

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E AS CONSEQUÊNCIAS DA INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO ESTADO DE DIREITO

Roger Luis Lemes

RESUMO

A política criminal praticada atualmente na moderna sociedade, considerada por muitos como uma sociedade de risco, vem sofrendo uma enorme influência do direito penal do inimigo. Criado por Günther Jakobs, o direito penal do inimigo divide a sociedade em dois grandes grupos, as consideradas pessoas e as não pessoas, ou inimigos. De acordo com seu fundamento jus-filosófico as "pessoas" merecem todas as garantias, ao passo que os "inimigos" merecem ter suas garantias processuais-penais flexibilizadas, fundamentando sua aplicação na presunção de periculosidade do indivíduo. Especialmente influenciado pela mídia sensacionalista exploradora da violência, o direito penal do inimigo vem aos poucos sendo infiltrado na sociedade, pois a política criminal utilizada hodiernamente sofre uma pressão da população a qual exige uma resposta urgente do legislador, legitimando, destarte, a criação de leis repressivas as quais flexibilizam as garantias processuais e penais insculpidas na constituição pátria.

Palavras-chave: direito penal do inimigo. mídia sensacionalista. política criminal. flexibilização de garantias constitucionais.

RESUMEN

La política criminal practicada actualmente en la sociedad moderna, considerada por muchos como una sociedad de riesgo, ha sufrido una enorme influencia del derecho penal del enemigo. Creado por Günther Jakobs, el derecho penal del enemigo divide la sociedad en dos grupos principales, el de las consideradas personas y el de las no personas, o enemigos. De acuerdo a su fundamento iusfilosófico, las "personas" merecen todas las garantías, mientras que los "enemigos" merecen que sus garantías procesales penales sean flexibilizadas, basando su aplicación en la presunción de la peligrosidad del individuo. Especialmente influenciado por los medios de comunicación sensacionalistas explotadores de la violencia, el derecho penal del enemigo lentamente se ha infiltrado en la sociedad, pues la política criminal utilizada hoy en día sufre una presión de la población que requiere una respuesta urgente por parte del legislador, legitimando así la creación de leyes represivas que flexibilizan las garantías procesales y penales descritas en la constitución patria.

Palabras clave: el derecho penal del enemigo. medios de comunicación sensacionalistas. política criminal. flexibilización de las garantías constitucionales.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar que existe uma intenção do legislador em introduzir, ainda que inconscientemente, e especialmente pressionado pela população influenciada pela mídia de massa, a ideologia sectária do direito penal do inimigo nas leis penais e processuais penais, o que vai de encontro com as garantias constitucionais e o próprio Estado de Direito.

Inicialmente trata-se de um trabalho de cunho bibliográfico cujo objetivo é demonstrar a influência que mídia sensacionalista exerce na população a qual, farta da violência, que é o principal produto da mídia, força o legislador, no âmbito da política criminal, a criar leis imediatistas e cada vez mais repressivas para responder de forma urgente os anseios da população. Com isto denota-se que a ideologia do direito penal do inimigo vem sendo introduzida nas leis penais e processuais penais, a prova disto vemos na criação da lei dos crimes hediondos e da lei do regime disciplinar diferenciado.

Neste ínterim, a aplicação do direito penal do inimigo é um retrocesso histórico, pois nada mais é do que o retorno do direito penal do autor e do próprio estado absolutório.

Impende destacar que o trabalho traz um contexto histórico da evolução das penas e do próprio direito penal, passando inclusive pela evolução do direito penal brasileiro. Posteriormente, aborda-se a política criminal e a ideologia trazida pelo direito penal do inimigo, bem como a influência da mídia nas decisões políticas. Por fim versa-se sobre quem é o “inimigo” na legislação pátria e a flexibilização das garantias penais e processuais.

EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL E DA LEGISLAÇÃO PENAL

O direito penal e a legislação penal que nos orientam nos dias atuais advieram de séculos da evolução humana e dos limites e ideologias impostos com a evolução da estrutura social criada pelo próprio ser humano na busca de sua organização político-moral.

Este conceito evolutivo não surge num instante, sua gestação marcha em períodos de progresso e retrocesso, que vem desde o homem primitivo, quando este passou a conviver em sociedade e necessitou de leis para organizá-la.

EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI⁶⁵⁵ citando Ladislau Thot, afirma que:

Do estudo de todas essas instituições pretéritas se chega a conclusão de que a arqueologia criminal é uma parte complementar da política criminal,

⁶⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro– Parte geral**. V. 1. Ed. 9ª. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.p. 163.

especialmente daquela por nós chamada política criminal história, cujo conhecimento é indispensável para uma exata e cabal compreensão da política criminal propriamente dita.

Assim, temos que as sistematizações dos códigos legislativos penais estão diretamente vinculadas à evolução humanística, no período primitivo, a vingança privada era a pena imposta, com o nascimento do Estado, passou a existir a vingança pública e posteriormente, a partir do século XVIII a pena passou a ser humanitária.

1.1 Direito Penal antigo ou primitivo

O direito penal possui uma ligação direta e estreita com o direito punitivo. No direito penal punitivo não era levado em conta o direito subjetivo do apenado, a tanto que a responsabilidade era de certo modo coletiva, uma vez que a pena passava da pessoa punida, estendendo-se aos seus sucessores e amigos.

A pena de morte era a mais utilizada, tendo sido aplicada das formas mais degradantes como a forca, cruz, apedrejamento, fogo, esquartejamento, animais ferozes, afogamento, entre outras formas tão cruéis como as citadas.

Neste período histórico haviam rituais de culto aos *totens*, que ficou conhecida como totemismo. Também existiam *tabus* e o desrespeito a eles gerava alguma punição.⁶⁵⁶

No direito penal Babilônico, por meio do conhecido código do rei Hammurabi, as penas eram drásticas e aplicadas imediatamente. A lei do talião permeava esta legislação, era “olho por olho, dente por dente e sangue por sangue”⁶⁵⁷.

Para alguns povos antigos o crime tinha uma conotação religiosa e a pena visava uma reparação ao mal cometido, com o fito de diminuir a ira da entidade divina ofendida.

Merece destaque na evolução penal, o direito penal Grego. Sabe-se que na Grécia a pena havia perdido a crueldade, marcantes nas penas antigas.

EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI⁶⁵⁸, preleciona que:

Em Roma já podemos falar de uma verdadeira ciência penal e seguir o curso de uma legislação através de treze séculos que se estendem desde VIII a. C., com a monarquia, até o VI da Era Cristã, com o Digesto, e ainda que se nove séculos mais no Império do Oriente.

656 Conforme Adel El Tasse, “o tabu era outra instituição que demonstrava o domínio da magia e da crença em fenômenos extraordinários sobre o homem primitivo. A palavra tabu ou tabu é referida como tendo origem polinésia, com o sentido de sagrado, proibido, de sorte que o desrespeito aos tabus representava afronta ao sagrado.” TASSE, Adel El. **Teoria da pena**. Ed. 1ª. Curitiba: Juruá, 2008. p. 23.

657 Preleciona René Ariel Dotti que “A pena do talião (do latim talis=tal, qal=qual) consistia em impor ao delinquente um sofrimento igual ao que produzira com sua ação. Assim consta na Bíblia. “Pagará a vida com a vida; mão com mão, pé com pé, olho por olho, queimadura por queimadura.”. Aquela antiga modalidade de sanção penal caracterizou uma moderação relativamente ao exercício da vingança como reação à ofensa e consta no Código de Hamurabi, na legislação mosaica e na Lei das XII Tábuas.”. DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal – Parte geral**. Ed. 2ª. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

658 ZAFFARONI, 2011. **Ob. Cit.**, p. 168.

Com o advento do Império foram criados tribunais que atuavam de forma delegada pelo imperador. E neste ponto começa a intervenção do Estado.

1.2 Direito penal medieval

Este período histórico ficou conhecido como direito penal do terror e de martírio, pois as penas predominantes eram corporais e ficou marcado também pela grande influência da Igreja Católica, que considerava o crime um pecado e não um fato social negativo. Há que se destacar que neste período as práticas de tortura eram muito comuns e tinham um motivo duplice, segundo magistério de ADEL EL TASSE,⁶⁵⁹ “obtenção de confissão dos acusados ou aplicação de penalidades.”

