

UNIVERSIDADE TIRADENTES

FERNANDO LOGANS BENTO FRAGA

VELOCIDADES DE UM DIREITO (PENAL). O  
DELINQUENTE: CIDADÃO OU INIMIGO?

Propriá  
2011

FERNANDO LOGANS BENTO FRAGA

VELOCIDADES DE UM DIREITO (PENAL). O  
DELINQUENTE: CIDADÃO OU INIMIGO?

Monografia apresentada à Universidade  
Tiradentes como um dos pré-requisitos  
para a obtenção do grau de bacharel em  
Direito.

ORIENTADOR: MSC. ANTÔNIO CARLOS  
DAMASCENO.

Propriá  
2011

FERNANDO LOGANS BENTO FRAGA

VELOCIDADES DE UM DIREITO (PENAL). O DELINQUENTE:  
CIDADÃO OU INIMIGO?

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Tiradentes – UNIT, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora

---

Orientador Profº Msc. Antônio Carlos Damasceno

Universidade Tiradentes

---

1º Examinador

Universidade Tiradentes

---

2º Examinador

Universidade Tiradentes

Àquele (Deus) que é.

## AGRADECIMENTOS

Quero demonstrar nessas singelas linhas a minha tamanha gratidão àquele que é o Pai da vida, é o Amor, a Perfeição, enfim, àquele inigualável, o Senhor Jesus Cristo que me deu a oportunidade da vida, pois, morreu por mim na cruz do calvário, e me tirou do lamaçal do pecado para a sua plenitude eterna. “Te amo ó Deus, da minha salvação. Não há na terra ou no céu, Deus maior que o meu [...]”.

Sou muito grato a minha “gigante” mãe e meu “único” pai, pois, me colocaram nesse mundo com todo o amor, carinho e cuidado que uma pessoa precisa para crescer e vencer. Senhora Rosélia Maria Bento Fraga e o Sr. Fernando Batista Fraga, os melhores pais do mundo, os quais, nunca esquecerei. Lembro-me como se fosse hoje, quando minha mãe dizia a todos nós (filhos) – que queria vê-los formados. É um sonho realizado não só meu, mas também da senhora, mamãe. É o primeiro passo, porque “para Deus nada é impossível” (Bíblia Sagrada. S. Lucas. Cap. 1, Vers. 37).

Não poderia de deixar de manifestar meu agradecimento às minhas cinco irmãs: Katty, Fernanda, Luanda, Jersyka e Adhara. Foram e sempre serão muito importantes na minha vida.

Minha avó – Maria José – *in memoriam*, exemplo de mulher para muitas mulheres e também para muitos homens.

Agradeço novamente a Deus, por ter colocado no meu caminho a minha, hoje, esposa – Franciele – Pessoa essa a qual dedico e nunca deixarei de dedicar, em nome de Jesus, o meu eterno amor. É e está sendo muito importante na minha vida e nessa minha fase de conclusão do curso.

Agradeço a minha babá – Benalva – uma mulher guerreira e honesta, cuidou com muito carinho de mim na minha infância, a qual considero como minha segunda mãe.

Amo todos vocês.

Aos mestres da Universidade Tiradentes que com toda paciência e sabedoria me encheram de informações. Pela visão que tenho hoje do meu curso, e em breve da minha profissão, agradeço a vocês - educadores.

Seria ingrato se não mencionasse nessas pequenas linhas o nome dos Juízes de Direito – Dr. Rômulo Dantas Brandão, Dr. Evilásio Correia de Araújo Filho e Dr. Haroldo Luiz Rigo da Silva -, que nessa fase discente da minha vida, acreditaram no meu potencial, me dando confiança e oportunidade de aprender com a práxis a materialização do Direito.

Educai a criança no caminho em que deve andar; e até quando envelhecer não se desviará dele.

Rei Salomão.

## RESUMO

As velocidades do Direito Penal na atualidade, com especial enfoque na abominável 3ª velocidade conhecida como “Direito Penal do inimigo”, ante a vigência de um Estado Democrático de Direito e o caos urbano vivenciado pelo Brasil com sua criminalidade moderna, é certamente um dos assuntos mais polêmicos da seara penal após a virada do século, motivo pelo qual, o conhecimento da construção da dogmática penal, suas teorias de imputação, bem como a história dessa Ciência repressora (Direito Penal) e suas nuances, apresentam fundamental importância para entender o surgimento, aplicabilidade e efetividade das velocidades do Direito Penal ao passo de compreender a 3ª velocidade capitaneada por Jakobs e seus movimentos de enfrentamento da criminalidade conhecidos como “janelas quebradas, tolerância zero e lei e ordem, com o objetivo de tentar desmistificar o real significado que o professor alemão Günther Jakobs quis dar ao considerar um Direito Penal “do inimigo”. Nesse diapasão e, diante de muitas críticas de renomados juristas entre eles Eugênio Raul Zaffaroni e uma contornada pelo movimento minimalista fundado no garantismo penal, é plenamente inviável a vigência de dois Direitos Penais, um voltado para o inimigo e outro voltado para o cidadão, visto que, diante de uma análise perfunctória a criação desse “Direito Penal de emergência” visa antes de mais nada aplacar uma política criminal de última hora, ou seja, tende a fazer as vezes da omissão estatal e das demais esferas de controle social ao ponto de confundir política criminal com política eminentemente social e chegar a fragmentação da capacidade natural do Direito Penal intitulando-o como puramente simbólico e antigarantista.

**PALAVRAS-CHAVE:** Velocidades do Direito Penal; Direito Penal do Inimigo – 3ª velocidade – Direito Penal Máximo; Garantismo Penal – Direito Penal Mínimo.



## ABSTRACT

The velocities of criminal Law today, with special focus on the infamous 3rd gear known as the “Criminal Law of the enemy”, before the term of a democratic state and the urban chaos experienced by Brazil in their criminality modern, is certainly one of the most controversial criminal of the harvest after the turn of the century, reason, knowledge of dogmatic construction of criminal imputation theories, as well as the history of repressive Science (criminal law) and their nuances, have fundamental importance for understanding the emergence, applicability and effectiveness of the speed of the Criminal Law while to understand the 3<sup>rd</sup> gear captained by Jakobs and their movements to fight the crime known as “broken windows, zero tolerance and law and order, with the aim of trying to demystify the real meaning that the teacher German Günther Jakobs wanted to give the criminal law to consider an “enemy.” In this pitch, and before may criticisms of renowned jurists among them Raul Eugenio Zaffaroni and flanked by a minimalist movement founded in the criminal guaranteed, it is entirely feasible in the presence of two criminal law, one facing the enemy and the other turned to the citizen, as that, given a perfunctory analysis the creation of “criminal Law emergency” refers first and foremost a criminal policy of placating the last minute, ie, tends to take the place of the inactivity of the state and other spheres of social control to the point of confused with criminal policy eminently social and political fragmentation to reach the natural ability of criminal law entitling it as purely symbolic and antigarantista.

