direito penal, cuja resposta é direcionada à rotulagem do condenado como inimigo, determinando-se a compressão máxima do seu espaço, como fórmula de exclusão.

Pretende-se concluir que é a própria dinâmica dual de antonomasia na identificação do inimigo o que produz e reproduz o medo, sem que se resolva a questão, razão pela qual, a superação da dualidade através da inclusão do outro, pela via da interação holística proposta pela filosofia da linguagem, deve também estar inserta no modelo político-criminal, como fórmula de ajuste do sistema punitivo, para a produção de melhores resultados sociológicos.

1 O OUTRO COMO INIMIGO: UM PANORAMA SOCIAL.

As atividades cotidianas da sociedade, cada vez mais, se veem associadas a um padrão elevado de riscos que fogem ao controle daquele que se arrisca[3]. Não há dúvida nenhuma de que no período medieval, por exemplo, uma pessoa estava muito mais exposta a doenças, a violência e toda a sorte de percalços que levavam a uma vida de sobressaltos e dificuldades. Em resumo, havia mais perigo, entendido como problema

---

[1] Nesse sentido, veja-se extenso panorama traçado em FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, (no prelo).

[2] O termo é de Ulrich Beck e aparece em toda a obra BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo**. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

[3] Sobre a tendência da perda de controle sobre as fontes de risco na sociedade pós-moderna, vide BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo**… *op. cit*., p. 33: "Muchos de los nuevos riesgos (contaminaciones nucleares o químicas, sustâncias nocivas en los alimentos, enfermedades civilizatorias) se sustraen por completo a la percepción humana inmediata".

derivado de situações que não englobam como regra, uma decisão humana[4]. Por outro lado, a comodidade de nossos dias em utilizar energia elétrica, em movermo-nos em automóveis e utilizarmos telefones celulares, implicam em riscos de funcionamento das usinas nucleares ou termoelétricas, nas enormes cifras de acidentes de trânsito e do depósito altamente contaminante das baterias dos telefones. Em resumo, estamos expostos mais permanentemente a riscos, que são problemas derivados de decisões humanas. A verdade é que nossa média de sobrevida é muito superior à do homem medieval, mas também é verdade que temos muito menos percepção das fontes de risco[5].

A distância para com as fontes de risco gera uma falsa sensação de insegurança[6], que faz com que o homem comum migre em busca de uma segurança que deve, no mundo institucionalizado em relações político-jurídicas, ser fornecida pelo Estado. As pessoas, insufladas por uma insegurança social permanente, pedem pela intervenção do Estado, para que tal insegurança seja aplacada.

O Estado goza de um vasto instrumental político de intervenção social. Entre os vários mecanismos de que dispõe, o mais interventivo, o mais grave e, ao mesmo tempo, o de maior dimensão simbólica, é o Direito penal. O que de mais interventivo que dispõe um Estado é o Direito penal, afinal, é com ele que se suprime a liberdade.

O instrumental jurídico penal é posto em cena para responder à insegurança, porém, seu funcionamento natural se dá em um perfil dual de identificação, rotulação e exclusão daquele que, teoricamente, agiu em contraposição aos ditames que interessam à sociedade.

O discurso público com que o Estado responde à ânsia por segurança justifica um tratamento diferenciado e recrudescente ao delinquente, convertendo o modelo de controle

---

[4] "[...] o termo 'risco' vincula-se sempre a uma decisão racional, mesmo que na maior parte das vezes se desconheça as consequências que dela possam advir; ao passo que se fala em perigo quando o dano hipotético é acarretado por uma causa exterior, sobre a qual não se tenha controle, nem sequer para evitá-lo". MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005. p. 37.

[5] Observa precisamente Paulo Silva Fernandes a dimensão deste fenômeno, ao comentar: "Não terá, por um lado, a sociedade sido sempre "de risco"? Não são os riscos "entemporais" e inerentes mesmo à própria vida e às decisões nela tomadas? Não vivemos, pelo contrário, numa sociedade caracterizada. Precisamente, por uma redução dos riscos e até por um incremento considerável de confiança nas soluções encontradas pela técnica e pela ciência para reduzir e/ou prever as doenças e as catástrofes naturais? Então não é certo que vivemos mais e melhor, que temos avanços notáveis na ciência ao nível, nomeadamente, da prevenção e cura das doenças, que "controlamos" a natureza, que tivemos conquistas de vulto conseguidas pelo triunfo do chamado "estado de bem-estar" (*Welfare State*)? FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 48.

[6] No mesmo sentido FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização**, "Sociedade de Risco"... *op cit*., p. 44.

social do intolerável em um modelo intolerável de controle social, transformando-se de um Direito penal do risco em um Direito penal do inimigo[7]. E, no afã de alcançar este objetivo inatingível de paladino do controle da violência, o Direito penal "tem deixado cair a bagagem democrática, a qual é um obstáculo na realização das novas tarefas"[8].

2 O INIMIGO COMO PRODUTO DA DUALIDADE

O funcionamento do sistema penal se dá justamente pela estruturação de mecanismos que permitam identificar e neutralizar um desvio de conduta socialmente indesejado. Neste processo, ocorre a identificação e necessária imposição do estigma de criminoso a determinado sujeito.

Esta postura corresponde diretamente a – e até quiçá derive de - uma fórmula de comportamento social repetitiva, tendencialmente maniqueísta, de divisão dual de todas as relações que passa pelas categorias morais (bom e mau), estéticas (belo e feio), históricas (ficção e verdade), de conteúdo (interno e externo) e filosóficas (ideal e real), que conduz a uma idêntica fórmula de tratamento sociológico humano (turistas e vagabundos; cidadãos e inimigos)[9].

O Direito penal, que também responde ao compasso binário (ação e omissão; culpa e dolo; antijuridicidade e culpabilidade; tentativa e consumação; autor e partícipe) especialmente em sua vertente penitenciária, realiza uma função diretamente associada

---

[7] Prittwitz alerta para esta transformação, ao comentar que "O direito penal do risco e direito penal do inimigo não são dois conceitos independentes um do outro; direito penal do inimigo não é uma expressão que está na moda, e que apenas substitui outra expressão que está na moda – o direito penal do risco. Este último descreve, a meu ver, uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta resultado de uma época, estrutural e irreversível; uma mudança cujo ponto de partida já é fato dado e que tanto encerra oportunidades como riscos. Direito penal do inimigo, em contrapartida, é a consequência fatal e que devemos repudiar com todas as forças, de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada – independentemente de se descrever o direito do risco como um «direito que já passou a ser do inimigo», como o fez Günther Jakobs em 1985 – naquela época ainda em tom de advertência – ou de se defender veementemente o modelo de um direito penal parcial, o direito penal do inimigo, como o fez Günther Jakobs mais recentemente". PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.12, n.47, p. 32, mar./abr. 2004.

[8] Esta é a expressão utilizada por Hassemer em HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.2, n. 8, p.59, mar. 2003.

[9] Sobre o dualismo como traço característico do modelo científico moderno, veja-se o comentário de BAPTISTA, Isabelle de. A desconstrução da técnica da ponderação aplicável aos direitos fundamentais, proposto por Robert Alexy: uma reflexão a partir da filosofia de Jacques Derrida. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 77, n. 4, p. 97, out/dez. 2010.

à marcação deste compasso binário, identificando o condenado com o rótulo de inimigo, através dos processos de etiquetamento[10].

Este processo de etiquetamento hoje goza do suporte de determinadas teorias de base que dispendem sensível esforço em disseminá-lo.

Assim é, por exemplo, com as ideias do Prof. Günther Jakobs, que reconhece a legitimidade do Estado para – em alguns casos – deixar de considerar o delinquente como "pessoa" para tratá-lo como inimigo. A divisão conceitual entre amigo e inimigo, dedicando a este último, a grosseira intervenção jurídico-penal é que causa o problema.

O Prof. Jakobs[11] parte do reconhecimento como fato concreto da realidade moderna que muitas normas penais se revestem da característica de uma reação de combate a um inimigo.

Esta perspectiva faz com que o legislador reaja contra o "estado de vida" do autor do delito, como se sua maneira de viver representasse uma ameaça permanente ao próprio Estado[12].

Jakobs[13] defende que na medida em que o autor, por exemplo, de um delito de terrorismo, não admite submeter-se à ideia de Estado, o que ele pretende é a manutenção de um "estado de natureza" que não é admissível. Com isso, "a necessidade de reação frente ao perigo que emana de sua conduta, reiteradamente contrária à norma, passa a um primeiro plano".

A partir dessa ideia, Jakobs[14] considera que "se deve inquirir se a fixação estrita e exclusiva nas categorias do delito não impõe ao Estado uma atadura – precisamente, a necessidade de respeitar o autor como pessoa – que frente a um terrorista, que precisamente não justifica a expectativa de uma conduta geralmente pessoal, simplesmente resulta inadequada".

---

[10] O tema do etiquetamento foi completamente desenvolvido em BECKER, Howard S. **Outsiders**: studies in the sociology of *deviance*. New York: Free Press, 1966. Para comentários mais recentes, a respeito, vide MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 110 e ss.

[11] "Hay otras muchas reglas del derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos em los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona. Así, por ejemplo, el legislador (por permanecer primeiro en el ámbito del Derecho material) está passando a una legislación – denominada abiertamente de este modo- de lucha, por ejemplo, en el âmbito de la criminalidad econômica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas". JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003. p. 38-39.

[12] Nesse sentido JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**... *op. cit*., p. 40.

[13] JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**… *op..cit*.,p.40-41.

[14] JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**... *op. cit*., p. 41-42.

Jakobs[15] entende que a crítica permanente que se faz ao processo de expansão e a crescente violência da legislação penal deriva de uma confusão entre duas categorias distintas: a do cidadão e a do inimigo. "Dito de outro modo: quem inclui o inimigo no conceito de delinquente cidadão não deve se assustar se os conceitos de "guerra" e "processo penal" se mesclam". Abre-se, então, ainda segundo Jakobs[16], a possibilidade de tratamento diferenciado entre o inimigo e o cidadão.

Propõe Jakobs[17], que para a preservação do Direito Penal do cidadão é necessário "chamar de outro modo aquilo que se deve fazer contra os terroristas se não se quiser sucumbir, ou seja, isto deveria chamar-se Direito Penal do inimigo, guerra refreada".

Trata-se de legitimar, no âmbito do Estado, como única forma de preservação do cidadão, uma categoria de "não cidadãos" de "não pessoas", definitivamente, de "inimigos"[18].

Com isso, propõe Jakobs[19] que "quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas sim deve ser combatido como inimigo". Jakobs entende que deve ser estabelecida uma diferença também a respeito da reação penal, sendo que enquanto ao cidadão se ameaça com uma pena, "o inimigo é excluído".

No entender de Jakobs[20], para a preservação do Direito Penal do cidadão é necessário "chamar de outro modo aquilo que se deve fazer contra os terroristas se não se quiser sucumbir, ou seja, isto deveria chamar-se "Direito Penal do inimigo, guerra refreada". Trata-se de legitimar, no âmbito do Estado, como única forma de preservação do cidadão, uma categoria de "não cidadãos" de "não pessoas", definitivamente, de "inimigos"[21].

---

15 JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**... *op. cit*., p. 41-42.

16 JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**... *op. cit*., p. 47-48.

17 JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**.. .*op. cit*., p. 42.

18 A desconsideração do criminoso como cidadão faz recordar um dos piores períodos da história político-criminal. É que o discurso do próprio líder nacional-socialista partia deste mesmo ponto: "O cidadão alemão é privilegiado em relação ao estrangeiro. Essa honra excepcional também implica em deveres. O indivíduo sem honra, sem caráter, o criminoso comum, o traidor da Pátria, etc., pode, em qualquer tempo, ser privado desses direitos". (Mein Kampf, Adolf Hitler). HITLER, Adolf. **Minha luta**. Tradução de Klaus Von Puschen. São Paulo: Centauro, 2003. p. 330.

19 JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo** … *op. cit*., p. 56.

20 JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo** … *op. cit*., p. 42.

21 A desconsideração do criminoso como cidadão faz recordar um dos piores períodos da história político-criminal. É que o discurso do próprio líder nacional-socialista partia deste mesmo ponto: "O cidadão alemão é privilegiado em relação ao estrangeiro. Essa honra excepcional também implica em deveres. O indivíduo sem honra, sem caráter, o criminoso comum, o traidor da Pátria, etc., pode, em qualquer tempo, ser privado desses direitos". (Mein Kampf, Adolf Hitler). HITLER, Adolf. **Minha luta**. Tradução de Klaus von Puschen. São Paulo: Centauro, 2003. p. 330.

Nesta perspectiva Jakobs aproxima-se claramente do conceito de inimigo de Carl Schmitt, qual seja, o *inimigo total*, a quem se nega a própria medida do "ser".

É curioso notar como a postura encontra adequação perfeita com a exposição de motivos redigida por Edmund Mezger para o projeto de Lei para o tratamento de "Estranhos à Comunidade" que ele enviou ao governo nacional socialista em 1943:

> No futuro, haverá dois (ou mais) Direitos penais:
>
> - Um Direito penal para a generalidade (no qual em essência seguirão vigentes os princípios que vigeram até agora), e
>
> - Um Direito penal (completamente diferente) para grupos especiais de determinadas pessoas, como, por exemplo, os delinquentes por tendência. O decisivo é em que grupo se deve incluir a pessoa em questão...Uma vez que se realize a inclusão, o "Direito especial" (ou seja, a reclusão por tempo indefinido) deverá ser aplicado sem limites. E desde este momento carecem de objeto todas as diferenciações jurídicas...Esta separação entre diversos grupos de pessoas me parece realmente novidade (estar na nova Ordem, nela reside um "novo começo")[22]

Resulta óbvia aqui a retórica do medo. As dificuldades contemporâneas de convívio com o risco geraram uma atitude de identificação da alteridade, da diferença, com o *risco*, personificando na figura do *inimigo* o risco de fonte desconhecida, da vida social[23].

A adoção desta perspectiva seria equivalente a institucionalizar a diferença de tratamento entre o "cidadão" e o "inimigo". De um lado, reduzindo a nada a pouca efetividade prática que até hoje se conseguiu para o princípio da igualdade, e por outro, legitimando o Estado a escolher o perfil dos "inimigos" de plantão. Aparece a sinistra possibilidade de dizer se a classificação como "inimigo" deriva de sua condição de terrorista, de membro de uma quadrilha criminosa, de sua preferência religiosa, de sua raça ou sua condição social, quaisquer das condições que possam convertê-lo em um "estranho à comunidade"[24]. Obviamente, nenhum Estado que negue a qualidade de pessoa a um indivíduo pode autoproclamar-se democrático de Direito.

Não é à toa, conforme observa Herzog, que "em muitas leis do Direito penal moderno se emprega a palavra 'luta' (contra a criminalidade econômica, contra a

---

[22] MUÑOZ CONDE, Francisco. "Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: de la 'tolerancia cero' al 'derecho penal del enemigo'". In **Studi in onore di Giorgio Marinucci**. Milano: Giuffré, 2006, p. 2552-2553.

[23] Confira-se em PRITTWITZ, Cornelius. **O direito penal**... *op.cit*., p. 32.

[24] Não é demais lembrar que a expressão "estranhos à comunidade" (*Gemeinschaftsfremde*) foi utilizada pelo Direito penal nacional socialista, como fundamento da incriminação.

criminalidade ambiental, contra a criminalidade organizada). Como se o Direito penal pudesse vencer o mal e afastar o caos mediante a violência"[25] e a realização da guerra.

A postura belicista admite a *eliminação do inimigo*. No entanto, a guerra de eliminação física é um instrumental bárbaro de difícil possibilidade de imposição e nula viabilidade jurídica. O tratamento de guerra bélica situa-se *fora do direito*.

Isto não significa que o direito fique fora da realização do projeto de eliminação do inimigo. Dentro das fileiras do direito, que é um instrumental simbólico, a *eliminação* ocorre também de maneira simbólica, justamente através do impedimento da inter-relação. A vida no mundo globalizado é por essência complexa e baseada em uma multiplicidade de relações como forma de manifestação de existência das pessoas.

A supressão dos processos de comunicação que validam o ato de existir[26], compõem a fórmula jurídica de anulação do outro.

Jakobs defende a possibilidade de tratar de maneira distinta "cidadãos" e "inimigos" em todos os sistemas de controle associados à realização de um delito, quer dizer, tanto no Direito penal[27], quanto no Processo penal[28], e inclusive no âmbito da Execução penal[29], o que leva para dentro do próprio sistema penitenciário a dualidade excludente do reconhecimento de pessoas em condição pior que outras e, consequentemente, merecedoras de uma compressão do sistema penal ainda maior do que simplesmente a prisão.

---

[25] HERZOG, Felix "Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. **Revista Penal**, Barcelona, n.4, p.54, 1999.

[26] Segundo Wittgenstein, o pai da filosofia da linguagem, *os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo* "Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt". WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. §5.6.

[27] "Por lo tanto, el Derecho penal conoce dos pólos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que este exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura de la sociedad, y por outro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estádio prévio y al que se le combate por su peligrosidad". JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**...*op. cit*., p. 42-43.

[28] "[...] al igual que en el derecho material, las regulaciones de proceso penal del enemigo más extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas. En este contexto, puede bastar uma referencia a la incomunicación, es decir, a la eliminación de la posibilidad de entrar em contracto un preso con su defensor para la evitación de riesgos para la vida, la integridad física o la libertad de una persona (§ § 31 y ss. EGGVG)". JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**... *op. cit*., p. 45-46.

[29] "La ambígua posición de los prisioneros – delincuentes? Prisioneros de guerra? – muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra". JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**... *op. cit*., p. 46.

3 O PRESO COMO O INIMIGO E O PROJETO DE COMPRESSÃO DO ESPAÇO COMO FÓRMULA DE SUA ANULAÇÃO

O criminoso, rotulado pelo sistema penal como diferente, torna-se merecedor da compressão do seu espaço. A fórmula de compressão do espaço, no atual nível de desenvolvimento da sociedade globalizada é, de longe, o mecanismo de opressão mais forte que existe, pois se trata de subtrair do sujeito justamente a possibilidade de inter-relação é que o que valida a existência das pessoas em um mundo tão complexo e de tanta diversidade.

Note-se que o processo de etiquetamento, de identificação do diferente, com perniciosas consequências de exclusão não termina com a criminalização primária e secundária, mas se transfere para dentro do cárcere, a partir dos critérios de classificação dos detentos, que não são o grau de escolaridade, a origem cultural, o local de moradia ou nascimento, mas sim uma duvidosa avaliação de *periculosidade*. Há uma clara associação entre *perigo* e *merecimento de redução espacial*. Vale dizer, a associação do sujeito à condição de uma fonte de medo é o que valida discursivamente o plano de sua exclusão da intersubjetividade.

Assim, a prisão, como consequência da intervenção do sistema penal, conquanto seja o que identifica o sujeito como criminoso, rotulando-o e colocando-o na condição de diferente, de pessoa sobre quem deve o Estado intervir como forma de aplacar o medo dos demais, é apenas a primeira etapa do processo de anulação do outro.

A partir do ingresso da pessoa no sistema penitenciário, sucessivas avaliações de uma suposta periculosidade conduzem a utilização de mecanismos de compressão espacial que atinge o ápice com a fórmula do chamado regime disciplinar diferenciado[30].

A redação do artigo 52 da Lei de Execuções Penais estabelece o isolamento celular do apenado que comete o delito doloso ou falta grave, por até um ano, com possibilidade de repetição por um prazo igual a um sexto do prazo estabelecido inicialmente. Além disso, impõem-se restrições quanto à possibilidade de receber visitas.

---

[30] Para mais detalhes, a respeito, veja-se BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um Direito penal do inimigo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 4, n.14, p. 137-145, abr./jun. 2004.

Aqui aparece um evidente retorno ao sistema auburniano[31].

Veja-se os termos em que a lei se expressa:

> Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:
>
> I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;
>
> II - recolhimento em cela individual;
>
> III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;
>
> IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

[31] Comenta Cezar Bitencourt que "em 1976 o governador John Jay, de Nova Iorque, enviou uma comissão até a Pensilvânia para estudar o sistema celular. Em 1796 ocorreram trocas importantes nas sanções penais, substituindo a pena de morte e os castigos corporais pela pena de prisão, consequência direta das informações obtidas pela comissão já referida. Em 1797 foi inaugurada a prisão de *Newgate*. Como esse estabelecimento era demasiadamente pequeno, foi impossível tornar o sistema de confinamento em solitário. E diante dos resultados poucos satisfatórios, em 1809 foi proposta a construção de outra carceragem, no interior do Estado para absorver o crescente número de delinquentes. A autorizacão definitiva, porém, para a construção da prisão de Auburn só ocorreu em 1816. Uma parte do edifício destinou-se ao regime de isolamento. De acordo com uma ordem de 1821, os prisioneiros de Auburn foram divididos em três categorias: 1º) A primeira era composta pelos mais velhos e persistentes delinquentes, aos quais se destinou um isolamento contínuo; 2º) Na segunda situavam-se os menos incorrigíveis e somente eram destinados às celas de isolamento três dias na semana e tinham permissão para trabalhar; 3º) A terceira categoria era integrada pelos que davam maiores esperanças de serem corrigidos. A estes, somente era imposto o isolamento noturno, permitindo-lhes trabalhar juntos durante o dia, ou sendo destinados às celas individuais um dia na semana. As celas eram pequenas e escuras e não havia possibilidade de trabalhar nelas. Esta experiência de estrito confinamento solitário resultou em grande fracasso: de oitenta prisioneiros em isolamento total contínuo, com duas exceções, resultaram mortos, enlouqueceram ou alcançaram o perdão. Uma comissão legislativa investigou este problema em 1824 e recomendou o abandono do sistema de confinamento solitário durante a noite. Esses são os elementos fundamentais que definem o sistema auburniano, cujas bases, segundo Cuello Calón, foram estabelecidas no Hospício de San Miguel de Roma, na prisão de Gante.

O problema é mais grave quando se observa o conteúdo dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo, que estabelecem literalmente:

> § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem altos riscos para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.
>
> § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou condenando sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilhas ou bandos.

Veja-se que há possibilidade de receber o sujeito no sistema de execução penal, desde o princípio, submetido a um esquema de isolamento completo, em cela individual, sem mais razões do que as que derivam de um juízo de valor que pouco ou nada tem a haver com um Direito penal do fato e muito mais com um Direito penal do autor.

A submissão ao regime diferenciado deriva da presença de um "alto grau de risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade". Porém, a respeito de que se está falando? Não seria da realização de um delito ou de uma falta grave regulada pela administração da cadeia, porque esta já se encontra referida na redação principal do mesmo artigo, que trata exatamente dela. Que outra fonte de risco social ou penitenciário podem decorrer de comissões que não sejam faltas nem delitos? E mais, a mera suspeita de participação em bandos ou organizações criminosas justifica o tratamento diferenciado. Porém, se o juízo é de suspeita, não há certeza a respeito de tal participação e, não obstante, já aparece a imposição de uma pena diferenciada, ao menos no que se refere à sua forma de execução.

Este direito penal do autor se reconhece na seleção e exclusão de pessoas em função da aplicação de um rótulo que os qualifica como inimigos.

Nota-se claramente que todas estas restrições não estão dirigidas a fatos e sim a determinada classe de autores. Busca-se claramente dificultar a vida destes condenados no interior do cárcere, mas não porque cometeram um delito, e sim porque segundo o julgamento dos responsáveis pelas instâncias de controle penitenciário, representam um risco social e/ou administrativo ou são "suspeitas" de participação em bandos ou organizações criminosas. Esta iniciativa conduz, portanto, a um perigoso Direito penal de autor, onde "não importa o que se faz ou omite (o fato) e sim quem – personalidade, registros e características do autor – faz ou omite (a pessoa do autor)"[32].

---

[32] ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **Fundamentos de derecho penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 1993. p. 360.

4 A QUEBRA DA ESTRUTURA DUAL PELA FILOSOFIA DA LINGUAGEM E A DILUIÇÃO DO INIMIGO, PELA INCLUSÃO DO OUTRO

Enquanto persista uma leitura sociológica e filosófica de caráter dual em que se separam os cidadãos dos inimigos, para efeitos de inclusão e exclusão nos vários aspectos das relações sociais, identificando estes últimos com a figura daquele que passou pelo sistema penitenciário, não será possível nem minimizar os efeitos perniciosos da intervenção penal, nem desviar-se das tendências teóricas que visam legitimar o perfil excludente.

Sendo assim, há uma tarefa também de caráter político-criminal que pode ser cumprida pela filosofia da linguagem: dar orientação e sustentação para a superação da dualidade excludente, através da fórmula de autovalidação pela inclusão do outro no projeto de realização pessoal. Este perfil, de caráter holístico e inclusivo, tomado como via de orientação das diretrizes penitenciárias, poderá lograr uma conscientização de caráter jurídico e sociológico que leve, por um lado, à minimização dos efeitos deletérios produzidos pelo sistema penal e, por outro, à diluição da figura do inimigo e com ela, dos discursos de legitimação do recrudescimento e do desprezo a uma parte da humanidade.

É evidente que uma postura dual, de separação entre *eu* e *o outro* não pode produzir uma aproximação que permita a completa validação do ser. Nem do outro, nem de si mesmo.

A verdade é que o modo de vida da sociedade da modernidade reflexiva exige que no plano da autorrealização esteja incluído o outro.

Não se desconhece o hedonismo e o egoísmo como marcas da sociedade do Século XXI, especialmente no mundo de cultura ocidental.

Entretanto, mesmo de um ponto de vista absolutamente egocêntrico, o projeto de plena realização da vida inclui, necessariamente, o outro. E o outro, em qualquer plano em que esteja de diferença.

É muito comum que se rechace qualquer classe de inter-relação com o detento e que se dificulte imensamente a introdução social do egresso, em função da rotulagem que estes sofrem por parte do sistema punitivo.

O que não é percebido é que mesmo a realização plena do plano de felicidade daqueles que se consideram *diferentes* dos clientes do sistema penal, depende deles.

É comum que se identifique na população em geral uma opinião de que o condenado deve permanecer o máximo possível de tempo em compressão máxima do seu espaço, como modo de cumprir a pena.

O que estas pessoas não se dão conta é de que, cumprida a pena, os condenados voltarão ao seu convívio com todas as marcas e heranças adquiridas no cárcere. Tudo o

que a prisão lograr produzir nele de ruim, será manifestado em seguida, nas relações sociais que certamente guardará com aquele que quer vê-lo detido.

Quem foi um dia condenado estará guardando o carro, dividindo o banco do ônibus ou do metrô, sentado na mesma arquibancada do estádio, com aquele que julgou-se diferente dele.

A questão que resta é saber como as pessoas desejam que os *inimigos* se comportem, uma vez que acabe a guerra. De nada adiantam planos para a guerra que não incluam o que fazer uma vez obtida a paz. Ou seja, mesmo do ponto de vista mais cínico e egocêntrico, pensando unicamente no próprio bem-estar, não é possível deixar de considerar a essencialidade do outro na composição do meu mundo!

É óbvio que *o outro está incluído obrigatoriamente em nosso plano de vida, pelo que, deve haver um plano específico para isso*.

A saída parece estar na adoção de uma política de aproximação comunicativa, ou seja, de partilhar quadros de mundo, de conscientização e absorção das diferenças, mesmo daquelas geradas pelo próprio sistema penal.

Admitir a existência de diferenças, aceitá-las e incluí-las no próprio modo de vida é a única forma válida de minimizar aplacar o medo de viver.

Assim, é preciso, em primeiro lugar, reconhecer o fenômeno criminal a partir de sua dimensão social.

As verdadeiras e endêmicas causas de criminalidade não são alcançáveis pela via da incriminação ou da repressão com Direito penal, mas sim pelo trabalho no âmbito social, cada vez mais abandonado[33]. É da ausência do Estado que se alimenta o poder paralelo e da interferência do crime nas instâncias de poder – leia-se, passividade para com o crime organizado propriamente dito - que deriva a impunidade[34].

---

[33] "Hoje, apesar de sermos a 12ª economia do mundo, somos, pelo último levantamento da ONU, entre 140 países, o pior em distribuição de renda depois de Serra Leoa, na África. Esta é, indiscutivelmente, a causa maior do incrível aumento da criminalidade violenta". DELMANTO, Roberto. Da máfia ao RDD. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo: Instituto brasileiro de Ciências Criminais,v.14, n. 163, p.5, jun. 2006.

[34] Nesse sentido NAHUM, Marco Antônio Rodrigues. A repressão ao crime, e o antiterrorismo. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo: Instituto brasileiro de Ciências Criminais, n. 128, p. 02, jul. 2003.

A crise da modernidade reflexiva, levou a uma insegurança permanente que faz com que as pessoas cada vez mais anseiem por controlar as fontes de sua insegurança, ainda que com medidas sabidamente paliativas e geradoras de um efeito tranquilizador muito mais psicológico do que efetivo. Por outro lado, o subproduto desta modernidade é uma massa de excluídos que, por sua condição de excluídos, é também fonte de triplo medo: o medo da diferença, para quem não faz parte daquela massa; o medo de vir a fazer parte dela[35] e o medo de quem dela faz parte, constatando que sua eliminação é indiferente para o próprio sistema.

Sendo assim, a fonte do medo está no próprio direcionamento do desenvolvimento social e não no fenômeno "crime". Deste modo, um "combate" ao crime não devolve a sensação de segurança e tampouco ajuda a identificar o verdadeiro risco.

Portanto, trata-se de uma "guerra" perdida *ab initio*, cujo resultado central é apenas a identificação de um *inimigo* no outro. Os poucos eleitos (incluídos) pensam equivocamente que o inimigo é o *excluído*, e vice-versa.

Há necessidade, portanto, de abolir a ideia de combate, ou guerra contra a criminalidade[36].

Além disso, é preciso promover o reconhecimento da própria existência através da alteridade inserta em um processo de comunicação, o que deflui da aplicação das máximas da filosofia da linguagem.

Conforme refere Vives Antón[37], "no pensamento de Wittgenstein, o sentido surge da interação social intermediada por regras, cuja inteligibilidade só é possível no marco de uma *forma de vida*. O que temos que aceitar, o dado – poderíamos dizer – são as formas de vida".

---

[35] Bauman, utilizando interessante comparação dos incluídos a *turistas* e dos excluídos a vagabundos, observa que "o vagabundo é o pesadelo do turista, o 'demônio interior' do turista que precisa ser exorcizado diariamente. A simples visão do vagabundo faz o turista tremer – não pelo que o vagabundo é, mas – pelo que o *turista* pode vir a ser. Enquanto varre o vagabundo para debaixo do tapete – expulsando das ruas o mendigo e o sem-teto, confinando-o a guetos distantes e 'proibidos', exigindo seu exílio ou prisão – o turista busca desesperadamente, embora em última análise inutilmente, deportar seus próprios medos". BAUMAN, Zygmunt. Globalização. **Tradução**: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar. 1999. p. 106.

[36] Nesse sentido concorre a opinião de Leonardo Sica, ao afirmar que "A terminologia bélica usualmente empregada (guerra contra drogas, batalha contra o crime, etc.) revela, mais do que um deslize de linguagem, a concepção arcaica e retributivista de que a violência deve ser respondida com mais violência. É visível a contradição que esse discurso tenta esconder: não se obtém a paz declarando a guerra! SICA, Leonardo. Medidas de emergência, violencia e crime organizado. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo: Instituto brasileiro de Ciências Criminais, n. 126, p.07-09, maio 2003.

[37] VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.p. 190-191.

Assim, a possibilidade de darmos um passo em direção ao rompimento das regras de exclusão, depende, inicialmente, da adoção de uma perspectiva de comunicação como forma de demonstração de sentido. Se o que é dotado de sentido (jurídico, social, ou de qualquer ordem) somente pode ser determinado através de um processo de comunicação, de interação, de compartilhamento de regras, a demonstração de minha condição de cidadania, depende deste processo, depende de interação, depende de reconhecer-me no outro.