As penas aplicadas ao criminoso possuíam um significado espiritual, de modo que a dor tinha o objetivo de fazer o delinquente refletir sobre sua culpa e arrepende-se.

O período medieval marcado pela crueldade e superstição perdurou até a introdução do pensamento de São Tomaz de Aquino e com a influência do pensamento iluminista no século XVIII.

1.3 Direito Penal Moderno

Esta fase do direito penal e das aplicações das penas iniciou-se com o direito romano, passando pelo direito germânico e canônico.

Posteriormente, influenciado pelo Iluminismo, passou-se pela fase humanitária, que também ficou conhecida como Escola Clássica, a qual, por sua vez, dividiu-se em três fases, as quais serão abordadas adiante.

1.3.1 Direito Penal Romano

Os romanos foram os primeiros a eliminar a responsabilidade coletiva da pena e como qualquer povo primitivo o direito penal tinha uma conotação sacra. Também foram os precursores da divisão entre direitos públicos – contra o Estado – e contra particulares. A pena no direito romano tinha caráter de recuperação do homem.

LUIZ RÉGIS PRADO⁶⁶⁰, sobre o direito romano, ressalta algumas características marcantes afirmando que a pena possuía a função *retributiva e intimidadora*.

1.3.2 Direito Penal Germânico

O direito penal germânico que se estendeu do século V ao século IX d. C., foi marcado pelo individualismo das penas e o delito significava sua ruptura, perda ou negação⁶⁶¹. ZAFFARONI⁶⁶² preleciona que “a pena mais grave conhecida pelo direito penal germânico foi a perda da paz (*Frieldlosigkeit*), que

⁶⁵⁹ TASSE, 2008. **Ob. Cit.**, p. 28.

⁶⁶⁰ PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal brasileiro. VI. 1: Parte Geral, arts. 1º a 120.** 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 69-70.

⁶⁶¹ PRADO, 2011. **Ob. Cit.** p. 71.

⁶⁶² ZAFFARONI, 2011. **Ob. Cit.**, p. 172.

consistia em retirar-se a tutela social ao apenado, com o que qualquer um podia matá-lo impunemente.”

Outra característica do direito germânico é a objetividade, sendo relevante para o direito penal somente o resultado causado pelo delinquente, destarte, desprezava-se o aspecto subjetivo e, conseqüentemente, a tentativa não era punida. Prevalencia a máxima “o fato julga o homem”.

1.3.3 Direito Penal Canônico

A influência da igreja católica no ordenamento jurídico penal foi extensa e importante. O Direito canônico, que era o ordenamento da Igreja Católica Apostólica Romana, era formado pelo *Corpus Juris Canonici*. Segundo PRADO⁶⁶³:

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

A principal virtude foi reivindicar o elemento subjetivo do delito, aspecto não relevante para o direito penal germânico. Para ZAFFARONI⁶⁶⁴, “a penitência via no delito e no pecado a escravidão, e na pena a liberação”. A intervenção da Igreja se fazia no âmbito das infrações praticadas contra as ordens morais e religiosas e a pena possuía um caráter sacral, na qual se utilizava a expressão *vingança divina*, para aplicação da pena ao criminoso.⁶⁶⁵

LUIZ RÉGIS PRADO⁶⁶⁶ destaca as seguintes características do direito penal canônico:

a. contribuiu para a humanização das penas (*eclesia non sinit sanguinem*) e para fortalecer o caráter público do direito penal. Neste sentido, merecem destaque duas instituições: a trégua de Deus e o direito de asilo. A vingança privada teve nesse direito um limite real e definitivo; **b.** afirmou o princípio da igualdade de todos os homens perante Deus; **c.** acentuou o aspecto subjetivo do delito, distinguindo o dolo (*animus/sciens*) e a culpa (*negligentia*), todavia não estabeleceu uma regra geral e sede de tentativa; **d.** valorizou e mitigou a pena pública; e **e.** inspirou a penitenciária – internação em monastério, em prisão celular.

1.4 Escolas penais

Com as ideias advindas do Iluminismo, inicia-se o século XVIII, conhecido como Século das Luzes. Este período histórico do direito penal ficou marcado pelas críticas à violência, à religião e aos privilégios. Com uma concepção filosófica calcada na razão humana, visava difundir tal forma de pensar em todas as áreas humanas.

⁶⁶³ PRADO, 2011. **Ob. Cit.**, p. 72.

⁶⁶⁴ ZAFFARONI, 2011. **Ob. Cit.** p. 173

⁶⁶⁵ DOTTI, 2004. **Ob. Cit.**, p. 135.

⁶⁶⁶ PRADO, 2011. **Ob. Cit.**, p. 74.

O professor ADEL EL TASSE⁶⁶⁷, citando René Ariel Dotti, preleciona que:

As principais ideias iluministas podem ser, sinteticamente, assim fixadas: **a)** é indispensável a presença da razão para que possa ser atingida a sabedoria; **b)** o universo é governado por leis inflexíveis; **c)** existem leis naturais, inatas ao homem, e, portanto, de observância obrigatória, criadas por um Deus único, que rege todo o universo; **d)** liberdade econômica; **e)** todos devem ser, perante a lei, tratados em situação de igualdade; **f)** liberdade na expressão das ideias.

Segundo entendimento de LUIZ REGIS PRADO⁶⁶⁸, “é o produto de embate de duas linhas bem distintas: racionalismo cartesiano e o empirismo inglês”.

Com o fomento e o desenvolvimento dos ideais iluministas, o direito penal passou por um período conhecido como humanista. Fundado em ideias racionais e de liberdade, este período propunha uma benignidade nas penas, com fulcro nos direitos do homem diante do Estado, contrapondo-se ao direito penal do terror.

O direito penal moderno teve seu marco histórico com o lançamento da obra de Cesare Bonessana, marques de Baccaria, - ***Dei Delitti e Delle Pene*** – (Dos delitos e das penas), publicada pela primeira vez em 1764. Beccaria foi quem conseguiu melhor adaptar as ideias trazidas pelo iluminismo no campo do direito penal. O lançamento de sua obra provocou uma grande repercussão e com as ideias lá contidas, passou-se a estrita legalidade dos crimes e das penas, operando-se uma sistematização.⁶⁶⁹

Outra obra importante foi composta por John Howard, na Inglaterra, ***The State of Prisons in England*** (O Estado e as prisões na Inglaterra e em Gales), que lutava pela renovação do sistema penitenciário. Lutava pela humanização do tratamento aos apenados nos estabelecimentos prisionais ingleses.

A partir daí podemos citar outros autores que com suas obras e construções científicas, deveras contribuíram para o direito penal moderno, como i) Servan (Discurso sobre a administração da justiça criminal), ii) Giandomenico Romagnosi e Carlos David Augusto Roeder (Génesis Del derecho penal), iii) Paulo Anselmo von Feuerbach (Tratado de direito penal comum vigente na Alemanha), iv) Pascoal José Maria de Mello Freire dos Reis (Institutiones Juris criminalis lusitani), v) Manuel de Lardizábal y Uribe (Discurso sobre as penas), vi) Jeremy Bentham, entre outros.

Com a Revolução Francesa em 1789, os ideais iluministas, no que tange ao direito penal e processual penal, tiveram um grande desenvolvimento e por consequência, um maior alcance. RENÉ ARIEL DOTTI⁶⁷⁰, ensina que:

⁶⁶⁷ TASSE, 2008. **Ob. Cit.**, p. 32.

⁶⁶⁸ PRADO, 2011. **Ob. Cit.**, p. 77.

⁶⁶⁹ LUIZ REGIS PRADO resumiu a obra assim: **a.** a afirmação do princípio fundamental da legalidade dos delitos e essa autoridade não pode residir senão no legislativo; **b.** a afirmação de que a finalidade da pena é a prevenção geral e a utilidade: a pena deve ser necessária, aplicada com presteza, determinada, suave e proporcional ao delito; **c.** a abolição da tortura e da pena de morte; **d.** a infalibilidade na execução das penas; **e.** a clareza das leis; **f.** a separação das funções estatais; **g.** a igualdade de todos perante a lei penal. PRADO, 2011. **Ob. Cit.** p. 78.

⁶⁷⁰ DOTTI, 2004. **Ob. Cit.**, p.146.

As virtudes do movimento filosófico do Iluminismo foram projetadas na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada definitivamente pela Assembleia Nacional em 26.8.1789. Os representantes do povo francês, “considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos”, resolveram expor em uma declaração solene os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do ser humano.