**KEYWORDS:** Speeds of Criminal Law; Criminal Law of the Enemy – 3rd gear; Criminal Guaranteed.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2 A GÊNESE DO DIREITO PENAL E A SUA EVOLUÇÃO POLÍTICO/SOCIAL.....</b>	<b>17</b>
2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana Como Direito Fundamental Básico e Inegociável do Criminoso.....	29
<b>3 O CAOS URBANO VIVENCIADO PELO BRASIL E A POLÍTICA CRIMINAL DIANTE DA DELINQUÊNCIA MODERNA.....</b>	<b>37</b>
<b>4 TEORIA DO ETIQUETAMENTO (<i>LABELING APPROACH</i>).....</b>	<b>43</b>
4.1 Direito Penal do Autor X Direito Penal do Fato.....	45
4.2 A Seletividade da Norma Penal.....	48
<b>5 O SURGIMENTO, APLICABILIDADE E EFETIVIDADE DAS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL.....</b>	<b>54</b>
5.1 A Primeira Velocidade do Direito Penal.....	54
5.2 A Segunda Velocidade do Direito Penal.....	55
5.3 A Terceira Velocidade do Direito Penal Criada Por Günther Jakobs – Conceito e Características.....	57

5.3.1 Os principais pontos do Direito Penal dos movimentos de enfrentamento da criminalidade: “janelas quebradas”, “tolerância zero” e de “lei e ordem”.....	64
5.3.2 Críticas à tese do Direito Penal do inimigo e o garantismo penal – corrente minimalista.....	68

<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>79</b>
-------------------------	-----------

<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>83</b>
-------------------------	-----------

# 1 INTRODUÇÃO

A vida em grupo teve como consequência a limitação da liberdade das pessoas, mas por outro lado também garantiu que elas usufríssem com mais segurança do convívio com seus semelhantes, de modo que permitiu-lhes a oportunidade de alcançar maior sucesso na atribuição de preservar e desenvolver a espécie. Com a evolução da convivência do homem em sociedade, foram aparecendo penas cada vez mais severas para determinadas práticas que eram mal vistas entre os componentes do grupo.

O presente trabalho científico, amparado por essas realidades e consequências sociais, visa antes de tudo, mostrar o contexto social em que o Direito Penal está inserido para depois de uma análise hodierna dessa ciência pontuar os determinantes criminológicos criados como por exemplo a terceira velocidade do Direito Penal, indagados e aceitos ou não na sociedade contemporânea.

Para isso, para melhor entender a aplicabilidade e efetividade da 3ª velocidade do Direito Penal, buscou-se auxílio no processo de expansão dessa própria ciência - Direito Penal, ou melhor, buscou-se entender o “processo de desenvolvimento” pelo qual o Direito Penal sofreu e vem sofrendo, motivo esse que fez identificar as velocidades do Direito Penal capitaneada por Jesús-Maria Silva Sanchez em sua obra “A expansão do Direito Penal”.

Assim, a pretensão desse trabalho metodológico é antes tracejar e depois valorar a metodologia de modo a se compreender como, no contexto da sociedade pós-moderna, Günther Jakobs chegou a fundar o mal recepcionado Direito Penal do Inimigo batizada por Sánchez como uma terceira velocidade do Direito Penal.

Dentre vários temas que se poderia estudar, esse tema foi escolhido por entendermos, ante a presença desenfreada da criminalidade e abundância de legislação de

emergência, ser bastante útil compreender o alicerce teórico do Direito Penal do inimigo ora da 3ª velocidade que influencia legislações sem fronteiras.

É sabido que nos tempos atuais o poder punitivo exercido pelo Estado (*jus puniendi*) vogora uma política criminal que em alguns casos confere tratamento aos cidadãos, não correspondente com um Estado Democrático de Direito.

Seguindo esse raciocínio antidemocrata, analisamos a aplicabilidade e a efetividade das velocidades do Direito Penal com maior enfoque na 3ª velocidade, apresentada como “Direito Penal do inimigo”.

Para isso, buscamos compreender o surgimento das velocidades do Direito Penal, suas características e aplicabilidades, bem como a influência da violência pós-moderna, da mídia e do simbolismo do Direito Penal funcionalista para se entender a criação da tese de Günther Jakobs – Direito Penal do inimigo.

Origina-se assim o presente trabalho, partindo dessa evolução penal onde teremos a primeira velocidade do Direito Penal com a ideia tradicional de aplicação de uma pena privativa de liberdade, observadas todas as regras e garantias do cidadão, seja ela no campo penal ou processual penal.

Seguindo a linha do tempo, teremos a segunda velocidade onde o Direito Penal busca na alternatividade à pena privativa de liberdade o seu fim. No Brasil temos a ocorrência da lei dos Juizados especiais criminais nº 9.099/95, mais precisamente no seu artigo 62, garantindo ao cidadão a aplicação de penas que não restrinjam a sua liberdade e priorizando as restritivas de direitos e pena de multa. Nessa segunda velocidade, há uma mitigação de algumas garantias, como o contraditório, a instrução processual, ampla defesa, contudo, tal afastamento é com o escopo precípua de agilizar a aplicação da lei penal no momento em que o autor do fato aceita a proposta de transação penal ou até mesmo a suspensão condicional do processo.

E por fim, chega-se a mal falada/recepcionada terceira velocidade do Direito Penal. Uma velocidade intitulada como sendo “Direito Penal do autor” contrapõe-se ao fato e que tem em seu corpo punitivo a junção da primeira e segunda velocidades, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma certa minimização de garantias necessárias (segunda velocidade), considerando, ou até mesmo, rotulando pessoas/cidadãos como inimigos do Estado por terem se afastado permanentemente do seio social, classificando-os como antissociais, não pessoas, simplesmente, ‘inimigos’. Esses seres humanos recebem tratamento diferenciado, pois o poder punitivo estatal os discrimina considerando-os como seres perigosos, ou seja, são seres capazes de danificar quem esteja por perto, praticamente umas “ervas daninhas”.

É nesse contexto capitaneado de Direito Penal da ‘tolerância zero’, onde seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade, que o intuito do presente trabalho centraliza o seu estudo, ao passo de não desvirtuar a pretensão demonstrada.