O que prejudica o reconhecimento da instância penal como instrumento de realização dos direitos de cidadania, é o não reconhecimento discursivo do *alter* como cidadão. Os realizadores da instância penal, cada vez mais, vêm identificando o criminoso como o "*elemento*" (discurso policial) ou o "*inimigo*" (discurso dogmático e político criminal).

Enquanto não houver o rompimento com estes discursos para o reconhecimento do "Eu" na figura do "Outro", não se direcionará corretamente as instâncias de controle social jurídico, muito menos o controle social penal.

A descaracterização de pessoa no discurso de Jakobs (o inimigo é uma não pessoa), visa justamente burlar o reconhecimento do *alter* como uma *forma de vida* que partilha com o sujeito regras de comunicação, representadas pelos direitos fundamentais de cidadania. Uma vez que se rompe com o reconhecimento do *alter* como tal, uma vez que deixa de haver regras passíveis de compartilhamento, não resta qualquer possibilidade de reconhecimento do *alter* como "algo que existe".

Vale dizer, sua "não existência" como cidadão precede sua não existência como ser humano, titular de garantias por esta simples condição, e abre portas, finalmente, para a possibilidade de sua aniquilação ou extermínio físico, sem que isso signifique, de alguma forma, a perda de "algo que existe no mundo".

Esta anulação da existência do outro vem sendo realizada, cada vez mais, com o instrumental da compressão do espaço (e toda compressão de espaço resulta em explosão, em um momento ou em outro), que efetivamente deve ser o primeiro objeto de transformação, se for pretendida uma aproximação intersubjetiva positiva.

Ou seja, todas as medidas descarcerizantes constituem elementos essenciais da inclusão do outro na vida de relação, de modo a permitir uma redução de perda de horizontes de inter-relação.

O controle penal não pode ser exercido mediante a anulação da individualidade através da privação da comunicação.

É imprescindível repensar a estrutura punitiva do Direito penal a partir das funções atribuídas à sanção penal. É que a *falência da pena de prisão* assim denominada por Cezar

Roberto Bitencourt[38], tem menos a haver com o fracasso de seu projeto ressocializador e mais com a sua conformação a um projeto de exclusão pelo isolamento da comunicação.

Observa Baumann[39] que "a questão da *reabilitação* destaca-se hoje menos por seu contencioso do que por sua crescente irrelevância". Não se trata mais de discutir se a privação da liberdade é ou não capaz de produzir reabilitação. Esta discussão é simplesmente abandonada. Para ele, "o significado mais profundo da separação espacial era a proibição ou suspensão da comunicação e, portanto, a perpetuação forçada do isolamento".

Acontece o que Baumann[40] refere como o "impedimento de um acesso comunicativo", como forma de compressão da visão do outro, que, segundo sua análise, sempre foi a tônica do confinamento espacial.

Com isso a compressão do espaço e a proibição da inter-relação, se alcança o objetivo central de impedir a existência, através da cessação dos processos comunicativos. A redução do espaço se traduz na compressão do ser. Eis a motivação central do encarceramento[41].

Portanto, urge romper com a retórica permanentemente deslocada a respeito dos fundamentos da pena, e concebê-la com a função garantista que se assinala ao próprio Direito penal, qual seja, a de controle social do intolerável expresso pelo ataque grave a um bem jurídico importante para o desenvolvimento do ser humano na sociedade.

Mais do que isso, não se deve perder de vista que a perspectiva punitiva só tem lugar se inclui um projeto de aproximação e de inclusão daquele que é circunstancialmente colocado em situação de diferença pela rotulagem própria do sistema. A inclusão dele no projeto de vida dos que não recebem a estigmatização é verdadeira condição de validade e legitimidade do processo de controle social, seja ele de que ordem for.

---

[38] Veja-se BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, passim.

[39] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**...*op. cit*., p. 119.

[40] "O confinamento espacial, o encarceramento sob variados graus de severidade e rigor, tem sido em todas as épocas o método primordial de lidar com setores inassimiláveis problemáticos da população, difíceis de controlar. Os escravos eram confinados às senzalas. Também eram isolados os leprosos, os loucos e os de etnia ou religião diversas das predominantes. Quando tinham permissão de andar fora das áreas a eles destinadas, eram obrigados a levar sinais do seu isolamento para que todos soubessem que pertenciam a outro espaço. A separação especial que produz um confinamento forçado tem sido ao longo dos séculos uma forma quase visceral e instintiva de reagir a toda diferença e particularmente à diferença que não podia ser acomodada nem se desejava acomodar na rede habitual de relações sociais.". BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**... *op. cit*., p. 114.

[41] "Hoje a nossa preocupação é com a grande massa de negros, pardos, pobres, feios e, principalmente, favelados cujo olhar nos incomodam, estragam a paisagem, andam de pés descalços no asfalto quente, usam roupas sujas e são todos integrantes de uma terrível seita que possui um pacto de sangue com o mais terrível dos demônios dos círculos do inferno: as drogas ilícitas, e por isso merecem ser controlados, vigiados, trancafiados, mortos e exorcizados, pois não fazem parte de nós, homens brancos e civilizados, são, na verdade, nossos inimigos e não merecem perdão". SILVA, Luciano Filizola da. A falácia do Sistema penal: a gênese de uma criminalização desviada. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 165, p. 02, ago. 2006.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Isabelle de. A desconstrução da técnica da ponderação aplicável aos direitos fundamentais, proposto por Robert Alexy: uma reflexão a partir da filosofia de Jacques Derrida. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte: Tribunal de contas do Estado de Minas Gerais, v.77, n.4, p. 94-110, out./dez. 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar , 1999.

BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo**. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: studies in the sociology of deviance. New York: Free Press, 1966.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: v.4, n. 14, p.137-145, abr./jun. 2004.

DELMANTO, Roberto. Da máfia ao RDD. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo: Instituto brasileiro de Ciências Criminais, . n. 163, jun. 2006.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Prelo.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais** ,Porto Alegre, v.3, n. 8, 2003.

HERZOG, Felix. Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. **Revista Penal**, Barcelona: n.4, p. 54-57, 1999.

HITLER, Adolf. **Minha luta**. Tradução de Klaus von Puschen. São Paulo: Centauro, 2003.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.

MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Las reformas de la parte especial del derecho penal espãñol en el 2003: de la 'tolerancia cero' al 'derecho penal del enemigo. In: **Studi in onore di Giorgio Marinucci**. Milano: Giuffré, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NAHUM, Marco Antônio Rodrigues. A repressão ao crime, e o antiterrorismo. **Boletim do IBCCrim**., São Paulo: Instituto brasileiro de Ciências Criminais, n. 126, jul. 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

SICA, Leonardo. Medidas de Emergência, violência e crime organizado. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 126, maio 2003.

SILVA, Luciano Filizola da. A falácia do sistema penal: a gênese de uma criminalização desviada. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 165, ago. 2006.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **Fundamentos de derecho penal**. Valência: Tirant lo Blanch, 1993.

ADOLESCENTE INFRATOR: SUJEITO OU INIMIGO?

Décio Franco David*
Tatiana Sovek Oyarzabal**

RESUMO

O artigo aborda a construção histórica, social e jurídica do adolescente, considerado como inimigo dentro do sistema de controle sócio-punitivo brasileiro, bem como da subversão do Estado por intermédio de um Direito Penal discriminatório e ausente de garantias.

Palavras-chave: adolescente; sistema sociopunitivo brasileiro; inimigo.

ABSTRACT

The article discusses historic, social and juridical construction of teenager, considered as an enemy inside of the Brazilian social and punitive control system, and the State's subversion through a discriminatory and no-guarantees Criminal Law.

Keywords: teenager, Brazilian system of social and punitive control, enemy

* Especialista em Gestão de Direito Empresarial pela FAE Centro Universitário, Professor das Faculdades Integradas de Itararé (FAFIT), Professor das Faculdades Santa Amélia (SECAL), Advogado.

** Mestranda em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa- PR, Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná, Advogada.

INTRODUÇÃO

Ao discorrer sobre Direito Penal e sua infinita construção doutrinária, faz-se necessário traçar um ponto de partida. No presente trabalho, tratar-se-á de compreender o jovem infrator (inimputável) transformado no inimigo da sociedade, por intermédio do pensamento de Günter Jakobs.

Mais do que discutir essa inimizade sob o aspecto do direito penal do inimigo de Jakobs, a ideia deste trabalho é expor a construção histórica desse inimigo: a história do controle social voltado ao jovem infrator.

Tratar o adolescente infrator como "não pessoa" é potencializar o direito penal do inimigo, incompatível com um Estado Democrático de Direito. Essa visão vem se alastrando no Brasil em razão da ausência de políticas criminais efetivas, e a busca em atender aos anseios imediatos da sociedade por uma "falsa" segurança.

1 O ESTADO COMO GARANTIDOR DA CONVIVÊNCIA HARMÔNICA DOS INDIVÍDUOS

O surgimento da vida humana e seu eventual e necessário convívio em sociedade foram acompanhados ao longo da história pela formação de um conjunto de regras nos quais os sujeitos tinham de se respeitar para então viverem em sociedade.

Este pensamento parte da concepção inicial do homem natural, o qual é "criado pela razão, com qualidades e tendências variáveis, ora concebido como um ser débil e tímido, ora como um lobo de outros homens, em geral desligado de laços de interdependência"[1]. Assim, "a sociedade formada por homens naturais assenta-se sobre um contrato"[2].

Segundo Hobbes, contrato é "a palavra com que os homens designam a transferência mútua de direitos"[3], assim, pelo ato racional de concessão de direitos é que o indivíduo se reúne em sociedade.

Rousseau afirma que "a ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os outros. No entanto, esse direito não vem da natureza, ele está fundado sobre convenções"[4]. Estas convenções resultam na transferência da gerência de parcela dos direitos de cada sujeito à sociedade, ou seja, ao Estado (ou Cidade,conforme pensamento de Rousseau[5]).

---

1 REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 05.

2 Idem, ibidem, p. 06.

3 HOBBES, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 100.

4 ROUSSEAU, Jean Jaques. **O Contrato Social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 24.

5 Idem, Ibidem, p. 34 (nota de rodapé).

Portanto, o Estado (Cidade) para Rousseau é "uma pessoa moral cuja vida consiste na união de seus membros, e se o mais importante de seus cuidados é o de sua própria conservação, é-lhe necessária uma força universal e compulsiva para mover e dispor cada parte da maneira mais conveniente ao todo"[6].

O Estado, definido por Dalmo de Abreu Dallari como "a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território"[7], possui a função de garantir as condições mínimas de existência, convivência e sobrevivência de seus cidadãos, ou seja, "serve para manter viva a sociedade"[8].

O Estado mantém viva a sociedade através da criação das regras de convívio, isto é, por sua atuação legislativa exercida pelo Congresso Nacional. Entre tais regras estão as de caráter penal, ou seja, "aquelas que contêm uma norma que pode ter característica proibitiva ou mandamental, permissiva, explicativa ou complementar"[9], sendo que seu objetivo geral é "regrar os processos comunicativos sociais"[10].

Seguramente, é possível afirmar que ao editar as leis, o legislador se ocupa, entre outras coisas, de exercer o controle social, porém, não é apenas a norma jurídica contida na lei que desempenha tal função. A escola, a religião, o sistema laboral, as organizações sindicais, os partidos políticos, a educação familiar, as mensagens emitidas pelos meios de comunicação o entorno no qual se desenvolvem as relações sociais, etc. são outras modalidades de exercício do controle[11].

No entanto, de nada adiantaria criar leis e normas para regulamentar a sociedade se quando um indivíduo agisse de forma contrária à determinação legal nada lhe ocorresse. Assim, surge a necessidade de imputar sanções às condutas contrárias à lei.

Todas as regras, quaisquer que sejam, são formuladas para serem cumpridas, pois não existe regra que não implique em certa obediência, certo respeito[12]. Para que se garanta o cumprimento das regras é que surgem as sanções ou penas, ou seja, a pena ou sanção, é "todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra".[13]

---

6 Idem, Ibidem, p. 46.

7 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 118.

8 BUSATO, Paulo César. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos rumos do direito penal contemporâneo** – Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 518.

9 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – Parte Geral, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 112.

10 BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal** – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 111.

11 Idem.

12 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 72.

13 Idem.

Nesse passo, o Direito Penal, vem a ser a expressão mais forte do controle social por meio das regras jurídicas, haja vista sua atuação ser restrita aos casos de lesões ou de perigo de lesão intoleráveis contra os bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do ser humano em sociedade[14].

Além do mais, dentre outras formas de expressão, as normas penais são capazes de garantir a ordem social retirando do indivíduo sua liberdade, se assim entender necessário. Deste modo é que surge a obrigatoriedade de se utilizar o Direito Penal apenas como última opção (daí a expressão *ultima ratio*).

Segundo Rogério Greco, a pena "é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal"[15]. No mesmo sentido, Muñoz Conde leciona que "sem a pena não seria possível a convivência na sociedade de nossos dias"[16]. Desta forma, a pena é um dos recursos que o Estado pode usufruir para promover a garantia da convivência dos cidadãos.

Toda e qualquer modalidade de construção dogmática penal é monopólio estatal. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, tal afirmativa está expressa no artigo 22 da Constituição Federal[17], isto é, o Estado avoca para si a competência de delimitar a atuação jurídico-penal, evitando-se, assim, a vingança particular.

Diante do exposto, é possível deduzir que quando o agente comete um fato típico, antijurídico e culpável, é aberta ao Estado a possibilidade de fazer valer o seu *ius puniendi*, objetivando, desta forma, manter a ordem social equilibrada, prevenindo ou retribuindo condutas criminosas.

2 O AVANÇO DAS RELAÇÕES E A CRIAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Partindo-se da concepção inicial de um Estado gestor da manutenção da sociedade, conclui-se que o Direito Penal, em razão de ser o pináculo punitivo estatal, só deve ser aceito mediante o cometimento de ações intoleráveis. O Direito Penal deve "proteger os valores essenciais do homem em sociedade, por meio da descrição de comportamentos proibidos ou exigidos que uma vez praticados ou omitidos, implicam a necessária imposição de uma sanção penal"[18].

---

[14] BUSATO e HUAPAYA, *op. cit*, p. 187/188.

[15] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, v. I. 7 ed. Niterói: Impetus, 2006, p. 519.

[16] MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975, p. 33.

[17] Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

[18] CASTRO, Renato de Lima. Garantismo Penal: uma Ilusão? In: PRADO, Luiz Regis **Direito penal contemporâneo** – Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: RT, 2007, p. 130.

Entretanto, o avanço das relações humanas resultou no atual estágio, no qual muitos valores são postos em questão e o progresso acaba se convertendo no retrocesso. O pensamento da vingança punitiva exsurge como única forma de responder aos anseios da sociedade, principalmente em razão do medo e do risco inerentes à sociedade globalizada, a qual sofre influência direta dos meios de mídia, naturalmente sensacionalistas.

A assunção do risco como elemento estrutural da organização social, vinculado à transformação do Estado Democrático em Estado Social Democrático, "propiciam o surgimento de um sentimento generalizado de insegurança diante da imprevisibilidade e da liquidez das relações sociais"[19].

Assim, "a expansão dos novos riscos, os conflitos sociais e econômicos sobre sua admissibilidade e a ausência de diretrizes científicas que fixem pautas seguras acarretam um sentimento de temor social"[20].

A globalização enquanto procedimento constante e de impossível contenção em suas mais variadas expressões (internet, meios de informação, valoração de bens e valores, perda do padrão familiar, ausência de fé, etc.) resulta na construção de uma sociedade subvertida aos efeitos dos antigos valores, isto é, a velha fórmula da exclusão só que de forma acentuada:

> A comunidade, desacreditada de um Direito penal comum que não previne e não consegue responsabilizar os agentes do crime altamente organizado e transnacional, exige ao Estado segurança (cognitiva e real) a todo o custo, mesmo que crie um Direito penal específico ou excepcional para esse tipo de criminalidade e o delinquente deixe de ser pessoa e passe a ser um inimigo, uma "não pessoa". Contudo, como tudo na vida, não existem sistemas perfeitos e muito menos sistemas penais perfeitos: a mudança de paradigma – do paradigma garantista para o paradigma do inimigo – é a legitimação de um uso excessivo da força estadual sobre o cidadão.[21]

O exemplo perfeito da exigência desta subversão é o conhecido problema da criminalidade juvenil, a qual desde o estudo de Alessandro Baratta (convertendo a criminalidade juvenil em subsistema[22]) permanece como uma das pedras no sapato do Direito Penal, seja em razão da velha discussão sobre o padrão de maioridade penal, seja sobre a contenção social do problema.

---

[19] WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal** – Reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 25.

[20] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 46.

[21] VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo**: O "Progresso ao Retrocesso". Coimbra: Almedina, 2010, p. 17.

[22] BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: Introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 73.

No ano de 2007, ocorreu um crime que relançou de forma mais veemente os olhos dos defensores do direito penal discriminatório. A morte do menino João Hélio Fernandes Vieites, no Rio de Janeiro, após ser arrastado pelo veículo de sua família que havia acabado de ser roubado, tendo ficado o menino preso no cinto de segurança, faz exsurgir a discussão do jovem infrator.

Diversos programas policiais fizeram o alarde de ter um menor de idade envolvido no crime. Muitos, após a condenação do adolescente, chegaram a fazer filmagens e afirmar que não era justo ele receber um tratamento digno[23].

Ezequiel Toledo de Lima cumpriu seu internamento enquanto sanção devidamente regular prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, a mobilização popular e da mídia exigia que o mesmo fosse punido de forma mais drástica, convertendo-o num inimigo público[24].

O Direito Penal do Inimigo é a vertente punitiva direcionada aos indivíduos excluídos das relações sociais e que o Estado deve manter distante do restante dos cidadãos, valendo-se da afirmativa de que este afastamento garante a manutenção da coletividade intacta. A ideologia do inimigo é "a fonte mais devastadora da concepção humanista da história e da cultura, isto é, das democracias liberais e sociais (republicanas)"[25].

O maior destaque da doutrina inimista do direito penal é Günther Jakobs, o qual utiliza o pensamento hobbesiano para justificar a construção do direito bipartido, ou seja, para os cidadãos são mantidas as garantias fundamentais da dignidade da pessoa humana, já para o inimigo, tais garantias não necessitam ser asseguradas, pois a própria existência do inimigo já é uma afronta ao Direito[26], ou, nas palavras do próprio Jakobs:

---

[23] Dentre outros vídeos: http://www.youtube.com/watch?v=5skWY4Q8dXQ
http://www.youtube.com/watch?v=FchQcoJlLjU&feature=related
http://www.youtube.com/watch?v=eF4dejwWKFM&feature=related
http://www.youtube.com/watch?v=hGqW7XFEZ7Y&feature=related

[24] Sobre o assunto: http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL48282-5606,00-CASO+JOAO+HELIO+MP+ALIVIA+ACUSACOES+CONTRA+DOIS+ENVOLVIDOS.html
http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/rj/jovem+envolvido+em+morte+do+menino+joao+helio+ganha+liberdade+assistida/n1300076571237.html
http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u695908.shtml

[25] GOMES, Luiz Flávio. **Berlusconi, o inimigo e o direito penal do "muy amigo"**. Disponível em: http://online.sintese.com. Acesso em: 20 abr. 2011.

[26] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: Noções e Críticas. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 28.

> 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 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.[27]

O processo de exclusão se dá através da transformação do cidadão em inimigo, sendo facultado ao Estado classificar os criminosos em dois grupos: "pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação"[28].

No pensamento "jakobsiano" a norma é o bem jurídico a ser protegido pelo direito penal[29], demonstrando, deste modo, sua fundamentação positivista alcançando a justificativa permissiva da exclusão. Ademais, para Jakobs "quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança às demais pessoas"[30].

3 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DE UM INIMIGO – CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTEXTO SOCIOJURÍDICO DO JOVEM INFRATOR

Para obter-se uma noção do caminho percorrido até se chegar à atual situação relativa ao jovem infrator é preciso se ter uma visão do passado. Portanto, num primeiro momento, é necessário investigar a problemática do adolescente em conflito com a lei numa perspectiva histórica.

Para se chegar ao atual direito da criança e adolescente passou-se por algumas fases. Num primeiro momento, entre o ano de 1500 até 1900 houve uma completa omissão do poder público nas questões sociais. A educação de crianças e adolescentes no Brasil construiu-se com base em pedagogias culturalmente aceitas para fins de disciplina e punição, onde se incluíam além de punições físicas severas, castigos inapropriados à idade e compreensão. Segundo Razzini "um certo segmento da infância pobre (definido como *abandonado e delinquente*) foi nitidamente criminalizado neste período[31]."

---

[27] Idem, ibidem, p. 28-29, *passim*.

[28] Idem, ibidem, p. 40.

[29] JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: Bens Jurídicos ou a vigência da norma? In GRECO, Luis. **O Bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 159-178, *passim*.

[30] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio, *op cit*, p. 40.

[31] RAZZINI, Irene. **O Século perdido**. Raízes Históricas das Políticas Públicas para a Infância no Brasil. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 130.

Numa segunda fase, de 1900 a 1930 é criada a primeira entidade de atendimento ao menor no Rio de Janeiro que na época era a capital federal. Em 1927 foi criado o primeiro Código de Menores, intitulado de Código Melo Mattos. Conforme Razzini "a legislação produzida nas primeiras décadas do século XX respondia aos temores abertamente propagados em relação ao aumento da criminalidade infantil".[32] O Projeto de Lei nº 94 de 1912 traçava uma maneira de categorizar a criança e o jovem e classificá-lo procurando detectar o seu 'grau de perversão': se abandonado ou delinquente, se vicioso, se portador de má índole ou más tendências, se vagabundo, pervertido, libertino ("ou em perigo de o ser...")[33].

Numa terceira fase, que vai de 1930 a 1945, período em que houve a derrubada das oligarquias rurais, uma ruptura entre a frente urbana e a rural dando origem ao Estado Novo (1937), o ambiente foi favorável ao surgimento de um Estado Autoritário, ditatorial. Em 1942 foi criado o SAM (Serviço de Assistência ao Menor). A tônica da época foi a construção de internatos, reformatórios e casas de correção para os jovens infratores. O menor de idade em situação irregular era tido como uma ameaça à sociedade. O tratamento para essa ameaça era a repressão pelo sistema correcional-repressivo. Foi aí que surgiram os reformatórios e casas de correção para os menores infratores.

De 1964 até 1980 instaurou-se no país o regime ditatorial novamente, comprometendo o exercício dos direitos humanos de modo geral. Um período demarcado pelo rápido crescimento econômico, mas em contrapartida, um aprofundamento das desigualdades sociais. No pertinente à infância e juventude, conforme Tejadas[34], foram instituídas duras legislações significativas: em 1964 foi criada a PNBM – Política Nacional do Bem-Estar do Menor através da Lei 4513/1964 e com a Lei 6697/1979 foi criado o Código de Menores. Essas legislações tinham como foco crianças e adolescentes pobres considerados em situação irregular. Pelo PNBEM a criança e adolescente só interessavam ao direito quando em situação de patologia social – situações de abandono, carência, vitimização e infração penal. Foram criadas em nível estadual a FEBEM (Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor) e em nível federal a FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor). Nestas instituições, conforme ensinamentos de Tejadas, "pretendia-se reeducar, ressocializar, reformar o sujeito para o convívio em sociedade (grifo nosso)"[35].

---

[32] Ibidem, p. 130.

[33] Ibidem, p. 135.

[34] TEJADAS, Silvia da Silva. **Juventude e ato infracional**: as múltiplas determinações da reincidência. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007, p. 37.

[35] Ibidem, p. 37.

Em geral, conforme ensinamentos de Rizzini:

> até os idos de 1900, não se costumava fazer distinção entre a fase da infância e da adolescência. No início do século XX, ao contrário, aparecem menções ao púbere, ao rapaz e à rapariga, normalmente em associação ao problema da criminalidade. O termo delinquência juvenil, que anos mais tarde será muito frequente, tem no início do século, suas primeiras referências. Além disso, nota-se o uso corrente do termo menor dotado de uma conotação diferente da anterior: torna-se uma categoria jurídica e socialmente construída para designar a infância pobre – abandonada (material e moralmente) e delinquente. Ser menor era carecer de assistência, era sinônimo de pobreza, baixa moralidade de periculosidade[36].

Na década de 70, do desenvolvimento econômico, as questões sociais deixaram de ser um fim em si mesmo e passaram a ser um meio de atingir um grau de desenvolvimento. Na década de 80, houve a pressão social contra o regime militar e consequente aproximação entre a sociedade civil e sociedade política, que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Manifestações e mobilizações nacionais envolvendo a Pastoral da Criança, OAB, Fundação Abrinq, CNBB, etc. todos unidos em prol da criança e do adolescente que levaram a duas emendas constitucionais que originaram o artigo 227 e fez com que surgisse a Lei 8069/1990 (ECA). O menor de idade passou a ser sujeito de direitos.

Também, em 20 de novembro de 1989, a Assembleia Geral do ONU aprovou por unanimidade à Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças e trouxe a Teoria da Proteção Integral como eixo básico dos direitos das crianças e adolescentes. O Brasil adotou o texto, em sua totalidade por intermédio do Decreto 99.710/90[37].

O ECA foi uma revolução neste momento, revogando o velho paradigma até então vigente, o Código de Menores, que vigeu até 1989, superando uma política repressiva/assistencialista chamada de "Doutrina Jurídica do Menor em situação irregular".

Então, num primeiro momento o menor era tido como uma ameaça e depois como um carente. Hoje, como sujeito de direitos – será?

---

[36] RAZZINI, Irene, *op. cit*., p. 134.

[37] D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. **Adolescente em conflito com a lei... & a realidade!** 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 67.

4 ADOLESCENTE INFRATOR: SUJEITO OU INIMIGO?

Vive-se um tempo em que o adensamento das desigualdades e suas repercussões para os segmentos sociais mais vulneráveis social e penalmente – como é o caso da juventude em conflito com a lei – tende a tornar natural o discurso que afirma respostas simplistas para fenômenos complexos como o caso dos clamores pela redução da maioridade penal. Tais clamores colocam em risco muitas conquistas alcançadas na área da infância e juventude como acima abordado quanto à sua evolução histórica.

Frente aos problemas sociais, surge a ideia de inimigo, baseada em critérios de periculosidade desprovido das garantias e prerrogativas processuais de um Estado de Direito. Um Estado social mínimo se transforma em um Estado penal máximo que vem assumindo características cada vez mais repressoras e alguns grupos sociais são vistos como mais perigosos – os jovens infratores.

No entanto, "a população jovem enfrenta um contexto social de violência, exclusão e falta de oportunidades, nos quais suas competências, sua contribuição para a sociedade e todo seu potencial são desconsiderados ou simplesmente ignorados."[38] É preciso, pois, neste contexto,"respeitar-se as opções do adolescente. Para isso é necessário que se o respeite como sujeito, abjurando a posição de inferioridade, para o tomar como outro[39]". Para Rosa[40], "o que se mostra é um sendero em que a singularidade, a ética da intervenção deve ser o mote. De qualquer forma, o reconhecimento do adolescente como um sujeito independente e com autonomia para tomar suas decisões parece ser o significante primeiro nesta empreitada."

Atualmente, se tem posto em prática uma verdadeira cultura de emergência e expansão do sistema punitivo, particularmente com relação a jovens infratores há um clamor público muito grande. Diante de uma percepção de insegurança e impunidade, como constantemente apontado pela mídia, há um crescente apelo por um sistema penal mais rigoroso, mais punições. E sob este pretexto, surgem propostas de redução da maioridade penal ao classificar-se o adolescente como inimigo número um da sociedade.

---

[38] RIZZINI, Irene; ZAMORA, Maria Helena; KLEIN, Alejandro. **O adolescente em contexto**. In: CADERNO de Textos. São Paulo: Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude, 2008. p. 36-51. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=12>.p.15. Acesso em: 22 maio 2011.

[39] ROSA, Alexandre Morais. **Introdução Crítica ao Ato Infracional**: Princípios e Garantias Constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2007, p. 02.

[40] Ibidem. p. 03.

Os meios de comunicação de massa encarregam-se de criar uma opinião pública que favorece a aceitação da realidade em termos de inimizade social. "Deve-se fazer algo" antes que o "menor infrator" ou "outro", o "marginal" ataque. O infrator que já está em situação de vulnerabilidade, em razão do contexto sociocultural-econômico e da diversidade em que vivemos, é visto como perigoso, inimigo, devendo assim ser tratado. Não estaria em presença de cidadãos com quem o Estado deve dialogar, mas inimigos aos que o Estado deve combater.

Os adolescentes são frequentemente considerados os responsáveis pelo aumento da violência. Essa falsa "realidade" é produzida em especial pela mídia e surgem, em decorrência, diversos projetos de lei para a redução da imputabilidade penal como uma solução imediata e garantida contra a violência.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, que atingiu reconhecidos avanços com a criação de um sistema de garantia de direitos, é alvo de muitas críticas referidas a uma suposta brandura das medidas aplicadas aos adolescentes tidos como "bandidos irrecuperáveis"[41]. Mas para os atuantes e estudiosos da área, é cediço que, na realidade, as maiores vítimas são os adolescentes.

A eleição do direito penal como mecanismo de controle social não é evolução, mas busca de um imediatismo que cause perspectiva de punição aos atuais "inimigos" públicos.

Essa solução simplista de redução da maioridade penal poderá criar uma sensação de segurança, a qual não passa de uma simples sensação. Esta proposta é para satisfazer à opinião pública, mas sem política social.

Ademais, como bem anota Sergio Salomão Shecaira, "é fundamental que se tenha a devida parcimônia nas reações punitivas aos atos infracionais"[42], pois "a punição produzirá internação, que propiciará a estigmatização, acarretando a recidiva, instaurando um verdadeiro círculo vicioso"[43], típica situação de inserção no contexto da exclusão sociopunitiva do direito penal do inimigo.

A adolescência é "o momento de culminância do mecanismo de fixação da identidade da personalidade humana"[44], sendo que a falha dos controles sociais

---

[41] RIZZINI, Irene; ZAMORA, Maria Helena; KLEIN, Alejandro. **O adolescente em contexto**. In: CADERNO de Textos. São Paulo: Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude, 2008. p. 36-51. Disponível em: http://www.ciespi.org.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=12>.p. 02. Acesso em: 22 maio 2011.

[42] SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistemas de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. São Paulo: RT, p. 111.

[43] Idem, ibidem, p. 111-112, *passim*.

[44] Idem, ibidem p 107.

tradicionais[45] em razão do processo globalizador, que resulta no "descrédito na política, um ceticismo cívico-partidário uma descrença dos principais valores éticos"[46], acaba por desembocar na exigência da punição excessiva.

No mundo globalizado:

> O sonho de cada jovem em mudar a sociedade e suas instituições passou na pós-modernidade a ser um agir social de passar por elas, ignorando-as quanto aos seus papéis tradicionais. Mesmo a família, que tinha, como célula-mãe da sociedade, a função de produzir a referência social de seus filhos, deixou de cumprir seu antigo papel. Na realidade, a sociedade individualista e atomizada segue um caminho indeterminado, sem destino único, em meio a riscos democraticamente distribuídos. Na pós-modernidade as desigualdades sociais se entrelaçam com a individualização, de tal forma que os graves problemas do sistema e as crises sociais são transformados e compreendidos como elementos de um fracasso pessoal, demonstrativos de uma crise individual.[47]

É necessário que se mude o tratamento dado ao menor, mas se a legislação e as medidas impostas se mostram insuficientes, deve-se haver um aprimoramento[48]. As infrações cometidas por adolescentes são um problema social, mas deve-se buscar uma orientação adequada para a solução deste conflito, isso deve ser estudado de uma perspectiva séria, não estigmatizante, tampouco de vingança, que não trate o adolescente como inimigo.