Em relação à Escola Clássica, que está inserida no período humanista, sua forma de pensar não apresenta uma forma homogênea, vez que os doutrinadores possuíam opiniões divergentes. Segundo o doutrinador LUIZ REGIS PRADO⁶⁷¹, a escola clássica “se caracteriza por sua linha filosófica, de cunho liberal e humanitário.”

A obra inaugural do pensamento clássico foi lançada por Beccaria, no livro “Dos delitos e das penas”, já mencionado. Contudo, somente a partir da obra **Programa Del Corso de Diritto Criminale**, escrita por Francesco Carrara, que se consolidaram as ideias iniciais de modo a sistematizar o entendimento existente, o que propiciou o desenvolvimento dos estudos.

Preleciona ADEL EL TASSE⁶⁷² que para os pensadores desta escola “o indivíduo cede parte de sua liberdade em prol do convívio coletivo, sendo necessária norma legal que se constitua em algo que convenha estritamente à sociedade.”

De acordo com RENÉ ARIAL DOTTI⁶⁷³, os postulares basilares desta escola são:

a) o método de estudo deveria ser lógico-abstrato; **b)** o crime e a pena são entes jurídicos, com abstração da realidade humana que envolve a conduta do delinquente; **c)** o fundamento da responsabilidade penal é a responsabilidade morais, com base no livre arbítrio, distinguindo entre imputáveis e imputáveis; **d)** a pena é retribuição, expiação da culpabilidade contida no fato punível, i. e., o mal justo como contragolpe ao mal-injusto praticado pelo criminoso.

Merece destaque a observação de LUIS REGIS PRADO⁶⁷⁴:

As ideias clássicas encontraram eco no famoso Código Zanardelli de 1889, típica expressão de uma concepção liberal moderna que reconhecia a livre realização dos direitos individuais, mas sabia também tutelar a autoridade do Estado.

Fechando a forma do pensamento clássico, que entendia que o homem é livre, podendo deixar de sê-lo a qualquer momento de sua vida, dependendo de suas condições e do momento em que vive (saúde, meio social, instintos, impulsos), a responsabilidade penal é fundada no livre arbítrio, eis que o homem possuía a vontade de praticar o crime, neste ponto a sanção penal

⁶⁷¹ PRADO, 2011. **Ob. Cit.**, p. 79

⁶⁷² TASSE, 2008. **Ob. Cit.**, p. 39.

⁶⁷³ DOTTI, 2004. **Ob. Cit.**, p. 153.

⁶⁷⁴ PRADO, 2011. **Ob. Cit.**, p. 80.

exerce seu papel de maior importância e de maior utilidade, pois ela deveria ser aplicada quando merecida e na mesma intensidade, *não punir, senão quando justo*.⁶⁷⁵

No que tange a Escola Positiva, seu nascimento vem em contraponto das ideias trazidas pela escola clássica, buscando uma maior proteção da sociedade perante o indivíduo delinquente, prevalecia os direitos sociais em detrimento dos direitos individuais. Segundo EUGENIO RAÚL ZAFFARONI⁶⁷⁶ “já não era o “espírito” da humanidade que avançava triadicamente, e sim a “raça humana”, que passava de um estágio teocrático a outro metafísico, alcançando finalmente o estágio positivo ou científico.”

Destarte, teve início a distinção entre os “melhores” e mais evoluídos, que tinham um direito natural e os “piores”, que eram biologicamente deficientes, conseqüentemente menos evoluídos, que se submetiam ao direito positivo. O mestre ZAFFARONI preleciona que o poder econômico do capitalismo, que a esta altura já estava consolidado, controlava esta *classe social perigosa*, de uma forma vertical, eis que as ideias superiores dominantes dominavam as ideias inferiores.⁶⁷⁷

Podemos afirmar que a escola positiva deu origem as ciências criminais, vez que o criminoso era avaliado num contexto biológico-social-jurídico. Daí temos a divisão em três grandes fases, cada qual representado por um ícone (i) fase antropológica, representada por Cesar Lombroso, com a obra *L'uomo delinquente* (ii) fase sociológica, representada por Enrico Ferri, com a obra *Sociologia criminale*, e (iii) fase jurídica, representada por Rafael Garofalo, com a obra *Criminologia*.

Na primeira fase da escola positiva, a antropológica, Cesare Lombroso, médico psiquiatra, por meio de estudos em vários campos, principalmente na antropologia, descobriu entre os criminosos, alguns indivíduos que possuíam anomalias fisiológicas e psicológicas, assim, em seu entendimento, eles não estavam aptos a conviver em sociedade, estes foram denominados “criminosos natos”⁶⁷⁸, pois, de acordo com ZAFFARONI⁶⁷⁹, “delinquência era, pois, para Lombroso, um fenômeno atávico: o delinquente era uma specie generis humani diferente.”

A principal obra de Lombroso é o **Homem delinquente**, publicada em 1878.

A segunda fase foi inaugurada por Enrico Ferri com o positivismo penal sociológico (fase social). O mestre ZAFFARONI⁶⁸⁰ ensina que Ferri insistiu

⁶⁷⁵ id., p. 79.

⁶⁷⁶ ZAFFARONI, 2011. **Ob. Cit.**, p. 261.

⁶⁷⁷ O homem era uma coisa entre outras coisas, e existíamos de melhor e de pior qualidade. Os de pior qualidade, os “degenerados” e biologicamente deficientes, caíam na escala social, por um processo de decantação “natural”, e deviam ser controlados pelos que mantinham no poder, pois se convertiam em uma “classe social perigosa”. O “crime” era a manifestação de uma inferioridade, que nem sempre podia ser corrigida (em tal caso impunha-se eliminar ou segregar definitivamente o portador). O grupo de poder era quase invulnerável a tais “sanções”, pois sua “superioridade genética” ou “biológica” o preservava. Somente por acidente, algum de seus integrantes poderia ser atingido. idem., p. 261.

⁶⁷⁸ LUIS REGIS PRADO assevera que Lombroso classifica os criminosos em: natos, por paixão, loucos e de ocasião. id., p. 80.

⁶⁷⁹ ibid., p. 262.

⁶⁸⁰ “Ferri insistiu no enfoque sociológico do delito, até fazer quase desaparecer o direito penal, absorvido pela sociologia, isto é, até reduzir sociologicamente o direito penal. Esta “redução sociológica” do direito conduziu Ferri a um equívoco: entendeu a sociologia como uma

muito no enfoque sociológico do delito de modo que o direito penal quase foi absorvido pela sociologia. Enrico Ferri classificou os delinquentes em natos, loucos, ocasionais, habituais e passionais.

Segundo ensina LUIZ REGIS PRADO⁶⁸¹:

Pela concepção positivista, não há vontade humana; o pensamento, o querer, não são mais que manifestações físicas de uma processo físico-psicológico que se desenvolve por meio de condutores no sistema nervoso (determinismo positivo), sendo, portanto, o homem um irresponsável. O homem, afirma Ferri, age como sente e não como pensa.

Para Ferri não havia importância se o delinquente era doente ou não, em seu entendimento, o homem era produto do meio em que vive, sendo ainda influenciado e determinado pela atmosfera fisiológica e psíquica em que nasceu. Cumpre ressaltar que Ferri não distinguia entre imputáveis e inimputáveis.

A obra mais importante de Enrico Ferri foi a **Sociologia criminal**, de 1892.

Por seu turno, a terceira fase representada por Rafael Garofalo, possuía o aspecto mais jurídico dentre as fases da escola positiva, e como bem definiu LUIZ REGIS PRADO⁶⁸²:

estabeleceu a periculosidade como base da responsabilidade; a prevenção especial como fim da pena; a noção de delito-obstáculo, de caráter preventivo; e a definição de delito natural como a “violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade.

Garofalo desenvolveu sua teoria na classificação “natural” dos delitos, pois para ele existiam dois sentimentos básicos, a piedade e a probidade e o delito é a lesão a um deles. Conforme ZAFFARONI⁶⁸³, “conclui que os homens dele carecedores devem ser expulsos da sociedade, o que, lembra um pouco a “perda da paz” dos germânicos.”

Rafael Garofalo destacou-se com a obra **Criminologia**.