O antagonismo à maximização do Direito Penal encontra-se na corrente minimalista onde esta buscará na finalidade do Direito Penal a proteção tão somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade, não extinguindo o poder punitivo estatal, mas, equilibrando o seu poder, amparada por princípios que norteiam o seu idealismo como o princípio da lesividade, da insignificância, o da intervenção mínima e outros.

Como o tema é polêmico, radical e antidemocrático, não ficou apático à críticas. Por isso, recebeu várias, tanto oriundas das diversas áreas e diversos juristas, como do próprio mestre Eugênio Raúl Zaffaroni, Luiz Flávio Gomes, Rogerio Greco, Claus Roxin e outros.

Dentre as várias críticas, está a de Manuel Cancio Meliá (2005) esclarecendo que no pensamento de Jakobs, o Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: no primeiro temos um amplo adiantamento da punibilidade, ou seja, neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de

– como é habitual acontecer - retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido. No segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena alcançada. No terceiro elemento, as garantias da primeira velocidade são relativizadas, ou até mesmo suprimidas do contexto penal e processual penal.

No que pertine ao método utilizado buscou-se, de forma qualitativa, entender os fundamentos empregados por Jakobs ao criar a 3ª velocidade do Direito Penal para poder entender as críticas e a sua corrente opositora – minimalismo, ou seja, o método de pesquisa utilizado foi o dialético (crítico), onde, através de levantamentos dos assuntos relacionados ao tema pesquisado, buscou-se evidenciar os diversos aspectos que foram considerados na formação do criminoso moderno e a atuação do Direito Penal como fonte de solução.

Já no aspecto técnico – metodológico -, o caminho percorrido por esse trabalho metodológico foi desenvolvido através de pesquisas bibliográficas que partiram de uma fundamental problematização frente a autores renomados, os quais, desde o início foram entendidos como não donos da verdade. Não se esquecendo da busca de outras fontes materiais como Trabalhos de Conclusão de Curso da própria Universidade Tiradentes e da ferramenta mais interacionista do momento - internet.

A importância do presente trabalho para a área das ciências sociais e humanas é fundamental, pois levará o leitor e/ou admirador da área penal a compreender os avanços político/sociais que influenciam o Direito Penal ao passo de criar legislação sem fundamento político/criminal.

Percebe-se para o cumprimento dos objetivos ora traçados que no Direito Penal do inimigo têm-se a criação de um Direito Penal do autor ao invés de um Direito Penal do fato, antecipando a punição do agente pela sua condução de vida, ferindo de morte as garantias penais e processuais penais.

Por fim, o presente trabalho apresenta àquele que tiver a oportunidade de lê-lo, aspectos doutrinários quanto a aferição de recepção ou não, (i) legitimidade de um Direito Penal do inimigo de caráter puramente simbólico e sem garantias.



## 2 A GÊNESE DO DIREITO PENAL E A SUA EVOLUÇÃO POLÍTICO/SOCIAL

Para se entender a formação do Direito Penal, bem como a sua evolução política e social, faz-se necessário remontar às relações humanas nas épocas antigas, momento em que se iniciam os ilícitos jurídicos ocasionados pelos fatos sociais vivenciados por seres humanos dotados de razão.

A vingança penal não foi caracterizada por períodos e épocas de cada momento, mas, foi dividida em três fases, as quais são apresentadas pela fase da vingança privada, pela fase da vingança divina e pela fase da vingança pública, todas elas representadas por forte sentimento religioso-espiritual e que serão decifradas adiante.

A origem da pena se dá pelo revide à agressão recebida de forma totalmente desproporcional, ou seja, com a própria vida, sem preocupação com qualquer sentimento de justiça. Esta fase se denominou por vingança divina (BITENCOURT, 2009) onde se punia pelo fato da agressão ter sido contra a divindade. O castigo, sempre cruel e desumano, era aplicado por meio de delegações formadas na sua maioria por membros religiosos.

Para evitar a dizimação das tribos, surge a Lei de Talião, primeira tentativa de humanização da sanção criminal, onde a pena era proporcional ao mal praticado. Mas, a população estava aos poucos sendo mutilada, então, aparece a composição, onde passou-se a comprar a liberdade, extinguindo-se o castigo.

A vingança pública, por sua vez, surge com dever de manter a ordem e a segurança social, mas, seu verdadeiro objetivo é a segurança do soberano através da intimidação cruel e severa. Na Grécia Antiga seguiram juntas as características da vingança

pública, privada e divina. Na Roma Antiga também, mas logo houve a separação entre direito e religião (Op. cit., 2009).

Urge frisar que nas três fases de vingança, em nenhuma delas houve a separação do caráter religioso da sanção penal, muito menos responsabilizou-se os indivíduos protagonistas das sanções. Contudo, é a partir dos ideais iluministas que passou a fazer parte do Direito Penal a responsabilidade individual.

Roma, por sua vez, representa um elo entre o mundo antigo e o moderno. No início de Roma a pena tinha caráter social. Durante sua organização primitiva prevaleceu o Direito consuetudinário, até se iniciar o período dos diplomas legais com a Lei das XII Tábuas. Ainda nesse período surgiu a distinção entre crimes públicos, traição, conspiração política contra o Estado, o assassinato, e os crimes privados, ofensas como dano, furto e injúria. A sanção para os crimes públicos era a morte, enquanto que no privado quem definia era o particular ofendido, assistido pelo Estado, ou seja, nesse período Clássico do Direito Penal Romano as leis que surgiram catalogaram os comportamentos considerados criminosos dividindo-se em *leges corneliae*, crimes praticados nas relações interpessoais dos cidadãos, e *leges juliae*, aqueles crimes praticados contra o Estado (Op. cit., 2009).

O Direito Germânico primitivo também era consuetudinário. A reação ao crime público autorizava que qualquer pessoa pudesse matar o agressor, já no crime privado, o transgressor era entregue a vítima ou a família. Em 1495 (final do século XV), com o advento da Paz Territorial Eterna banuiu-se de vez essa atuação. Também conheceram a vingança de sangue que foi substituída pela composição, que passaram a ser definidos detalhadamente com as leis bárbaras.

A composição era um misto de ressarcimento e pena: parte destinada a vítima ou familiares e parte devido ao tribunal ou rei como forma de preço da paz. Aqueles que não podiam pagar aplicavam-se penas corporais. Na responsabilidade objetiva/Direito Penal do

fato, o que importa é o resultado causado, consagrando-se a máxima nas lições de Bittencourt (2009, p. 35), “o fato julga o homem”.