---

[45] O controle social, exerce-se, primeiramente, por via da família, da escola, da igreja, do sindicato, atuantes na tarefa de socializar o indivíduo, levando-o a adotar os valores socialmente reconhecidos e os respeitar, independentemente da ação ameaçadora e repressiva do Direito Penal, que constitui uma espécie de controle social, mas de caráter formal e residual, pois só atua diante do fracasso dos instrumentos informais de controle. (REALE JÚNIOR, 2009, p. 3).

[46] SHECAIRA, Sérgio Salomão, *op cit*., p. 106.

[47] Idem, ibidem.

[48] "Note-se que não vemos razão para permitir que as convicções expostas sejam abaladas pelo fenômeno da criminalidade violenta que, em nossos dias, assume proporções inquietantes, com participação cada vez mais crescente do menor delinquente . Isso confirma, aliás , o que vimos sustentando. Se a sociedade moderna, bastante influenciada por economistas de pouca visão, não é capaz de empenhar-se verdadeiramente no amparo e na educação do menor carente ou abandonado, por não ser esse um "investimento" com retornos e lucros garantidos, não é de espantar que milhares de pequenos seres, dentre os que perambulam pelos centros urbanos, agredidos pela nossa indiferença e humilhados pelas esmolas insuficientes que lhes damos de má vontade, desenvolvam sua grande potencialidade mediante um aprendizado negativo, até serem recrutados pelos profissionais do crime. É um fato lamentável, mas que lhe assegurará , de qualquer modo, uma forma de sobrevivência, como adultos marginalizados, agressivos e inimigos de uma sociedade que sempre lhes foi extremamente hostil, apesar de não terem a mínima parcela de participação na circunstância de um dia nela terem surgido, pela fatalidade do nascimento." (Toledo, p. 322)

Conforme ensinamentos de Rosa:

> a intervenção do judiciário se dá em face de um adolescente que deve ser reconhecido como sujeito de seu próprio desejo. Esta intervenção deve possibilitar ao adolescente o reconhecimento de sua responsabilidade e de seus próprios desejos, mesmo que eventualmente em conflito com os dos pais e dos atores jurídicos, procurando, com ele, as saídas dos impasses que se apresentam, desde que haja demanda. O ato infracional pode ser o sintoma de que algo anda mal e propicia uma intervenção capaz de promover a atribuição de sentido. Se o sujeito é um mistério, o processo de subjetivação do adolescente é um enigma, cuja posição ética precisa respeitar a liberdade de se constituir.[49]

O que não se pode confundir é o tratamento dado ao adolescente que é pessoa em fase de desenvolvimento com impunidade e falta de responsabilização. A lógica de educar e ressocializar deve prevalecer sobre a vingativa ou punitiva afastando-se assim o direito juvenil do inimigo. A sensação de impunidade e suposta ausência de responsabilização deve ser contestada, pois as medidas de caráter educativo aplicadas ao adolescente infrator são também um mecanismo estatal-jurídico de controle social. Assim, a redução da maioridade penal não é solução para satisfazer os anseios sociais por maior segurança.

Os objetivos de redução da idade de maioridade penal se constituem, segundo Ramidoff, "num retrocesso político-ideológico aos direitos fundamentais afetos à infância e à juventude. A idade de maioridade penal é fruto dos avanços civilizatórios e humanitários democraticamente alcançados"[50].

A visão histórica do adolescente, apresentada neste trabalho, mostra que o jovem infrator sempre foi identificado e tratado como inimigo e assim continuará sendo se for renegada a evolução legislativa e os direitos conseguidos até então, mesmo sendo sabido que o rumo do direito é caminhar cada vez mais a um verdadeiro sistema de garantias.

---

[49] ROSA, Alexandre Morais, *op. cit*. , p. 03.

[50] RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de direito da criança e do adolescente**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 169.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do direito penal do inimigo tem como escopo dar um tratamento diferenciado aos indivíduos tidos como mais perigosos, suprimindo algumas de suas garantias fundamentais em benefício da sociedade.

Portanto, para melhor compreensão do que é o Direito Penal do Inimigo, é preciso entender quem é o agente delimitador da matéria ou, como bem aponta Paulo César Busato, "para conhecer realmente as razões pelas quais se pune, é necessário conhecer, antes de tudo, quem pune"[51].

O Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988 restringe qualquer forma atentatória contra a dignidade humana, pois "atentar contra a dignidade é atentar contra o próprio indivíduo"[52].

A criação de um direito penal dividido em pessoas e não pessoas não passa de uma criação ideológica para criação da pseudossensação de segurança[53]. Contudo, tal "especificidade ideológica que consiste na tentativa de cristalizar o social por meio do direito"[54], resulta na seguinte estratégia: tornar o inimigo justificação de uma punição desmotivada.

Reduzir a maioridade penal é eliminar um "perigo" para a sociedade e para o Estado? Não pode ser deixado de lado que a própria sociedade possui sua parcela de culpa, ou seja, é corresponsável pela prática dos delitos[55]. A teoria que preconiza a aceitabilidade de um Direito Penal do Inimigo e um direito juvenil do inimigo é absolutamente inadmissível aos preceitos do Estado Democrático de Direito. Sua aceitação resulta na infração à proibição do retrocesso[56], a qual é garantia da eficácia dos direitos fundamentais[57].

Há necessidade de desmistificar a visão de que o adolescente infrator não sofre punição. Ele sofre e está sujeito ao devido processo legal, mas, por estarem em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de um atendimento sociopsicopedagógico, pois sua regulamentação constitui-se em sistema heterogêneo de direitos[58].

---

[51] BUSATO, Paulo César, *op cit*., p. 518.

[52] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais** 8 ed. Porto Alegra: Livraria do Advogado, 2007, p. 373.

[53] CARCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTr, 1998, p. 163.

[54] Idem, Ibidem, p. 166.

[55] Conforme determinação do artigo 227 da Constituição Federal, o sujeito em desenvolvimento é preocupação de todos, não é um encargo exclusivo dos familiares.

[56] Sobre o assunto: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. Porto Alegra: Livraria do Advogado, 2007, pp. 442-470.

[57] A proteção à infância é direito social expresso no artigo 6º da Constituição Federal, assim como a tutela de proteção aos adolescentes e crianças, devidamente prevista no artigo 227 da Magna Carta.

[58] ROSSANTO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: RT, 2010, p. 55.

Os jovens infratores são cidadãos e não inimigos do Estado, motivo pelo qual sua aceitação enquanto inimigo público, certamente resultará na desconstrução do contrato social vigente no ordenamento jurídico pátrio, abandonando o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, a qual busca erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, para assim promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A ideologia do infrator juvenil enquanto inimigo, não resolve os problemas que envolvem o adolescente, ela atenta contra este e, simultaneamente, contra toda a sociedade, pois ao subverter o Estado garantista em absolutista, ditatorial e discriminatório abandona o velho adágio de que os jovens "são o futuro do país" para transformá-los na doença a ser eliminada.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BUSATO, Paulo César. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal** : fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTr, 1998.

CASTRO, Renato de Lima. Garantismo penal: uma ilusão? In: PRADO, Luiz Regis. **Direito penal contemporâneo**. Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. **Adolescente em conflito com a lei... & a realidade!** 1 ed., 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. **Berlusconi, o inimigo e o direito penal do "muy amigo"**. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em: 20 abr. 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2006. v.1.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In: GRECO, Luis. **O Bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de direito da criança e do adolescente**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIZZINI, Irene. **O Século perdido**: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

RIZZINI, Irene; ZAMORA, Maria Helena; KLEIN, Alejandro. **O adolescente em contexto**. In: CADERNO de Textos. São Paulo: Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude, 2008. p. 36-51. Disponível em: http://www.ciespi.org.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=12>. Acesso em: 22 maio 2011.

ROSA, Alexandre Morais. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSSANTO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jaques. **O Contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegra: Livraria do Advogado, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistemas de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TEJADAS, Silvia da Silva. **Juventude e ato infracional**: as múltiplas determinações da reincidência. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo**: o progresso ao retrocesso. Coimbra: Almedina, 2010.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal**: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Endereços Eletrônicos

< http://www.youtube.com/watch?v=5skWY4Q8dXQ>.

<http://www.youtube.com/watch?v=FchQcoJlLjU&feature=related>.

<http://www.youtube.com/watch?v=eF4dejwWKFM&feature=related>.

<http://www.youtube.com/watch?v=hGqW7XFEZ7Y&feature=related>.

<http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL48282-5606,00-CASO+JOAO+HELIO+MP+ALIVIA+ACUSACOES+CONTRA+DOIS+ENVOLVIDOS.html>.

<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/rj/jovem+envolvido+em+morte+do+menino+joao+helio+ganha+liberdade+assistida/n1300076571237.html.>.

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u695908.shtml>.

O AMIGO DO INIMIGO: DO ESTIGMA À CRIMINALIZAÇÃO DA ADVOCACIA CRIMINAL

Diogo Machado de Carvalho*

RESUMO

Este artigo empenha-se na atual discussão acerca do necessário papel de resistência da defesa (auto e técnica) frente ao chamado "Direito Penal" do Inimigo. Destina-se, mais especificamente, ao estudo dos aspectos jurídico-sociais relacionados ao desempenho do defensor na tentativa de resguardar o (ainda que mínimo) respeito às regras do jogo ao (não)cidadão etiquetado como um perigo à sociedade excludente. Nesse viés, alheio ao comumente questionamento sobre a (i)legitimidade do discurso da "Defesa Social", discute-se os estigmas sofridos pelo amigo do inimigo, difundidos mormente pela mass media, bem como se analisa o crescente movimento de criminalização da advocacia criminal.

Palavras-chave: amigo (cidadão); inimigo; advocacia criminal; estigma, criminalização.

ABSTRACT

This paper is focused on the current debate about the appropriate role of the (self and technical) defense when affronted to the "Criminal Law" of the Enemy. It is intended, more specifically, to the study of social and legal aspects related to the performance of attorneys when attempting to protect the (even a minimal) rules of the game in which the (non) citizen, labeled as a danger to an exclusionary society, is undergone. In this sense, away from the ordinary questioning about the (i)legitimacy of the "Social Defense" discourse, it discusses the stigmas suffered by the friend of the enemy, usually broadcasted by the mass media, as well as it analyses the growing movement to criminalize criminal advocacy.

Keywords: friend (citizen), enemy, criminal advocacy, stigma, criminalization.

* Diogo Machado de Carvalho é Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Especialista pela mesma universidade. Advogado Criminalista.

"Malgrado os insucessos, as amarguras,os desenganos, o balanço é positivo; se destes faço a análise me dou conta de que a ocasião capaz de suprir todas as minhas deficiências consiste justamente na humilhação de dever-me encontrar, ao lado de tantos desgraçados, contra os quais se desencadeia o vitupério e se açula o desprezo, no último degrau da escada"

Francesco Carnelutti

1 LÍQUIDA MODERNIDADE, DURA REALIDADE

> "Cada ordem tem suas próprias desordens; cada modelo de pureza tem sua própria sujeira que precisa ser varrida" **Zygmunt Bauman**

Hodiernamente, na sociedade neoliberal de consumo, os laços humanos tornam-se cada vez mais frágeis e efêmeros, uma vez que, ausentes de qualquer compromisso e norteados pela incerteza, liquefazem-se brevemente com o tempo. Conforme Zygmunt BAUMAN, em tempos globalizados, os relacionamentos líquidos, diferentemente dos sólidos, "não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la"[1].

Vive-se na era da velocidade acelerada[2], ou, nas palavras do Senhor Supremo Bill GATES, "no estilo de vida web"[3], onde os vínculos sociais são meros simulacros superficiais[4], dotados de virtualidade, que podem facilmente ser utilizados e deletados logo em seguida. Na pós-modernidade, tudo é descartável.

Dentro desta (i)lógica sistêmica, aqueles que não correspondem às expectativas criadas pela (des)ordem vigente[5] - por representarem a impureza, a sujeira, bem como perigo ao mercado (des)regulador - merecem ser expungidos do tecido social.

Segundo Mary DOUGLAS:

> A sujeira é essencialmente, desordem. Não há sujeira absoluta: ela existe aos olhos de quem a vê. Se evitamos a sujeira, não é por covardia, medo nem receio ou terror divino. Tampouco nossas ideias sobre doença explicam a gama de nosso comportamento no limpar a sujeira. A sujeira ofende a ordem. Eliminá-la não é um movimento negativo, mas um esforço positivo para organizar o ambiente[6].

---

1 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 8.

2 VIRILIO, Paul. Os motores da história. In: ARAÚJO, Hermetes Reis (Org.). **Tecnociência e cultura:** ensaios sobre o tempo presente. São Paulo: Estação Liberdade, 1998. p. 127-146.

3 GATES, Bill. **A empresa na velocidade do pensamento**. São Paulo: Cia. das Letras, 1999. p. 121.

4 "Dissimular é fingir não ter o que se tem. Simular é fingir ter o que não se tem. O primeiro refere-se a uma presença, o segundo a uma ausência. Mas é mais complicado, pois simular não é fingir: 'Aquele que finge uma doença pode simplesmente meter-se na cama e fazer crer que está doente. Aquele que simula uma doença determina em si próprio alguns dos respectivos sintomas.' (Littré) Logo fingir, ou dissimular, deixam intacto o princípio da realidade: a diferença continua a ser clara, está apenas disfarçada, enquanto que a simulação põe em causa a diferença do 'verdadeiro' e do 'falso', do 'real' e do 'imaginário'. O simulador está ou não doente, se produz 'verdadeiros' sintomas? Objetivamente não se pode tratá-lo nem como doente nem como não doente. A psicologia e a medicina detêm se aí perante uma verdade da doença que já não pode ser encontrada" (BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e simulações**. Lisboa: Relógio d'Água, 1991. p. 09-10).

5 "Pensei como a ordem fundamenta todo um padrão de comportamento que nem sempre costumamos relacionar à impureza e ao perigo. No entanto, nada mais apropriado que pensar na ordem para compreender a desordem assim como todo o tipo de discriminação" (GAUER, Ruth Maria Chittó. Da Diferença Perigosa ao Perigo da Igualdade: reflexões em torno do paradoxo moderno. **Civitas**. Porto Alegre, v. 05, nº 02, p. 399, jul./dez. 2005).

6 DOUGLAS, Mary. **Pureza e perigo**. São Paulo: Perspectiva, 1966. p. 12.

Diante desta desenfreada (e utópica) busca pela pureza, cabe ao Estado-jardineiro extinguir de imediato as suas ervas-daninhas, visto que, pela elevada nocividade, estas podem proliferar e destruir o canteiro inteiro[7].

Para a limpeza (defesa) social, necessária se faz, pois, a atuação do malévolo Sistema Penal[8].

2 A CAÇA ÀS BRUXAS

> "Acreditar em bruxas costuma ser a primeira condição de eficiência da justiça criminal" **Nilo Batista**

Como ensina Eugênio Raúl ZAFFARONI, o poder punitivo sempre foi pródigo em discriminar seres humanos e lhes conferir um status que não correspondia à condição de pessoas[9]. Na (pós, líquida, hiper ou tardo) modernidade aterrorizada pós-11 de setembro não poderia ser diferente...

Assim, fundamentado em uma teoria contratualista, o soberano Estado seleciona[10] naturalmente (Darwin) seus inimigos dentre aqueles que romperam com as normas pactuadas e, por meio da utilização belicosa do Direito Penal e do Processo Penal[11], busca eliminar o perigo social que tais (não)pessoas representam. Na lição de Günther JAKOBS, a prática de um crime põe em risco uma recaída no estado da natureza. Logo, os que se desviam da regra por princípio, eliminando a segurança cognitiva dos demais em relação à vigência da norma, devem ser tratados como não cidadãos[12].

---

7 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 35-39

8 Nesse sentido, concorda-se com a máxima abolicionista que "o sistema penal é concebido especificamente para fazer o mal" (HULSMAN, Louk; DE CELLIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas:** O Sistema Penal em Questão. Niteroi: LUAM, 1993. p. 88).

9 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo em direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 11.

10 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** a introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 161.

11 "Según la perspectiva pragmática de la praxis del derecho penal, éste no es más que un derecho instrumental aniquilatorio de enemigos sociales (Feindstrafrecht)" (PAUL, Wolf. Esplendor y miseria de las teorias preventivas de la pena. In: RAMIREZ, Juan Bustos (Org.). **Prevencion y teoria de la pena**. Santiago: Editorial Jurídica CONOSUR, 1995. p. 69).

12 JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo:** noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 26-33.

Surge, então, a doutrina do "Direito(?) Penal do Inimigo"[13] que, através do giro discursivo e do golpe de cena, tenta justificar pelo direito o abandono do próprio direito quando este for aplicável ao chamado inimigo[14].

> Não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. Tal descrição revela que é perfeitamente possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem àquelas que tratam o autor como pessoa e àquelas outras que o tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar aos demais.[15]

Todo aquele que de "*forma presuntamente duradera, ha abandonado el Derecho, por consiguiente ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal y lo manifesta a través de su conducta*"[16], por ser incapaz de reabilitação social[17], é considerado um mero objeto a ser vigiado e, sobretudo, castigado, um ser daninho que merece ser encarcerado o maior tempo possível (quem sabe pelo resto de seus dias?) ou simplesmente eliminado fisicamente como um animal[18].

A identificação de um infrator como inimigo, via criminologia do outro[19], "é um reconhecimento de competência normativa do agente mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização, e que outra coisa é Lúcifer senão um anjo caído?[20]"

---

[13] "Pero queda en pie la cuestión conceptual de si, entonces, el Derecho penal del enemigo sigue siendo «Derecho» o es ya, por el contrario, un «no-Derecho», una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos «excluidos»" (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal:** aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales. 2.ed. Madri: Civitas, 2001. p. 166).

[14] Consoante Luigi Ferrajoli, o inimigo é visto como uma não pessoa e, por estar fora do direito, não merece nem as garantias ordinárias do correto processo nem aquelas previstas no direito humanitário para o prisioneiro de guerra (FERRAJOLI, Luigi. Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penalle. **Panóptica**, Vitória, ano 2, n. 11, p. 90, nov./fev. 2008).

[15] JAKOBS, Günther. p. 21.

[16] JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madri: Thomson Civitas, 2004. p. 45.

[17] Por não se tratar simplesmente de um homem perigoso, de um desviado ou marginal, ao inimigo só cabe, como na guerra, sua aniquilação por qualquer meio (BUSTOS RAMIREZ, Juan. Estado y control: la ideología del control y el control de la ideologia. In: BERGALLI, Roberto et alii. **El pensamento criminológico II:** estado y control. Bogotá: Temis, 1983. p. 22)

[18] MUÑOZ CONDE, Francisco. El nuevo derecho penal autoritário. In: LOSANO, Mario G.; MUÑOZ CONDE, Francisco (Orgs.). **El derecho ante la globalización y el terrorismo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 177.

[19] "Existe una criminología del sí mismo que caracteriza a los delincuentes como consumidores racionales y normales, tal como nosotros: y existe una criminología del otro, del desafiliado atemorizante, el extraño amenazante, el resentido y excluido. Una es invocada para hacer del delito algo cotidiano, reducir los temores desproporcionados y promover acciones preventivas. La otra es utilizada para demonizar al delincuente, expresar los miedos e indignaciones populares y promover el apoyo al castigo estatal" (GARLAND, David. **La cultura del control:** crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 231-232).

[20] CANCIO MELIÁ, Manuel. De novo: "Direito Penal" do Inimigo? **Panóptica**, Vitória, ano 2, n. 11, p. 228, nov./fev. 2008.

O inimigo, sempre visto como a perigosa representação do estranho[21], define-se como um cancro deletério – um legítimo "verme"- que deve ser imediatamente exterminado sob pena de trazer contaminação e, consequente, destruição à "*ordenada, bela e limpa sociedade*"[22].

Nas sempre certeiras palavras de Zygmunt BAUMAN:

> O Outro não é um pecador que pode ainda se arrepender ou emendar. É um organismo doentio, 'enfermo e infeccioso, prejudicado e prejudicial'. Serve apenas para uma operação cirúrgica: melhor ainda, para a fumigação e o envenenamento. Deve ser destruído para que o resto do corpo social possa manter a saúde. Sua destruição é uma questão de medicina sanitária[23].

Portanto, quando o (imóvel) Direito Penal supostamente atinge sua terceira velocidade[24] - adiantando a punibilidade, elevando as penas e restringindo as garantias processuais[25],- o Estado (de permanente exceção)[26] não fala com seus cidadãos, mas, sim, declara guerra à figura de seu potencial inimigo (*o homo sacer, o homo famelicus, o impuro, o consumidor falho, o outsider*), legítima encarnação dos demônios interiores da (bárbara) civilização contemporânea[27].

---

[21] O medo ao estranho manifesta-se desde os seis meses de vida, quando a criança começa a reconhecer a diferença entre a mãe e os outros, passando a demonstrar uma angústia em relação a estes. A presença do outro causa frustração, pois assinala a ausência da mãe, que é a fonte da satisfação das necessidades da criança (MEZAN, Renato. **Freud, pensador da cultura**. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 509).

[22] Não custa relembrar Freud ao constatar que "a beleza, a limpeza e a ordem ocupam uma posição especial entre as exigências da civilização" (FREUD, Sigmund. **O Mal-estar na civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p. 47).

[23] BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**, p. 56.

[24] Entende-se como equivocada a notória expressão de Jesús Maria Silva Sánchez, visto que o Direito Penal é estático, não tendo qualquer atuação, nem realidade concreta fora do processo correspondente (LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 3).

[25] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**, p. 163.

[26] Na contemporaneidade, o estado de exceção deixa de ser uma simples medida extrema de governo, perdendo seu caráter de emergência, e passa a ser vislumbrado como elemento constitutivo da ordem jurídica, da normalidade (AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 18).

[27] O termo "barbárie civilizada" representa a produção de dor, sofrimento e morte mediante a tomada de decisões (supostamente) racionais e justificadas (LÖWY, Michel. **Modernidade e barbárie no século XX**. Porto Alegre: FSM, 2000. p. 3 e seguintes).

3 "QUEM NÃO ESTÁ CONOSCO ESTÁ CONTRA NÓS"

> "A Bíblia nos ensina a amar o próximo e também a amar nossos inimigos provavelmente porque eles em geral são as mesmas pessoas" **Mark Twain**

Neste verdadeiro campo de batalha interno instaurado para proteger a sociedade[28], todo aquele que exteriorizar um singelo ato de amizade e/ou alteridade para com o inimigo converte-se, em última análise, em um empecilho à prometida (e mítica) segurança[29], sendo passível também de neutralização.

Deste modo, na modernidade egoísta-narcisista[30], o advogado criminal que, segundo Francesco CARNELUTTI, é o único a permanecer "sobre o último lugar da escada ao lado do acusado"[31], adquire, por simples osmose, a periculosidade e o temor (viscosidade) apresentados pelo cliente-inimigo. Conforme o ditame popular: "*diga-me com quem andas que te direi quem és*".

> Criam-se lendas em torno daquela espécie de criminoso/acusado. Aumentam-se-lhe os poderes, as capacidades, as habilidades. Ele tem parte com o demônio. Ele é capaz de transformar homens em burros de carga e, talvez, de voar. Ele come criancinhas entre goles de alguma bebida proibida. Ele é correspondente de algum cartel colombiano ou da própria Cosa Nostra. Ele já procurou comprar plutônio enriquecido para fazer a bomba. Com todas essas imagens gravadas no inconsciente coletivo, tornam-se moralmente aceitáveis – até porque meramente circunstanciais e destinados a neutralizar um poder sobre-humano – instrumentos que, de outra maneira, seriam considerados inadmissíveis. *Golpeia-se o criminoso/acusado para que ele, matreiro como é, não consiga atacar primeiro. Golpeiam-se todos os seus asseclas, próximos e parentes. Pouco importa que a Constituição haja dito que um de seus "asseclas" é um elo fundamental na administração da justiça. Naquele momento, é alguém engajado na luta ao lado das forças do mal*[32]**.**

---

[28] FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade:** curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 73.

[29] A sociedade pós-industrial se caracteriza, principalmente, pela imprevisibilidade, pelas incertezas, pelos riscos, pela insegurança, pela integração supranacional; pela própria globalização. (FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 17).

[30] "O sujeito vive permanentemente em um registro especular, em que o que lhe interessa é o engrandecimento grotesco da própria imagem. O outro lhe serve apenas como instrumento para o incremento da autoimagem, podendo ser eliminado com um dejeto quando não mais servir para essa função abjeta" (BIRMAN, Joel. **O Mal-estar na atualidade:** a psicanálise e as novas formas de subjetivação. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. p. 25).

[31] CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Russel Editores, 2007. p. 31.

[32] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Lavagem e advogados**. p. 07-08. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jggr/lavagem_e_advogados.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2009 (grifo nosso).

Veja-se que o papel do ator defensor sempre foi tido como um dos mais intrigantes dentro da *cerimônia degradante de status*[33], porquanto é o único dentre todos os celebrantes togados a corajosamente transpassar a barra e compartilhar com o réu os estigmas ocasionados pela aversão da massa social[34]. O advogado criminal - que no comezinho imaginário popular divide-se entre a *defesa do diabo* e *a porta da cadeia* - traz consigo um sinal negativo[35], marcado a ferro candente, que o coloca em pérfida situação de inabilitação para aceitação social plena.

De acordo com Erving GOFFMAN:

> Enquanto o estranho está a nossa frente, podem surgir evidências de que ele tem um atributo que o torna diferente de outros que se encontram em uma categoria em que pudesse ser incluído, sendo, até, de uma espécie menos desejável - num caso extremo, uma pessoa completamente má, perigosa ou fraca. Assim, deixamos de considerá-lo criatura comum e total, reduzindo-o a uma pessoa estragada e diminuída. Tal característica é um estigma, especialmente quando seu efeito de descrédito é muito grande – algumas vezes ele é considerado um defeito, uma fraqueza, uma desvantagem – e constitui uma discrepância específica entre a identidade virtual e a identidade social real[36].

Ademais, a própria simbologia[37] do ritual sagrado de julgamento[38] demonstra o caráter "*sinistro*" do advogado de defesa e do inimigo, uma vez que, na concepção cênica

---

[33] A expressão "status degration ceremony" foi cunhada por Harold Garfinkel em 1956 (GARFINKEL, Harold. **Conditions of successful degradation cerimonies**. **The American Journal of Sociology**. Chicago, v. 61, n. 5, p. 420, Mar. 1956.)

[34] Em um viés simbólico, vislumbra-se que, no ritual processo penal, o acusado encontra-se absolutamente inibido, pois, no "mesmo lado da barra, as personagens do coro estão unidas por uma vestimenta e, no outro lado, o público constitui uma massa; o acusado, esse está isolado" (GARAPON, Antoine. **Bem julgar:** ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 105).

[35] BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas:** um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23.

[36] GOFFMAN, Erving. **Estigma:** notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988. p. 13.

[37] "A função primária de um símbolo é expressar um conceito por intermédio de um resumo visual. Um símbolo tem muitas vantagens sobre a palavra escrita ou falada: ele transcende as barreiras da linguagem; sua mensagem pode ser instantaneamente registrada e absorvida" (CAMPBELL, Joseph. **As máscaras de Deus**. São Paulo: Palas Athena, 1995. p. 09).

[38] "A seriedade do ato judiciário implica uma pompa solene que confere ao ambiente do ritual um toque de sagrado" (RIVIÈRE, Claude. **Os ritos profanos**. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 316).

da sala de audiências, ambos estão à esquerda de Juiz-Pai-Todo-Poderoso[39] e em posição inferior aos demais participantes. Maria Lúcia KARAM e Rubens CASARA[40], embasados na Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen HABERMAS, afirmam que o arranjo dos atores processuais é uma forma proposital de comunicação que é recebida de forma consciente (e, por vezes, inconscientemente) pelas partes, pelo juiz e, principalmente, por todo o meio social e que tem por objetivo reforçar a diferença entre "quem sofre e quem faz justiça"[41].

Como se não bastasse, em tempos de expansão do Direito Penal[42], além de carregar o eterno estigma, o defensor (quase um Capitão Birobidjan)[43], por ser o único a se colocar de forma quixotesca entre o perverso Leviatã e o débil inimigo a exigir a estrita observância das regras do jogo (direitos e garantias individuais)[44], é visto como um sério incômodo à rápida e eficiente administração da (in)justiça[45].

---

[39] "Quando o julgador fala de si mesmo emerge discurso efetivamente alienado dando a si próprio ares de divindade. O exemplo palmar desta ótica (aqui manifestada com todo o respeito) é a 'Prece de um Juiz', do magistrado aposentado João Alfredo Medeiros Vieira, vertido para quinze línguas. E assim começa a prece; 'Senhor! Eu sou o único ser na Terra a quem Tu deste uma parcela de Tua onipotência: o poder de condenar ou absolver meus semelhantes. Diante de mim as pessoas se inclinam; à minha voz acorrem, à minha palavra obedecem, ao meu mandado se entregam... Ao meu aceno as portas das prisões se fecham.... Quão pesado e terrível é o fardo que puseste em meus ombros!... E quando um dia, finalmente, eu sucumbir e já então como réu comparecer à Tua Augusta Presença para o último juízo, olha compassivo para mim. Dita, Senhor, a Tua sentença. Julga-me como um Deus. Eu julguei como homem'. O texto explica-se por si só. E o que é pior: nós (juízes e povo) acreditamos na ideias do mito juiz-divindade" (CARVALHO, Amilton Bueno de. O juiz e a jurisprudência: um desabafo crítico. In: BONATO, Gilson (Org.). **Garantias constitucionais e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 05).

[40] KARAM, Maria Lúcia; CASARA, Rubens R.R. Redefinição Cênica das Salas de Audiências e de Sessões nos Tribunais. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre, v. 19, ano 5, p. 124, jul./set. 2005.

[41] DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. **Criminologia:** o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 377.

[42] A tendência atual e geral de expansão do Direito Penal pode ser representada pela criação de novos bens jurídicos penais, ampliação dos espaços de riscos jurídicos penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios e das garantias político-criminais (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**, p. 20).

[43] Capitão Birobidjan, ou Mayer Guinzburg, é um jovem visionário judeu que busca, contra tudo e contra todos, colocar em prática suas convicções e ideais de fundação de uma nova e utópica sociedade (SCLIAR, Moacyr. **O exército de um homem só**. Porto Alegre: L&PM, 2002).

[44] Em um Estado que se autointitula Democrático de Direito, cabe ao defensor contribuir para legitimar o sistema judicial, protegendo para que nada deixe de ser realizado em favor do acusado para garantir seus direitos e a prevalência de um processo justo (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel Costa. **Criminologia:** o homem delinquente e a sociedade criminógena, p. 526).

[45] "Obstáculos à rapidez de um processo. (…) Admissão de um defensor. O fato de dar o direito de defesa ao réu também é motivo de lentidão no processo e de atraso na proclamação da defesa. Essa concessão algumas vezes é necessária, outras não" (EYMERICH, Nicolau. **Directorum inquisitorum:** manual dos inquisidores (1376). Revisto e ampliado por Francisco de La Peña (1578). São Paulo: Rosa dos Ventos, 1993. p. 137).

Conforme o irrepreensível escólio de Aury LOPES JR.:

> A sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo. Nesse contexto, o processo deve ser rápido e eficiente. Assim querem o mercado (que não pode esperar, pois tempo é dinheiro) e a sociedade (que não quer esperar)[46].

O reflexo imediato desse "fetiche pela velocidade"[47] (ou eliminação da mesma: a instantaneidade exclui o tempo, que, por sua vez, tolhe a velocidade)[48] e da moderna *Jihad* Estatal travada contra o inimigo e seu amigo não poderia ser diferente: a supressão de garantias processuais (mormente aquelas afeitas ao direito de defesa) e um crescente fenômeno de (des)moralização da advocacia criminal.