1.4.1 Breve histórico da evolução penal brasileira

O Brasil, como colônia de Portugal, no âmbito penal, sofreu influência dos costumes e das leis trazidas pela sociedade de seu colonizador. O direito penal português, assim como os aplicados nas nações europeias, era extremamente severo e, abruptamente, interrompeu a ciclo evolutivo das tribos que aqui habitavam, impondo de maneira drástica seu modo de vida e seus costumes, desrespeitando as tribos selvagens habitantes, que se encontravam num grau

disciplina valorativa, pois por este caminho afirmava que a realidade social é aquela que nos indica o bem e o mal. Em síntese, trata-se de uma teoria que sustenta o objetivismo valorativo, só que Ferri defendia que seus juízos de valor eram empiricamente comprováveis.” *ibid.*, p. 261.

⁶⁸¹ PRADO, 2011. **Ob. Cit.**, p. 81.

⁶⁸² *id.*, p. 81.

⁶⁸³ ZAFFARONI, 2011. **Ob. Cit.**, p. 267.

primário de civilização, em comparação aos colonizadores portugueses. Resumidamente a evolução jurídica penal do Brasil pode ser dividida em três fases: período colonial, período imperial e período republicano.

A primeira fase foi denominada de Período Colonial, e perdurou entre os anos de 1.500 a 1822. Os sistemas penais vigentes à época da colonização eram as “Ordenações Afonsinas”, compostas por determinação do Rei D. Afonso V. Posteriormente, em 1521, foram substituídas pelas “Ordenações Manuelinas”, por determinação do Rei D. Manuel I, ainda neste período, precisamente no ano de 1603, com a posse de D. Felipe II, da Espanha, no trono português, as Ordenações Manuelinas” foram reformadas, por sua ordem, e foram editadas as “Ordenações Filipinas”. No entanto tais legislações não surtiram muitos efeitos nesta fase de colonização, em face da peculiar situação na colônia.

Segundo revela RENÉ ARIEL DOTTI⁶⁸⁴:

O Brasil-Colônia sofreu, desde a sua descoberta até que se completasse o período da dominação portuguesa, as consequências graves de regimes fantásticos de terror punitivo. Sobre o corpo e o espírito dos acusados e dos condenados se lançavam as expressões mais cruentas da violência dos homens e da ira dos deuses. As Ordenações Filipinas, assim como as anteriores, desvendaram durante dois séculos a face negra do direito penal.

Como era prática comum neste período, as penas aplicadas eram severas e vigorava a intimidação pelo terror. Das punições empregadas, a pena de morte era frequentemente utilizada, sendo executada de várias maneiras, a saber: enforcamento, morte pelo fogo, esquartejamento, degolação, entre outras práticas. Neste caótico contexto fático e com base nas ordenações vigentes é que se encontra a origem do direito penal brasileiro.

Em 7 de setembro de 1822 o Brasil conquistou a independência de Portugal, sendo este o marco temporal para a inauguração da segunda fase, conhecida como Período Imperial, compreendida entre os anos de 1.822 a 1.889. No entanto, cumpre asseverar que a revogação das “Ordenações Filipinas” não foi imediata. Somente em 1830 é que D. Pedro I sancionou, após aprovação pela assembleia constituinte da época, o Código Criminal do Império do Brasil, baseado no projeto do código criminal, o qual apresentava uma parte de direito penal e outra de processo, apresentado por Bernardo Pereira de Vasconcelos, que por sua vez, segundo LUIZ REGIS PRADO⁶⁸⁵ “tinha seu texto fundado nas ideias de Bentham, Beccaria e Mello Freire”.

A codificação, baseada no modelo francês e nos ideais do iluminismo, com bases na justiça e na equidade e era composta por 313 artigos, distribuídos em quatro partes: I - dos crimes e das penas (parte geral); II – dos crimes públicos; III – dos crimes particulares; e IV – dos crimes policiais.⁶⁸⁶ Para DOTTI, o Código Imperial caracterizou-se pela redução das hipóteses da aplicação da pena de morte e eliminação da crueldade na execução, assim

⁶⁸⁴ DOTTI, 2004. **Ob. Cit.**, p. 182.

⁶⁸⁵ PRADO, 2011. **Ob. Cit.**, p. 115.

⁶⁸⁶ Destaca RENÉ ARIEL DOTTI que “o Código Imperial previu onze classes de penas: a) morte (arts. 38 a 43); b) galés (arts. 44 e 45; §§ 1º e 2º); prisão com trabalho (art. 46); d) prisão simples (art. 47); e) banimento (art. 50); f) degredo (art. 51); g) desterro (art. 52); h) multa (art. 55); i) suspensão do emprego (art. 58); j) perda do emprego (art. 59); e k) açoites (art. 60). Esta última espécie de sanção foi abolida pela Lei de 15.10.1886.” DOTTI, 2004. **Ob. Cit.**, p. 189.

como suprimiu as penas infamantes, exceto o açoite, o qual posteriormente foi revogado.⁶⁸⁷

Com a proclamação da República Federativa do Brasil em 15 de novembro de 1889 e as transformações políticas e sociais pela qual passava o Brasil - v.g. a abolição da escravatura pela Lei de 13.5.1888 – sentiu-se a necessidade da elaboração de um novo código criminal, o que foi feito, e, em 11 de outubro de 1890 foi convertido em Lei, iniciando assim a terceira fase, denominada Período Republicano, compreendido entre 1.889 a 1.930.

Por muito tempo o primeiro Código Penal republicano sofreu alterações profundas acrescidas por inúmeras leis, até que Vicente Piragibe sistematizou a Consolidação das Leis Penais, promulgada em 14 de dezembro de 1932.

A partir desse momento histórico alguns projetos foram debatidos, contudo, sem muito sucesso. Em 1937, após estudos da área penal, Alcântara Machado, apresentou o Código Criminal Brasileiro, que após passar pela comissão revisadora foi sancionado pelo Decreto 2.848 de 7 de dezembro de 1940, como Código Penal, vigente até os dias atuais, embora parcialmente reformado.

1.5 A política criminal e política criminal nos dias atuais

Por política criminal entende-se a política voltada ao fenômeno criminológico, realizada com o fito de direcionar as decisões governamentais voltadas à área criminal. Pode-se dizer que a política criminal possui duplo sentido, o primeiro diz respeito à orientação dada ao legislador no combate a criminalidade e num segundo plano a política criminal realiza críticas ao ordenamento jurídico-penal buscando de forma racional promover alteração na norma penal em vigor.

Segundo preleciona ZAFFARONI⁶⁸⁸:

A política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que ineludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.

Há na atual sociedade a disseminação de um discurso pelo qual a criminalidade e a violência se encontram em limites incontrolláveis, difundido principalmente pela mídia sensacionalista. Com este discurso busca-se interiorizar a ideia na qual a legislação penal favorece o criminoso, pois com a legislação branda o delinquente não tem receio das sanções impostas. Assim, percebe-se que a tão difundida expressão “segurança pública”, fartamente explorada pela mídia de massa e pelos políticos eleitores, encontra-se num primeiro plano, enquanto que a pobreza, a ausência de investimentos sociais, a efetivação dos direitos sociais, o saneamento básico, a moradia, o trabalho, entre outras garantias sociais, encontram-se num segundo plano.

Neste contexto importante destacar a influência que a mídia de massa exerce sobre a sociedade, uma vez que, as informações por ela divulgadas, de um modo geral, são aceitas como verdadeiras pela maioria da população, que segue crente no que viu, ouviu ou leu, e na maioria das vezes a dúvida sobre o

⁶⁸⁷ *ibid.*, p. 190.

⁶⁸⁸ ZAFFARONI, 2011. **Ob. Cit.**, p. 122.

cometimento de um delito e quem foi seu autor é transformada automaticamente em certeza pelos meios de comunicação, especialmente pela forma com que a notícia é veiculada.

A mídia, sempre atenta a todas as situações que envolvem especialmente a “desgraça alheia”, movida pelo combustível da curiosidade e da vingança, comuns a todo ser humano, em razão dos estardalhaços que faz acerca de um determinado fato criminoso, enaltece a violência e conseqüentemente desperta o sentimento de vingança no meio social que passa a exigir punição imediata.