O caráter retributivo da pena aos poucos desaparecia com a vigência do princípio da reserva legal. A pena de morte que havia desaparecido, reapareceu com força no século II d.C. com o aparecimento dos crimes extraordinários e crimes religiosos. Dominava também institutos como o dolo e a culpa, agravantes e atenuantes da pena.

Com a consolidação do Cristianismo surgiu a repressão penal de crimes religiosos e a jurisdição eclesiástica, protegendo os interesses religiosos. O código de Direito Canônico (do lat. *Canonicu*. Relativo a cânone) é formado e influenciado por outros códigos e decretos passados. No início, o Direito Penal Canônico tinha somente caráter disciplinar, mas aos poucos foi se expandindo a religiosos e aos leigos. A jurisdição eclesiástica dividia-se em *rationae personal*, em razão da pessoa, e em *ratione materiale*, em razão da matéria. Os delitos eram divididos em: *delicta eclesiastica*, *delicta mera secularia* e *delicta mixta* (Op. cit., 2009).

Vários sistemas punitivos foram sendo criados ao passar das décadas, criando suas próprias leis penais que vão da terrível e macabra violência física (suplício<sup>1</sup> do corpo) tendo como motivação legal a salvação da alma do condenado, chegando ao uso dos institutos penitenciários modernos.

O Direito Canônico contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, no que diz respeito as primeiras ideias sobre a reforma do delinquente. Com o surgimento do Direito Penal Comum na Europa o qual era composto de costumes locais e da maioria dos direitos existentes até então, surgiram importantes diplomas legais, influenciados pelos glosadores e pós-glosadores. Com a introdução do critério da razão de Estado no Direito

---

<sup>1</sup> Pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz [dizia Jaucourt]; e acrescentava: “é um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade” (JAUCOURT apud FOUCAULT, 2008, p. 31).

Penal, o judiciário tinha livre arbítrio para definir crimes e penas desumanas. Mas com a Revolução Francesa<sup>2</sup> tida com marco da extinção da desumanidade do Direito Penal com as ideias de liberdade, igualdade e fraternidade, as crueldades das penas foram extintas.

Quando se fala em Direito Comum, fala-se de um Direito acessível, não imposto, mas compartilhado, comum entre os Estados através do pluralismo e da complexidade dos sistemas jurídicos, um novo Direito que preze pelos valores humanos e ideais capazes de unir vontades.

A partir do século XVIII, começa-se a repudiar e remover aquelas formas desumanas de penalidade imposta, onde filósofos, moralistas e juristas vêm defender as liberdades individuais, enaltecendo o princípio da dignidade humana.

Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria recomendava que “é melhor prevenir o crime do que castigar.” (BECCARIA, 2006, p. 101). A obra dele trata-se de uma associação do contratualismo com o utilitarismo. O seu grande mérito foi dirigir-se ao grande público, conseguindo estimular os práticos do Direito a reclamarem dos legisladores uma reforma urgente. Beccaria construiu um sistema criminal que substituiu o desumano, impreciso, confuso e abusivo sistema criminal anterior. Defendendo a proporcionalidade da pena e a sua humanização, ou seja, o objetivo preventivo geral precisava ser obtido com eficácia e certeza da punição. As ideias expostas por Beccaria, em seus aspectos fundamentais, não perderam vigência, tanto sob o ponto de vista jurídico como criminológico. Entendia que a prisão nada mais era do que uma mansão do desespero e da fome.

---

<sup>2</sup> Liberdade, igualdade e fraternidade foram princípios solenemente enunciados na França, pela primeira vez, em 1789, num processo revolucionário – a Revolução Francesa – que pretendia romper com a antiga sociedade de ordens e privilégios, considerada por muitos historiadores o marco tradicional do início da idade contemporânea. Foi um movimento que contou com a participação de vários grupos sócias, incluindo a população pobre das cidades, os pequenos produtores e comerciantes e os camponeses explorados pela servidão. Ao final de um longo processo, os privilégios da nobreza por nascimento foram extintos. Mas, em seu lugar, o grupo que tomou o poder dos nobres – a burguesia – adquiriu privilégios pelo poder econômico. (COTRIM, 2002, p. 290).

Bitencourt (2009) reportando-se a Jeremias Bentham explana que esse filósofo sugeriu críticas corretas no que se refere à prática dos castigos absurdos e desumanos. Considerava também que o fim principal da pena era prevenir delitos semelhantes e que o efeito preventivo geral é preponderante, embora admitisse o fim correccional da pena. Bentham dizia que a pena devia causar dor e sofrimento, mas que fosse um mal que não excedesse um dano produzido pelo delito, ou seja, aceitava a necessidade de que o castigo fosse um mal, mas, como um meio para prevenir danos maiores à sociedade. Considerava ele, que as prisões, salvo raras exceções, apresentavam as melhores condições para infestar o corpo e a alma, já antevendo também o surgimento de uma subcultura carcerária. É certo que suas críticas diminuíaam os castigos excessivos nas prisões inglesas.

O universo humano angustia-se por uma época com regras instáveis, não preestabelecidas e inseguras. Entre passos de luz e sombra surge o Direito Penal, apresentando-se como meio de controle do convívio social e com o fim precípua de procurar resolver os litígios advindos da ignorância do homem antigo, ou seja, a norma jurídica, eminentemente coercitiva, geral e abstrata, é criada para solucionar conflitos sociais de maneira a atingir um maior número de situações possíveis.

É com a ideia de insuficiência, inexistência e/ou ineficácia dos meios de controle social amparados ainda por preceitos não escritos, bem como o surgimento das infrações aos direitos e interesses do indivíduo para harmonizar o convívio social, que o Direito Penal é instituído como meio peculiar e eficaz de controle.

Surge a figura do Estado<sup>3</sup>. Ente personalizado, político e dotado de Poder. De outro lado o povo, com suas culturas, modo de vida e convivência inerente a cada espécie. Na órbita política, o Estado cria uma ideologia normatizada com o objetivo de resguardar a

---

<sup>3</sup> Organismo político administrativo que, como nação soberana ou divisão territorial, ocupa um território determinado, é dirigido por governo próprio e se constitui pessoa jurídica de direito público, internacionalmente reconhecida. Sociedade politicamente organizada. (AURÉLIO, [s.d]).

segurança dos seus governados, tutelar o progresso, a justiça social, a iniciativa livre, e até mesmo a educação.

Num segundo momento são criados órgãos incumbidos de fazer valer aquelas normatizações taxadas pelo Estado. Aí se começa a entender o significado da expressão Jurisdizer, a qual, nada mais é do que dizer o direito. Isso mesmo, os direitos garantidos e estipulados pelo Estado passaram a poder ser exigidos à órgãos criados pelo mesmo.