Com efeito, na práxis forense, não raras vezes o defensor, como se estivesse a trabalhar no *gulag yankee* de Guantânamo, vê-se com extremas dificuldades de manter o mínimo contato pessoal e reservado com o cliente-inimigo[49], bem como impedido de usufruir das armas processuais legalmente colocadas a sua disposição – bradam os paranoicos punitivistas de plantão: há "*abuso, e não uso, do amplo direito de defesa*"!-. Seguindo os ensinamentos militares de SUN TZU, ao restringir toda e qualquer ajuda que possa ser dada pelo aliado, enfraquece-se o inimigo.

Malgrado propalado aos quatro ventos como "indispensável à administração da Justiça" (art. 133 da Constituição Federal), o advogado criminalista tem tantas restrições estabelecidas pelo Estado que sua atuação, na realidade, tende a se tornar ato meramente formal e ineficaz. Qualquer semelhança do (des)ordenamento jurídico tupiniquim com a *Military Comission Order* n. 1 norte-americana não é mera coincidência.

---

[46] LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). **Diálogos sobre justiça dialogal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 115.

[47] MORETZSOHN, Sylvia. **Jornalismo em tempo real**: o fetiche da velocidade. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 125.

[48] Com base na Física, observa-se que a velocidade média é a razão entre a distância que o objeto percorre e o tempo que ele gastou para percorrer (vm = d/t). Por indução, sem tempo não há velocidade!

[49] "As disposições relativas à revista pessoal no acesso aos presídios não viola a Lei nº 8.906/94 (...). Não há outra forma de impedir que aparelhos celulares, armas, munições e entorpecentes adentrem os portões dos presídios, senão por meio de revista pessoal. E a esta revista todos devem submeter-se" (Mandado de Segurança nº 70005435490, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Voto (Graças a Deus) Vencido: Jaime Piterman, Julgado em 03/04/2003).

> Com efeito: a) o defensor escolhido não substitui o defensor militar, fica colocado ao seu lado, numa posição de subordinação hierárquica em relação ao chefe do corpo de defesa militar; b) não tem direito a conhecer os meios de prova que – conforme decisão discricionária da Comissão Militar – estão cobertos pelo segredo militar; c) os contactos entre o defensor e o acusado estão constantemente submetidos à vigilância; d) o defensor tem de ter a nacionalidade americana e ter tido uma conduta sem mácula; e) o defensor deve entregar uma declaração de autorização sobre a sua vida pública e privada; f) o defensor deve assumir um compromisso de total submissão às regras de funcionamento do processo perante às Comissões Militares[50].

Para além disso, na sociedade panóptica de perene vigilância[51], a privacidade e o sigilo profissional inerentes à escorreita prática da advocacia[52] transformaram-se em singelos produtos que, além de abusivamente violados[53], devem ser postos à comercialização do mercado globalizado.

Conforme Ignacio RAMONET:

> A informação se tornou de verdade e antes de tudo uma mercadoria. Não possui mais valor específico ligado, por exemplo, à verdade ou à sua eficácia cívica. Enquanto mercadoria ela está em grande parte sujeita às leis do mercado, da oferta e da demanda, em vez de estar sujeita a outras regras, cívicas e éticas, de modo especial, que deveriam, estas sim, ser as suas[54].

Por conseguinte, (ilegais) escutas telefônicas de conversas reservadas entre advogado-cliente e gravações televisivas de pirotécnicas invasões policiais a escritórios de advocacia figuram, cotidianamente, como destaque dos mais variados meios de comunicação de massa.

---

[50] BOUCHARD, Marco apud MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 59, p. 234-235, mar./abr. 2006.

[51] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 166.

[52] "A advocacia, enquanto função essencial da justiça, por definição constitucional, não sobrevive se não for a certeza de que o sigilo profissional representa a base sobre a qual se sustenta seu exercício" (CENEVIVA, Walter. **Segredos profissionais**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 41).

[53] "Extravasando dos limites jurídicos e democráticos razoáveis para o cumprimento do mandado, a autoridade policial (sem exibir a ordem) ingressou no escritório, determinou a paralisação das atividades regulares e confinou os profissionais e funcionários em uma sala. Isto é, ingressou no escritório, obstaculizou o desenvolvimento de atividade profissional lícita, manteve em cárcere privado advogados e funcionários. A atmosfera foi de absoluta ilegalidade, parcialmente dissipada bem mais tarde, após a chegada dos advogados titulares, quando finalmente exibido o mandado de busca e apreensão. Parcialmente dissipada, repita-se, porque não havia a autorização judicial — e nem poderia juridicamente existir — de paralisação das atividades do escritório e de execução do cárcere privado" (AZEVEDO, David Teixeira de. A invasão nos escritórios de advocacia: a corrosão da democracia. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 13, n. 153, p. 06-07, ago. 2005).

[54] RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. Petrópolis:Vozes, 1999. p. 60.

Com isso, a *mass media* sensacionalista[55], sobretudo a televisão, cumpre fielmente o seu papel (de controle) social[56], eis que garante os altos índices de audiência e envia, por intermédio do chamado *efeito real*[57], uma mensagem clara ao consumidor da (des)informação prestada: *O advogado é tão criminoso e perigoso (quiçá mais) quanto o seu cliente!*

> Em que pese a importância da atuação do advogado na garantia do estado democrático de direito, fatos recentes, em que esses profissionais têm sido flagrados distribuindo telefones celulares e outros itens proibidos a posse dos presos pelas autoridades prisionais, apontam que integrantes da classe foram contaminados pelos interesses espúrios do crime organizado. Há mesmo registros de que marginais, se servindo de corrupção e fraudes em exames vestibulares e concursos, vêm estruturando um sistema de assessoria jurídica para criminosos, inclusive os reclusos em penitenciárias consideradas de segurança máxima. Esse desvirtuamento da atuação do advogado já não permite que esse profissional seja considerado um cidadão acima de qualquer suspeita, como tem sido a tradição da carreira jurídica[58].

Destarte, como pronta resposta simbólica aos anseios da insegura[59] e infantilizada[60]

---

[55] "O sensacionalismo permite que se mantenha um elevado índice de interesse popular (o que é conveniente para o veículo, na época de competição por leitores e de maximilização publicitária), refletindo, na divulgação de crimes e grandes passionalismos, uma realidade violenta muito próxima de imprecisos sentimentos do leitor; oferece-lhe, em lugar da consciência, uma representação de consciência (...). Quanto aos problemas, eles se esvaziam no sentimentalismo ou se disfarçam na manipulação da simplificação e do inimigo único" (LAGE, Nilson. I**deologia e técnica da notícia**. Petrópolis: Vozes, 1979. p. 24)

[56] BUSTOS RAMIREZ, Juan. Los medios de comunicación de masas. In: BERGALLI, Roberto et alii. **El pensamento criminológico II:** estado y control. Bogotá: Temis, 1983. p. 50-62.

[57] "Os perigos políticos inerentes ao uso ordinário da televisão devem-se ao fato de que a imagem tem a particularidade de poder produzir o que os críticos literários chama o efeito do real, ela pode fazer ver e fazer crer no que faz ver. Esse poder de evocação tem efeitos de mobilização. Ela pode fazer existir ideias ou representações, mas também grupos" (BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 28).

[58] BRASIL. Projeto de Lei nº 143/2007. Acrescenta parágrafo ao art. 42, da Lei de Execução Penal, estabelecendo condições para a entrevista reservada do preso com o seu advogado. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=434925>. Acesso em: 07 jul. 2009.

[59] "O terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana. Não é necessária estatística para afirmar que a maioria das sociedades modernas, a do Brasil dramaticamente, vive sob o signo da insegurança. O roubo com traço cada vez mais brutal, 'sequestros relâmpagos', chacinas, delinquência juvenil, homicídios, a violência propagada em 'cadeia nacional', somados ao aumento da pobreza e à concentração cada vez maior da riqueza e à verticalização social, resultam numa equação bombástica sobre os ânimos populares. Dados estatísticos e informações distorcidas ou mal entendidas sobre a 'explosão da criminalidade' criam um estado irrefletido de pânico, fundados em mitos e 'fantasmas'" (SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 77).

[60] ROMAN, Joel. Autonomia e Vulnerabilidade do Indivíduo Moderno. In: MORIN, Edgar et al. (Org.). **A sociedade em busca de valores:** para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 43-49.

sociedade, o Estado, fazendo uso do onipresente e onipotente Direito Penal[61], dá início ao chamado movimento de criminalização da advocacia criminal[62]. Para tanto, busca a tipificação penal de atos inerentes ao normal patrocínio jurídico, colocando o defensor, assim, na posição de verdadeiro cúmplice dos denominados *inimigos da vez* (o criminoso organizado, o hediondo, o terrorista, o lavador de dinheiro, o narco-traficante, etc.)

Sob o dissimulado pretexto de "*salvaguardar o profissional honesto*"[63], almejou-se aplicar a penalidade disciplinar de expulsão (Projeto de Lei nº 712/2003) e a sanção corpórea de 03 a 08 anos de reclusão (Projeto de Lei nº 577/2003) ao advogado que receber honorários sabendo que os recursos necessários para pagá-los foram obtidos mediante a prática de crime organizado, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, ou quaisquer dos delitos elencados como hediondos[64].

> Todos os dias presenciamos os esforços dos agentes de repressão para combater os criminosos, cada vez mais especializados e nos sentimos frustrados quando, em poucas horas, estes mesmos bandidos são postos em liberdade pela enorme gama de advogados à sua disposição. A obrigatoriedade da comprovação da origem lícita dos recursos financeiros necessários ao pagamento de honorários advocatícios dificultará a bandidos de alta periculosidade dispor de dezenas de advogados que os mantenham livres para continuar praticando seus crimes. Não estamos contra o direito constitucional de plena defesa. Apenas não concordamos que os advogados sejam custeados com dinheiro proveniente do crime organizado, do narcotráfico, do sequestro, da extorsão ou do caixa-dois. Chegamos ao cúmulo de uma advogada de notório traficante de drogas confirmar em jornal de circulação nacional, na semana passada, que seus honorários são provenientes do tráfico de drogas[65].

---

[61] "A retórica penal, ao manifestar um delírio de grandeza (messianismo) decorrente da auto-atribuição do papel de proteção dos valores mais caros à humanidade, chegando a assumir responsabilidade pelo futuro da civilização (tutela penal das gerações futuras), estabelece uma relação consigo mesma que a transforma em objeto amoroso" (CARVALHO, Salo de. A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). **A qualidade do tempo:** para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 206).

[62] BATISTA, Nilo. A criminalização da advocacia. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 4, n. 20, p. 85-91, out/dez. 2005.

[63] BRASIL. Projeto de Lei nº 577/2003. Acrescenta artigo à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, obrigando a comprovação da origem lícita de valores pagos a título de honorários advocatícios, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=121819>. Acesso em: 07 jul. 2009.

[64] Sobre a colisão entre o legítimo interesse da luta contra a lavagem de dinheiro e o direito à livre escolha da defesa no direito alemão: AMBOS, Kai. La aceptación por el abogado defensor de honorários "maculados": ¿lavado de dinero? In: DIAS, Jorge de Figueiredo et al. (Org.) **El penalista liberal:** Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología. Buenos Aires: Hamurabi, 2004. p. 55-94.

[65] BRASIL. Projeto de Lei nº 596/2003. Acrescenta parágrafo ao art. 263 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro 1941, Código de Processo Penal, e ao art. 180 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, estabelecendo que os acusados dos crimes que menciona devem comprovar a origem lícita dos recursos financeiros necessários ao pagamento dos honorários de seus advogados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=122135>. Acesso em: 07 jul. 2009.

Outrossim, com a vivenciada crise do sigilo profissional, pretendia-se alçar o advogado criminalista à condição de "*gatekeeper*" (x-9 oficial), impondo-lhe a obrigação (i)legal de delatar às autoridades quaisquer atividades suspeitas praticadas pelo seu cliente que tiver conhecimento, sob pena de responsabilização criminal[66].

Em um primeiro momento, pode-se afirmar que houve uma pequena vitória na batalha democrática, com o arquivamento de todos os supramencionados Projetos de Lei (e Ordem). Porém, a guerra social contra o "amigo do inimigo" está muito longe de acabar[67]...

> Tal alteração legislativa teve como ponto de partida a situação de emergência na qual se encontra parte da sociedade brasileira, quando narcotraficantes comandam, do interior de presídios, verdadeiras ações de guerrilha nas cidades. Exemplos recentes temos a rebelião simultânea ocorrida em vários presídios no estado de São Paulo e os ataques a civis, ônibus e prédios públicos ocorridos no mês de fevereiro na cidade do Rio de Janeiro. É importante ressaltar que, nestes episódios, há fortes indícios de que as ordens emanadas do interior do cárcere tiveram como principais instrumentos a entrevista reservada com advogados e a visita de parentes. Assim, apesar da suspensão do direito de ir e vir e do isolamento eletrônico que, bloqueia o uso de aparelhos telefônicos móveis, os líderes do narcotráfico fazem a sociedade de refém. Necessário afastar-se o argumento de que a restrição agora imposta fere princípio da dignidade humana ou o direito de não ser, o preso, obrigado a declarar-se culpado ou o direito do livre exercício profissional do advogado[68].

Em suma, o atual Estado autoritário *cool*[69] tenta retomar aqueles velhos (e talvez nunca abandonados) ideais inquisitórios[70], uma vez que para atingir o almejado fim de inocuização do inimigo, a neutralização da advocacia criminalista, mediante sua pretensa criminalização, apresenta-se como um (in)justificado meio.

---

[66] As obrigações impostas ao advogado de informar qualquer fato suspeito que tiver conhecimento - inclusive aquele confidenciado no exercício profissional - e de cooperar com as autoridades responsáveis pela luta contra a lavagem de dinheiro (Diretivas 91/308 e 2001/97 do CEE) não ofendem a garantia do devido processo legal (Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, Assunto C305/05, Julgado em 26/06/2007).

[67] Tramita ainda no Congresso Nacional um pacotão repressivo que compreende os Projetos de Lei nº 291/2003, 7364/2006, 143/2007, 458/2007, todos disciplinando (restringindo) o contato do inimigo com seu defensor.

[68] BRASIL. Projeto de Lei nº 291/2003. Altera o art. 41 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 e o artigo 7º, inciso III da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, estabelecendo a restrição à comunicação de presos que integrem organização criminosa, bem como a possibilidade de gravação das visitas de cônjuge, familiar ou advogado. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/116314.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2009. (grifo nosso).

[69] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo em direito penal**, p. 69.

[70] "Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo, de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agente do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: Veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos – mantém-se hígido" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18).

Contudo, como este movimento encontra-se em seu nascedouro – ou, diria David GARLAND, como o campo social ainda está em estruturação -, faz-se necessária a imediata resistência garantista, via *positividade combativa*[71], reconhecendo a (até então irreconhecível) dignidade da pessoa humana(?) do inimigo[72] e lutando pela máxima eficácia dos direitos fundamentais[73], pois, como já bem alertado por Eduardo Alves da COSTA:

> Tu sabes,
> conheces melhor do que eu
> a velha história.
> Na primeira noite eles se aproximam
> e roubam uma flor
> do nosso jardim.
> E não dizemos nada.
> Na segunda noite, já não se escondem;
> pisam as flores,
> matam nosso cão,
> e não dizemos nada.
> Até que um dia,
> o mais frágil deles
> entra sozinho em nossa casa,
> rouba-nos a luz, e,
> conhecendo nosso medo,
> arranca-nos a voz da garganta.
> E já não podemos dizer nada[74].

---

[71] CARVALHO, Amilton Bueno de. **Teoria e prática do direito alternativo**. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 56-57.

[72] SAAVEDRA, Giovani. Segurança vs. Dignidade: O problema da tortura revisitado pela criminologia do reconhecimento. **Veritas**. Porto Alegre, v. 53, n. 02, p. 90-106, abr./jun. 2008.

[73] Um pequeno (mas importante) passo já foi dado com a promulgação da Lei nº 11.767/2008 que dispõe sobre o direito à inviolabilidade do local e instrumentos de trabalho do advogado, bem como de sua correspondência.

[74] COSTA, Eduardo Alves da. São Paulo: Círculo do Livro. 1988. p. 40.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

AMBOS, Kai. La aceptación por el abogado defensor de honorários "maculados": ¿lavado de dinero? In: DIAS, Jorge de Figueiredo et alii (Orgs.) **El penalista liberal:** controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología. Buenos Aires: Hamurabi, 2004. p. 55-94.

AZEVEDO, David Teixeira de. A invasão nos escritórios de advocacia: a corrosão da democracia. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 13, n. 153, p. 06-07, ago. 2005.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas:** um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** a introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. A criminalização da advocacia. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 4, n. 20, p. 85-91, out/dez. 2005.

BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e simulações**. Lisboa: Relógio d'Água, 1991.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BIRMAN, Joel. **O Mal-estar na atualidade:** a psicanálise e as novas formas de subjetivação. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRASIL. Lei nº 8906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. **Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil**, Brasília, 04 jul. 1994.

BRASIL. Lei nº 11.767, de 7 de agosto de 2008. Altera o art. 7o da Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994, para dispor sobre o direito à inviolabilidade do local e instrumentos de trabalho do advogado, bem como de sua correspondência. **Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil**, Brasília, 7 ago. de 2008.

BRASIL. Projeto de Lei nº 143/2007. Acrescenta parágrafo ao art. 42, da Lei de Execução Penal, estabelecendo condições para a entrevista reservada do preso com o seu advogado. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=434925>. Acesso em: 07 jul. 2009.

BRASIL. Projeto de Lei nº 291/2003. Altera o art. 41 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 e o artigo 7º, inciso III da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, estabelecendo a restrição à comunicação de presos que integrem organização criminosa, bem como a possibilidade de gravação das visitas de cônjuge, familiar ou advogado. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/116314.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2009. (grifo nosso).

BRASIL. Projeto de Lei nº 577/2003. Acrescenta artigo à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, obrigando a comprovação da origem lícita de valores pagos a título de honorários advocatícios, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=121819>. Acesso em: 07 jul. 2009.

BRASIL. Projeto de Lei nº 596/2003. Acrescenta parágrafo ao art. 263 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro 1941, Código de Processo Penal, e ao art. 180 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, estabelecendo que os acusados dos crimes que menciona devem comprovar a origem lícita dos recursos financeiros necessários ao pagamento dos honorários de seus advogados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=122135>. Acesso em: 07 jul. 2009.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. Estado y control: la ideología del control y el control de la ideologia. In: BERGALLI, Roberto et al. **El pensamento criminológico II:** estado y control. Bogotá: Temis, 1983. p. 11-35.

_____. Los medios de comunicación de masas. In: BERGALLI, Roberto et al. **El pensamento criminológico II:** estado y control. Bogotá: Temis, 1983. p. 50-62.

CAMPBELL, Joseph. **As máscaras de Deus**. São Paulo: Palas Athena, 1995.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **De novo:** direito penal do inimigo? Panóptica, Vitória, ano 2, n. 11, p. 214-240, nov./fev. 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Russel Editores, 2007.

CARVALHO, Amilton Bueno de. O juiz e a jurisprudência: um desabafo crítico. In: BONATO, Gilson (Org.). **Garantias constitucionais e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 01-12.

_____. **Teoria e prática do direito alternativo**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

CARVALHO, Salo de. A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis) funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). **A qualidade do tempo:** para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 179-212.

CENEVIVA, Walter. **Segredos profissionais**. São Paulo: Malheiros, 1996.

COSTA, Eduardo Alves da. **No caminho com Maiakovski**. São Paulo: Círculo do Livro. 1988.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 03-55.

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

DOUGLAS, Mary. **Pureza e perigo**. São Paulo: Perspectiva, 1966.

EYMERICH, Nicolau. **Directorum inquisitorum:** manual dos inquisidores (1376). Revisto e ampliado por Francisco de La Peña (1578). São Paulo: Rosa dos Ventos, 1993.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penalle. **Panóptica**, Vitória, ano 2, n. 11, p. 87-99, nov./fev. 2008.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade:** curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

FREUD, Sigmund. **O Mal-estar na civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar:** ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GARFINKEL, Harold. Conditions of Successful Degradation Cerimonies. v. LXI, march. Chicago, **The American Journal of Sociology**. 1956.

GARLAND, David. **La cultura del control:** crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona: Gedisa, 2005.

GATES, Bill. **A empresa na velocidade do pensamento**. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Da diferença perigosa ao perigo da igualdade: reflexões em torno do paradoxo moderno. **Civitas**. Porto Alegre, v. 05, n. 02, p. 399-413, jul./dez. 2005.

GOFFMAN, Erwin. **Estigma:** notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

HULSMAN, Louk; DE CELLIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas:** o sistema penal em questão. Niterói: LUAM, 1993.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo:** noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madri: Thomson Civitas, 2004.

KARAM, Maria Lúcia; CASARA, Rubens R.R. Redefinição Cênica das Salas de Audiências e de Sessões nos Tribunais. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 19, ano 5, p. 123-129, jul./set. 2005.

LAGE, Nilson. **Ideologia e técnica da notícia**. Petrópolis: Vozes, 1979.

LOPES JR., Aury. I**ntrodução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). **Diálogos sobre justiça dialogal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 99-128.

LÖWY, Michel. **Modernidade e barbárie no século XX**. Porto Alegre: FSM, 2000.

MALAN, Diogo Rudge. Processo penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 59, p. 223-259, mar./abr. 2006.

MEZAN, Renato. **Freud, pensador da cultura**. 7.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MORETZSOHN, Sylvia. **Jornalismo em "tempo real":** o fetiche da velocidade. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. El nuevo derecho penal autoritário. In: LOSANO, Mario G.; MUÑOZ CONDE, Francisco (Org.). **El derecho ante la globalización y el terrorismo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 161-183.

PAUL, Wolf. Esplendor y miseria de las teorias preventivas de la pena. In: RAMIREZ, Juan Bustos (Org.). **Prevencion y teoria de la pena**. Santiago: Editorial Jurídica CONOSUR, 1995. p. 59-72.

RAMIREZ, Juan Bustos. Estado y control: la ideología del control y el control de la ideologia. In: BERGALLI, Roberto et alii. **El pensamento criminológico II:** estado y control. Bogotá: Temis, 1983. p. 11-35.

_____. Los medios de comunicación de masas. In: BERGALLI, Roberto et alii. **El pensamento criminológico II:** estado y control. Bogotá: Temis, 1983. p. 50-62.

RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. Petrópolis:Vozes, 1999.

RAMOS, João Gualberto Garcez. L**avagem e advogados**. p. 07-08. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jggr/lavagem_e_advogados.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2009.

RIVIÈRE, Claude. **Os ritos profanos**. Petrópolis: Vozes, 1997.

ROMAN, Joel. Autonomia e Vulnerabilidade do Indivíduo Moderno. In: MORIN, Edgar et alii (Orgs.). **A sociedade em busca de valores:** para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 39-49.

SAAVEDRA, Giovani. Segurança vs. Dignidade: O problema da tortura revisitado pela criminologia do reconhecimento. **Veritas**. Porto Alegre, v. 53, n. 02, p. 90-106, abr./jun. 2008.

SCLIAR. Moacyr. **O exército de um homem só**. Porto Alegre: L&PM, 2002.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal:** aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales. 2. ed. Madri: Civitas, 2001.

VIRILIO, Paul. Os motores da história. In: ARAÚJO, Hermetes Reis (Org.). **Tecnociência e cultura:** ensaios sobre o tempo presente. São Paulo: Estação Liberdade, 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo em direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

QUANDO O DIA RAIOU SEM PEDIR LICENÇA: A RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO PELOS ATOS COMETIDOS CONTRA SEUS INIMIGOS NA GUERRILHA DO ARAGUAIA (1972-1975)

Leandro Ayres França*
Roberta Cunha de Oliveira**

RESUMO

O presente artigo demonstra a construção histórica de uma categoria de inimigos e a sua temporalidade. Com base em teorias que tratam do terrorismo de Estado no regime militar brasileiro (1964-1985), aprofunda a reflexão de que modo aqueles que resistiram à violência institucionalizada e burocratizada se tornaram politicamente *inimigos*. Após quase cinco décadas de um estado de exceção, instaurado pela administração militar e mantido pelos resquícios de políticas autoritárias de esquecimento – inclusive com o referendo da suprema corte nacional –, a sentença do caso *Gomes Lund et al*. vs. Brasil, da *Corte* Interamericana de Direitos Humanos, aponta a fragilidade dessa desqualificação e impõe a responsabilização pelos crimes de lesa-humanidade cometidos no período.

Palavras-chave: História, inimigo, temporalidade, ADPF 153, caso *Gomes Lund et al*. vs. Brasil (CIDH)

RESUMEN

El presente ensayo reconstituye históricamente la categoría de enemigos y su temporalidad. En medio a las teorías que desarrollan el Terrorismo de Estado durante el régimen militar brasileño (1964-1985), intenta reflexionar el modo como los que resistieron a la violencia instrumentalizada y burocratizada se tornaron políticamente enemigos. A lo largo de casi cinco décadas bajo un estado excepción, establecido por la administración militar y mantenido con huellas de políticas autoritarias de olvido y perdón – incluso confirmado por la suprema corte nacional – , la sentencia del caso Gomes Lund et al. vs. Brasil en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirma la frágil descalificación que se ha producido e impone la responsabilidad por los delitos de lesa humanidad ocurridos en el período.

Palabras-clave: Historia, enemigo, temporalidad, ADPF 153, caso Gomes Lund *et al*. vs. Brasil (CIDH)

---

* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal. Advogado e escritor.

** Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisadora do Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição, e do Grupo de Pesquisa Direito à Verdade e à Memória e Justiça de Transição. Advogada.

§ 1º

"Hoje você é quem manda, falou tá falado, não tem discussão"[1]. Seguindo à risca a canção de Chico Buarque, poderia mesmo se sentir o prelúdio de um tempo no qual os sofrimentos gritariam pelo ressarcimento a juros altos, quando se restabelecesse o preço de identificação nacional posterior, pelos idos da nefasta configuração antecedente ao mês de março de 1964.

Aquela pátria – ainda grande ao sul das Américas, mas que há muito deixara de ser *gentil* – acabara por germinar uma forma sutil da violência estatal, a qual trazia consigo a ação da morte coletiva, a negação da alteridade, o assassinato tido como inexistente pelo sequestro e desaparecimento forçado de pessoas, o corpo social fragmentado passando a exibir a silhueta do vazio. Os métodos perversos da não verdade e da alienação produziram, e que ainda hoje se percebem, efeitos psíquicos e jurídicos presentes nas sociedades que passaram pelo Terrorismo de Estado.

Para além do problema da planificação de uma política genocida, há que se referir, primeiramente, o problema do racismo, dentro do corte histórico posto por essa relação (que no "Estado de Guerra", para viver, foi necessário o massacre dos *inimigos*), que estabeleceu quem poderia proliferar e quem, pela morte, deixaria a vida "mais sana e pura". Dito racismo nas entranhas da genealogia do Estado foi, mais tarde, um dos suportes da sua função assassina e também suicida, dentro do modo do biopoder (poder sobre a vida nua)[2].

Porém, retornando à nossa cronologia do passado e do corte da exclusão, tal incremento do racismo passa a ser notado nos rasgos dos Estados Absolutistas, os primeiros "Estados-nação", sendo mais tarde aprofundado com outros contornos no "novo mundo". É justamente o *nacionalismo*, buscando sustentar o poder centrado no Estado, que proporcionará a diferença entre os *nossos* (nacionais) e os e*stranhos* (estrangeiros, inimigos).

Dessa maneira, o sujeito histórico passa a ser objeto do desejo da verdade ocidental nas sociedades com populações ancestrais. Além disso, tal fator aliado ao aperfeiçoamento do sistema-mundo possibilita decisões sobre quais podem ser considerados *corpos* (produtivos e capazes)[3], devendo somente obedecer, e quais seriam *melhores*, com a *providência* e direito de mandar.

---

[1] BUARQUE, Chico. Apesar de você (1970). In: _____. **Chico Buarque**. Rio de Janeiro: Polygram, 1978, Lado B, Faixa 6: 3'54".

[2] Biopolítica trabalhada por Michel Foucault e aprofundada em sua teorização por Giorgio Agamben.

[3] AGAMBEN, Giorgio. L'immanenza assoluta. In: **La Potenza del pensiero**. Saggi e coferenze. Vicenza: Neri Pozza Editore, 2005. trad. Selvino J. Assmann, colab. Leon Fahri Neto. p. 337-404.

Da necessidade colonial do domínio, transferida da Inglaterra para os Estados Unidos a partir do fim do século XIX, o país do "Destino Manifesto", tendo apaziguado o conflito interno de Secessão, iniciou sua expansão externa. O braço largo deveria proteger o quintal, dessa forma, os seus vizinhos na América Latina começaram a compreender que as políticas externas e de seguridade estadunidenses adquiriram, então, um novo padrão sob a ótica da "Doutrina da Contra-insurgência". Depois das duas Grandes Guerras Mundiais, os Estados Unidos foram a nação que emergiu com maiores possibilidades de tornar-se a grande potência global e sob o signo do capital, a única *ameaça* existente passava a ser o comunismo atrás da guarda da União Soviética.

Na América do Sul, isso acabou refletindo um giro das políticas de *segurança nacional*, tanto que se passa da visão da defesa do território contra um *inimigo* externo para outra visão de defesa da sociedade contra um *inimigo* interno. Nesse longo espaço temporal, o Exército, como instituição, foi um dos primeiros órgãos a buscar sua modernização e, conforme Alcàzar[4], teve uma trajetória que possibilitou, também, a construção de um imaginário, o qual era o mesmo: a elite melhor qualificada para defender os "interesses nacionais". Por meio da consolidação desse imaginário coletivo, as Forças Armadas foram o poder fático mais importante deste continente, aceito e amplamente apoiado pelas classes dominantes das suas sociedades estáticas e desiguais[5].

Dito imaginário coletivo das Forças Armadas não negava os valores dominantes, pelo contrário, tentava reforçá-los para o fortalecimento do *sentimento nacional* ou a sua restauração, a tal ponto que, até os dias de hoje, o Golpe de 1964 é tido como a Revolução necessária para livrar o Brasil de uma "ditadura comunista". Tendo em consideração esse aspecto, nota-se que os crimes de Estado, de acordo com o que assevera Eugenio Raúl Zaffaroni[6], não podem ser analisados pelo sistema penal e pelas políticas criminais da mesma forma que os crimes comuns, pois desenvolvem a aplicação de "lealdades mais altas" em torno dos valores míticos das "comunidades imaginadas". Além disso, esses crimes atuam por meio de uma "seletividade vitimizante"[7] e de "técnicas de neutralização" que rejeitam a responsabilidade do Estado e de seus agentes nos momentos posteriores, e

---

[4] ALCÀZAR, Joan del (Coord.); TABANERA, Nuria; SANTACREU, Josep M.; MARIMON, Antoni. **Historia conteporánea de América**. Valéncia: Universitat de Valéncia, 2003. p. 318-319.

[5] Conforme será referido adiante, dentro das Forças Armadas também se verificou uma heterogeneidade de projetos políticos e ideológicos para o país, tanto que houve dissidências que propugnavam uma administração mais distendida, sendo contrárias à linha dura e que foram duramente reprimidas e perseguidas durante o período ditatorial (v.g., Associação Democrática e Nacionalista dos Militares – ADNAM).

[6] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El crimen de Estado como objeto de la criminología**. 2006. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2506/4.pdf>.

[7] Demarcação do círculo das vítimas.

negam à vítima seu status de vítima por meio de discursos estigmatizantes, como "terroristas, traidores da nação" e, muitas vezes, não reconhecem no tribunal, devidamente norteado por garantias legais e constitucionais, um meio moralmente válido a conduzir-lhes a condição de processados.