Na ótica de ZAFFARONI⁶⁸⁹, na mídia,

Com frequência instrumentalizam-se vítimas ou seus parentes, aproveitando, na maioria dos casos, a necessidade de desviar culpas e elaborar o dolo, para que encabeçam campanhas de lei e ordem, nas quais a vingança é o principal objetivo. As vítimas assim manipuladas passam a opinar como técnicos e como legisladores e convocam os personagens mais sinistros e obscuros do autoritarismo penal völkisch ao seu redor, diante dos quais os políticos amedrontados se rendem, num espetáculo vergonhoso para a democracia e a dignidade da representação popular.

Os efeitos da veiculação destas notícias sensacionalistas e dos discursos populistas são sentidos na sociedade de forma que se instaura um clima de guerra, entre os ditos “homens de bem” e os “homens maus” – inimigos da sociedade, assim vistos pela população em geral.

Neste sentido ALEXANDRE ROCHA ALMEIDA MORAES⁶⁹⁰, citando Santoro Filho afirma que:

De um lado os criminosos, que cada vez mais atemorizam a sociedade e desrespeitam a lei impunemente; de outro os homens de bem, trabalhadores, cumpridores da lei e que prezam a ordem, mas que se encontram numa situação de “reféns” dos delinquentes, “presos em suas próprias casas” e constantemente em pânico. (...) O primeiro instrumento a ser utilizado nesta batalha, sem dúvida, é a sanção penal, que não deve ter uma preocupação preventivo-especial de reintegração social do criminoso, mas antes representar uma retribuição acentuada, exemplar. O mal deve ser pago com o mal, o que, se observado, implicará uma redução da criminalidade, pois o delinquente, diante da gravidade da sanção, terá o temor de incorrer na conduta ilícita.

Talvez o grande desafio do legislador nos dias atuais seja elaborar leis que atendam e acompanhem a crescente e acelerada transformação social, uma vez que as leis devem ser elaboradas e alteradas conforme se modificam os valores da sociedade. O fenômeno da globalização e desenvolvimento tecnológico de certa forma alteram as identidades culturais de determinada população em determinado momento histórico, vez que o contato com outras culturas de forma instantânea, o que era inimaginável há tempos atrás, fragmenta e cria outras formas culturais. Fenômeno este que podemos observar nas tantas alterações produzidas em nosso ordenamento jurídico penal (Código Penal brasileiro) que desde sua entrada em vigor em 1º de

⁶⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Ed. 2ª. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 75.

⁶⁹⁰ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Ed. 1ª. Curitiba: Juruá, 2011. p. 212-213.

janeiro de 1942, sofreu e vem sofrendo ao longo dos anos inúmeras transformações, resultado de uma política criminal que busca refletir a formatação da sociedade.

Ainda nesta linha de raciocínio MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE⁶⁹¹, afirma que o legislador, sentindo a pressão da imprensa sensacionalista, deixa de lado o *ser* guinando o Direito Penal para a invertida ideia da periculosidade do indivíduo, especialmente por integrar determinados grupos de delinquentes que representam uma insegurança para o Estado, de modo a retroceder ao direito penal do autor.

Conforme ressalta ALEXANDRE ROCHA ALMEIDA DE MORAES⁶⁹²:

A anunciada crise da modernidade, cujo exemplo pode ser sintetizado na busca de um “Direito Penal do Inimigo” como política criminal da última hora, nada mais representa senão a omissão do Estado, a crise de valores sociais, a crise das demais instâncias de controle social, enfim, um retrato da propria crise do homem.

Aderir ao direito penal do inimigo, como resposta rápida e fácil à criminalidade grave, organizada e ao terrorismo, de forma que se legitime a aplicação de uma política criminal diferente para o “inimigo”, é retroceder no tempo e negar os princípios conquistados ao longo da história do homem, é divorciar-se da realidade e impor sanções mais rigorosas a determinados tipos de pessoas, com fundamento na presunção de culpabilidade.

2. O DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS E SEUS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

Günther Jakobs, em sua construção teórica, evidenciou o Direito penal do Inimigo, enfatizando que os indivíduos, os quais fazem parte da hodierna sociedade, são divididos em dois grupos, os cidadãos (pessoas) e os inimigos (não-pessoas), surgindo, destarte, o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, respectivamente.

Com vistas à política criminal, para os integrantes do Direito Penal do Cidadão, considerados sujeitos de direito, o ordenamento jurídico é aplicado com todas as suas formalidades e garantias inerentes ao cidadão, enquanto que para os pertencentes à classe do Direito Penal do Inimigo, as garantias são flexibilizadas, tanto no âmbito material como no processual, uma vez que estas pessoas representam um risco à sociedade e não são dignas das garantias oferecidas aos cidadãos.

De acordo com GÜNTHER JAKOBS⁶⁹³:

⁶⁹¹ Manuel Monteiro Guedes Valente assevera que o legislador influenciado pela pressão da imprensa sensacionalista deixa de enveredar por uma lógica de integrar no plano do dever ser o que devia estar no plano do ser: v.g. fazer intervir o Direito Penal tendo em conta a perigosidade ou periculosidade do indivíduo em especial por pertencer a uma determinada raça, etnia, religião, ou por ter determinado odor. Fundamentar a intervenção penal na teoria do perigo abstrato que determinadas pessoas representam para a segurança do colectivo – Estado – alinhando-se na criminalização de todos os actos preparatórios é regressar ao Direito penal de autos e abandonar o Direito penal do facto. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo**. Ed. 1ª. Coimbra: Almedina, 2010. p. 21-22.

⁶⁹² MORAES, 2011. **Ob. Cit.** p. 317.

o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação.

Segundo preleciona LUIZ REGIS PRADO⁶⁹⁴, o direito penal do inimigo se distancia do Estado democrático de Direito e se aproxima do estado absolutório, refutando os postulados do Direito Penal garantista e liberal. Com vistas a combater os perigos, as ações dos “inimigos” são interrompidas ainda em seu estado inicial, levando-se em conta a perigosidade que estes grupos de não-pessoas demonstram para a sociedade. Ocorre, na verdade, a antecipação da punibilidade, alcançando inclusive punição dos atos preparatórios, e as penas são totalmente desproporcionais, se comparadas com as penas aplicadas as “pessoas” que estão inclusas nas regras do Direito, de forma a privar o inimigo dos benefícios e garantias individuais, é o retorno do direito penal do autor.

Para JAKOBS⁶⁹⁵ “o direito penal do cidadão é o direito penal de todos, o direito penal do inimigo é daqueles que constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar a guerra.”

No entanto, JAKOBS⁶⁹⁶ se refere aos “inimigos” como sendo aquelas pessoas que atentam contra o Estado e suas instituições, contra a coletividade, por isto se refere aos terroristas, à criminalidade organizada e à criminalidade econômica. Para aquelas pessoas que cometem *deslizes reparáveis*⁶⁹⁷, consideradas como infrações à norma, estas merecem a aplicação de todas as garantias, uma vez que o ato não se dirige contra o Estado em si. Visando ilustrar, JAKOBS cita como exemplo o caso do sobrinho que mata o tio para antecipar o recebimento de uma herança que teria direito, neste caso há infração penal, existe um comportamento contrário à norma, merecendo o sobrinho a aplicação da norma penal vigente com a pena proporcional ao delito praticado, mas devendo ser tratado como cidadão e não como inimigo, vez que não atentou contra o Estado.⁶⁹⁸

Por outro lado, quando se trata de crimes econômicos, crimes sexuais, criminalidade organizada e terrorismo, os integrantes destes grupos de delinquentes, segundo o ilustre criminalista, não merecem o mesmo tratamento e a aplicação das mesmas garantias dispensadas ao criminoso comum, pois

⁶⁹³ JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Ed. 4ª. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 40.

⁶⁹⁴ Luiz Regis Prado aposta algumas características do direito penal do inimigo: a) antecipação da punibilidade com o escopo de combater perigos, de forma a alcançar momentos anteriores à realização de fatos delituosos, até mesmo meros atos preparatórios, por seu autos integrar uma organização que atua à margem do Direito; b) notável incremento e desproporcionalidade das penas, mormente porque a punição de atos preparatórios não acompanharia nenhuma redução de pena; c) para Jakobs, é manifestação própria do Direito Penal do Inimigo o fato de diversas leis alemãs serem dominadas “leis de luta ou de combate”; d) supressão ou redução de direitos e garantias individuais nas esferas material e processual penal, bem como a inserção de alguns dispositivos de direito Penitenciário que extirpam ou dificultam alguns benefícios. PRADO, 2011. **Ob. Cit.**, p. 108-109.