No Brasil colônia - primitivo, antes do império dos portugueses, os índios já conheciam, de certo modo, o talião, a composição e a expulsão da tribo. Não havia uma organização jurídico-social, havia regras consuetudinárias. A partir do descobrimento, passou a vigorar o Direito lusitano com as Ordenações Afonsinas de 1446, sendo substituídos em 1521, pelas Ordenações Manuelinas que vigoraram até o advento da compilação de Duarte Nunes Leão, em 1569. (BITENCOURT, 2009).

Esses ordenamentos não foram eficazes em função das diferenças existentes entre a metrópole (Portugal) e a colônia (Brasil), daí o Direito a ser aplicado ficava ao arbítrio dos donatários. Estes se caracterizavam como senhores feudais impondo penas cruéis. Por fim, foram promulgadas as Ordenações Filipinas que tiveram vigência por mais de dois séculos em nosso país.

Ainda no Brasil, com a criação da Constituição de 1824, foi necessária a elaboração de um código criminal, que só veio a ser sancionado em 1830, pelo Imperador D. Pedro I. O novo Código teve influência de outros códigos e pensadores, mas conservou-se original, sendo considerado na época um dos mais bem elaborados códigos daquele período.

O código penal de 1890 foi considerado o pior da sua época, apresentando defeitos e mostrando-se atrasado em relação à ciência. Todas as transformações sofridas resultaram na Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, em 1932 (BITENCOURT, 2009). Nesse meio tempo houve muitas tentativas de mudança da lei penal, mas sem sucesso.

Em 1937 fora apresentado um novo projeto por Alcântara Machado que foi sancionado em 1940 e passou a vigorar de 1942 até os dias atuais.

Nosso código vigente (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940) sofreu duas importantes mudanças: a Lei 6.416/77 que atualizou as sanções penais e a lei 7.209/84 que instituiu uma nova parte geral, adotando penas alternativas à prisão, reintroduzindo o sistema dias-multa. Mas devido a falta de estrutura e de uma política criminal não se tem muito sucesso com as penas alternativas (Op. cit., 2009).

Nesse percurso, a sociedade urge por garantias amplas e mais seguras visto a insatisfação do exercício da tutela do Estado. Criam-se novos sistemas de ideias ao passo de transferir a hierarquia normativa a um texto único e com imensos poderes. É o surgimento de uma Constituição Federal promulgada, de forma escrita e a codificação de leis normativas, onde foram criados os crimes hediondos, a criminalidade organizada e os crimes de especial gravidade. Criou-se também a lei 9.099/95 disciplinando os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, recepcionando a transação penal, destacando a composição civil dos danos, com efeitos penais, além de instituir a suspensão condicional do processo (*sursis processual*).

O Direito, como ciência jurídica criada através das necessidades humanas, ao passar dos anos foi melhor compreendido no contexto social, político e ideológico. Visto que, toda ciência enfrenta desafios em seu processo evolutivo e com o Direito no seu percurso histórico criacional não fora diferente. Assim, o surgimento de novos paradigmas sócio comportamentais intrigou e instigou o Direito, em especial o Direito Penal.

De acordo com (BITENCOURT, 2009), a Filosofia tentou explicar algumas mudanças humanas comportamentais influenciando assim, nas técnicas e decisões estatais. No campo jurídico, percebeu-se que o jusnaturalismo moderno, vindo do século XVI, exerceu por um grande período, influência na Filosofia do Direito.

Não se afastando do que fora proposto inicialmente, se faz necessário trazer a baila que no transcorrer do Século XX, com o surgimento do Estado Liberal, a solidificação dos objetivos constitucionais em documentos escritos e o sucesso do movimento de codificação, o jusnaturalismo atinge o seu ápice e, de forma simultânea e paradoxal, inicia-se a sua derrocada histórica. Visto como metafísico e anticientífico, o direito natural é deixado à margem da evolução jurídica em virtude da presença e do crescimento dos movimentos positivistas da segunda metade do século XIX.

Produto da equação do conhecimento científico ascendente, o positivismo filosófico exerceu enorme influência na elaboração do positivismo jurídico ao formular uma ciência jurídica com elementos semelhantes às ciências naturais e exatas. A procura por uma objetividade científica foi responsável por um dolorido parto entre o Direito e a moral, entre o Direito e os valores, entre o Direito e as outras ciências humanas, uma vez que o Direito passou a ser encarado como uma força normativa, como uma norma emanada do Estado, destituído de carga valorativa, porquanto, não é na órbita do Direito que se deve discutir sobre a legitimidade da justiça.

No entanto com a queda do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, a primeira metade do século XX salienta o declínio do positivismo, principalmente após as Duas Grandes Guerras Mundiais, em que o império da lei foi utilizado para justificar as atrocidades cometidas, ferindo princípios éticos basilares, razão pela qual a existência de um ordenamento jurídico estéril e indiferente aos valores foi duramente combatido.

O fracasso histórico do jusnaturalismo e a superação política do positivismo foram responsáveis pela abertura de uma nova trilha de pensamento no cosmo jurídico fomentando discussões em torno da essência do Direito, da sua função social, bem como da sua interpretação e concretização.



As correntes iluministas e humanistas fizeram críticas aos excessos das legislações penais da época. No século XIX, outras correntes de pensamento surgiram denominadas de escolas penais, uma sistemática corrente de pensamento. Não se pode nesse estudo reunir todos os juristas das Escolas Penais visto que é diverso o seu conteúdo.

Pois bem, com a evolução do Direito Penal, temos como primeira Escola a Clássica. O célebre Beccaria (2006) sintetizou o iluminismo<sup>4</sup> representando a humanização das Ciências Penais com a censura aberta das legislações penais da época.

Como movimento que procurava revolucionar o sistema punitivo surgiu duas teorias, o jusnaturalismo de Grócio, e o contratualismo de Rousseau. Eram opostas, mas coincidiam em que existia um sistema de normas anterior e superior ao Estado, contestando a tirania estatal.

A Escola Clássica se dividiu em dois períodos: teórico-filosófico e o ético-jurídico. Teve Carrara apud Bittencourt, (2009) como um dos expoentes desta escola, ele fundamentava-se no direito natural e via a pena não mais do que a sanção do preceito ditado pela lei eterna.

Na Alemanha surgiu outra linha de pensamento desta escola, formada por Kant e Hegel e a corrente histórica do direito. Kant opôs-se ao iluminismo, reagindo contra o utilitarismo e concebendo a pena como um imperativo categórico, numa autêntica retribuição ética. Hegel, por sua vez, transformou a retribuição ética de Kant, em retribuição jurídica. “Como o crime é a negação do direito, a pena é a negação do crime, ou seja, a reafirmação do direito” (BITENCOURT, 2009).