Sendo assim, num primeiro instante, no Estado ditatorial organiza-se e dá-se efetividade ao modelo disciplinário, com instituições totais de degradação da personalidade (a exemplo dos centros clandestinos de detenção), em ambientes sociais onde a formação política e a organização dos partidos (com exceção do Chile) eram muito frágeis. Em meio a um vazio de poder produzido por pactos instáveis que sucederam aos Estados Oligárquicos[8] latino-americanos, a crise social pôs-se em xeque diante de uma grande polarização ideológica.

Devido ao fato de que as manifestações sociais, políticas e econômicas, na década de 1960, já se apresentavam sob a *doutrina da segurança nacional* (promovida, nas Américas, pelos Estados Unidos), a ditadura civil militar brasileira encontrou sua *condição de possibilidade* para realizar-se frente à crise do chamado "Estado de Compromisso", que o populismo já não conseguia realizar e que a "ameaça" da Revolução Cubana de 1959 acabou por agonizar. Por outro lado, é importante ressaltar que, principalmente na Argentina, os golpes militares executaram-se com a justificativa da *guerra iminente*, visto que as forças armadas desse país classificavam como "guerra suja" os massacres de civis, devido à presença das guerrilhas urbanas e rurais.

A noção da guerra iminente (presente também no Brasil, sobretudo após o golpe de 1964) pela defesa dos interesses nacionais por meio da *política de segurança nacional*, teve sua justificativa jurídica aliada ao emblema da ordem hierárquica juntamente com o "progresso". Essa justificativa ficou conhecida como a teoria dos dois demônios: havia dois lados que estavam em guerra civil; era preciso resguardar a segurança nacional dos cidadãos de bem. Assim, após o "golpe sobre o golpe"[9], a partir de 1968, institucionalizou-se o Estado onde era proibido desejar, cujos sonhos escorriam pelos ecos dos porões do Departamento de Operações de Política Social (DOPS). Ou seja, o Estado que havia *inventado a tristeza* sem a fineza de a *desinventar*. Mas, se "do amor gritou-se o escândalo, do medo criou-se o trágico [...], e não rolou uma lágrima [...] pra socorrer"[10], há que se lembrar que, durante o sono dos séculos, o Brasil conseguiu criar sua "comunidade imaginada" dentro

---

[8] ALCÀZAR, Joan del (Coord.). **Historia conteporánea de América**. Valéncia: Universitat de Valéncia, 2003. p. 323.

[9] Expressão utilizada por Antony Pereira em: PEREIRA, Antony W. **Ditadura e repressão:** o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. Tradução: Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

[10] BUARQUE, Chico. Rosa-dos-ventos. In: _____. **Chico Buarque de Holanda** (Remasterizado). Rio de Janeiro: Universal Music, 2006. V. 4, Faixa 7.

da consolidação precoce e desigual de um vasto território, de um Império que se tornou República apenas no fim do século XIX, ou seja, a invenção do país incluiu um projeto ideológico de Nação.

Ao final de março de 1964, as tropas militares colocaram na trincheira um governo eleito democraticamente: a "Jango" restou o exílio no Uruguai; ao país e seus súditos, uma "noite que durou 21 anos". O golpe militar contou e se sustentou com grande apoio das elites oligárquicas brasileiras, inicialmente articulando alianças e, num momento seguinte, por meio de Atos Institucionais recrudescedores da repressão. Apesar dos atos militares, a resistência dava-se nas ruas, "suspirando pelas alcovas, [...] acendendo velas nos becos, [...] falando alto pelos botecos"[11], esperando que o amanhã realmente fosse outro dia.

Entretanto, em 1968, o Ato Institucional nº 5 (AI-5) estabeleceu a pena de morte, instrumentalizou a tortura, os desaparecimentos forçados, os incidentes sob o manto da teoria dos dois demônios, em que era impositivo "acordar calado". Assim, silenciar deixara de ser uma omissão para ser uma estratégia de sobrevivência. Era a época do *cálice*.

§ 2º

As ditaduras militares no ConeSul, ao longo do século XX, foram a demonstração prática e cruel da visão totalitária de mundo, nas quais o modelo da disciplina passou a usar o suplício para atingir o corpo físico com práticas e discursos no planejamento sistemático da tortura, com a decisão "soberana" sobre "quem se deixaria viver e quem necessitaria morrer". Uma violência psicológica e também política, no aniquilamento feito pelo poder desfigurado, no espaço em que a resistência foi, cada vez mais, reduzida, em que a classe de *inimigos* passava a ser, então, uma classe perigosa. Portanto, a partir do instante em que se pôde decidir sobre o estado de exceção, possibilitou-se ao poder militar decidir também quando a vida poderia ser aniquilada sem se cometer o homicídio, ou no caso do isolamento, quando ela seria politicamente irrelevante.

Referente à confusão jurídica de Estado que se situa no liame da violência e do que não é direito faz com que muitos autores situem a forma do *estado de exceção* como um *estado de necessidade*. Entretanto, aqui se fará referência ao conceito de estado de exceção, trabalhado por Agamben, quem diz que "o estado de exceção não é um direito especial (como o direito da guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica define seu patamar ou seu conceito-limite."[12]

---

[11] BUARQUE, Chico. O que será, que será?. In: _____. **Meus caros amigos**. Rio de Janeiro: Polygram, 1976. Lado A, Faixa 1.

[12] AGAMBEN, Giorgio. **O estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.15.

Portanto, se o estado de exceção não é um estado de guerra, disso se denotam duas conclusões: a primeira é que não se justifica pela "guerra iminente", a "guerra justa" ou a "guerra suja" expressões utilizadas pelas Forças Armadas na tentativa de explicar a brutalidade dos seus delitos, quando os reconhecem por suposto. Quanto à segunda, não havendo o estado de guerra, pois não há combatentes e sim resistentes, os crimes praticados em seu interior são crimes contra a humanidade, visto não haver equivalência entre as vítimas e o Estado agressor, o qual estabelece como política de Estado a repressão aos grupos dissidentes.

Necessário explicar o que se entende, de acordo com o autor supracitado, que nem sempre as ditaduras constituíram estados de exceção apenas no momento em que apresentaram essas situações-limite. Ademais, referidas situações de violação da identidade acabam produzindo territórios intransponíveis do silêncio. O sistema de ditaduras na América Latina implicou a desarticulação de todo o grupo que fosse pensante e opositor a tais regimes; foi preciso maltratar "a flor da terra" olhando o inferno do que "não tem governo nem nunca terá, o que não tem vergonha nem nunca terá, o que não tem juízo."[13] Para isso, primeiro combateu-se aos líderes políticos, depois aos líderes em potencial, e logo a qualquer pessoa.

Nota-se que no momento dessas *condições limites* de violência social, o tipo de aliança entre a população e o Estado dependeu de "funcionamentos paranóicos" e promoveu uma convivência forçada[14]. Trata-se das relações sociais que não foram construídas, mas impostas; o estribilho fora o mesmo, de arranjos desconcertantes na resistência, para que a sociedade que permitiu a morte sistemática *do Outro* fosse, algum dia, capaz de cantar novamente. O sistema totalitário imposto pelos regimes ditatoriais reproduziu, no coletivo, os subsistemas já existentes em Instituições Totais.

Além disso, quando a violência de Estado é exercida contra uma parte direcionada da sociedade civil, com o objetivo de eliminar uma porção dos cidadãos, atua de acordo com a *dinâmica do genocídio*. Esse pensamento, também é corroborado por Janine Puget:

> Para quien ejerce la violencia, el otro es concebido tan sólo como un objeto que debe ser neutralizado, cosificado, para lo cual la pulsión de dominio es instrumentada con medios violentos y perversos. Violencia y perversión definen la acción del Terrorismo de Estado[15].

---

[13] BUARQUE, Chico. O que será, que será?, *op. cit*.

[14] KAES, René; PUGET, Janine (Org.). **Violencia de estado y psicoanalisis**. 1. ed. Buenos Aires: Lumen, 2006. p. 34.

[15] KAES, René; PUGET, Janine (Org.). *op. cit*. p. 35.

Em um estado de ameaça provocado pela exceção não se teme mais a morte, mas a incerteza, o não saber, a falta de respostas satisfatórias. O estado de ameaça provocado dentro do quadro de Terrorismo de Estado corroborou um conjunto de técnicas para o desencontro com os estranhos, com os *inimigos sociais*[16]. Tal desarticulação dos vínculos coletivos e dos laços de pertencimento acabou por criar "crises de identidade" no próprio "sentimento nacional", quando as narrativas dos traumas passaram a ser contadas e a fazer parte do âmbito público de discussão. E aqui nossa referência não se situa em relação ao "medo da autoridade", mas sim ao "medo de ter medo" produzido pelo Terrorismo de Estado. Essa dicotomia entre a coragem de ter medo e o medo de tê-lo é trabalhada por José Eisenberg[17] como pressuposto do político e da política, ou seja, quando se fala de um totalitarismo (o qual vai além da tirania e do autoritarismo), faz-se menção aos espaços de desaparecimento do político, que é a coragem de ter medo e se insurgir contra a autoridade, exercendo o direito de resistência. Em consequência da extinção do político, a política aparece enfraquecida, fragmentada e, muitas vezes, tomada pela apatia e pelo descrédito.

Outrossim, novamente voltamos à temática da teoria dos dois demônios, da negação dos fatos e do problema de cumplicidade social com os Estados de Terror, justamente por estar imbricada no medo de ter medo, esquecendo sua coragem. Se, de acordo com Eisenberg, devemos aceitar o ontologicamente humano, que é o medo, e se é a coragem de ter medo que constrói o inimigo e define os amigos, definindo o político, é quase inverossímil acreditar que os grupos que lutavam entre si, conforme a teoria dos dois demônios, simplesmente desapareceram.

Essa afirmação, ao remeter para uma apatia de que já aconteceu, e se ocorreu foi para o "bem social", conduz a uma seara perigosa de perversão de uma história imposta em contraponto a várias histórias. Nesse sentido encontra-se o alerta do Rabino Daniel Goldman:

> vale la pena releer el libro de Jacobo Timerman Preso sin nombre celda sin número, citado en este informe de la Cosofam, en el que en pocos y contundentes párrafos el renombrado periodista medita acerca de la complicidad del silencio permitiéndonos comprender que una sociedad siniestra es aquella que se compone de muy buena gente que no dice absolutamente nada[18].

---

[16] KAES, René; PUGET, Janine (Org.).*op. cit*. p. 37.

[17] EISENBERG, José. O político do medo e o medo da política. **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 64, p. 49-60, jan./abr. 2005.

[18] Palavras pronunciadas na AMIA, em 5 de dezembro de 2008, durante a apresentação de: COMISIÓN DE SOLIDARIDAD CON FAMILIARES DE PRESOS Y DESAPARECIDOS EN LA ARGENTINA – COSOFAM. **La violación de los derechos humanos de argentinos judios bajo el regimen militar (1976-1983)**. Buenos Aires: Editorial Mila, 2006.

Dessa forma, o desamparo é a convicção de que a morte é um ato solitário, porém com efeitos coletivos, pois a ausência provocada pelos desaparecimentos forçados acabou por exilar "as metades arrancadas, [...] amputadas no revés de um parto"[19] fazendo da "saudade o pior castigo"[20], ou seja, os desaparecidos permanecem presentes enquanto permaneçam as injustiças e não se promova um reconhecimento dos crimes de lesa-humanidade cometidos no período ditatorial.

Os versos do poeta Chico Buarque traduzem a aflição de quem não quer levar consigo a mortalha do amor, ou seja, pior do que o *não saber* é a sensação de ser deixado no esquecimento por um Estado que teria o dever de proteção aos seus cidadãos. Não obstante, uma das propostas e alcances da violência institucional torna-se o extermínio do sujeito enquanto ser detentor de uma autoestima, de consciência de ser e de *ser no mundo*. O indivíduo que passa pelos mecanismos de tortura provavelmente carregará consigo o estigma do violentado, o que dificulta sua reintegração com o meio social. Qualquer ato de repressão é uma ameaça lançada ao futuro do corpo, individual e social. A tortura é uma tecnologia social a serviço da mecanização da ação. O terrorismo de Estado buscou instalar a resignação.

Ademais, o reconhecimento dos crimes de Estado praticados é condição para construções de discursos jurídicos que não tenham pudor de afirmar que em terras tupiniquins também se viveram épocas de Terror de Estado. Sendo assim, importa recordar a Ernesto Garzón Valdés[21], o qual caracteriza esse tipo de terrorismo de acordo com quatro teses: a primeira com respeito à existência de um *inimigo* da sociedade que atua internamente de acordo com uma grande "conspiração mundial". A segunda trata do problema do liame das incertezas jurídica, pois traz "*la delimitación imprecisa de los hechos punibles y la eliminación del proceso judicial para la determinación de la comición de un delito*". Com relação à parte final dessa assertiva, ainda que o Brasil tivesse um alto grau de judicialização da repressão[22], os perseguidos políticos, quando presos, foram-no sem o

---

[19] BUARQUE, Chico. Pedaço de mim . In: _____. **Chico Buarque**. Rio de Janeiro: Polygram. 1978.Lado A, Faixa 2 (4min).

[20] BUARQUE, Chico. Pedaço de Mim, *op. cit*.

[21] ALCÀZAR, Joan del *et al*. **Historia contemporánea de América**. Valencia: Universitat de Valencia, 2003. p. 345.

[22] PEREIRA, Antony W. **Ditadura e repressão:** o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. Tradução: Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010. Nesta obra, o autor desenvolve um quadro comparativo da colaboração dos sistemas jurídicos com as ditaduras militares no Chile, Brasil e Argentina, assegurando que, no Brasil, houve um alto número de processos judiciais contra os perseguidos políticos institucionalizado em âmbito jurisdicional a repressão.

direito ao devido processo legal, sem, pois, o direito à ampla defesa ou ao contraditório. Já a terceira tese refere-se à questão do estado de exceção pela institucionalização velada da violência com "la imposición clandestina de medidas de sanción estatal prohibidas por el ordenamiento jurídico vigente (torturas y asesinatos)"[23]. E a última tese traz a aplicação de medidas de cerceamento da liberdade, propriedade ou da vida de todo e qualquer indivíduo a fim de reforçar a eficácia do terror.

Portanto, ressalta-se que, no Brasil, mais de duas décadas sob um regime autoritário atestam a eficiência no domínio do Terrorismo de Estado, não apenas sobre os corpos, mas também das mentes. Ainda nos dias atuais, o país é visto como "do futuro", "da paz social", "da reconciliação e da amizade", "de caráter cordial". No entanto, sendo a morte algo que escapava ao poder da ditadura, ela passou a ser considerada em uma esfera privada da vida; eis a função dos cemitérios e das valas clandestinas para os que não foram jogados ao mar pela Operação Condor.

Contudo, a partir da linha de pensamento foucaultiana, que inseriu dentro das complexas sociedades contemporâneas a noção de biopoder[24], pode-se dizer que o modelo disciplinário da Instituição (aqui referindo à Instituição Total), ou organicista, e o conjunto biológico e estatal (bio-regulamentação) não são técnicas de governabilidade excludentes, podendo articular-se ou justapor-se uma à outra. Eis aí um dos grandes problemas vistos nos dias atuais, pois, ainda que a maioria dos Estados do mundo ocidental tenha adotado regimes democráticos, as posturas em suas diretivas, especialmente no que se refere às políticas públicas e reformas das instituições, ainda demonstram, quando não a hegemonia, a mitigada saliência dos modelos totalitários em detrimento aos modelos humanistas e plurais.

§ 3º

Em meio à fase de exceção estabelecida no Brasil durante a ditadura, por volta de 1972, um dos grupos de resistência armada, dirigido pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), e contando com cerca de 70 pessoas, fazia seu treinamento na região de São João do Araguaia, no estado do Pará. Esse grupo guerrilheiro, por "pegar em armas", enquadrava-se dentro da construção social dos *inimigos públicos*, "terroristas" com retratos

[23] ALCÀZAR, Joan del *et al*. **Historia contemporánea de América**. Valencia: Universitat de Valencia, 2003. p. 345.

[24] Definida por Foucault como a relação de poder que regula a vida, a dinâmica da sociedade de massas, de multidão, não mais um mecanismo de poder sobre a pessoa (corpo), mas sobre a população.

dispostos em ônibus, em lugares comuns, como numa caçada insaciável aos "procurados". Uma vez mais, o Estado brasileiro propunha e executava um "corta-cabeça" generalizado aos seus "cabras-cegas".

Nesse período de organização da guerrilha rural e de mobilização popular para a luta armada, *qualquer canto era menor do que a vida de qualquer pessoa e havia perigo na esquina*[25], a resistência no Araguaia conseguiu dois importantes feitos contra as Forças Armadas brasileiras, com significativa vantagem nos enfrentamentos. A partir desse risco, o governo militar estabeleceu investigações acerca do que estava se desenrolando na região. Então, entre abril de 1972 e janeiro de 1975, um contingente entre 3 mil e 10 mil representantes das Forças Armadas e da polícia militar ocuparam a região, dizimando a resistência, no episódio que ficou conhecido como a Guerrilha do Araguaia.

Conforme relatórios sobre o Direito à Memória e à Verdade (referidos pela CIDH na sentença), a partir de 1973, sob o comando do General Médici, a repressão à Guerrilha do Araguaia se intensificou, sendo que a ordem oficial "passou a ser a eliminação dos capturados". Por volta de 1974, segundo o informe, já não havia mais guerrilheiros no Araguaia; existem muitos relatórios que indicam que seus corpos foram desenterrados e queimados, ou então atirados nos rios da região: "o governo militar impôs silêncio absoluto sobre os acontecimentos do Araguaia e proibiu a imprensa de divulgar notícias sobre o tema, enquanto o exército negava a existência do movimento."[26]

Os guerrilheiros do Araguaia, pela expressão de sua resistência, tiveram a coragem de ter medo, possibilitando que hoje se rediscuta novos sentidos do político a partir da presença dos ausentes enquanto desaparecidos. Como em ronda que não cessa, a Roda permanece Viva, "na volta do barco é que sente o quanto deixou de cumprir"[27], visto que o massacre não cessará enquanto não forem encontrados cerca de 60 corpos ainda desaparecidos; e o Estado não assuma sua responsabilidade pelas detenções arbitrárias, torturas de membros do PCdoB e de camponeses como resultado das operações empreendidas pelo governo militar no contexto da ditadura brasileira. Primeiramente negada no discurso público, posteriormente renegada em sua desproporção e brutalidade, e, por fim, relatada na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), publicada em 14 de dezembro de 2010.

---

[25] Paráfrase de um trecho da música **Como nossos pais**, mais conhecida pela interpretação de ELIS Regina. In: BELCHIOR. **Alucinação**. Rio de Janeiro: Polygram, 1976. Lado A, Faixa 3 (4min 39s)

[26] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. 24 nov 2010. p. 33-34 (da sentença). Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2010/12/15/sentenca-do-caso-gomes-lund-e-outros-%E2%80%9Cguerrilha-do-araguaia%E2%80%9D-vs-brasil/>.

[27] BUARQUE, Chico; MPB4. Roda viva. In: _____; TOQUINHO. **Chico Buarque de Holanda**. Rio de Janeiro: Polygram. 1968, v. 3, Lado A, Faixa 6.

O episódio do massacre da Guerrilha do Araguaia retrata os acordos inconscientes e a sua consequência de reproduzir a oposição entre a estrutura do poder dominante e a estrutura marginada. Se nos termos jurídicos o *ausente* sempre significou a pessoa de quem não se sabe se está viva ou morta, a incerteza trouxe os desaparecidos políticos como silhueta, contornos no imaginário social. Nas "lembranças como o quadro que dói mais"[28], o político, o jurídico e o social produziram juízos, ao mesmo tempo, de atribuição de negação da realidade; o medo de ter medo acabou por confundir a política, esvaziando-a.

Como se o *mundo rodasse, roda gigante*, não é possível reescrever a História, pois cada um que a escreve, descreve sob seu ponto de vista e de acordo com a influência, ou não, que os acontecimentos tiveram em sua trajetória; mas é possível recontar a história em nome daqueles que não têm voz.

Segundo Reyes Mate[29], a testemunha se encontra entre a "proibição de calar e a impossibilidade de falar" e os ouvintes que não passaram pela mesma experiência, entre "a necessidade de escutar, mas a impossibilidade de saber". O debate público acerca da Guerrilha do Araguaia, pela presença dos ausentes, é também o momento do debate histórico que pode viabilizar uma *filosofia anamnética da justiça* (que trabalhe a justiça a partir das injustiças produzidas pelo homem contra o próprio homem), e que aceite as muitas memórias na reconstrução de uma sociedade democrática. Por meio da mobilização popular em torno da decisão, da mobilização dos familiares, da abertura dos arquivos ainda ocultos sobre essa questão realizem-se as diligências estatais necessárias para o desenvolvimento de um *trabalho de memória* com a narração dos traumas sofridos, seja para sobreviver, seja para transformar o ouvinte em testemunha; o que possibilita uma pluralidade de olhares sobre um mesmo acontecimento, em detrimento de uma única visão da "história oficial".

Destarte, quando se trata de revisitar o passado, a narrativa dos traumas das violações ou da opressão, é necessário também aprofundar a concepção de Paul Ricoeur do *trabalho de memória*, para conseguir transpor a memória imposta para uma projeção para o futuro. Isso, por sua vez, relaciona-se com o resgate das subjetividades descritas anteriormente, na medida em que permite às ausências tornarem-se presença. Ao referir-se à relação da memória imposta com a história, Ricoeur assevera que, em âmbito institucional, a memória é ensinada e, por isso, exercida, alentando que em uma visão prospectiva de

---

[28] ELIS REGINA. Como nossos pais. In: BELCHIOR. **Alucinação**. Rio de Janeiro: Polygram, 1976. Lado A. Faixa 3 (4min39s).

[29] MATE, Reyes. **Memórias de Auschwitz**. Tradução: Antônio Sidekum. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005.

futuro o dever de fazer justiça permite a lembrança e a reinserção do outro que não o si e termina dizendo: "somos devedores de parte do que somos aos que nos precederam."[30]

Sendo assim, por meio de uma justiça anamnética que realize o trabalho de memória, o tempo de esperas e ausências, por fim, pode chegar a ser o tempo de memórias vivas, pois "os sonhos não envelhecem"[31] ainda que "em meio a tantos gases lacrimogêneos fiquem calmos"[32] e adormecidos.

§ 4º

Entretanto, antes de amanhecer, vivemos tempos em que a "tarde caía feito um viaduto"[33], nos quais a esperança dançava na corda bamba de sombrinha, temendo mais uma vez se machucar. Era finalmente o período da transição, ainda que fortemente direcionada pelos militares e dependente da reconfiguração do panorama mundial. Nos fins da década de 1970, início dos anos 1980, a União Soviética já realizava um movimento de reformas para distensão e abertura ao sistema do capital, enquanto que os Estados Unidos, cada vez mais, apareciam como uma nação apta a guiar um mundo multipolar e complexo. Nesse contexto, os *inimigos* públicos também começavam a ser redefinidos, retirando o foco do comunismo. Dessa maneira, o apoio internacional às ditaduras se enfraquecia, e o país do *Destino Manifesto* se apresentava como o guardião e promotor da democracia.

De acordo com dados do relatório da Comissão de Anistia de 2009[34], em 1975 nasceu o Movimento Feminino pela Anistia, liderado por Terezinha Zerbini, que, assim como a estilista Zuzu Angel, "só queria agasalhar seu anjo e deixar seu corpo descansar"[35]. As mulheres que gritavam sempre o mesmo lamento fizeram o possível por seus arranjos, a lembrança dos tormentos coletivos. Tal mobilização ganhou força com apoio de sindicatos, associações, movimentos dos trabalhadores, igrejas, parlamento e universidades. Grandes órgãos de classe, como a OAB, ABI e CNBB, também aderiram à proposta. Nas ruas, nos muros, nas vozes, o povo pedia "anistia ampla, geral e irrestrita".

---

[30] RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François. Campinas: UNICAMP, 2007.p. 98-99.

[31] VENTURINI, Flávio. Clube da Esquina 2. In: NASCIMENTO, Milton; BORGES, Lô; BORGES, Márcio. **Clube da esquina 2**. Rio de Janeiro: EMI, 1978.

[32] VENTURINI, Flávio. Clube da Esquina 2, *op.cit*.

[33] ELIS Regina. O bêbado e o equilibrista. In: BOSCO, João; BLANC, Aldir **O bêbado e o equilibrista**. São Paulo: WEA, 1979.

[34] BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatório anual da Comissão de Anistia: 2009**. Brasília: Comissão de Anistia, 2010.

[35] BUARQUE, Chico; MILTINHO. Angélica. In: _____. **Almanaque**. Rio de Janeiro: Polygram,1981. Lado B, Faixa 3 (3min08s)

A anistia veio em 28 de agosto de 1979, restrita e deficitária, mas o movimento articulado e mobilizado pela redemocratização do país acabou pondo fim, em 1985 (com as *Diretas Já*), à ditadura civil militar. Ao ser promulgada, a Lei da Anistia produziu uma falsa impressão de que ambos os lados saíram recompensados, quando, em verdade, apenas reconheceu o direito humano dos exilados de retornar ao seu país, dos presos políticos não mais sofrerem perseguições, porém, mantiveram-se presos os militantes políticos que haviam cometido crimes de sangue e impune os militares responsáveis pelos delitos praticados nesse período.

Ressalta-se que, em um território onde a inteligência estatal organizava ações chaves da Operação Condor, não se pode negar o planejamento da "violência legal". A abertura democrática brasileira foi conduzida de acordo com aquilo que queriam as Forças Armadas, sem o devido processo legal aos que praticaram crimes de lesa-humanidade. Promovido de uma maneira inversa, o processo de transição política celebrou uma anistia sob uma falsa "pacificação social", confundindo a noção de perdão com a de esquecimento, pela Lei de 1979.

Porém, o discurso hegemônico da atualidade afirma que já passamos da época de reconciliação sobre os "anos de chumbo" e que não se pode "reabrir antigas feridas" ou "desestabilizar o sistema jurídico e a democracia". Simples justificativas para se evitar ressentimentos e ser abertas velhas cicatrizes, apenas atestam o poder que uns ainda exercem na governabilidade, impondo o silêncio à democracia, e o pior mal para uma usurpação, que é o esquecimento dos abusos do passado.

O que ainda falta no processo de transição democrática brasileiro é transformar os aportes epistemológicos, já consolidados na reconstrução da memória coletiva, em aportes para a *imaginação democrática*[36], isto é, com formas de participação que proporcionem o conhecimento dos crimes cometidos durante a ditadura militar. Quando nos referimos à *imaginação democrática* fazemos alusão à questão ética que necessita nortear uma democracia de fato, não apenas de direito. Essa questão remete justamente ao respeito do direito à identidade como pessoa, baseando-se em uma ética negativa ao tomar por base a violação do puramente humano, em estados totais de desumanização (como foram as prisões clandestinas) para a não repetição desses fatos.

Outrossim, o imperativo categórico adorniano estabelecido a partir do extermínio proporcionado na Segunda Guerra Mundial – "para que não se esqueça, para que nunca mais aconteça" –, assumido como um dos emblemas da Comissão de Anistia, reflete a

[36] Conceito desenvolvido por SANTOS, Boaventura de Sousa. **Conocer desde el Sur, para una cultura emancipatoria**. 1. ed. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Ciências Sociales UNMSM, 2006. Programa de Estudos sobre Democracia e Transformação Global.

necessidade de retirar-se o estigma da palavra *anistia* estabelecido pós-Lei de 1979 como *esquecimento* e transpor seu significado para políticas públicas de *memória* que dialoguem no espaço democrático e ajudem a promover a transformação de instituições conversadoras em instituições permeáveis e plurais.

Voltando ao problema jurídico, que será posteriormente trabalhado com maior rigor, referida transformação das instituições questiona e envolve a noção de responsabilidade do Poder Judiciário, o qual tem, em seu poder decisório, a chance de rever sua posição que afasta a justiça da sua responsabilidade ética de averiguar as injustiças que foram e que permanecem sendo praticadas, dever imperativo de promoção e proteção dos Direitos Humanos.

Dentro do atual período de maturidade democrática, em meio a uma história de comandos oligárquicos e pactos políticos instáveis, para consolidar um projeto de nação que não se esqueça do político, nem de sua diversidade, necessitamos enfrentar e questionar o "esquecimento comandado"[37] dado pela Lei da Anistia de 1979. O esquecimento do passado histórico deixa o presente bastante fugaz, o que favorece uma democracia em seu modelo liberal/hegemônico, mas nunca em seu sentido plural/participativo: "A anistia, enquanto esquecimento institucional, toca nas próprias raízes do político, e através deste, na relação mais profunda e mais dissimulada de um passado declarado proibido."[38]

Nessa configuração, a anistia ou outras leis de perdão (como as Leis do Ponto Final e da Obediência Devida, na Argentina) dadas aos crimes políticos foram condições para o restabelecimento de uma ordem formalmente democrática na América do Sul. Porém, na situação atual, colocar delitos socialmente traumáticos no mesmo patamar de não discussão ou de esquecimento, como a tortura e o desaparecimento forçado de pessoas, é impor uma memória coletiva sem a participação da população vitimada e fragmentada.

Portanto, é preciso que se trabalhe dentro da axiologia do cuidado, pois as sistemáticas da ditadura colocaram a decisão sobre *quem deveria morrer* e *quem poderia viver*. Além disso, estabeleceram transições direcionadas (especialmente no caso brasileiro) colocando como modelo hegemônico o de uma democracia deficiente, liberal e excludente.

O trabalho de memória perante a memória oficial possibilita a reconstrução das identidades coletivas na transição democrática brasileira.[39] Importante ressaltar que a fase reativa do processo totalitário não se esgota no período ditatorial. Segundo Alcàzar[40], autor referido anteriormente com relação ao Terrorismo de Estado, as consequências dos regimes

---

[37] RICOEUR. Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François. Campinas: UNICAMP, 2007. p. 460-462.

[38] RICOEUR, Paul. Idem.

[39] No período que sucedeu a 1945, houve uma virada etimológica na concepção abstrata dos direitos humanos com o estabelecimento de formas de justiça a partir do Tribunal de Nuremberg que responsabilizasse a ocorrência da nova categoria jurídica internacional de crimes contra a humanidade. Referidos procedimentos jurisdicionais ao longo da Guerra Fria acabaram aprimorando a concepção de justiça internacional, desenvolvendo um conceito que abrangesse os períodos pós-traumáticos de crises sociais, o que se chamou de **justiça de transição**.

[40] ALCÀZAR, Joan del. *op. cit*. p. 325.

ditatoriais na América do Sul não se esgotaram durante as transições políticas a partir da década de 1980, refletindo-se em problemas atuais de acesso à informação sobre o que se ocultou nesses regimes e também na necessidade de fazer justiça, "acertar as contas com o passado" e desmontar o aparato repressivo herdado como violência institucional.

O Brasil, ao mesmo tempo em que ainda não promoveu a devida averiguação das violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar, figura como um dos países mais violentos da América Latina em diversos relatórios anuais, a exemplo dos relatórios da Anistia Internacional. Além disso, ainda é um tabu falar de alguns crimes da ditadura militar como práticas de um Terrorismo de Estado. Exemplo recente advém do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 pelo Supremo Tribunal Federal, do qual trataremos na sequência.

Analisando a Anistia por uma ótica interna e de uma maneira equivocada e receosa quanto aos delitos políticos e sua conexão com a tortura, o STF declarou pela improcedência da Arguição, tratando a tortura como crime político e a anistia como ampla, geral e irrestrita advinda de um processo de "discussão democrática" e "pactos políticos".