⁶⁹⁵ JAKOBS, 2010. **Ob. Cit.** p. 28.

⁶⁹⁶ id., p. 34.

⁶⁹⁷ id., p. 31.

⁶⁹⁸ id., p. 31-32. passim.

seus atos são dirigidos ao Estado e suas instituições. Segundo a linha de pensamento de JAKOBS, “não se trata de uma compensação a um dano à vigência da norma, mas a eliminação de um perigo”.⁶⁹⁹

Citando Kant, JAKOBS faz um comparativo entre estado de cidadania e estado de natureza, desta última fazem parte os indivíduos que rechaçam a legitimidade do ordenamento jurídico⁷⁰⁰, que não aceitam participar do estado de cidadania, ou seja, que vivem num estado sem normas, com excessiva liberdade, e para estes “inimigos” da sociedade, a “punibilidade deve avançar para o âmbito da preparação e a pena deve se dirigir para a segurança frente a fatos futuro, não à sanção de fatos cometidos, trata-se de uma custódia de segurança antecipada que se denomina pena”.⁷⁰¹

Há muito tempo o direito penal afastou-se do terror e da vingança individual e coletiva, num caminhar visando a aplicação das penas de um modo humanitário, com precedentes no princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente após a declaração dos direitos do homem e do cidadão.

No entanto, Günther Jakobs, retrocede no tempo e com ideias calcadas na teoria penal de Protágoras passando especialmente por Kant, Fichte, Locke, Hobbes e Liszt ressurgem com o punitivismo, e em seu entendimento, como vivemos em uma sociedade de risco, ele pugna pelo endurecimento das penas, antecipação da punibilidade e supressão e flexibilização das garantias processuais.

Neste sentido conclui-se, também, que a linha jurídico-filosófica do pensamento de Jakobs amolda-se ao da escola funcionalista do Direito Penal, distanciando-se da escola finalista de Welzel, uma vez que a escola finalista ou teleológica-racional, segundo MORAES⁷⁰², “pretende orientar a dogmática penal segundo as Funções políticas-criminais exercidas pelo Direito Penal, tornando-a funcional ou funcionalizando-a.”

MORAES⁷⁰³ assevera ainda que o funcionalismo penal interpreta a realidade e de acordo com a política criminal viabiliza um sistema jurídico-penal “funcional”, destinado a garantir a eficácia do sistema social e dos seus subsistemas. Outrossim, o funcionalismo de Jakobs, tido como “*funcionalismo radical ou sistêmico*”⁷⁰⁴, é utilizado como pano de fundo para buscar o direito de punir preventivamente a criminalidade organizada, fundada na prevenção geral.

Citando Rousseau e Fichte, JAKOBS⁷⁰⁵, afirma que:

o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica. Em correspondência com isso, afirma Rousseau que qualquer malfeitor que ataque a direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. A consequência diz assim: ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão. De modo similar, argumenta

⁶⁹⁹ id., p. 34.

⁷⁰⁰ ibid., p. 35-36.

⁷⁰¹ ibid., p. 34.

⁷⁰² MORAES, 2011. **Ob. Cit.** p. 125.

⁷⁰³ id., p. 126.

⁷⁰⁴ id., p. 126.

⁷⁰⁵ ibid., p. 26-27.

Fichte: quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com 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.

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS⁷⁰⁶, afirma que separando as pessoas de acordo com sua personalidade, dividindo-os em cidadãos e inimigos, ocorreria uma seletividade dos sujeitos com efeitos políticos perversos, uma vez que os detentores do poder econômico e político exerceriam uma pressão sobre a classe menos favorecida economicamente, ocorrendo a criminalização da pobreza (desocupados pedintes-sem-teto), classe esta rotulada como delinquentes, e de acordo com o discurso do direito penal do inimigo e a aplicação do discurso da *tolerância zero*, se proporia a neutralização dos “possíveis” criminosos.

De acordo com JESUS MARIA DA SILVA SÁNCHEZ⁷⁰⁷ “o direito penal do inimigo seria, sobretudo, o direito das medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos.”

2.1 Sociedade de riscos e o discurso da insegurança

O ser humano vive hoje na sociedade dita “moderna” – pós-industrial - denominada como “sociedade de riscos”. Não se pode negar os avanços econômicos e tecnológicos apresentados nos dias atuais e toda esta evolução traz riscos para a convivência humana. Como já mencionado no item 1.5 alhures, o legislador evidencia, na atual conjectura social, dificuldades para aplicação de uma política criminal racional. Com a pressão a ele imprimida, especialmente realizada pela mídia sensacionalista, o legislador busca criar leis calcadas no clamor público, destarte, criam-se normas de cunho imediatista visando o endurecimento das penas e a aplicação de normas direcionadas a certos grupos de indivíduos, rotulados como delinquentes, os quais, de acordo com a teoria do direito penal do inimigo, merecem a flexibilização das garantias processuais e a antecipação de sua punibilidade, com aplicação de medidas de segurança fundadas na presunção de culpabilidade.

Conforme preleciona LUIZ FLÁVIO GOMES e ALICE BIANCHINI⁷⁰⁸, o direito penal não mais se preocupa “em evitar lesões ao bem jurídico: agora o que importa é a antecipação da tutela penal, para não deixar que se criem riscos.”

Portanto, com a pressão popular e a influência da mídia sensacionalista, estamos seguindo num caminho para o retorno do Estado absolutista retrocedendo, assim, para a aplicação do direito penal do autor e do punitivismo, rotulando-se certos grupos de pessoas como “inimigos”, baseado no perigo abstrato que este grupo representa para a sociedade e conseqüentemente, aplicar-se-iam leis penais mais severas e

⁷⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual.

⁷⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **A expansão do direito Penal: aspectos da política nas sociedades pós-industriais**. Ed. 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 195.

⁷⁰⁸ GOMES, Luiz Flávio, BIANCHINI, Alice. Direito penal do inimigo e os inimigos no direito penal. p. 11.

desproporcionais, bem como os atos preparatórios mereceriam punição e a tutela jurisdicional penal seria antecipada com o emprego de medidas de segurança contra os ditos “inimigos” da sociedade.

Desta forma, partindo-se do ponto de vista da existência de um círculo vicioso que se estabelece com a inflação dos problemas de segurança; do conseqüente descrédito nas instituições do Estado; da insegurança da população e da disseminação da dita “crescente violência” cumulando-se com a questão de o limite para o sistema penal ser o limite da própria sociedade, é que surge a maior preocupação quanto a inserção do direito penal do inimigo no atual sistema penal, diante desse enaltecimento da violência e a suposta necessidade de punição emergencial, pois, o que chama mais a atenção nessa relação que se estabelece entre mídia, poder e sociedade, é que enquanto grande parcela de indivíduos fica em polvorosa, sedenta por informações sobre a prisão do suspeito, bem como do espetáculo produzido, e reivindica a aplicação de justiça imediata, sumária, digna de um tribunal de exceção; outra parcela considerável, queda inerte e, como que se estivesse anestesiada, não reage aos acontecimentos, fica simplesmente alheia à realidade.

Há que se salientar também a forma inadequada com que se legisla em nosso país, permitindo uma infiltração do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico-criminal, de forma a flexibilizar garantias, *in thesi*, sedimentadas, posto que o poder político vem legislando de maneira “populista”, pois cria leis conforme o clamor público, exemplo disto foi a alteração realizada da Lei dos Crimes Hediondos, sancionada após a assassinato da atriz Daniela Perez a e pressão pública que foi gerada em torno do caso, podemos citar também as cenas de tortura praticadas por policiais em Diadema, na favela Naval, que após serem transmitidas pela mídia, culminou na criminalização da tortura sobrevinda pela Lei 9.455/97.⁷⁰⁹

MORAES⁷¹⁰, sobre o tema, assevera que:

O caráter expansivo do chamado direito penal do risco vem acolhendo novas demandas e interesses penais e antecipando a tutela penal (com tipificações abertas e amplas, mediante o uso de tipos de perigo abstrato, mera conduta, omissos impróprios, etc.). Tanto na legislação pátria quanto na estrangeira, o direito penal do risco vem permitindo a adoção de uma política criminal pautada pela preocupação incessante de criminalizar e prevenir a criminalidade organizada, a corrupção, o tráfico ilícito de entorpecentes, a criminalidade econômica, o terrorismo e os crimes contra a humanidade, primeiros sinais da tendência de perenizar um direito penal de terceira velocidade – o direito penal do inimigo.