A Escola Positiva, por sua ocasião, nasceu com o advento das ciências sociais, fato que determina uma nova orientação. Ela defendia o corpo social, priorizando os

---

<sup>4</sup> O movimento iluminista, no qual se destacou o marquês de Beccaria, através do panfletário tratado ‘Dos Delitos e das Penas’, provocou, por exemplo, o desaparecimento das penas infamantes e cruéis, a emancipação do Direito Penal das ideias religiosas e iniciou com êxito o movimento abolicionista em relação à pena de morte (BITENCOURT, 2009, p. 39-40).

interesses sociais. A ressocialização do delinquente nas lições de (BITENCOURT, 2009) passou a um segundo plano, perdendo a pena o seu caráter vindicativo-retributivo. Essa escola apresenta três fases distintas: a antropológica, a sociológica e jurídica.

Segundo Bitencourt (2009), Cesare Lombroso foi quem fundou a Escola Positivista Biológica (*L'Uomo Delinquente*), ele reconhecia que o crime pode ser consequência de muitas causas. Definiu como tipos de delinquente o nato, o passional, o louco, o ocasional e o epilético. Não foi promissor em sua teoria, mas fundou a Antropologia Criminal. Com base em estudos concluiu que a constituição física, particular de cada delinquente, o identificava. Ou seja, o criminoso nato seria reconhecido por uma série de estigmas físicos. Além da teoria do criminoso nato, uma das importantes contribuições foi trazer para as ciências criminais a observação do delinquente através do estudo indutivo-experimental.

De outra banda, Rafael Garofalo (1983) (o jurista da primeira fase da escola positiva), conseguiu dar uma sistematização jurídica à Escola Positiva estabelecendo princípios. Ele possuía posições radicais a favor da pena de morte. Preocupava-se não na correção, mas na incapacitação do delinquente, pois sempre enfatizou a necessidade de eliminação do criminoso. A Escola Positiva teve enorme repercussão, como a descoberta de novos fatos, nascimento de uma nova ciência, preocupação com o delinquente, melhor individualização das penas e o tratamento tutelar ou assistencial ao menor.

Beirando o mesmo pensamento, Enrico Ferri citado por Bitencourt (2009) foi o responsável por consolidar o nascimento definitivo da sociologia criminal. Ele também deixou em segundo plano o objetivo ressocializador e priorizou a Defesa Social, mas entendia que a maioria dos delinquentes eram readaptáveis menos os habituais.

A *Terza Scuola* acolhe o princípio da responsabilidade moral e conseqüente distinção entre imputáveis e inimputáveis, mas não aceita a responsabilidade moral com

fundamento do livre-arbítrio, substituindo-se pelo determinismo psicológico. O crime para esta escola é concebido como um fenômeno social e individual. O fim da pena é a defesa social, ou seja, o Direito Penal deveria ser substituído por um direito de defesa social, com o objetivo de adaptar o indivíduo a ordem social (BITENCOURT, 2009).

Pensadores como Voltaire, Montesquieu e Rousseau diziam que a pena necessitaria ser proporcional ao crime, mas sem crueldade. Ao movimento de ideias do qual fizeram parte chama-se iluminismo.

Por esse prisma de ideias, para se chegar a um conceito evolucionário de Direito Penal moderno e para dar uma precisa noção do Direito Penal, é indispensável que nele se compreendam todas as relações jurídicas que as normas penais disciplinem inclusive as que derivam da sistematização que ordena o delito e a pena. Assim, no pensar de Magalhães Noronha (2002) o Direito Penal nada mais é do que a união de normas que compõe o arcabouço jurídico com o fim de regular o poder de punir do Estado diante dos fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica.

Nesse mesmo entendimento é a definição de alguns penalistas alienígenas: No ensinamento de Mezger apud Bitencourt (2009, p. 2) “Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado, associando ao delito, como pressuposto, a pena como consequência”. Mantendo, de um modo geral, a mesma essência, é a definição trazida por Maggiore apud Bitencourt (2009, p. 2), onde o “Direito Penal é o sistema de normas jurídicas, por força das quais o autor de um delito (réu) é submetido a uma perda ou diminuição de direitos pessoais.”

O Direito Penal enquanto objeto cultural encontra-se impregnado de significados empíricos, necessitando de um maior cuidado na sua utilização cotidiana posto que se conceituado de uma forma distorcida do seu real significado pode trazer infortúnios indesejáveis para o meio político/social e até mesmo para o seu próprio meio.

É certo que a palavra Direito Penal, de alguma forma, remonta a violência. Porém, no contexto moderno é sustentado que a criminalidade é algo comum, oriunda de um fenômeno social normal. Nesse sentido, o Direito Penal busca de certa forma esclarecer para os membros da sociedade que as relações humanas não devem temê-lo visto que a sua existência foi objetivada não apenas para punir, mas também para prevenir os ilícitos.

Ciente desse preambular conceito é imperioso pontuar que uma das principais características do Direito Penal moderno é a sua finalidade preventiva, ou seja, antes de punir o infrator da ordem jurídico-penal, procura motivá-lo para que dela se afaste, estabelecendo normas proibitivas e cominando as sanções respectivas, visando evitar a prática do ilícito.

A par de estabelecer ordens e proibições a serem cumpridas, o Direito Penal, a exemplo dos demais ramos do Direito, traz em seu bojo a avaliação e medição da escala de valores da vida em comum do indivíduo. Uma vez que a função motivadora da norma penal falhar, aí sim, transforma-se a sanção abstratamente cominada nos tipos penais legais, utilizando-se o devido processo legal para efetivamente sancionar o indivíduo delinquente, tornando aquela prevenção genérica direcionada a todos em uma realidade concreta e atual, caracterizando a prevenção especial, e transparecendo a manifestação mais legítima do seu caráter punitivo/coercitivo (BITENCOURT, 2009).

No campo normativo é também considerado ciência eis que tem como objetivo precípuo o estudo da norma do direito positivo. Enquanto as ciências causais-explicativas, a saber: a Sociologia Criminal e a Criminologia, preocupam-se com a análise da gênese do crime, das causas que levaram ao cometimento do crime, numa interligação entre o crime, o criminoso e a sociedade, o Direito Penal tem como objetivo o estudo do conjunto dos preceitos legais, o dever ser, e as suas consequências jurídicas da desobediência dos preceitos normativos.

Ademais, o Direito Penal moderno é o que é, sancionador, pois protege a ordem jurídica cominando pena e aplicando sanções não se afastando, é claro, da ideia dos direitos fundamentais e democráticos, não obstante ter seu surgimento em ordenações consuetudinárias e um tanto quanto desumanas.