Apesar dos "anos de chumbo" estamos em outro dia. Será finalmente o amanhã? Há um florescer de poesia nos anseios democráticos. Contudo, o Estado, além de proteger, deve promover os direitos de cada cidadão, tornando possível, com isso, a cidadania solidária, configurada em um aspecto social do vínculo comunitário. Mas enquanto houver *manchas torturadas* sem direito de escolha entre calar ou contar suas histórias, a esperança ainda estará na dança em uma corda bamba de sombrinha, refém de territórios intransponíveis do silêncio.

"Como é difícil acordar calado, se na calada da noite eu me dano; quero lançar um grito desumano que é uma maneira de ser escutado"[41]. Corrobora-se a ideia de que necessitamos de um tempo com muitas temporalidades, de práticas emergentes e questionamentos éticos quanto à responsabilidade das instituições para com a destruição e o restabelecimento dos vínculos coletivos, pois a luta pelo direito à verdade é também uma luta contra o esquecimento.

---

[41] BUARQUE, Chico; GIL, Gilberto. Cálice. In:_____. **Chico Buarque**. Rio de Janeiro: Phonogram, 1973. Lado A, Faixa 2 (4 min).

§ 5º

Por essas razões, em 21 de outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) questionando o teor do § 1º do artigo 1º, da Lei nº 6.683/1979:

> Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações ligadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e complementares.
>
> § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

A ADPF é a ação por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público[42]. Conforme a proposta do Conselho Federal da OAB, a lesão a preceito fundamental reside no fato de que a interpretação tradicionalmente mantida do referido § 1º – ato normativo que estende a anistia "a vários agentes públicos responsáveis, entre outras violências, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, tortura e abusos sexuais contra opositores políticos"[43] – viola frontalmente diversos preceitos fundamentais da Constituição da República, dentre eles: a isonomia em matéria de segurança (art. 5º, *caput*, e XXXIX); a proibição de ocultar a verdade (art. 5º, XXXIII); os princípio democrático e republicano (preâmbulo); a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Por isso, o arguente pede que o Supremo Tribunal Federal dê à Lei da Anistia uma

> interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)[44].

A Arguição, autuada sob o nº 153, compôs-se com diversos *amici curiæ*, "cada qual no seu canto, em cada canto uma dor"[45]: a Associação Juízes para a Democracia (AJD),

---

[42] Art. 102, § 1º, Constituição da República; art. 1º, Lei nº 9.882/1999.

[43] ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal, 2008. p. 8.

[44] Idem. p. 29.

[45] BUARQUE, Chico. **A banda**. In :_____. **Chico Buarque de Hollanda**. Rio de Janeiro: RGE, 1966. Lado A, Faixa 1.

a Associação Democrática e Nacionalista dos Militares (ADNAM), o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), e a Associação Brasileira de Anistiados Políticos (ABAP), tendo todos apresentado argumentos pela procedência do pedido formulado pelo arguente Conselho Federal da OAB. A Câmara dos Deputados limitou-se a apresentar o relatório sobre os trâmites da aprovação do Projeto de Lei do Congresso Nacional nº 14/1979, o qual foi aprovado como Lei da Anistia. O Ministério das Relações Exteriores também prestou informações à Arguição, concentrando-se na experiência da anistia no contexto global.

O Ministério da Justiça e a Casa Civil da Presidência da República manifestaram-se pela procedência da ADPF. No mesmo sentido, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos construiu uma análise muito responsável sobre: a oportunidade histórica de o Estado brasileiro se posicionar perante a questão; como a interpretação extensiva do referido § 1º violou frontalmente a ordem constitucional vigente à época (Constituição de 1967; Emenda Constitucional de 1969); a não recepção da interpretação extensiva do referido § 1º pela Constituição de 1988; as restrições da própria Lei da Anistia quanto à anistia dos crimes comuns (Mensagem de Veto nº 267); a natureza jurídica da prática de tortura (crime de lesa-humanidade) pelo direito internacional dos direitos humanos; o compromisso assumido pelo Estado brasileiro com os tratados e convenções internacionais; a garantia do direito à memória e à verdade da sociedade brasileira. Um Manifesto Público dos Juristas[46] também defendeu a procedência da ADPF.

Em oposição, o Ministério da Defesa e a Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União argumentaram pelo não conhecimento e improcedência da ação. A Advocacia do Senado Federal manifestou-se pelo não conhecimento da ADPF em razão de inépcia da inicial (impossibilidade lógica, impossibilidade jurídica do pedido, ausência do interesse de agir, ausência de controvérsia constitucional) e, quanto ao mérito, alegou que a anistia "sob nenhuma hipótese, pode ser subtraída de quem foi por ela beneficiado"[47]. A Procuradoria Geral da República defendeu o conhecimento e improcedência da ADPF.

§ 6º

Se quem "inventou o pecado esqueceu-se de inventar o perdão"[48], coube ao Supremo Tribunal Federal decidir. No dia 29 de abril de 2010, o relator da ADPF nº 153,

---

[46] Manifesto subscrito por esta co-autora.

[47] BRASIL. Congresso. Senado. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 153**. p. 9.

[48] BUARQUE, Chico. Apesar de você, *op.cit*.

Ministro Eros Grau, subscreveu que, após vista, relatada e discutida a questão em Sessão Plenária, os Ministros do Tribunal acordavam, por maioria, em julgar improcedente a arguição. O julgamento contabilizou sete votos pela improcedência da ação (Ministros Eros Grau, Marco Aurélio, Celso de Mello, Cármen Lúcia, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Gilmar Mendes) contra dois votos a favor da pretensão do arguente (Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto)[49].

Contudo, mais importante do que a contabilização parcial dos votos[50], é a análise dos argumentos apresentados pelos Ministros, os quais, apesar de expressarem o repúdio pelos crimes cometidos pelos agentes do Estado no período do regime militar, revelaram-se equivocados ou tecnicamente insuficientes.

Em recente publicação, o professor José Carlos Moreira da Silva Filho apontou três categorias de equívocos manifestos nos votos dos Ministros: o atraso hermenêutico, a história mal contada sobre um *acordo* inexistente e a indiferença ao Direito Internacional dos Direitos Humanos[51]. Tomamos como base sua discussão, porém, de parte deste artigo, desdobramos a fundamentação do acórdão da suprema corte em oito argumentos: (i) interpretação histórica do referido acordo, (ii) análise da amplitude da anistia, (iii) contraposição das opiniões passada e presente da OAB, (iv) tratamento hermenêutico antiquado, (v) conformidade convencional da Lei da Anistia, (vi) discussão da função do Supremo Tribunal Federal quanto a questões dessa natureza, (vii) recepção constitucional da Lei da Anistia e (viii) (in)adequação processual da ADPF.

O argumento (i) *histórico da existência de um pacto* bilateral Estado-sociedade, quanto à concessão da anistia de modo amplo e irrestrito, foi a fundamentação mais utilizada no acórdão, presente nos votos dos sete Ministros que decidiram pela improcedência da ADPF. O Ministro Eros Grau relatou que para que se possa discernir o

---

[49] O Ministro Joaquim Barbosa estava licenciado e o Ministro Dias Toffoli estava impedido para o caso, pois ele havia aprovado os termos das informações prestadas pela Advocacia-Geral da União à instrução da ADPF 153, quando ainda exercia a função de Advogado-Geral da União (fevereiro de 2009).

[50] Até o término da redação do presente artigo, a decisão não transitou em julgado, uma vez que o arguente interpôs Embargos de Declaração (13 de agosto de 2010) e apresentou relevante fato novo (23 de março de 2011) a ser apreciado pela corte: a juntada da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, de 24 de novembro de 2010 – objeto do parágrafo seguinte.

[51] SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a inacabada transição democrática brasileira. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Fórum, 2010.

significado da expressão *crimes conexos* da Lei da Anistia, deve-se ponderar a "transação conciliada de 1979":

> É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. (...) A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada[52].

A Ministra Cármen Lúcia adotou semelhante posicionamento:

> Se considerada uma interpretação normativa completamente alheia a) à história política brasileira na quadra em que ocorreu; b) à plena intenção legislativa então determinante de sua elaboração, o que foi submetido, inclusive, ao crivo da OAB para exame prévio; e c) ao espírito e à razão da Lei n. 6.683/1979; a presente Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental se converteria numa espécie de "revisão criminal às avessas", instituída exclusivamente em prejuízo de anistiados, na qual se superaria a realidade histórica e a eficácia de uma lei vigente há mais de trinta anos ao se adotar certa linha exegética inovadora quanto à compreensão da matéria[53].

Os outros cinco votos de improcedência não divergem quanto ao fundamento. Por isso, anotamos que é preocupante a perversa[54] e equívoca interpretação publicada pela suprema corte quanto à Anistia de 1979.

Argumentam os julgadores que a transição foi gradual e pacífica. Os fatos históricos apontam-nos, contudo, em sentido contrário. As eleições de 1974 proporcionaram ao MDB, partido de oposição controlada, significativa parcela da representação legislativa. No ano seguinte, ocorre o lançamento do Manifesto da Mulher Brasileira pelo Movimento Feminino pela Anistia, conduzido por Terezinha Zerbini. A mobilização sindical dos operários e metalúrgicos do ABC paulista também ganha força e destaque nacional. São recriadas a União Nacional dos Estudantes e as suas Uniões Estaduais.

Enquanto, porém, a oposição crítica passava a conquistar mais espaço, a administração do regime militar reagia de forma bastante violenta: do período de transição devem ser lembrados os incêndios às bancas de jornal para impedir a circulação das publicações de esquerda; o assassinato do jornalista Vladimir Herzog nas dependências do DOI-CODI; o sequestro dos uruguaios Lilian Celiberti e Universindo Dias pela Operação Condor; o *pacote de Abril* – a partir do qual Geisel fecha as atividades do Congresso Nacional em abril de 1977; a promulgação da nova Lei de Segurança Nacional (LSN) em

---

[52] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Eros Grau. p. 34 (do Acórdão).

[53] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Eros Grau. p. 90-91 (do Acórdão).

[54] José Carlos Moreira da Silva Filho alcunha essa empresa jurisprudencial de grande perversão da bandeira da Anistia no Brasil. (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *op. cit*.)

17 de dezembro de 1978; a bomba que vitimou a secretária da OAB, Lyda Monteiro da Silva, em agosto de 1980; e a bomba no Riocentro, em abril de 1981; além de outras dezenas de atentados cujas autorias e responsabilidades jamais foram averiguadas.

Dos mesmos votos, extrai-se também o que teria sido do interesse e do desejo de toda a sociedade brasileira, a promoção da anistia naquele momento. Outro argumento falho. A anistia representava interesses do próprio regime ditatorial. A análise da conjuntura político-econômica daquele período comprova o desgaste da administração militar no governo do país: "de muito gorda a porca já não anda, de muito usada a faca já não corta"[55]. Cite-se, a título de referência, a recessão econômica que se instalou a partir do ano de 1974, e o fim-da-complacência/aumento-da-insatisfação de grupos estratégicos – o Ministro Lewandowski lembra-nos da leitura da *Carta aos Brasileiros*, elaborada pelo professor Goffredo da Silva Telles e assinada por milhares de juristas, em agosto de 1977[56].

Um importante fator histórico da deterioração do regime militar, e que não tem recebido o devido destaque nos recentes anos, foi a perda de apoio internacional. Aliados do regime militar desde o Golpe de 1964, os Estados Unidos reformaram sua política de patrocínio dos países amigos. Após a derrota moral sofrida pela sociedade estadunidense com as tragédias políticas internas (Watergate) e externas (Vietnã), com o desgaste da resistência de Henry Kissinger em fornecer informações sócio-políticas sobre os países que recebiam ajuda americana, e com a posse da administração Carter, os congressistas estadunidenses transformaram seus requerimentos de informações em exigência legal para patrocínios internacionais. Desde então, foram elaborados relatórios de análise do grau de respeito aos direitos humanos em cada um dos países amigos. O relatório sobre o Brasil não foi rigoroso; porém, explicitava graves descompassos com a política internacional de promoção e defesa dos direitos humanos:

> Artigo 5.º: existem relatos de que detentos políticos são submetidos por agências oficiais a tratamento ou punição cruel, inumana e degradante. O artigo 153, parágrafo 14, proíbe tal tratamento. As alegadas violações surgiram associadas às prisões e detenções feitas em nome da segurança nacional. (...)
>
> Artigo 9.º: prisões e detenções arbitrárias ocorrem no Brasil. O artigo 153, parágrafos 12, 21 e 22, proíbe tal ação. Atos oficiais realizados sob a autoridade da Lei de Segurança Nacional não são, porém, limitados pelas disposições constitucionais nem estão sujeitos a recurso. (...)

---

[55] BUARQUE, Chico; GIL, Gilberto. **Cálice**, *op. cit.*

[56] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. p. 108 (do Acórdão).

> Em 1972, a Amnesty International publicou um relato sobre alegações de violências no Brasil. Uma versão atualizada foi publicada em 1976. os relatos baseavam-se em material disponível na Europa e América do Norte, incluído depoimentos e cartas de prisioneiros submetidos a maus-tratos, relatos de testemunhas, advogados, jornalistas, clérigos e notícias da imprensa. Os documentos citavam múltiplos tipos de violência, incluindo abusos físicos, mentais e sexuais.
>
> O relatório anual de 1974-75 da Amnesty trata extensamente de alegações de violações de direitos humanos no Brasil. O relatório anual de 1973 da Comissão Interamericana de Direitos afirmou que as provas reunidas e incluídas no relatório levavam à persuasiva presunção de que no Brasil sérios casos de abuso e maus-tratos ocorreram no caso "de pessoas (...), enquanto estavam privadas de sua liberdade". O relatório anual de 1975 menciona cinco novos casos aceitos pela comissão envolvendo prisões e detenções arbitrárias[57].

Se a transição foi violenta e a anistia foi promovida com grande vigor pelo regime militar, por óbvio que não se poderia referir a um *pacto* social. Maior prova disso, porém, reside na constatação de que, ao projeto de lei de anistia elaborado pelo governo, uma Frente Parlamentar pela Anistia se formou para a redação de um substitutivo para apresentação à Comissão Mista via MDB.

José Carlos M. da Silva Filho destaca os pontos altos do substitutivo do MDB:

> a Anistia para todos os perseguidos políticos, inclusive para os condenados por participação na resistência armada; a rejeição explícita da Anistia recíproca, ainda que não mencionasse a apuração e a responsabilização pelos crimes de lesahumanidade; a matrícula de estudantes punidos e a instauração de inquérito para apurar os desaparecimentos políticos[58].

Na votação preliminar do substitutivo do MDB, este restou derrotado por 209 votos contra 194; o projeto do governo foi aprovado em bloco pela votação dos líderes dos dois partidos (não nominal).

Os Ministros que votaram pela improcedência da ADPF – salvo a Ministra Cármen Lúcia – foram também aqueles que expressaram textualmente suas concepções de que (ii) a anistia possui *natureza ampla e geral*. O Ministro Gilmar Mendes, último a votar, explicitou esse entendimento:

---

[57] A versão traduzida do relatório sobre a situação brasileira, produzida no final de 1976 pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos, pode ser lida em: UMA DIPLOMACIA de golpes e contragolpes. **Veja**, São Paulo, n. 445, p. 26-27, 16 mar 1977.

[58] SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *op. cit*.

> A anistia não teria o alcance que lhe deu o julgador nem o alcance que pretendeu conferir a ela o constituinte de 1985-1988, se fosse o caso de nós a aceitarmos fracionada, mitigada, retalhada.
>
> A anistia ampla e geral, insculpida na lei 6.683/1979, é abrangente o bastante para abarcar todas as posições político-ideológicas existentes na contraposição amigo/inimigo estabelecidas no regime precedente, não havendo qualquer incompatibilidade da sua amplitude, ínsita ao parágrafo primeiro do artigo primeiro, com a Constituição pactuada de 1988.
>
> Ao revés, a amplitude do processo de anistia é ínsita ao conteúdo pactual do próprio texto, não se afigurando incompatível com a ordem constitucional vigente[59].

Aqui, na generalidade que a terminologia *ampla e geral* proporciona, confunde-se à possível extensão que o gesto político de anistia pode tomar (ii.a) quanto aos atos de quem a propõe e (ii.b) quanto a certas figuras delitivas. A anistia é proposta para se *apagar* delitos dos quais o proponente foi vítima; em termos singelos, é possível que um homem agredido *perdoe* a agressão sofrida, porém é inconcebível que o agressor anistie a si próprio – por isso, a crítica de que a anistia de 1979 foi um *prestidigitado autoperdão*. Foi o que assinalou o Ministro Ayres Britto, quando pleiteou pela procedência da Arguição:

> Volto a dizer: uma coisa é a coletividade perdoando; outra coisa é o indivíduo perdoando. Digo isso porque a anistia é um perdão, mas é um perdão coletivo. É a coletividade perdoando quem incidiu em certas práticas criminosas. E, para a coletividade perdoar certos infratores, é preciso que o faça por modo claro, assumido, autêntico, não incidindo jamais em tergiversação redacional, em prestidigitação normativa, para não dizer em hipocrisia normativa[60].

Do mesmo modo, uma construção normativa histórica tem definido que certos crimes são impassíveis de ser anistiados: se tampouco prescrevem, não há que se falar em serem contemplados com anistia. São eles os crimes de lesa-humanidade. Assim, os seis votos que se manifestaram sob o argumento de uma anistia ampla e geral a todos os delitos

---

[59] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 242-243 (do Acórdão).

[60] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Ayres Britto. p. 135 (do Acórdão). O mesmo Ministro recita, em seu voto, um poema por ele escrito décadas antes, intitulado **A propósito de Hitler:** *"A humanidade não é o homem para se dar a virtude do perdão. A humanidade tem o dever de odiar os seus ofensores, odiar seus ofensores, odiar seus ofensores, porque o perdão coletivo é falta de memória e de vergonha. Convite masoquístico à reincidência."*

cometidos no decorrer do regime militar, tanto pelos opositores políticos quanto pelos agentes do Estado, acabaram por introduzir no ordenamento jurídico a possibilidade do autoperdão e adequaram crimes de tortura, de desaparecimento forçado e de genocídio ao patamar de crimes ordinários. Não foi outra a sugestão do Ministro Gilmar Mendes:

> Sequestros, torturas e homicídios foram praticados de parte a parte, muito embora se possa reconhecer que, quantitativamente, mais atos ilícitos foram realizados pelo Estado e seus diversos agentes, do que pelos militantes opositores do Estado.
>
> Embora seja razoável admitir que a grande maioria das ofensas foi praticada pelos militares, não é razoável introduzir, no campo da análise política e no campo das definições jurídicas, compreensões morais acerca da natureza justificadora da violência.
>
> Não é possível conferir a ilicitude criminal a alguns atos e, ao mesmo tempo, reconhecer que outros de igual repercussão possuem natureza distinta e podem ser justificados em razão do objetivo político ideológico que os geraram. Não é juridicamente razoável compreender que o objetivo moralmente considerado define a juridicidade da ação, fazendo com que outros atos – com motor condutor diverso – deixem de ser admitidos em razão da diversidade de escopo[61].

A equiparação da violência cometida por agentes do Estado com os ilícitos promovidos pelos opositores políticos que encontraram na *delinquência* um modo de resistir à brutalidade estatal ignora a *motivação ideológica* do uso da força por cada lado desse enfrentamento (autoritarismo x resistência) e a *imparidade de armas*, ou seja, a diferente potencialidade ofensiva de cada um deles (institucionalizada e burocratizada x difusa e espontânea). Mas, o que poderia ter sido um deslize de generalização argumentativa – ou uma tentativa de *equilíbrio de culpas* –, revela-se em um menosprezo do Ministro àqueles que se opuseram ao regime militar:

> Neste momento é importante destacar o trabalho realizado por nossas lideranças políticas, especialmente por nossos parlamentares, na construção desse processo constituinte complexo, que resultou na Constituição de 1988.
>
> Têm caído no esquecimento aqueles que, fazendo das palavras as suas armas, travaram por meio do diálogo, o combate na árdua luta parlamentar. Pessoas que tinham um compromisso, acima de tudo, com a implantação da democracia.[(...]
>
> Independentemente das posições políticas, temos de reconhecer que, graças aos avanços feitos por essas pessoas – não de armas, mas do diálogo –, podemos vivenciar nosso

[61] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 239 (do Acórdão).

> processo de evolução democrática, o que nos faz positivamente diferentes em relação aos nossos irmãos latino-americanos, que ainda hoje estão atolados num processo de refazimento institucional sem fim.
>
> [...]
>
> Talvez o Brasil seja devedor [...] das pessoas que travaram a luta, pela via pacífica, e que acreditaram, inclusive, na via parlamentar. [...]
>
> O Brasil é devedor desses companheiros, não das armas, mas da política, especialmente da política parlamentar, daqueles que realmente acreditaram na via do diálogo e na política como forma de construir soluções para impasses seriíssimos – e nós não temos feito essa devida homenagem[62].

É também curioso destacar que cinco dos sete ministros que votaram pela improcedência da Arguição (iii) *contrapuseram o posicionamento adotado pelo Conselho Federal da OAB* de reconhecimento da necessidade de uma lei de anistia à época da transição com a presente pretensão arguitória de que o ato normativo incentivado pelo Conselho deva ser interpretado conforme o ordenamento constitucional contemporâneo[63]. No voto do Ministro Gilmar Mendes, sua crítica foi expressa: "E, no que se refere à amplitude do processo de anistia concedida pela Lei n.º 6.683/1979, ressalte-se que o próprio arguente sustentou ativamente e zelou pela amplíssima abrangência, à época das discussões legislativas."[64]

Todavia, ao considerar como pressuposto ou condição da ação a imutabilidade de interpretação e de posicionamento do arguente, a Corte revelou reduzida e hipócrita leitura histórica. Primeiramente, tem-se que o passado é uma perene reapresentação:

> Ele não está fixo em alguma pretensa descrição absoluta e atemporal. É certo que hoje se dispõe de muito mais elementos para se interpretar aquele contexto tão nebuloso da abertura lenta e gradual apregoada pelo ex-ditador Ernesto Geisel. Muitos arquivos foram abertos, muitas histórias de perseguição e terrorismo de Estado foram reveladas pelos que sobreviveram. Tudo isto muda a compreensão que se tem do próprio passado[65].

---

[62] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 241, 252 (do Acórdão).

[63] Ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes. O Ministro Marco Aurélio não adentrou demasiadamente o debate por defender a inadequação processual da ADPF 153. Quanto ao voto da Ministra Ellen Gracie, limitamo-nos a constatar que ela não adentrou demasiadamente o debate.

[64] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 242-243 (do Acórdão).

[65] SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *op. cit*.

Em segundo contra-argumento, a reforma de compreensão e entendimento não pode ser defesa àqueles que suscitam a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, enquanto esta Corte pode fazer uso da evolução jurisprudencial para assentar novas inteligências à redação constitucional e legal. Tome-se, por exemplo, o caso dos *Habeas Corpus* 69.657-1/SP, 76.371-0/SP e 82.959-7/SP, nos quais, utilizando-se do mesmo fundamento argumentativo em seus votos, o Ministro Marco Aurélio restou vencido nos dois primeiros (1992 e 1998) e vencedor no terceiro (2006).

Ao explicar essa mutação hermenêutica do Tribunal, a qual determinou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990[66], o próprio Ministro Gilmar Mendes chegou a resgatar o caso *Plessy versus Ferguson* (1896), no qual a Corte Suprema americana reconhecera que a separação entre brancos e negros em vagões de trens distintos era legítima, decisão que foi superada pela orientação assumida em *Brown versus Board of Education* (1954), a partir da qual se assentou a incompatibilidade dessa separação com os princípios básicos da igualdade.

Nesse sentido, o reposicionamento do Conselho Federal da OAB não só demonstra profunda maturidade e vigoroso senso de responsabilidade, como deveria servir de referência àqueles que resistem em compreender que, no interior dos arquivos que começam a ser abertos, há novas histórias sendo narradas.

No que tange ao (iv) *tratamento hermenêutico* da Arguição, ao analisar criticamente os argumentos dos Ministros Celso de Mello e Carmem Lúcia (método histórico de interpretação), que indeferiram a ação, e do Ministro Ayres Britto (critério literal), que a deferiu parcialmente, o professor José Carlos M. da Silva Filho anotou que os julgadores apoiaram os seus juízos em teorias já ultrapassadas, incapazes de suportar a contemporânea complexidade do processo hermenêutico[67]. Conforme esse professor, tanto a ênfase no sentido da vontade do legislador quanto no sentido objetivo da lei "partem do pressuposto de que o texto normativo já possui um sentido pleno e verdadeiro e que o intérprete só o descobrirá, sem que contribua de fato para a sua formulação"[68]. Os vieses adotados pelos

---

[66] Nos *Habeas Corpus*, discutia-se a constitucionalidade da imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado (artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990), o que feria o princípio da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da Constituição da República). Para maiores informações, vide artigo "Governando através do crime: anotações sobre o tragicômico fenômeno da Lei dos Crimes Hediondos", deste coautor.

[67] SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. op. cit. É justo acrescentarmos que o Ministro Ricardo Lewandowski também fez breve defesa do critério hermenêutico literal ao apontar que a "*magna tarefa de interpretar o preceito legal aqui contestado exige que se ultrapasse a nebulosa indagação acerca da voluntas legislatoris – perdida em um passado remoto, e cuja aferição assume contornos eminentemente subjetivos, porquanto depende da ótica particular dos distintos exegetas – e se passe a examinar a voluntas legis, cuja avaliação se faz a partir de critérios hermenêuticos mais objetivos*." (STF. **ADPF 153**. p. 110, do Acórdão).

[68] SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *op. cit*.

Ministros – histórico-subjetivos ou normativo-objetivo – ignoram a revolução linguística operada no plano filosófico e suas repercussões no campo da hermenêutica jurídica, o que resultou no papel decisivo da *pré-compreensão*:

> Tal reviravolta indica que a linguagem assume o posto fundante antes reservado ao sujeito cognoscente. Quando a referência básica é o sujeito cognoscente, o intérprete (sujeito) é visto como alguém que, ao aplicar correta e racionalmente o instrumental científico necessário (métodos), delimita o verdadeiro sentido do texto normativo (objeto). Já a partir do paradigma da linguagem, especialmente no campo da hermenêutica filosófica e na linha dos escritos de Heidegger e Gadamer, percebe-se que o sujeito já pressupõe em qualquer atividade que realize, entre elas a de interpretar um texto, todo um conjunto de conceitos, valores e sentidos, sem os quais não seria sequer capaz do pensamento e da autoconsciência. O mais importante não são os métodos aplicados sobre o objeto, mas sim o que subjaz à articulação dos métodos e que, no esquema cientificista tradicional é invisibilizado. O nome dado a esta dimensão, que é uma verdadeira condição de possibilidade, é o de précompreensão, ela demarca o caráter ontológico da hermenêutica para o humano. Muito mais do que métodos ou ferramentas, a hermenêutica se aloja no próprio modo de ser das pessoas[69].

Enquanto o Ministro Ayres Brito parafraseia Geraldo Ataliba – "Eu não sou um psicanalista do legislador, eu sou um psicanalista da lei"[70] –, Silva Filho adéqua o aforismo às exigências contemporâneas afirmando que "não é a lei nem o legislador que necessitam de um psicanalista, mas sim o próprio intérprete."[71]

Nesse sentido, a argumentação hermenêutica mais acertada partiu do Ministro Eros Grau, quem, a partir de Hans-Georg Gadamer, "tijolo com tijolo num desenho lógico"[72], chegou a invocar a tese da *applicatio*, segundo a qual, somente no momento da interpretação e com fulcro nos pressupostos que operam naquele instante, é que o texto normativo adquire sua dimensão concreta e efetiva. Em outras palavras, a interpretação é constitutiva e não declarativa ou reprodutiva:

> Se for assim – e assim de fato é – todo texto será obscuro até a sua interpretação, isto é, até a sua transformação em norma. Por isso mesmo afirmei, em outro contexto, que se impõe 'observarmos que a clareza de uma lei não é uma premissa, mas o resultado de uma interpretação, na medida em que apenas se pode afirmar que a lei é clara após ter sido ela interpretada'."[73]

---

[69] SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *op. cit*.

[70] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Ayres Brito. p. 140-141 (do Acórdão).

[71] SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *op. cit*.

[72] BUARQUE, Chico. Construção. In: _____. **Construção**. Rio de Janeiro: Phonogran, 1971. Lado 1, Faixa 4

[73] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Eros Grau. p. 16 (do Acórdão).

Todavia, apesar de ter-se debruçado sobre um referencial teórico-hermenêutico bastante avançado, o voto do Ministro relator desenhou uma excepcionalidade mágica para a Lei nº 6.683/1979, ruindo toda a sua fundamentação teórica.

Uma interessante discussão que também se instalou foi quanto à (v) *função do Supremo Tribunal Federal* para o deslinde de questões dessa natureza. O Ministro relator foi enfático ao subscrever que "nem mesmo para reparar flagrantes iniquidades o Supremo pode avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo"[74], devendo qualquer revisão de lei de anistia ser feita através da casa legislativa e por seu instrumento: a lei[75]. Ao Supremo Tribunal Federal, assinalou-o por duas vezes o Ministro Eros Grau, "não incumbe legislar"[76].

A Ministra Cármen Lúcia seguiu a mesma orientação:

> O disposto no § 1º do art. 1º da Lei n. 6683/1979 não me parece justo, em especial porque desafia o respeito integral aos direitos humanos. Mas a sua análise conduz-se à conclusão, a que também chegou o Ministro Relator, de que também não pode ser alterado, para os fins propostos, pela via judicial. Nem sempre as leis são justas, embora sejam criadas para que o sejam. (...)
>
> Pode-se mudá-las? Não tenho dúvidas quanto a tal possibilidade, desde que pela via legislativa, não pela judicial[77].

Do mesmo modo o fez o Ministro Celso de Mello ao subscrever que à Suprema Corte, em sede de controle normativo abstrato, somente assiste o poder de atuar como legislador negativo, não lhe competindo a prática de atos que importem em inovação de caráter legislativo[78].

Por mais paradoxal que possa ser, esses mesmos Ministros, em recente decisão[79], deram interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723, do Código Civil[80], "permitindo se declare a sua incidência também sobre a união de pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituir família"[81], em claro exercício legislativo positivo. Nesta oportunidade, o Ministro Celso de

---

[74] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Eros Grau. p. 38 (do Acórdão).
[75] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Eros Grau. p. 39 (do Acórdão).
[76] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Eros Grau. p. 39, 41-42 (do Acórdão).
[77] STF. **ADPF 153**. Voto da Ministra Cármen Lúcia. p. 92-94 (do Acórdão).
[78] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 64-65 (do Acórdão).
[79] STF. **ADI 4.277**; **ADPF 132**.
[80] "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família."
[81] STF. **ADI 4.277**; **ADPF 132**. Voto da Ministra Cármen Lúcia.

Mello, acima referido, que, em seu voto sobre a Lei da Anistia – apenas um ano antes –, havia condenado o exercício jurisdicional que resultasse em inovações de caráter legislativo, contradiz-se por absoluto quando se manifesta em defesa do ativismo judicial em prol da união homoafetiva:

> IX. A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República
>
> Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos.
>
> Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.
>
> Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.
>
> A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal: [...]
>
> Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional[82].

[82] STF. **ADI 4.277**; **ADPF 132**. Voto do Ministro Celso de Mello (extraídos os negritos, itálicos e sublinhados).