⁷⁰⁹ ALEXANDRE ROCHA ALMEIDA DE MORAES ensina que “A complexidade e contingência da atualidade e a forma inadequada com que se vem legislando, máxime diante das novas demandas da sociedade pós-industrial (interesses difusos, criminalidade organizada, lavagem de dinheiro, etc.), tem permitido que uma legislação com sinais de “Direito Penal do Inimigo” se infiltre, de forma contumaz, no direito pátrio e estrangeiro, sem clara delimitação com o Direito Penal clássico, pautado por garantias e prerrogativas típicas de um Direito Penal do Cidadão”. MORAES, 2011. **Ob. Cit.**, p. 45.

⁷¹⁰ *id.*, p. 49-50.

2.2 O inimigo no direito penal brasileiro

O Direito Penal do Inimigo é muito seletivo, elege alguns grupos da sociedade como potenciais criminosos, visando, cautelarmente e de modo discriminatório, incidir uma coação em resposta à sua periculosidade, de forma intensa e desproporcional, antecipando a tutela penal.

Para JAKOBS⁷¹¹ os inimigos são os criminosos econômicos, os terroristas, os delinquentes organizados, os autores de delitos sexuais e de outras infrações penais perigosas.

Preleciona ZAFFARONI⁷¹² que o conceito de inimigo advém do estado romano que distinguia entre o *inimicus* e o *hostis*, o primeiro se referia ao inimigo pessoal e o segundo seria o inimigo político – declarado pelo Senado romano como *inimigo público* - ao qual se declarava guerra e se limitavam os direitos. Eram considerados inimigos públicos os que atentavam contra a segurança da República, uma vez que “incomodavam” os detentores do poder, assim, os insubordinados, indisciplinados ou estrangeiros que inspirassem algum tipo de desconfiança, tornavam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos.

Durante a existência da humanidade muitos grupos foram apontados como inimigos, dentre eles podemos citar os hereges, as bruxas, os astrônomos, os judeus, entre outros. No caso do Brasil, há uma tendência muito forte no sentido de adotar os delinquentes comuns como “bodes expiatórios” estigmatizando-os como inimigos do direito penal e, por conseguinte, da sociedade.

Sempre buscando a interiorização do discurso, estes grupos eram estigmatizados e no caso dos delinquentes comuns, como no Brasil, a mídia, especialmente a sensacionalista, exerce um papel de enorme importância para a efetivação desta “qualificação” de inimigos da sociedade, destarte, tais programas estigmatizam o delinquente comum visando criar uma sensação de insegurança, que culmina num clamor populacional, passando a exigir-se um maior rigorismo do poder legislativo, quando da elaboração de Leis penais e do Poder Judiciário, no que tange à aplicação do direito penal, que deveria ser sempre a *ultima ratio*.

Diante deste quadro não é difícil observar que se de um lado a mídia promove o pânico na população e instiga os clamores por uma justiça emergencial e cruel, de outro, porém ao mesmo tempo, provoca insensibilidade, indiferença, e certo alheamento em muitos indivíduos, ou seja, provoca uma banalização da violência, pois esta passa a ser considerada normal. O que preocupa é que isto já ocorreu na Alemanha nazista durante o Terceiro Reich e foi a base que deu início a um processo, que aliado a outros fatores, propiciou a maior perversidade do ser humano que o mundo já viu: o holocausto.

Assevera ZAFFARONI⁷¹³ que o conceito de inimigo é infiltrado no Estado de Direito como uma exceção à regra, mas que intencionalmente ou não, este caminho nos levaria ao Estado absoluto, uma vez que a periculosidade e o dano do autor somente podem ser medidos após o cometimento de seus atos e a partir daí ele pode ser julgado, no entanto, pune-se o *inimigo* somente em

⁷¹¹ JAKOBS, 2010. **Ob. Cit.**, p. 33-34.

⁷¹² ZAFFARONI, 2011. **Ob.Cit.**, p. 21.22.

⁷¹³ ZAFFARONI, 2011. **Ob.Cit.**, p. 25.

razão de sua condição de ente perigoso para a sociedade e um retrocesso ao absolutismo.

Portanto, ainda que de modo inconsciente, há tempos pretende-se infiltrar no âmago da sociedade brasileira o rótulo de inimigos da sociedade a classe dos delinquentes comuns (assaltantes, traficantes, estupradores) e, em desfavor deles o que se busca é diminuir as garantias constitucionais e processuais-penais, fundadas no discurso da periculosidade abstrata que o “inimigo” representa para sociedade – controle de riscos.

3. AS TRÊS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL. DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO A TERCEIRA VELOCIDADE DO DIREITO PENAL.

Segundo JESUS MARIA SILVA SÁNCHEZ existem três velocidades do direito penal: primeira velocidade, segunda velocidade e terceira velocidade.

A primeira velocidade do direito penal está fundada no direito penal liberal clássico, a qual se utiliza da pena privativa de liberdade como sua principal modalidade de punição, sem, entretanto, se afastar das garantias individuais. Assim, de acordo com SILVA SÁNCHEZ⁷¹⁴, “trata-se de salvaguardar o modelo clássico de imputação e de princípios para o núcleo intangível dos delitos, aos quais se assinala uma pena de prisão.”

Em relação à segunda velocidade, há uma flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais, unidas pela aplicação da pena privativa de liberdade que, dependendo do caso concreto, podem ser substituídas por medidas alternativas à prisão, visando a prevenção. Explica SILVA SÁNCHEZ⁷¹⁵ que:

uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção.

No que tange à terceira velocidade do direito penal, SILVA SÁNCHEZ aduz que “o direito penal da pena de prisão concorre com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”.⁷¹⁶ Em verdade trata-se de uma mescla das duas primeiras velocidades, no entanto, permite-se uma maior flexibilização das garantias penais e processuais.

Assevera ainda o ilustre jurista espanhol que a característica do inimigo “é o abandono do direito e ausência da mínima segurança cognitiva de sua conduta, e o meio para combatê-lo seria o asseguramento cognitivo desprovidos da natureza das penas”. No entanto, ocorreria uma “transição” de cidadão para inimigo mediante a “reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional, e a integração em organizações delitivas estruturadas”. Contudo, segundo o entendimento do nobre jurista o direito penal de terceira velocidade

⁷¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, 2011. **Ob. Cit.** p. 190.

⁷¹⁵ Id., p. 193.

⁷¹⁶ Id., p. 193.

deveria ser utilizado como “emergência”, diante da gravidade da situação excepcionalmente perpetrada, sob *condições de absoluta necessidade*.⁷¹⁷

No Brasil podemos citar como exemplo da infiltração desta terceira velocidade a Lei dos Crimes Hediondos, a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, a Prisão Provisória, entre outras.

4. DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DE DIREITO. FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS.

A teoria criada por Jakobs do direito penal do inimigo contrapõe-se ao Estado de Direito, uma vez que afronta e viola garantias materiais e processuais conquistadas. Diante da norma constitucional brasileira, não se permite que alguém seja tratado como objeto de coação considerando sua periculosidade abstrata, de forma a desconstitui-lo de seus direitos.

Ademais, aos dissidentes, ainda que em contraposição ao Estado de Direito e a própria Constituição, tem-se buscado sanções penais mais severas, aplicando-se penas desproporcionais e medidas cautelares fundadas na presunção de periculosidade. Para ZAFFARONI⁷¹⁸, esta periculosidade é própria do direito penal cautelar introduzido pelo direito penal do inimigo, pois não é *pré-delitual*, nem *pós-delitual*, trata-se de uma terceira categoria, chamada de *periculosidade da suspeita*.

Impende destacar a linha tênue onde se encontra a classificação de quem será considerado “inimigo” ou não, depende da posição no poder em que se encontra a pessoa e de seus interesses pessoais e políticos, para que se considere outra pessoa como “indesejável”. Segundo ZAFFARONI *Inimigo é quem é Inimigo*.⁷¹⁹ Como exemplo disto pode-se citar a segunda guerra mundial, pois os nazistas consideravam inimigos os Judeus e contra eles tudo era possível, em razão de sua posição hierárquica política.