## 2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana Como Direito Fundamental Básico e Inegociável do Criminoso

Como pontuado nesse subtítulo, a consagração e efetivação de um rol de princípios constitucionais basilares e de direitos fundamentais tendentes a manter o controle dos abusos de poder do Estado perpassa a seara da vítima de ilícitos, devendo também abranger a esfera do criminoso, possibilitando a aplicação de qualquer norma e/ou qualquer texto legal ao delinquente.

No caminho principiológico, temos que o vocábulo Dignidade, do latim, dignitas, significa, etimologicamente, tudo aquilo que mereça respeito, estima, consideração, sendo relevante, entender que o princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana funciona tanto como fundamento dos limites do *jus puniendi*, quanto como base das possibilidades e necessidades de criminalização.

Nesse caminho poderia dizer que Dignidade humana é uma categoria moral que, antes de tudo, relaciona-se com a própria representação que se faz da condição humana, ou seja, é a qualidade ou o valor particular que se atribui aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres.

Na compreensão da classe dos direitos fundamentais, os quais são submetidos a uma interpretação de tempo e do ambiente onde estão vigorando, certos direitos, como a vida, a liberdade, etc., devem permanecer como núcleos invioláveis do sistema político de uma democracia constitucional e reger como princípios que estão no andar mais alto da ordem jurídica positivada, mesmo quando não estejam formulados em normas expressamente constitucionais.

Assim, a gradação do Princípio em análise, no tocante a área penal, fará decorrer os princípios constitucionais penais implícitos como o da intervenção mínima e o da ofensividade e as imposições constitucionais impeditivas de descriminalização, e fundamentará os princípios constitucionais expressos e os mandamentos constitucionais de criminalização, sujeitando tanto o Juiz quanto o Legislador.

A Carta Política brasileira de 1988 em seu artigo 1<sup>a</sup>, inciso III, no Título I – Dos Princípios Fundamentais, consagra: III – a dignidade da pessoa humana.

Nessa senda de abordagem, uma das mais importantes aplicações históricas do princípio da Dignidade da pessoa humana, no que pertine aos direitos do criminoso, repousa no preceito fundamental contido na geografia do artigo 5<sup>o</sup>, inciso XXXVII, da Lei Fundamental, o qual introduz a impossibilidade de criação de Juízo (s) ou Tribunal (ais) de exceção.

Seguindo esse raciocínio, não poderia deixar de citar a Súmula vinculante<sup>5</sup> n<sup>o</sup> 11 como uso real e moderno desse citado princípio.

---

<sup>5</sup> As súmulas vinculantes estão previstas no artigo 103-A da Constituição Federal de 88, acrescentado pela Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 45, de 2004 (Reforma do Judiciário), e regulamentado pela lei n<sup>o</sup> 11.417, de 19 de dezembro de 2006. A decisão de editar a súmula foi tomada pela Corte Suprema durante o julgamento do Habeas Corpus (HC) 91952. Na ocasião, o Plenário anulou a condenação do pedreiro Antonio Sérgio da Silva pelo Tribunal do Júri de Laranjal Paulista (SP), pelo fato de ter ele sido mantido algemado durante todo o seu julgamento, sem que a juíza-presidente daquele tribunal apresentasse uma justificativa convincente para o caso. No mesmo julgamento, a Corte decidiu, também, deixar mais explicitado o seu entendimento sobre o uso generalizado de algemas, diante do que considerou uso abusivo, nos últimos tempos, em que pessoas detidas vêm sendo expostas, algemadas, aos flashes da mídia. A súmula consolida entendimento do STF sobre o cumprimento de legislação que já trata do assunto. É o caso, entre outros, do inciso III do artigo 1<sup>o</sup> da Constituição Federal (CF); de vários incisos do artigo 5<sup>o</sup> da (CF), que dispõem sobre o **respeito à**

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à **integridade física própria** ou alheia, **por parte do preso** ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (SARAIVA, 2011, p. 1907, **negrito nosso**).

Percebe-se aí que é da essência do conceito de Estado Democrático de Direito a subordinação à uma Constituição e o seu fundamento na legalidade democrática uma vez que, conforme assinala da Silva (2006, p. 114) “se concebermos o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser mero Estado de Legalidade, o que constitui uma redução deformante”.

Ainda nos braços dos princípios, temos que lançar mão do princípio basilar constitucional da supremacia da constituição onde todas as situações jurídicas, sem exceção, devem andar conforme os preceitos da Carta maior. Em outras palavras, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se estiverem de acordo com os ditames da Constituição Federal vigente.

---

**dignidade da pessoa humana e os seus direitos fundamentais**, bem como dos artigos 284 e 292 do Código de Processo Penal (CPP) que tratam do uso restrito da força quando da realização da prisão de uma pessoa. Além disso, o artigo 474 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 11.689/08, dispõe, em seu parágrafo 3º: “Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do Júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”. Numa sessão, o ministro Marco Aurélio, relator do HC 91952, levou sua proposta de texto da súmula ao Plenário, e a versão definitiva acabou sendo composta com a colaboração dos demais ministros. Assim, foi incluída no texto do verbete a punição pelo uso abusivo de algemas e também a necessidade de que a autoridade justifique, por escrito, sua utilização. Convidado a se manifestar sobre o texto da súmula, o procurador-geral da República, Antonio Fernando Souza, lembrou que o controle externo da autoridade policial é atribuição do Ministério Público, função esta, segundo ele, ainda não devidamente compreendida pela sociedade. Ele manifestou a sua preocupação com o efeito prático da súmula sobre a autoridade policial, no ato da prisão, ou seja, que a súmula possa vir a servir como elemento desestabilizador do trabalho da polícia. O procurador-geral lembrou que, muitas vezes, um agente policial tem de prender, sozinho, um criminoso, correndo risco. Lembrou, também, que é interesse do Estado conter a criminalidade e disse que, para isso, é necessário utilizar a força, quando necessário. O ministro Cezar Peluso reconheceu que o ato de prender um criminoso e de conduzir um preso é sempre perigoso. Por isso, segundo ele, “a interpretação deve ser sempre em favor do agente do Estado ou da autoridade”. Por seu turno, o presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, disse que a súmula tinha basicamente o objetivo de evitar o uso de algemas para exposição pública do preso. “A Corte jamais validou esta prática, que viola a presunção da inocência e o princípio da dignidade humana”, afirmou. Segundo ele, em geral, a utilização de algemas já é feita com o propósito de violar claramente esses princípios. O objetivo é “algemar e colocar na TV”, afirmou. “Ao Ministério Público incumbe zelar também pelos direitos humanos, inclusive propondo os inquéritos devidos”, concluiu (LENZA, 2008, p. 511-516, **negrito nosso**).