Parece-nos evidente que os limites da função legislativa – positiva ou negativa – do Supremo Tribunal Federal atendem a critérios outros que não apenas jurídicos. É argumento coringa que calha tanto a motivar edificações normativas quanto a justificar omissões jurisdicionais. No que toca ao posicionamento de alguns Ministros quanto à interpretação conforme a Constituição suscitada para a Lei da Anistia, identifica-se que a circunscrição funcional alegada foi mero critério de autodomínio do julgador – tal como se expressou o Ministro Gilmar Mendes em Questão de Ordem sobre a Medida Cautelar concedida pelo Ministro Marco Aurélio na ADPF nº 54 (antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico):

> Estamos diante de um processo de perfil objetivo; logo, essa decisão acaba por produzir uma norma que regulará esta relação. E foi isso que acabou por ser determinado na decisão final do Ministro Marco Aurélio. Então, despertam-se essas questões relativas ao papel positivo ou negativo do legislador.
>
> Eu estaria até muito confortável para discutir essa questão e já nem empresto muito significado a isso, acho que nem Kelsen emprestaria quando falou do tal legislador negativo. Temos inúmeros exemplos, todo dia, aqui, de que acabamos por construir e fazer construções. Não me entusiasmo com esse aspecto. Sei que isso se utiliza como um "self-restraint" quanto um critério de autocontenção[83].

Numa sequência decrescente das razões mais invocadas nos votos, deparamo-nos, então, com o argumento da (vi) *conformidade convencional da Lei da Anistia*. Sem querer antecipar a ordem dos eventos, podemos apontar esse argumento como o mais importante da presente questão por ter possibilitado a condenação do Estado brasileiro pela CIDH, o que será objeto do parágrafo seguinte. E foi exatamente sobre esse argumento que se debruçou o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto pela procedência da ADPF. Como o Ministro bem ressaltou tanto o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas como a CIDH já assentaram que os Estados que ratificaram o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, respectivamente, têm o dever de investigar, ajuizar e punir os responsáveis por graves violações aos direitos humanos neles protegidos[84]. E enfatizou:

> Ainda que se admita, apenas para argumentar, que o País estivesse em uma situação de beligerância interna ou, na dicção do Ato Institucional 14/1969 – incorporado à Carta de 1967, por força da EC 1/1969 – enfrentando uma "guerra psicológica adversa", "guerra revolucionária" ou "guerra subversiva", mesmo assim os agentes estatais estariam obrigados a respeitar os compromissos internacionais concernentes ao direito humanitário, assumidos pelo Brasil desde o início do século passado[85].

---

[83] STF. **ADPF 54**. Voto do Ministro Gilmar Mendes na Questão de Ordem sobre a Medida Cautelar concedida pelo Ministro Marco Aurélio. p. 363-364 (dos autos).

[84] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. p. 128-129 (do Acórdão).

[85] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. p. 118 (do Acórdão).

Curiosamente, outros dois Ministros fizeram referências aos compromissos convencionais, porém descartaram suas aplicações ao caso. O Ministro Celso de Mello reconheceu a importância dos precedentes firmados pela CIDH e os relevantes documentos internacionais subscritos pelo país. No entanto, entende-se que o "caráter bilateral" da Lei da Anistia torna inconsistente a invocação dos precedentes a CIDH[86] e que os compromissos firmados no plano externo estão sujeitos ao postulado da *reserva de Parlamento*:

> Isso significa, portanto, que somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, por óbvio, cláusulas constitucionais em sentido diverso, como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º de nossa Lei Fundamental[87].

O Ministro Cezar Peluso, por sua vez, justificou que a anistia "proveio de um acordo, como tantos outros celebrados no mundo"[88], o que não poderia dar ensejo à censura por tribunais internacionais.

Rebatendo o argumento do arguente de que (vii) *a Lei da Anistia não havia sido recepcionada pela Constituição da República de 1988*, os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes subscreveram que a anistia concedida pela Lei nº 6.683/1979 teria sido reafirmada pelo texto do artigo 4º, § 1º, da Emenda Constitucional 26/1985, emenda que foi ato originário da Constituição de 1988, o que teria constitucionalizado a lei. O segundo Ministro, ao analisar a natureza da EC 26/85 – a qual possibilitou a elaboração da Carta de 1988, escreveu que "a anistia serviu de instrumento à Constituição pactuada, apresentando-se como meio de superação da dicotomia amigo/inimigo que havia sido potencializada no período de crise precedente."[89] A Ministra Cármen Lúcia também afastou a questão da não recepção constitucional da Lei da Anistia; porém, sua justificativa foi um bocado incompreensível: "porque tanto conduziria a injustiças óbvias e manifestas, e não para os que reprimiram, mas para os que sofreram e deram suas vidas para que, a começar pela lei em questão, se obtivesse o retorno do Estado de Direito no Brasil."[90]

Somente um voto concluiu pela (viii) *inadequação processual da ADPF*: o Ministro Marco Aurélio requereu a extinção do processo, sem julgamento do mérito, porém acabou por acompanhar o Ministro relator na improcedência da Arguição[91].

---

[86] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 183-184 (do Acórdão).
[87] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 191-192 (do Acórdão). [grifos extraídos]
[88] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Cezar Peluso. p. 210 (do Acórdão).
[89] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 242 (do Acórdão).
[90] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Cármen Lúcia. p. 82 (do Acórdão).
[91] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Marco Aurélio. p. 53-56 (do Acórdão).

Outro argumento utilizado pelo Ministro relator é digno de nota, porém não deve ser incluído na análise mais profunda da fundamentação dos votos por sua hediondez: refere-se ao *caráter do povo brasileiro*. Em seu voto, cita mais de 30 atos de anistia da História brasileira[92] e justifica que há "momentos históricos em que o caráter de um povo se manifesta com plena nitidez. Talvez o nosso, cordial, se desnude na sucessão das frequentes anistias concedidas entre nós."[93]

Talvez seja temerário subscrevermos que os votos – a favor ou contra – à Arguição foram tecnicamente insuficientes, quiçá equívocos. Ou talvez devamos abandonar uma tradição desacostumada de colocar a jurisdição da suprema corte em xeque para apontar, sim, que as interpretações históricas da transição política revelaram-se perversamente desvirtuadas; que, ao dar insustentável amplitude à anistia, os Ministros introduziram no ordenamento jurídico a possibilidade do autoperdão e acabaram por adequar crimes de tortura, de desaparecimento forçado e de genocídio ao patamar de crimes ordinários; que foram ignorados, por completo, os compromissos e a submissão do Brasil a pactos e tratados

---

[92] Decreto nº 8/1891 (ref. oposição ao Governo do Marechal Deodoro no estado do Pará), Decreto nº 83/1892 (ref. movimentos revolucionários nos estados do Mato Grosso e do Rio Grande do Sul), Decreto nº 174/1893 (ref. acontecimentos políticos nos estados de Santa Catarina e de Pernambuco), Decreto nº 175/1893 (ref. movimentos de 02 de fevereiro de 1893, no estado do Maranhão), Decreto nº 176/1893 (ref. movimento ocorrido em Catalão, estado de Goiás), Decreto nº 305/1895 (ref. acontecimentos políticos nos estados de Alagoas e Goiás), Decreto nº 310/1895 (ref. movimentos revolucionários), Decreto nº 406/1896 (ref. movimento de 04 de abril de 1896, no estado de Sergipe), Lei nº 533/1898 (ampliação da anistia concedida pelo Decreto nº 310/1895), Decreto nº 1.373/1905 (ref. Revolta da Vacina), Decreto nº 1.599/1906 (ref. movimentos revolucionários nos estados de Sergipe e Mato Grosso), Decreto nº 2.280/1910 (ref. Revolta da Chibata), Decreto nº 2.687/1912 (ampliação da anistia à Revolta da Chibata), Decreto nº 2.740/1913 (revoltas nos estados do Acre e do Mato Grosso), Decreto nº 3.102/1916 (ref. revolução no estado do Ceará e outros crimes políticos no país), Decreto nº 3.163/1916 (ref. crimes políticos ocorridos no estado do Espírito Santo decorrentes da sucessão presidencial), Decreto nº 3.178/1916 (ref. ampliação das anistias de 1895 e 1898), Decreto nº 3.492/1916 (ref. eventos no Amazonas e Guerra do Contestado, a qual envolveu os estados do Paraná e de Santa Catarina), Decreto nº 19.395/1930 (ref. Revolução de 1930), Decreto nº 20.249/1931 (ref.. movimentos sediciosos de 28 de abril de 1931, no estado de São Paulo), Decreto nº 20.265/1931 (ref. movimentos sediciosos de 20 de maio de 1931, no estado de Pernambuco), Decreto nº 24.297/1934 (ref. Revolução Constitucionalista de 1932), Decreto-Lei nº 7.474/1945 (ref. Intentona Comunista de 1935), Decreto-Lei nº 7.769/1945 (para integrantes da Força Expedicionária Brasileira), Decreto-Lei nº 7.943/1945 (ref. crimes de injúria ao Poder Público e crimes políticos), Decreto Legislativo nº 18/1951 (ref. crime de greve), Lei nº 1.346/1951 (ref. crimes eleitorais de leis revogadas), Decreto Legislativo nº 63/1951 (ref. crime de injúria ao Poder Público), Decreto Legislativo nº 70/1955 (ref. conflito no jornal Tribunal Popular, do Rio de Janeiro), Decreto Legislativo nº 16/1956 (ref. crimes de imprensa), Decreto Legislativo nº 22/1956 (ref. ref. movimentos revolucionários de 1955 a 1956), Decreto Legislativo nº 27/1956 (ref. crimes de greve, de imprensa e de insubmissão nas Forças Armadas), Decreto Legislativo nº 18/1961 (ref. crimes políticos, greve, militares e imprensa), Lei nº 6.683/1979 (objeto deste estudo), Lei nº 7.417/1985 (para as mães de família condenadas a até cinco anos de prisão). Atos normativos de anistia citados no voto do Ministro Eros Grau. p. 30 (do Acórdão).

[93] STF. **ADPF 153**. Voto do Ministro Eros Grau. p. 30 (do Acórdão).

internacionais já internalizados, os quais exigem efetiva proteção dos direitos humanos e responsabilização daqueles que atentem contra eles; que o tratamento hermenêutico oferecido à questão foi arcaico e inconforme às exigências hodiernas; e que, na maioria dos votos, tencionou-se *devolver* a questão a problemas processuais, às decisões e posturas de entidades à época dos fatos, às decisões do legislador constituinte, ao ofício do legislador ordinário, ao povo que *quis e acolheu* ao pacto, em uma construção lógica tão perigosa que, se levada adiante, acabaria por culpar os próprios opositores políticos pelas torturas que sofreram e aqueles que morreram *na contramão por atrapalhar o tráfego*.

Se foi difícil "beber dessa bebida amarga, tragar a dor e engolir a labuta"[94], foi ainda mais doloroso ouvir, ao encerramento (provisório) do julgamento plenário da ADPF 153, um eco antigo vindo do parlamento, de um discurso do então senador Paulo Brossard, em 17 de março de 1981, rememorado no último voto:

> Estejam tranqüilos os torturadores. O caráter bilateral da anistia os beneficiou: estão eles a salvo da lei penal pelos crimes que tenham cometido. O fato da tortura, porém, é inapagável. É uma nódoa histórica que a anistia desgraçadamente não apaga. Antes apagasse[95].

§ 7º

"E se o céu clareasse, de repente, impunemente?"[96] A quem não tenha acompanhado as resoluções das muitas questões pendentes do período do regime militar, pode parecer que a sentença do caso *Gomes Lund et al. vs. Brasil*, da CIDH, tenha sido um *deus ex machina* em resposta ao julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal. Não foi o caso.

Com publicação datada de 14 de dezembro de 2010, a sentença proferida pela CIDH foi resultado de uma demanda apresentada pela Comissão Interamericana quanto à

> responsabilidade [do Estado] pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil […] e camponeses da região, […] resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964-1985)[97].

---

[94] BUARQUE, Chico; GIL, Gilberto. **Cálice**,. *op. cit*.

[95] STF. **ADPF 153**. *apud* Voto do Ministro Gilmar Mendes. p. 249 (do Acórdão).

[96] BUARQUE, Chico. Apesar de você, *op. cit*.

[97] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. 24 nov. 2010. p. 3-4 (da sentença).

Devido à morosidade das investigações de buscas dos corpos no Araguaia, em 07 de agosto de 1995, o Centro de Justiça e Direito Internacional (CEJIL), em conjunto com a *Human Rigths Watch – Americas*, havia interposto a demanda para a CIDH, em representação aos familiares dos desaparecidos. Nesse pleito, não se solicitou que a CIDH realizasse um exame da Lei da Anistia com a Constituição da República de 1988 – questão de direito interno brasileiro –, nem se pretendeu que a CIDH revisasse o julgamento do Supremo Tribunal Federal – vez que, quando da apresentação da demanda, sequer haviam sido emitidos os votos dos Ministros. Suscitou-se a Corte Interamericana para que ela, em verdade, realizasse um controle de *convencionalidade* da Lei da Anistia: questionou-se a compatibilidade da referida lei com as obrigações internacionais do país contidas na Convenção Americana (o direito de não ser submetido a um desaparecimento forçado, decorrente dos artigos 3º, 4º, 5º e 7º; o direito à proteção judicial e às garantias judiciais relativos ao esclarecimento dos fatos e à determinação das responsabilidades individuais por esses mesmos fatos, decorrentes dos artigos 8º e 25, todos da Convenção Americana).

Ao recordar que o artigo 27, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, estabelece que os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais, a CIDH explicou as consequências das obrigações convencionais dos Estados:

> Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um "controle de convencionalidade" ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana[98].

Uma vez que o Brasil internalizou a Convenção Americana em 1992, tendo reconhecido a competência contenciosa da CIDH em 10 de dezembro de 1998, não houve "como proibir quando o galo insistiu em cantar"[99]: a Corte Interamericana era competente para conhecer e julgar o pedido de controle de convencionalidade.

---

[98] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. 24 nov 2010. p. 65-66 (da sentença).

[99] BUARQUE, Chico. Apesar de você. BUARQUE, Chico. Apesar de você, *op. cit*.

Em sua decisão, a CIDH reconheceu que o regime militar implantado no Brasil foi responsável por práticas sistemáticas de detenções arbitrárias, torturas, execuções e desaparecimentos forçados perpetrados pelas forças de segurança do governo militar. E, em específico, que o extermínio da Guerrilha do Araguaia fez parte de um padrão de repressão, perseguição e eliminação sistemática e generalizada da oposição política do regime ditatorial. Comprovou-se perante a Corte Interamericana que as vítimas dessa operação estiveram sob custódia – isolada e incomunicável – do Estado em algum momento antes de seus desaparecimentos. E que essas mesmas vítimas foram torturadas durante a custódia, conforme o "*modus operandi* seguido pelos agentes estatais nas detenções da região, bem como em outros desaparecimentos forçados e prisões de opositores políticos no Brasil"[100].

Das 62 pessoas identificadas como supostas vítimas do caso, somente foram identificados os restos mortais de duas delas. Não por outra razão, a Corte Interamericana concluiu que o Estado brasileiro permanece responsável pelo desaparecimento forçado de 60 pessoas. E assim *permanece*, pois, para o Direito Internacional, o crime de desaparecimento forçado se inicia "com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanece enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determine com certeza sua identidade"[101].

A Corte Interamericana também identificou na tradicional interpretação da Lei da Anistia, referendada pelo Supremo Tribunal Federal, o maior obstáculo para o direito às garantias judiciais e à proteção judicial dos familiares dos desaparecidos. A CIDH ressaltou que

> [...] todos os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos e diversas altas cortes nacionais da região, que tiveram a oportunidade de pronunciar-se a respeito do alcance das leis de anistia sobre graves violações de direitos humanos e sua incompatibilidade com as obrigações internacionais dos Estados que as emitem, concluíram que essas leis violam o dever internacional do Estado de investigar e sancionar tais violações
>
> Este Tribunal já se pronunciou anteriormente sobre o tema e não encontra fundamentos jurídicos para afastar-se de sua jurisprudência constante, a qual, ademais, concorda com o estabelecido unanimemente pelo Direito Internacional e pelos precedentes dos órgãos dos sistemas universais e regionais de proteção dos direitos humanos. De tal maneira, para efeitos do presente caso, o Tribunal reitera que "são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos"[102].

---

[100] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. 24 nov 2010. p. 31 (da sentença).

[101] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. 24 nov 2010. p. 38 (da sentença).

[102] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. 24 nov 2010. p. 64 (da sentença). Art. 170 e 171.

A forte censura às disposições da Lei da Anistia é justificada: agindo conforme a Lei, o Estado brasileiro não investigou os fatos ocorridos na Guerrilha do Araguaia, não os julgou e não responsabilizou e/ou puniu os atores dos crimes de lesa-humanidade, violando, assim, os direitos às garantias e à proteção judiciais.

Ainda nesse âmbito, a CIDH aproveitou para criticar a ausência de tipificação do crime de desaparecimento forçado no direito brasileiro conforme exigência da Convenção Americana e instou o Estado brasileiro para que adote, em prazo razoável, todas as medidas necessárias para ratificar a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas[103] e, enquanto isso, para que dê prosseguimento à tramitação legislativa dos projetos de lei referentes a esse crime:

> [...], de acordo com a obrigação decorrente do artigo 2º da Convenção Americana, o Brasil deve adotar as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas, em conformidade com os parâmetros interamericanos. Essa obrigação vincula a todos os poderes e órgãos estatais em seu conjunto. Nesse sentido, como esta Corte salientou anteriormente, o Estado não deve limitar-se a promover o projeto de lei de que se trata, mas assegurar sua pronta sanção e entrada em vigor, de acordo com os procedimentos estabelecidos no ordenamento jurídico interno[104].

O voto do juiz ad hoc Roberto de Figueiredo Caldas ratificou esse *mandado expresso de criminalização "convencional"*[105]:

> Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar.
>
> [...]
>
> Mesmo as Constituições nacionais hão de ser interpretadas ou, se necessário, até emendadas para manter harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com o artigo 2º da Convenção, os Estados comprometem-se a adotar medidas pala eliminar normas legais e práticas de quaisquer espécies que signifiquem violação a ela e, também ao contrário, comprometem-se a editar legislação e desenvolver ações que conduzam ao respeito mais amplo e efetivo da Convenção[106].

---

[103] A referida Convenção foi internalizada pelo Congresso Nacional, no princípio de 2011.

[104] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. 24 nov 2010. p. 64 (da sentença).

[105] Sobre o tema, porém sob o aspecto constitucional, recomendamos a leitura do artigo **Mandados Expressos de Criminalização e Função Positiva do Bem Jurídico-Penal:** Encilhando o Leviatã, de Cleopas Isaías Santos, também integrante desta coletânea.

[106] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. 24 nov 2010. p. 120-121 (da sentença).

A Corte Interamericana apontou também violações ao artigo 13 da Convenção Americana, o qual ampara o direito das pessoas de solicitarem acesso (a) e receberem informações, tal como a obrigação positiva do Estado de fornecê-las, com as exceções permitidas sob o regime de restrições da Convenção – limitações que devem ser devidamente fundamentadas. A Corte esclareceu que,

> em casos de violações de direitos humanos, as autoridades estatais não se podem amparar em mecanismos como o segredo de Estado ou a confidencialidade da informação, ou em razões de interesse público ou segurança nacional, para deixar de aportar a informação requerida pelas autoridades judiciais ou administrativas encarregadas da investigação ou processos pendentes[107].

Por essas razões, a sentença da CIDH reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro por: violação do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; ofensa à integridade física e moral e à liberdade de pensamento e de expressão; desaparecimento forçado de, pelo menos, 60 cidadãos; descumprimento de adequação de seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos; violação do direito ao acesso às garantias e à proteção judiciais; enfim, por todas as violências cometidas contra os seus opositores políticos participantes da Guerrilha do Araguaia, as quais se extrapolaram também contra os seus familiares. Pois a violência contida nas práticas sistemáticas de detenções arbitrárias, de torturas, de execuções e de desaparecimentos forçados voltadas aos *inimigos* do regime militar persiste na privação do acesso à verdade dos fatos sobre o destino dos desaparecidos, na falta de investigações efetivas para o esclarecimento dos fatos, na ausência de iniciativas para sancionar os responsáveis, constituindo-se, assim, uma forma de tratamento cruel e desumano perene para as famílias.

Reconhecidas essas violências e determinada a incompatibilidade da Lei da Anistia com a Convenção Americana, a CIDH também se preocupou em ordenar o cumprimento de determinadas obrigações, dentre as quais[108] destaca-se a recomendação de criação de uma Comissão da Verdade para apuração das violações ocorridas durante a ditadura civil militar, o que trouxe um novo paradigma jurídico, que "chegou tão diferente do seu jeito

---

[107] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. 24 nov 2010. p. 77 (da sentença).

[108] Obrigações de investigar os fatos, julgar (em jurisdição ordinária, e não no foro militar) e, se for o caso, punir os responsáveis; de determinar o paradeiro das vítimas; de adotar medidas de reabilitação (atenção médica e psicológica), de satisfação (publicação da sentença e realização de ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional) e de garantias de não repetição (educação em direitos humanos nas Forças Armadas; tipificação do delito de desaparecimento forçado; acesso, sistematização e publicação de documentos em poder do Estado); de pagar indenizações por danos materiais e moral.

de sempre chegar"[109], com a possibilidade de rediscussão interna dos entraves os quais não permitem que as famílias realizem o luto dos seus. A *flor da terra*[110], sufocada e pisoteada pela repressão, então "se fez bonita como há muito tempo não queria ousar, com seu vestido decotado, cheirando a guardado de tanto esperar"[111], favorecendo a efervescência do debate para que o "país do futuro" promova o reencontro com o seu passado histórico.

Com essa sentença, a CIDH justificou a responsabilização internacional do Estado brasileiro pelos atos cometidos contra seus inimigos na Guerrilha do Araguaia, e traduziu uma das maiores vantagens de um sistema permanente de Direito Penal Internacional, que, segundo Garapón, foi o *reconhecimento de um estatuto para a vítima*[112].

§ 8º

Se a antiguidade dos textos sobre inimigos comprova que o *inimigo* é uma construção tendencialmente estrutural do discurso do poder punitivo[113], uma narrativa histórica da inimizade demonstra a temporalidade de suas categorias. A história do tratamento sofrido por aqueles que resistiram à violência institucionalizada e burocratizada do regime militar (1964-1985) permite que se compreenda como eles se tornaram politicamente *inimigos* e que se denuncie a fragilidade das razões as quais os conduziram a tal estado de desqualificação. Fragilidade confirmada pelo trânsito categórico amigo/inimigo que o decorrer do tempo possibilita: se no grito dos opositores do regime – dos torturados, dos presos, dos combatentes, das mães-sem-filhos, daqueles que gritavam em versos – invocava que se fossem devolvidas suas personalidades aos seus corpos despidos, hoje essa extração configura o terror daquele período. A despersonalização pela inimizade caracteriza-se pela fragilidade de seus argumentos. Mas, é uma fragilidade que mata.

Quando Günther Jakobs estabeleceu a distinção entre *pessoas* e *não pessoas* para apartar aqueles que pudessem oferecer uma garantia cognitiva de um comportamento pessoal, cumprindo com a expectativa exigida pela normatividade[114], daqueles que não o

---

[109] BUARQUE, Chico; MORAES, Vinícius de. Valsinha. In: ____. ____. **Construção**. Rio de Janeiro: Phonogran, 1971. Lado 1, Faixa 8 (2:00).

[110] Alusão à música de BUARQUE, Chico; NASCIMENTO, Milton. **O que será (a flor da Terra)**, *op. cit*.

[111] BUARQUE, Chico; MORAES, Vinícius de. **Valsinha**, *op. cit*.

[112] GARAPON, Antoine. **Crimes que não se pode punir nem perdoar**. Lisboa: Instituto Piaget, 2004. Especialmente o capítulo I: Uma utopia do pós guerra fria.

[113] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução : Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 83.

[114] JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo:** noções e críticas. Tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 45.

pudessem (os *inimigos*), sua construção abstrata da concepção de *pessoa* não era inédita. Hans Kelsen já havia tratado dessa atribuição ficcional:

> A chamada pessoa física não é, portanto, um homem, mas uma unidade personificada das normas jurídicas que atribuem deveres e direitos ao próprio homem. Não é uma realidade natural, mas uma construção jurídica criada pela ciência do direito, um conceito auxiliar na descrição de fatos juridicamente relevantes. Nesse sentido, (concluía Kelsen), a chamada pessoa física é uma pessoa jurídica[115].

Quando as mais vigorosas críticas se voltaram ao discurso de Jakobs, não perceberam que sob sua teoria havia uma tradição científica que configurara a *pessoa* como um *centro de imputação normativa* de efeitos jurídicos, primariamente de direitos e deveres, e, posteriormente, de expectativas de comportamento[116]. A interpretação de pessoa como alguém que porta um *papel* provém de sua própria etimologia: em latim, *persona* faz referência ao disfarce ou ao aspecto exterior de um indivíduo, representado no palco – em específico, à máscara que utiliza; os gregos utilizavam-se do termo equivalente *prósopon* (πρόσωπα), que significa *rosto*[117]. O termo foi, assim, transportado do palco para a realidade social com o fim de denotar palavras e condutas humanas.

Foi Hobbes quem resgatou esse raciocínio de que uma "pessoa é o mesmo que um ator, tanto no palco como na conversação corrente."[118] A metáfora da máscara teatral é excelente para a compreensão da distinção que Jakobs, tal como Niklas Luhmann faz do indivíduo, este entendido como o sistema psíquico que opera mediante a consciência, enquanto a sociedade se constrói mediante a comunicação[119]. A pessoa (*persona, prósopon*) seria, pois, a ponte que permite a conexão entre os sistemas psíquicos (consciências) e os sociais (comunicações). E mais: é a metáfora perfeita porque nos revela sua transitoriedade. Na representação de um papel nos palcos ou de uma competência socialmente compreensível no sistema jurídico-social, a permanência (identificação) e a representação (conexão) da máscara são passageiras.

---

[115] KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. Traducción: Roberto J. Vernego. México: Universidad Autónoma de México, 1979. p. 160.

[116] GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução: Luiz Regis Prado, Érika Mandes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 10). p. 166.

[117] FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.Prelo.

[118] HOBBES, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução: Alex Marins. São Paulo:Martin Clarte, 2006.p. 123.

[119] GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**, *op. cit.*, p. 134.

[120] BUARQUE, Chico. **Noite dos mascarados**. In: _____. **Chico Buarque de Hollanda**. Rio de Janeiro: RGE, 1996. v. 2, Lado A, Faixa 1

E por assim serem, após quase cinco décadas de um estado de exceção, instaurado pela administração militar e mantido pelos resquícios de políticas autoritárias de esquecimento – inclusive com o referendo da Suprema Corte Nacional –, a sentença da Corte Interamericana devolve aos *inimigos* daquele regime suas personalidades jurídicas. É devolvida a esses inimigos a máscara para que sejam identificados e para que voltem a representar os papéis que lhes cabem. Então, à pergunta *Quem é você?* que não se deixem embalar pela marcha do carnaval de um coro sem rosto:

> Mas é Carnaval, não me diga mais quem é você. Amanhã tudo volta ao normal. Deixa a festa acabar, deixa o barco correr, deixa o dia raiar, que hoje eu sou da maneira que você me quer. O que você pedir, eu lhe dou. Seja você quem for, seja o que Deus quiser. Seja você quem for, seja o que Deus quiser[120].

Pessoas que tornam a ser, que a essa pergunta as respostas tragam seus nomes e suas histórias.

[120] BUARQUE, Chico. **Noite dos mascarados**. In: _____. **Chico Buarque de Hollanda**. Rio de Janeiro: RGE, 1996. v. 2, Lado A, Faixa 1

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. L'immanenza assoluta. **La Potenza del pensiero:** saggi e conferenze. Traduzione: Selvino J. Assmann, Leon Fahri Neto. Vicenza: Neri Pozza, 2005.

_____. **O estado de exceção**. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALCÀZAR, Joan del et al. **Historia contemporánea de América**. Valéncia: Universitat de Valéncia, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Lei . 6693, de 28 de agosto de 1979, concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasilia, 28 ago. 1979.

BRASIL. Lei n. 8072, de 25 de julho de 1980. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasilia, 25 jul. 1980.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do Par. 1º do Art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 06 dez, 1999.

BRASIL. Código civil (2002). **Código civil:** lei n. 10.406, de 10.1.2002. 55. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**. Brasília: Senado Federal, 2008.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatório anual da Comissão de Anistia 2009**. Brasília: Comissão de Anistia, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**.

BUARQUE, Chico. Apesar de você. In: _____. **Chico Buarque**. Rio de Janeiro: Polygram, 1978. Lado B, Faixa 6 (3m54).

_____. A banda. In: _____. **Chico Buarque de Hollanda**. Rio de Janeiro: RGE,1966. Lado A. Faixa 1.

_____. Construção. In: _____. **Construção**. Rio de Janeiro: Phonogram, 1971. Faixa 4.

_____. Noite dos mascarados. In: _____. **Chico Buarque de Hollanda**. Rio de Janeiro: RGE, 1966. v. 2

_____. O que será, que será? In: _____. **Meus caros amigos**. Rio de Janeiro: Polygram, 1976. Lado A, Faixa 1.

_____. Pedaço de mim. In: _____. **Chico Buarque**. Rio de Janeiro: Polygram. 1978. Lado A, Faixa 2 (4min)

_____. Rosa-dos-ventos. In: _____. **Chico Buarque de Holanda**. (Remasterizado). Rio de Janeiro: Universal Music, 2006 .v. 4, Faixa 7.

_____; GIL, Gilberto; NASCIMENTO, Milton. **Cálice**. In: _____. Rio de Janeiro: Phonogram, 1978. Lado A, Faixa 2 (4min00)

_____; MPB4. Roda Viva. In: BUARQUE, Chico: TOQUINHO. **Chico Buarque de Holanda**. Rio de Janeiro: Polygram. 1968. v. 3, lado A. Faixa 6.

_____; MILTINHO. Angélica. In: BUARQUE, Chico. **Almanaque**. Rio de Janeiro: Polygram. 1981. Lado B, Faixa 3 (3min08s).

_____; MORAES, Vinícius de. Valsinha. In: _____. **Construção**. Rio de Janeiro: Phonogran, 1971. Lado 1, Faixa 8 (2min).

_____; NASCIMENTO, Milton. O que será (a flor da Terra). In: _____. **Meus caros amigos**. Rio de Janeiro: Polygran, 1976. Lado A, Faixa 1.

COMISIÓN DE SOLIDARIDAD CON FAMILIARES DE PRESOS Y DESAPARECIDOS EN LA ARGENTINA – COSOFAM. **La violación de los derechos humanos de argentinos judios bajo el regimen militar (1976-1983)**. Buenos Aires: Editorial Mila, 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. 24 nov 2010. p. 33-34 (da sentença). Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2010/12/15/sentenca-do-caso-gomes-lund-e-outros-%E2%80%9Cguerrilha-do-araguaia%E2%80%9D-vs-brasil/>.

EISENBERG, José. O político do medo e o medo da política. **Revista Lua Nova**, n. 64, 2005.

ELIS REGINA. Como nossos pais. In: BELCHIOR. **Alucinação**. Rio de Janeiro: Polygram, 1976. Lado A. Faixa 3 (4min39s).

_____. **O bêbado e o equilibrista**. In: BOSCO, João; BLANC, Aldir. **Linha de passe**. São Paulo: WEA, 1979.

FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Prelo.

GARAPON, Antoine. **Crimes que não se pode punir nem perdoar:** para uma Justiça Internacional. Tradução: Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. Tradução: Luiz Regis Prado, Érika Mandes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 10).

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo:** noções e críticas. Tradução: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KAES, René; PUGET, Janine (Org.). **Violencia de estado y psicoanalisis**. 1. ed. Buenos Aires: Lumen, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. Traducción: Roberto J. Vernego. México: Universidad Autónoma de México, 1979.

MATE, Reyes. **Memórias de Auschwitz**. Tradução: Antônio Sidekum. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2005.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil/Conselho Federal, 2008.