Na sociedade pós-moderna de riscos temos uma expansão do direito penal e conseqüentemente um aumento nos tipos penais, especialmente os abstratos. Com a adoção, pelos sistemas legislativos penais, da teoria do direito penal do inimigo, inevitavelmente as garantias penais e processuais são flexibilizadas, uma vez que se punirá pela periculosidade abstrata do autor e não pelo fato, é o retorno do direito penal do autor.

Deste modo o direito penal se afasta das tradições liberais com o fito de atender o sentimento de insegurança social e a sensação de impunidade gerada pelo bombardeio midiático dos programas sensacionalistas de massa.

Sendo assim, com o enaltecimento da violência explorada pela mídia enquanto mercadoria possibilita em larga escala a visualização daqueles que se desviam dos padrões estabelecidos como seres anormais que ameaçam a sociedade, essa ameaça, muitas vezes imaginária agregada a um discurso político eleitoral, exerce pressão sobre a população que passa a exigir providências repressivas urgentes e legítima a adoção pelos poderes públicos de políticas de segurança pública equivocadas, como o uso indiscriminado de medidas processuais penais, com objetivo de suprir as falhas do próprio Estado, que muito se beneficia com essa visão utilitarista, mas na verdade

⁷¹⁷ *ibid.*, p. 193-197. *passim*.

⁷¹⁸ ZAFFARONI, 2011. **Ob.Cit.**, p. 110

⁷¹⁹ *ibid.*, p. 104.

também sucumbe ao poder da mídia, uma vez que seus representantes se submetem a esse poder numa relação funesta que se estabelece e em muitas situações não se sabe ao certo, quem ou o quê, assume o papel de dominador e de dominado.

A preocupação do direito penal do inimigo é travar uma guerra com os delinquentes, com o fito de extirpá-los da convivência social, uma vez que estas “não-pessoas” atentam contra a norma.

Pelas alterações trazidas com o advento da Lei 10.792 de 01.12.2003, que introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado no Brasil, percebemos que notadamente estamos combatendo o inimigo a *contrario sensu* do Estado Democrático de Direito que vivemos, posto que este Estado de Direito reconhece da dignidade da pessoa humana como seu fundamento, elevando tal valor acima de qualquer outro, vez que, impôs o seu resguardo mediante o estabelecimento dos direitos subjetivos individuais. Neste ponto cumpre ressaltar que a Constituição da República por meio de seus princípios, norteia o direito penal e processual penal, principalmente por serem direitos e garantias individuais, portanto não são passíveis de redução ou supressão pelo legislador, nem mesmo por emenda constitucional, aliás, neste sentido não podem ser sequer objeto de deliberação, uma vez que são cláusulas pétreas.

Nesta linha de pensamento observa-se que o Estado que regula a sociedade por meio do direito penal e processual penal vai de encontro com os princípios constitucionalmente estabelecidos pelo legislador originário, pois permitindo a infiltração do direito penal do inimigo em sua legislação repressiva admite, por meio de medidas cautelares, a prisão do indivíduo tido como inimigo da sociedade fundada somente na periculosidade abstrata.

Em contrapartida este mesmo Estado que regula a sociedade por meio de políticas criminais imediatistas e populistas vira as costas para parcela significativa da sociedade que vem sofrendo há tempos com a falta de políticas públicas que visem acabar com a pobreza, que melhorem as condições da educação pública e de saneamento básico.

Ademais, cumpre asseverar que o sujeito hoje, principalmente àquele que se encontra excluído da sociedade dita “do bem”, esta vivendo num processo de nulidade pessoal, influenciado especialmente pela mídia de massa que está, de modo subliminar, treinando, conduzindo e adestrando a população a consumir o que por ela é imposta. Porém, o problema é que por trás disso existem propósitos nada nobres: não pensar, não raciocinar, não questionar as notícias vinculadas pelos meios de comunicação de massa e tal se dá através da manipulação de informações feita por uma mídia, que ou detém o poder político, ou é controlada por quem tem laços estreitos com ele, que de qualquer forma utiliza-se indiscriminadamente para desviar a atenção da sociedade sobre algum outro assunto que naquele momento quer que seja esquecido, de acordo com os interesses de uma minoria, mediante a oferta de um novo bode expiatório, os “inimigos” no mercado da informação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde os tempos mais remotos o direito penal faz parte da sociedade e visa exercer um controle social, especialmente pela aplicação das penas, as quais foram criadas pela mente humana e aplicadas das mais variadas formas,

inclusive algumas com requintes de crueldade, chegando-se a pena máxima, qual seja, a pena de morte, esta última ainda utilizada de forma legal em alguns países.

Neste contexto histórico, com a evolução da sociedade e seus valores morais, o direito penal evoluiu igualmente e com o advento das escolas penais e dos estudos dos criminalistas posteriores, a política criminal realizada pelo legislador buscou racionalizar as penas, que foram executadas de forma proporcional e de acordo com o crime praticado.

Contudo, devido a evolução tecnológica e a facilidade de contato com outras culturas, a sociedade moderna, considerada como sociedade de riscos, passa por muitas transformações e o direito penal do inimigo sem vindo aos poucos infiltrado e utilizado pelo legislador que sofre uma pressão da população, pois esta, influenciada pela mídia sensacionalista exploradora da violência e pelos discursos populistas de políticos eleitores, forçam o legislador criminal a criar leis de tipos abstratos e leis que endurecem as penas, bem como criam-se normas processuais que visam antecipar a punição, com base na periculosidade abstrata do dito inimigo da sociedade.

Este círculo vicioso que contempla o discurso da mídia e a venda da violência como produto, aliado aos interesses de políticos eleitores que se utilizam deste discurso para ludibriar a população em épocas de eleição, afirmando que irão “acabar com a violência”, coligada, sobretudo, pela perda do indivíduo de raciocinar e definir entre o certo e o errado que culmina no “emburrecimento” e anulação deste como cidadão, é que a infiltração do direito penal do inimigo na legislação se torna muito perigosa, pois qualquer pessoa pode ser considerada como inimigo, basta ser contrário aos propósitos daqueles que detém o poder, e como grande parcela da população aceita como certo tudo o que a mídia veicula, os “inimigos” certamente seriam anulados ou aniquilados com muita facilidade.

Considerado como terceira velocidade, o direito penal do inimigo autoriza a flexibilização das garantias políticos-criminais descritas na Constituição Federal, colidindo frontalmente com princípios históricos, em tese, já sedimentados – dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, intervenção mínima - ou seja, aplicando-se a teoria filosófica do direito penal do inimigo em nossa legislação, estaríamos retrocedendo no tempo e aceitando aplicação do direito penal do autor e a volta do estado absolutório, num claro retrocesso político criminal.

Portando, a tese do direito penal do inimigo que aos poucos vem sendo implantada em nossa legislação, aliada ao fato da anulação do indivíduo e a influência da mídia na sociedade, torna-se perigosa e temerária, pois um dos maiores dramas que o homem já viveu, cujos efeitos nefastos ainda são sentidos até hoje, o holocausto, teve início da mesma forma, interiorização do discurso, anulação do indivíduo para que este não pensasse, somente aceitasse o fato imposto e a mídia sensacionalista aliada, no caso, ao Estado, de modo a impor seus dogmas quaisquer que sejam. Assim, a aceitação direito penal do inimigo como sendo certa, retroagirá aos tempos do absolutismo, no qual o Estado de Direito sucumbirá pela força imposta pela própria sociedade, a qual influenciada pelo controle social subliminar sofrerá os efeitos do retrocesso penal e processual.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Ed. 6ª. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. 16ª. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal – Parte Geral**. V. 1. Ed. 9ª. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal – Parte geral**. Ed. 2ª. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Luiz Flávio, BIANCHINI, Alice. **Direito penal do inimigo e os inimigos no direito penal**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/74638321/DIREITO-PENAL-DO-INIMIGO-segunda-edicion>. Acesso em 07.07.2012.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Ed. 4ª. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Ed. 1ª. Curitiba: Juruá, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. VI. 1: Parte Geral, arts. 1º a 120. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e direito penal do inimigo: visão crítica**. Ed. 1ª. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal – Parte geral**. Ed. 21ª. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Disponível em <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em 22.08.2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *A expansão do direito Penal: aspectos da política nas sociedades pós-industriais*. Ed. 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TASSE, Adel El. **Teoria da pena**. Ed. 1ª. Curitiba: Juruá, 2008.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo**. Ed. 1ª. Coimbra: Almedina, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Ed. 2ª. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro– Parte geral**. V. 1. Ed. 9ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.