PEREIRA, Antony W. **Ditadura e repressão:** o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. Tradução: Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François. Campinas: UNICAMP, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Conocer desde el Sur, para una cultura emancipatoria**. 1. ed. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Ciências Sociales UNMSM, 2006. Programa de Estudos sobre Democracia e Transformação Global

SANTOS, Cleopas Isaías. **Mandados expressos de criminalização e função positiva do bem jurídico-penal:** encilhando o Leviatã. (nesta edição)

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a inacabada transição democrática brasileira In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Coord.). **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Forum, 2010.

VENTURINI, Flávio .Clube da Esquina 2. In: NASCIMENTO, Milton; BORGES, Lô; BORGES, Márcio. **Clube da esquina 2**. Rio de Janeiro: EMI, 1978.

UMA DIPLOMACIA de golpes e contragolpes. **Veja**, São Paulo, n. 445, p. 26-27, 16 mar 1977.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El crimen de estado como objeto de la criminología**. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2506/4.pdf>.

_____. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Contraponto Necessário

Tipo: Inimigo

MANDADOS EXPRESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO E FUNÇÃO POSITIVA DO BEM JURÍDICO-PENAL: ENCILHANDO O LEVIATÃ

Cleopas Isaías Santos*

RESUMO

O presente artigo identifica e discute uma das facetas do Estado enquanto não exclusivamente "inimigo", ou seja, enquanto não apenas agressor dos direitos fundamentais dos cidadãos, mas como garantidor da sua não-afetação. Para tanto, optou-se pela análise dos chamados *mandados expressos de criminalização*, através dos quais o Constituinte exige do legislador ordinário a tutela penal de certas condutas, com intensos reflexos na teoria do bem jurídico-penal, especialmente no que tange à sua *função positiva* e aos princípios político-criminais da *dignidade* e *necessidade de pena*, que legitimam aquela intervenção estatal. Ao fim, conclui-se pela legitimidade dos mandados expressos de criminalização e por sua perfeita congruência com o estado atual da teoria dos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Mandados expressos de criminalização; Função positiva do bem jurídico-penal; princípios da dignidade e necessidade de pena; Teoria dos direitos fundamentais.

ABSTRACT

This article identifies and discusses one of the facets of the State while no exclusively "enemy", in other words, while not just as an aggressor of the citizens' fundamental rights, but as a guarantor of non-affectation. To this end, we chose to analyze the called warrants expressed of criminalization, through which the Constituent demands of the ordinary legislator the criminal authority of certain conducts, with intense repercussions on the theory of the legal-criminal goods, especially in regard to its positive function and the principles of political-criminal dignity and the punishments needs, wich one legitimizes the state intervention. At the end, it is concluded by the legitimacy of the expressed warrants of criminalization by its perfect congruence with the current state of the theory of the fundamental rights.

keywords: Orders expressed of criminalization; Positive function of the legal-criminal goods; Principles of dignity and the punishments need; Theory of fundamental rights.

---

* Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS; Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra e em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá; Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade São Luís, da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão, da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul e da Academia Integrada de Segurança Pública do Estado do MA; Delegado de Polícia.

INTRODUÇÃO

Algumas questões, aparentemente bem conhecidas e até exaustivamente analisadas, não raras vezes, precisam ser expostas a uma nova luz, reformuladas como problema, para que novos aspectos possam ser visualizados. Uma tal problematização pode evidenciar um caso em tese limitado e de interesses secundários como um fenômeno de epicêntrica importância para todo o âmbito de estudo que se busca desenvolver[1].

Acredita-se que a legitimidade de uma possível *função positiva* do bem jurídico-penal seja uma dessas questões. Isto é, a possibilidade de o bem jurídico-penal servir, não mais apenas como limite da atuação estatal na criminalização de condutas que não possuam um bem jurídico digno e necessitado de pena, como tradicionalmente aceito pela doutrina penalística, mas também como fundamento de tal intervenção, inclusive com a exigência do Constituinte, dirigida ao legislador, de criminalização de determinadas condutas, fenômeno que se mostra comum nas Constituições Democráticas do segundo pós-guerra, inclusive na brasileira, em diversos âmbitos, a exemplo das condutas ofensivas ao meio ambiente, que serão aqui tomadas como trilo da discussão que segue.

2 MANDADOS EXPRESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO E FUNÇÃO POSITIVA DO BEM JURÍDICO

Com efeito, a CF/88, no art. 225, § 3º, dispõe que "*as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados*". Ou seja, o Estado passa a ser obrigado a punir criminalmente os atos ofensivos ao meio ambiente. É o que se convencionou chamar-se *mandado expresso de criminalização*[2-3]. - As questões que se colocam imediatamente são as seguintes: está o Estado obrigado a legislar em matéria penal? A exigência constitucional de tutela penal de um bem jurídico limita-se ao Legislativo ou também alcança o Executivo e o Judiciário?

---

[1] BAKHTIN, Mikhail M.. **Marxismo e filosofia da linguagem**. São Paulo: Hucitec, 2010. p.148-149.

[2] Esta é uma discussão relativamente nova para a doutrina penal, vez que a teoria dos direitos fundamentais e a teoria dos princípios, substratos sobre os quais o tema se desenvolve, surgem no campo do Direito Constitucional, mais especificamente, no movimento que se convencionou chamar Neoconstitucionalismo. No Brasil, tratando do Neoconstitucialismo, cf. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito:** triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em:< http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 02 mar. 2009.

[3] Interessante abordagem sobre os mandados expressos de criminalização na CF/88, entre os quais, os relativos às condutas que ofendem o meio ambiente, cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.287-294, maxime p. 292; e FELDENS, Luciano. **A constituição penal:** a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. maxime p. 84.

A primeira questão mostra-se relevante na medida em que a admissão de um dever de legislar penalmente em matéria de crueldade parece ser incompatível, vez que com ela contrária, à chamada *função negativa*[4] do bem jurídico, assim também com a noção de subsidiariedade do Direito Penal, considerado legítimo, segundo a tradição liberal que chegou aos dias atuais, apenas quando se mostrar como a *ultima ratio* do sistema de controle social.

Com efeito, o princípio do bem jurídico foi concebido, desde a teoria da proteção de direitos subjetivos de Feuerbach, que o antecedeu historicamente, para servir de limite negativo à intervenção penal do Estado. Ou seja, o bem jurídico era usado, não para dizer ao legislador o que deveria ser protegido pelo Direito Penal, mas para indicar-lhe aquilo que não poderia sê-lo, de tal forma que com isso se evitava a proibição de meros valores morais. Mais precisas e autorizadas, neste contexto, são as palavras de Hassemer, o qual é categórico ao afirmar que "este principio no ha contenido de criminalizar toda conducta que lesione un bien jurídico, sino que, por el contrario, ha prescrito extraer de la ley toda conminación penal que no se pueda referir a una lesion o puesta en peligro de un bien jurídico"[5]. Nesse sentido, nota-se que a função negativa do bem jurídico está muito mais relacionada aos *limites* do poder punitivo estatal do que à sua *legitimação*, até porque em plena harmonia com a clássica concepção dos direitos fundamentais como direitos de defesa[6]. Dessa forma, a função negativa do bem jurídico, ao servir como limite ao legislador penal, acabava por selecionar apenas as condutas que ofendessem, mediante lesão ou exposição a perigo, bens jurídicos considerados essenciais para o livre desenvolvimento dos indivíduos e para o bom funcionamento social, de maneira que ao Direito Penal era reservado um papel subsidiário em relação às outras formas de controle social. Em poucas palavras: a legitimidade do Direito Penal estava condicionada a sua natureza *subsidiária*[7], ou seja, por seu atributo de ultima ratio do sistema de controle social.

Por outro lado, com a existência de mandados expressos de criminalização, o bem jurídico deixa de ter apenas uma função negativa e passa a exercer também uma função positiva, na medida em que o constituinte já estabelece previamente a necessidade de tutela

---

[4] Sobre isso, cf HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad:** bases para una teoria de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 34; e HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Holand (ed.). **La teoria del bien jurídico:** ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 96.

[5] HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber Delitos que no Afecten a un Bien Jurídico Penal?, p. 98.

[6] HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber Delitos que no Afecten a un Bien Jurídico Penal?, p. 98.

[7] Sobre a subsidiariedade do Direito Penal, cf. ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 2004, p. 28.

penal de determinados bens jurídicos, diretamente relacionados aos direitos fundamentais. Este fenômeno decorre de outro, certamente dos mais relevantes, ocorrido nos últimos anos, no âmbito da dogmática jurídica, qual seja, a chamada constitucionalização do Direito, a qual consolidou um dos mais significativos processos de reestruturação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, ao reconhecer, como princípio interpretativo, a supremacia das Cartas Constitucionais, em razão da qual toda a ordem jurídica tornou-se aberta à irradiação ou à *filtragem das normas constitucionais*[8] e, de modo particular, dos direitos fundamentais por elas garantidos[9].

A referida contradição, no entanto, é apenas aparente. Com efeito, a função negativa do bem jurídico nasce em um momento histórico em que era absolutamente justificável a limitação do poder punitivo estatal, especialmente frente aos direitos individuais, ou seja, os chamados direitos civis e políticos, ou de primeira geração, típicos de um Estado Liberal. Não por outra razão que a raiz da teoria do bem jurídico deu-se sob a forma de defesa de direitos subjetivos. Não havia sentido, naquele momento histórico, falar-se em direitos positivos. O que se esperava, a todo custo, era o afastamento do Estado dos direitos dos cidadãos. Em síntese, com o fortalecimento da *perspectiva positiva dos direitos fundamentais*, em que estes deixaram de ser simples forma de defesa contra os arbítrios do Estado, surge uma nova face do bem jurídico, qual seja, sua *função positiva*, que se dá especialmente através dos chamados *mandados expressos de criminalização*.

Maior densidade ganhou esta perspectiva especialmente a partir da teoria dos princípios, que tem na referencial obra de Alexy[10] sobre o tema sua maior expressão. A partir do princípio da proporcionalidade, com sua tríplice estrutura dogmática (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e sua dupla face (proibição de excesso e proibição de proteção deficiente), passou-se a ter novos referenciais normativos para a verificação da legitimidade da intervenção penal. Quanto à proibição de excesso (*Übermaßverbot*), esta representa, sem qualquer ajuste, a função negativa clássica do bem jurídico, ao passo que a proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*) serve

---

[8] Expressão de SCHIER, Paulo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Crítica jurídica:** revista latinoamericana de política, filosofía y derecho,. Curitiba, Unibrasil, n. 24, 2005, *passim*.

[9] SANTOS, Cleopas Isaías. A prisão em flagrante no projeto de reforma total do código de processo penal e sua ressonância nos direitos fundamentais do imputado, **Revista Jurídica**, n. 393, p. 100, jul. 2010. Nesse contexto, e indo além do afirmado, CUNHA, Paulo Ferreira da. **A constituição do crime:** da substancial constitucionalidade do direito penal. Coimbra: Coimbra Editora 1998, p. 90, assere que "não se trata apenas do conhecido fenómeno de constitucionalização do Direito Penal, mas do reconhecimento do mesmo como matéria que, não sendo de Direito Constitucional proprio sensu, é juridicamente constitucional, ou fundante".

[10] ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

de substrato teórico para a função positiva do bem jurídico. Segundo Hassemer, ambos os princípios estão "en condiciones de reconstruir desde el punto de vista del Derecho constitucional las tradiciones del Derecho penal en cuyo centro se encuentra el bien jurídico, ya que representan los dos polos que determinan el derecho de intervención estatal conforme a la Constitución"[11].

Aqui ainda se poderia questionar se a admissão de um mandado expresso de criminalização não feriria a condição de *ultima ratio* do Direito Penal, ao mesmo tempo em que o transformaria na *prima ratio* ou até mesmo na *única ratio*, como se pronunciava Hassemer[12]. Isso, contudo, não procede. Vale evidenciar que o próprio Hassemer mudou seu posicionamento no último trabalho mais significativo dedicado ao tema[13].

O que o legislador constituinte faz, ao determinar a necessidade de criminalização de certos bens jurídicos, é o mesmo que o legislador penal sempre fez, ou seja, escolher seletivamente os bens jurídicos mais importantes. A única diferença que se poderia revelar diz com a antecipação dessa necessária intervenção penal, feita agora no âmbito da Constituição. Afinal, o constituinte também é legislador, legitimado democraticamente tanto quanto o ordinário. O que passa a existir, com a proibição de proteção deficiente, através de mandados expressos de criminalização, é a *ratio necessária* da intervenção penal. De fato, nos casos de mandados expressos de criminalização, o próprio constituinte faz o juízo de adequação e de necessidade da intervenção penal, relegando ao legislador ordinário apenas a análise da proporcionalidade em sentido estrito[14].

Buscando um fundamento para os *mandados expressos de criminalização* previstos em muitas constituições, entre as quais, a italiana, a alemã, a portuguesa, a espanhola e a brasileira, Marinucci e Dolcini questionam: "por que razão é que as *Constituições* antecipam, algumas vezes, *valorizações político-criminais*, normalmente remetidas às

---

[11] HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico **penal**? p. 98.

[12] HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**, p. 51.

[13] HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? especialmente nas p. 101-102.

[14] Referindo-se ao estreito campo de atuação do legislador, STAECHELIN, Gregor. ¿Es penal compatible la «prohibición de infraprotección» con una concepción liberal del derecho?. In:_____. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000, p. 289, afirma ser a proibição de proteção deficiente "el límite inferior de la liberdad de valoración del legislador". Nessa mesma senda: FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 93, assere que "devemos extrair da proibição do excesso a medida máxima, e da proibição da proteção deficiente a medida mínima da atuação legislativa, centrando-se a zona de discricionariedade do Poder Legislativo entre a medida máxima e a medida mínima".

escolhas discricionárias do legislador ordinário?"[15] (itálico no original), ao que respondem imediatamente: "a resposta emerge, não só da *experiência histórica*, mas também dos *projectos e dos objectivos* que os vários países se propunham no momento em que se outorgavam uma nova Constituição"[16] (itálico no original). O exemplo do mandamento constitucional de criminalização da crueldade contra animais mostra-se, de fato, como justificado pelos critérios estabelecidos pelos autores italianos supramencionados.

Importa destacar ainda, em resposta à segunda indagação feita acima, que, nas hipóteses de exigência constitucional de criminalização, esse dever de proteção jurídico-penal não se limitará ao Poder Legislativo, mas se irradiará por todos os Poderes, alcançando, pois, o Executivo e o Judiciário. Ao Poder Legislativo competirá a edição, se inexistente, ou a manutenção da lei dirigida à proteção exigida. O Executivo, por sua vez, deverá tomar todas as medidas necessárias ao exercício daquele direito já tutelado em uma norma penal, inclusive a complementação, através de atos normativos, de uma norma penal em branco. Por fim, ao Judiciário caberá a "prestação de uma tutela judicial efetiva, consistente na apreciação da causa penal em tempo hábil e razoável (art. 5º, inc. LXXVII da CF) e, em sendo o caso, na punição de uma ofensa (a um direito fundamental) submetida à sua avaliação"[17].

E foi no cumprimento da mencionada exigência constitucional que o legislador penal proibiu, por exemplo, a conduta de crueldade contra animais, descrita no art. 32, *caput* e § 1º da Lei nº 9.605/98[18].

Tomando para análise apenas o parágrafo primeiro desse dispositivo, observa-se claramente que o legislador ordinário, não obstante cumpra a exigência constitucional de criminalizar a crueldade contra animais, inclusive quando praticada por cientistas, professores ou outros profissionais que porventura utilizem animais em experiências, fê-lo de modo ponderado, vez que somente considera crime a conduta praticada por esses profissionais, que, em regra, possuem o direito fundamental à livre pesquisa e ensino, quando existirem *recursos alternativos* à utilização de animais.

---

[15] DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, n. 4, 1994, p. 173 (p. 151-198).

[16] DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. **Constituição e escolha de bens jurídicos**, p. 173.

[17] FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**, p. 79-80.

[18] Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

- Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
- § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.
- § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Não obstante esta compreensão do que seja *recursos alternativos*[19] pareça óbvia e intuitiva, diante do contexto que aqui se desenvolve o tema, o Poder Executivo, em claro descumprimento do dever constitucional de proteção dos animais contra crueldade, editou o Dec. 6.899/2009, regulamentando a Lei nº 11.794/2008 (experimentação animal), e, como mencionado, o mesmo considera, no art. 2º, inc. II, como *métodos alternativos*, não só os métodos que dispensam o uso de animais ("a", "b" e "d"), como também os que reduzem o número dos animais utilizados ou eliminam ou diminuem seu desconforto ("c" e "e").

Assim, compreender "recursos alternativos" da forma como previsto no art. 2º, II do Decreto nº 6.899/2009, feriria o princípio da proporcionalidade, o qual proíbe não apenas o excesso (*Übermaßverbot*), mas também a proteção deficiente (*Untermaßverbot*).

3 PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E DA NECESSIDADE PENAL

Nem todo bem jurídico, entretanto, é coroado com a proteção do Direito Penal. Para que esse flerte ocorra, é necessário que ele possua algo mais, aquilo que o diferencie de outros bens jurídicos, que o individualize, que o faça visível e selecionável pelo Direito Penal ou mesmo pela Constituição. É preciso, enfim, que ele possua um fator especializante para que seja elevado à categoria de *bem jurídico-penal*. Somente com o selo da *dignidade penal*, um bem jurídico merecerá legitimamente a tutela mais radical do Direito. Esta exigência se justifica pelo caráter fragmentário desse campo do ordenamento jurídico, decorrente da sua natural constituição subsidiária. Ou seja, "somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se"[20], como leciona Roxin. Assim, não é permitido ao Direito Penal sair por aí, colhendo todo e qualquer bem jurídico que encontrar e lhe reservando sua sombra, numa verdadeira promiscuidade relacional.

A dignidade penal, portanto, revela-se como um valioso instrumento de política-criminal a balizar a escolha dos bens jurídicos merecedores de resguardo penal, o que se dá, evidentemente, no seu *ethos* próprio, que é a sociedade. É nos anseios e valores

---

[19] O tema é densificado em SANTOS, Cleopas Isaías. **Experimentação animal e direito penal:** bases para a compreensão do bem jurídico-penal dignidade animal no crime de crueldade experimental de animais (art. 32, § 1º, da Lei nº 9.605/98).2911. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2011.

[20] ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**, p. 28.

sociais que o legislador, constituinte ou ordinário, encontra o manancial de bens jurídicos a serem selados pela dignidade penal[21], o que é materializado, posteriormente, por uma lei penal, em respeito ao imperativo do princípio da legalidade, herança inabandonável da Ilustração.

Embora não pareça, a asserção do caráter subsidiário do Direito Penal continua plenamente válida, mesmo em tempos de neoconstitucionalismo, onde a supremacia da Constituição provoca uma inarredável irradiação da força normativa dos seus princípios, *máxime* dos direitos fundamentais, a todo o ordenamento jurídico, e, portanto, ao jurídico-penal, ao ponto mesmo de gerar, como se viu, uma exigência ao legislador penal de criminalização de determinadas condutas que ofendam certos bens jurídicos com assento constitucional, a exemplo da "dignidade animal". Isso porque, mesmo nos casos de mandados expressos de criminalização, não se dispensa a seletividade do Direito Penal. Apenas ela é feita pelo próprio constituinte, e não pelo legislador penal ordinário. Nestes casos, portanto, ao fazer uma tal exigência, a Constituição se antecipa ao legislador penal, elevando à sede constitucional a dignidade penal de determinados bens jurídicos.

Nesse contexto, vale assinalar que a doutrina penal vive um momento de relativo consenso acerca do papel da Constituição como parâmetro normativo da seleção dos bens jurídicos dignos de tutela penal[22]. Feldens chega mesmo a identificar uma tríplice afetação do Direito Penal pela Constituição, numa relação que o autor chama de *axiológico-normativa*, através da qual esta serve de *limite material, fonte valorativa* e *fundamento normativo* daquele[23]. E com razão, afinal, vale repetir, qualquer bem jurídico que venha a ser tutelado penalmente, será submetido, inevitavelmente, ao filtro constitucional, podendo e devendo, mediante controle de sua constitucionalidade, ser expurgado do ordenamento jurídico, ou, no mínimo, a ele conformado, em caso de incompatibilidade.

Os bens jurídicos dignos de tutela penal são, assim, seguindo a lição de Sporleder de Souza, aqueles de "indicação constitucional específica ou aqueles que se encontrem em harmonia com a noção de Estado de direito material"[24]. Ou, de forma mais contundente, na valiosa lição de Figueiredo Dias, é somente na *relação de mútua referência*, que se estabelece por *analogia material* e não por *identidade*, entre a ordem constitucional e o Direito Penal que um bem jurídico acessa a sua indispensável *dignidade penal*, ascendendo,

---

[21] Segundo PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**, p. 94, "a dignidade de proteção de um bem se contempla segundo o valor conferido ao mesmo pela cultura".

[22] DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. **Constituição e escolha de bens jurídicos**, p. 194; CUNHA, Paulo Ferreira da. **A constituição do crime**, p. 89; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**, p. 144; PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**, p. 94.

[23] FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**, p. 34.

[24] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana:** contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra- individuais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004p. 144.

portanto, à categoria de legítimo *bem jurídico-penal*[25]. Isso decorre naturalmente do fato de a Constituição materializar um certo consenso prévio a toda a legislação, inclusive a penal[26].

A previsão constitucional de um determinado bem jurídico, entretanto, não significa, necessariamente, que o mesmo possua dignidade penal. De forma mais didática: o assento constitucional de um bem jurídico demonstra, como regra, apenas um caráter indiciário de merecimento de pena. Até porque a Constituição é recheada de valores morais, de toda ordem, e criminalização de um desses valores, se exclusivamente moral, não seria legítima, embora se encontre em sede constitucional. Como regra, caberá ao legislador penal a decisão acerca da sua dignidade penal. Somente quando for o caso de mandado expresso de criminalização é que o referido *status* constitucional gerará certeza, não mais apenas indício, da dignidade penal do bem jurídico a ser tutelado.

Nesse contexto, e exclusivamente no que tange à exigência constitucional de tutela penal, discorda-se de Sporleder de Souza, para quem o critério constitucional, embora seja importante para a delimitação e embasamento do objeto de tutela, "não basta e nem é suficiente para aferir-se o princípio da dignidade penal ou merecimento de pena"[27]. Segundo esse autor, "faz-se necessário ainda o exame de um outro elemento de cunho empírico-social denominado danosidade social para dar-se por completo o princípio da dignidade penal"[28]. Por fim, o mencionado penalista afirma que "condutas que se mostrem inofensivas a bens estritamente jurídico-penais não possuem danosidade social e por consequência, não há dignidade penal para que sejam criminalizadas"[29].

Ocorre que, segundo se entende, e como é possível inferir do que ficou dito acima, nesses casos, a danosidade social, resultado da ofensividade[30] a bens jurídico-penais, é presumida pelo constituinte, razão pela qual os mandados de criminalização aparecem apenas raramente e exclusivamente em relação àqueles valores mais caros à sociedade. Que fique claro: não se está aqui discordando da necessidade de averiguação da danosidade

---

[25] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**, p. 120.

[26] FIANDACA, Giovani. O bem jurídico como problema teórico e como critério de política criminal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.89, n. 776, p. 413, jun. 2000.

[27] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**, p. 144.

[28] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**, p. 145.

[29] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**, p. 146.

[30] Sobre o princípio da ofensividade, cf. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. **Corso de diritto penale** .3. ed. Milano: Giuffre, 2001 *maxime* p. 649-613; MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**, p. 181-225; COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, *maxime* p. 620 e ss; e, no Brasil, as referenciais obras de Fábio D'Ávida: D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios:** contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, Stvdia Ivridica, 2005; D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em direito penal:** escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

social de um bem jurídico para que ele tenha dignidade penal. Ao contrário, ao se afirmar que uma tal danosidade é presumida nos casos de mandado expresso de criminalização, afirma-se também, a *contrario sensu*, que nas demais situações, que são a maioria, onde o legislador penal fica livre da determinação do constituinte, a averiguação da danosidade social será indispensável.

Ainda sobre o princípio da dignidade penal, vale ressaltar as importantes funções político-criminais que esse princípio exerce tanto na hierarquização dos bens jurídico-penais, vez que apto a estabelecer *graus diversos de importância*[31] entre eles, quanto na determinação das formas e modalidades de condutas criminalizáveis (ação/omissão, dolo/culpa, consumação/tentativa, dano/perigo)[32].

Se, por um lado, como se viu, um bem se perfaz jurídico-penal a partir da aquisição do selo da dignidade penal, por outro, isso não é suficiente para legitimar a intervenção penal do Estado na proteção de um tal bem. É ainda necessário outro critério, além da dignidade penal, exigível para que um bem jurídico seja legitimamente protegido pelo Direito Penal. Este critério é o da *necessidade ou carência*[33] de tutela penal. Segundo este princípio, não basta que um valor seja digno de tutela penal, é preciso ainda que sua tutela por outros meios de controle social ou mesmo por outros ramos do Direito não seja suficiente para garantir-lhe máxima proteção. O princípio da necessidade determina, portanto, que somente a intervenção penal pode garantir, de forma mais potencializada, o bem jurídico-penal.

Em verdadeira síntese acerca da *ratio* das normas constitucionais que impõem ao legislador penal a criminalização de certas condutas, Marinucci e Dolcini identificam aquela razão em uma dupla ordem de considerações:

> a importância atribuída ao bem ou aos bens contra os quais se dirige o facto a incriminar e a necessidade do recurso à pena, considerada como instrumento capaz de assegurar ao bem uma tutela eficaz. O legislador constituinte procedeu, pois, ao estabelecer as obrigações expressas de incriminação, com os habituais e adequados critérios político-criminais – merecimento e necessidade de pena – nos quais se inspira o legislador ordinário para as suas escolhas incriminadoras[34]. (itálico no original)

Identifica-se na dignidade penal uma *dimensão axiológica ou de legitimidade*, e na necessidade penal, uma *dimensão pragmática, utilitarista ou da eficácia da punição*[35].

---

[31] DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. **Constituição e escolha de bens jurídicos**. p. 191 e ss.

[32] SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana**, p. 151.

[33] Expressão de DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. p. 127.

[34] DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. **Constituição e escolha de bens jurídicos**. p. 172-173.

[35] As expressões em itálico foram tomadas de empréstimo de CUNHA, Paulo Ferreira da. **A constituição do crime**, p. 48, o qual as utiliza sem fazer referência ao princípio da necessidade penal.

A dignidade e a necessidade penal de um bem jurídico podem ser representadas, numa perspectiva constitucional, pelos critérios da adequação e da necessidade, ambos integrantes da já referida arquitetura dogmática do princípio da proporcionalidade, de inegável aplicação paramétrica na atividade legislativa e jurisdicional.

A exigência constitucional de criminalização da crueldade contra animais, para se limitar apenas ao exemplo que guiou esta análise, portanto, já demonstra, *prima facie*, e a um só tempo, a adequação e a necessidade de tal medida para proteger o respectivo bem jurídico. Somente a proporcionalidade em sentido estrito é delegada ao Legislativo, bem como aos demais Poderes, evidentemente.

4 NOTAS CONCLUSIVAS

Do exposto, pode-se constatar que historicamente a teoria do bem jurídico exerceu um importante papel na contenção dos arbítrios do poder punitivo estatal, fenômeno identificado como uma função negativa, plenamente compatível com a concepção de direitos fundamentais como direitos de defesa, típicos do Estado Liberal, o qual era concebido como verdadeiro "inimigo" do cidadão.

Mais recentemente, com a configuração do atual Estado Constitucional, no qual especialmente a teoria dos direitos fundamentais ganhou novos tons, estes passaram a ser parâmetro para as atividades estatais, inclusive com força vinculante dos mesmos. Ou seja, os direitos fundamentais deixaram de ter apenas aquela inaugural configuração de direitos de defesa e passaram a uma dimensão positiva, sendo compreendidos como imperativos de tutela, o que gerou o interessante fenômeno da exigência constitucional de criminalização das condutas lesivas a tais direitos, com significativa repercussão na teoria do bem jurídico, que, de igual modo, deixa de ter exclusivamente função negativa e passa a ter função também positiva.

Desse modo, parece ter restado claro que é legítima a ordem constitucional, dirigida ao legislador ordinário, de criminalização de uma conduta. Uma tal constatação, entretanto, não afasta a necessidade de um bem jurídico a ser tutelado. Como asseverou Hassemer, "sin el concepto de bien jurídico, ésta es mi tesis, es absolutamente imposible construir una prohibición de defecto en el Derecho constitucional – y, en consecuencia, también en el Derecho penal"[36], para, em seguida, concluir que "la admisión de un bien jurídico necesitado y merecedor de protección es el fundamento del que surge el deber

[36] HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber Delitos que no Afecten a un Bien Jurídico Penal?, p. 103.

de protección; es el motor que impulsa una prohibición de defecto y que pretende obligar al legislador a actual"[37].

O bem jurídico, portanto, mesmo nessa novel perspectiva, deve continuar como *diretriz normativa*[38] e como "el punto de partida para examinar la legitimidad de los tipos penales"[39], servindo, assim, como "punto de fuga de las estructuras de imputación"[40], e como mastro principal da nau jurídico-penal.

---

[37] HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber Delitos que no Afecten a un Bien Jurídico Penal?, p. 103.

[38] SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Holand (ed.). **La teoria del bien jurídico:** ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?. Madrid: Marcial Pons, 2007, nota 1, p. 202.

[39] SCHÜNEMANN, Bernd. El Principio de Protección de Bienes Jurídicos como Punto de Fuga de los Límites Constitucionales de los Tipos Penales y de su Interpretación, nota 1, p. 198.

[40] SCHÜNEMANN, Bernd. El Principio de Protección de Bienes Jurídicos como Punto de Fuga de los Límites Constitucionales de los Tipos Penales y de su Interpretación, nota 1, p. 199.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

BAKHTIN, Mikhail M. **Marxismo e filosofia da linguagem**. São Paulo: Hucitec, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito:** triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em:< http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 02 mar. 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A constituição do crime:** da substancial constitucionalidade do direito penal. Coimbra: Coimbra Editora 1998.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios:** contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, Stvdia Ivridica, 2005.

_____. **Ofensividade em direito penal:** escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, n. 4, p. 151-198, 1994,

_____. _____. **Corso di diritto penale**.3. ed. Milano: Giuffre, 2001

FELDENS, Luciano. **A constituição penal:** a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____ . **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FIANDACA, Giovani. O bem jurídico como problema teórico e como critério de política criminal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 776, p. 413, jun. 2000.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad:** bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Holand (Ed.). **La teoria del bien jurídico:** ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos? Madrid: Marcial Pons, 2007.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**, p. 181-225; COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 2004.

SANTOS, Cleopas Isaías. **Experimentação animal e direito penal:** bases para a compreensão do bem jurídico-penal dignidade animal no crime de crueldade experimental de animais (art. 32, § 1º, da Lei nº 9.605/98). 2911. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2011.

_____. A prisão em flagrante no projeto de reforma total do código de processo penal e sua ressonância nos direitos fundamentais do imputado, **Revista Jurídica**, n. 393, p. 100, jul. 2010.

SCHIER, Paulo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Crítica jurídica:** revista latinoamericana de política, filosofía y derecho,. Curitiba, n. 24, jan./dez. 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Holand (ed.). **La teoria del bien jurídico:** ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos? Madrid: Marcial Pons, 2007.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem jurídico-penal e engenharia genética humana:** contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra- individuais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

STAECHELIN, Gregor. ¿Es penal compatible la «prohibición de infraprotección» con una concepción liberal del derecho?. In:_____. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000.

A CONSTRUÇÃO DO LOUCO COMO INIMIGO: ENTRE PERICULOSIDADE E VULNERABILIDADE