Como se sabe, o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincula todos os poderes e os atos deles provenientes (SILVA, 2006).

Apoiado nessa afirmativa, José Afonso da Silva diz:

[...] que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste (DA SILVA, 2006, p. 45).

A lei, enquanto obra do legislador e expressão da vontade soberana do povo, que consiste em tradição do século XIX, vem se tornando mera ficção, pois, seja em virtude da flagrante crise da Democracia representativa, seja pelo fortalecimento do poder político dos grupos de pressão, a lei não necessariamente representa o povo e, por muitas vezes, desrespeita princípios e direitos fundamentais básicos, com a finalidade de favorecimento de alguns poucos, mas poderosos, grupos de pressão.

Nesse sentido, é importante a observação trazida por Rivero citado por Alexandre de Moraes:

A ideia de representação da vontade do cidadão pelo eleito, tem progressivamente diminuído na realidade, mediante a tomada de consciência pelo eleitor de que, definitivamente, os homens que são eleitos atuam para si mesmos e não para eles. O cidadão, ante essa avalanche de leis, cada vez mais complexas, cada vez mais técnicas, cada vez mais conformadas com a vontade governamental, não reconhece sua própria vontade. Essa transformação da lei conduz à tomada de consciência da necessidade de proteger os direitos fundamentais, inclusive perante a própria lei. Assim, não se pode negar, nem se pode fechar os olhos para o fato de que nas sociedades pluralistas, os Parlamentos se compõem fundamentalmente de políticos localmente escolhidos e eleitoralmente vinculados à determinadas categorias ou à certos grupos. Os valores e prioridades desses políticos, pelos quais estão mais do que dispostos a gastar o dinheiro público, não são, com frequência, mais que valores e prioridades locais ou de grupos. (MORAES, 2007, p. 02).

Diante desta análise, assiste razão a José Afonso da Silva quando afirma que:



A questão dos princípios da democracia precisa ser reelaborada, porque, no fundo, ela contém um elemento reacionário que escamoteia a essência do conceito, mormente quando apresenta a maioria como princípio do regime. (DA SILVA, 2006, p.130)

Uma análise mais acurada, porém, mostra que essa maioria, representada nos órgãos governamentais, não corresponde à maioria do povo, mas a uma minoria dominante. Esta situação fica muito clara no processo de formação das leis, que é aspecto importante do regime político, notadamente nas estruturas sociais divididas em classes de interesses divergentes, onde dificilmente se consegue atinar com o que seja o interesse geral. Aí é que as leis exercem um papel de arbitragem importante, nem sempre mais democrático, porque, no mais das vezes, tem por interesse geral o da classe dominante.

Por esse prisma é probo de se observar a análise feita pelo Presidente (a época) da Corte Suprema brasileira (STF), Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo (MENDES, 2007, p.01).

Como se vê, a inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional.

Consciente dessas informações, é mister notar que o fundamento básico da legitimidade material da justiça constitucional está na necessidade de consagração e efetivação de um rol de princípios constitucionais básicos e direitos fundamentais tendentes a limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a

consagração dos princípios básicos da igualdade, legalidade e Dignidade da pessoa humana como regentes do Estado moderno e contemporâneo de direitos.

Com as explicações acima feitas, é contundente perceber que um governo das leis é melhor do que o dos homens, afirmação esta que possui o aval da maior parte da doutrina. E no entender de Beccaria (2006, p. 102) “o temor que as leis inspiram é saudável, o temor que os homens inspiram é uma fonte nefasta de delitos”.

Com efeito, não se esquivando dos direitos fundamentais e básicos do delinquente, percebeu-se que o século XX consagrou uma nova ética universal pautada no respeito à dignidade da pessoa humana, momento na qual não haveria mais espaço para qualquer discriminação pessoal em matéria de crimes e penas, uma vez que estas não poderiam ser definidas em virtude da origem, do sexo, da cor ou da idade (artigo 3º, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ora em vigor), mas sim segundo dispositivos previamente estabelecidos em lei, de uma forma geral e, portanto, impessoal.

Seguindo esse raciocínio, convém pontuar que os Direitos do criminoso encontram-se pautados na norma mãe - regulamentadora do Direito em geral (CF/1988), levando a um entendimento de que fatos e valores devem ser defendidos por quem é e deve ser espelho para outras normas.

É digno pontuar que a própria dignidade do homem determina a existência do princípio pelo qual ninguém pode legalmente consentir que se lhe aflija um sério dano. Na realidade, a destruição moral, física e psicológica do criminoso que é submetido a políticas criminais imorais e desumanas, constitui uma verdadeira sanção criminal. Por isso, nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa como ser social.

No mais, a ética que circula os direitos humanos é a ética que ver no outro um ser merecedor de respeito e igual consideração, dotado do direito de desenvolver as

potencialidades humanas, da melhor forma possível. Nada mais é do que uma ética fincada pelo sofrimento humano e afirmação da sua dignidade. O princípio da Dignidade da pessoa humana reflete um achado de ideias morais, éticas e comportamentais a partir de um espaço de luta e desenvolvimento humano capaz de transpassar a seara do impossível.

Diante do alto significado desse princípio ético, o primeiro Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do delito e tratamento do delinquente, celebrado em Genebra, no ano de 1955, enunciou as regras mínimas para o tratamento dos presos. Na ocasião, foi ressaltado, na exposição de motivos dessas regras mínimas, que “o essencial não é somente descrever a forma detalhada de um sistema penitenciário modelo, mas, acima de tudo, garantir que sua organização seja em cumprimento ao conceito de que toda pessoa, privada da sua liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito à Dignidade inerente à qualquer criatura humana, a fim de que se possa atingir o objetivo principal de reforma e de reabilitação moral dos presos”.

Amparada na tendência mundial e inspirada nos postulados jurídicos firmados pelo Direito Internacional, a Constituição Pátria de 88 consolidou o caminho dos precisos valores em seu artigo 5º inciso III pontuando que: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. No inciso XLIX também ficou estabelecido que: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Outro valor está expresso no inciso LXI assim redigido: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Com efeito, os cidadãos desviantes quando são taxados de marginais pelos que vivem no centro da sociedade podem lançar mão dos direitos fundamentais garantidos e válidos juridicamente como a Constituição Federal/88, Código Penal, Código de Processo

Penal, Leis de Execução Penal, do contrário, a vontade externada pelo Legislador representará só mais uma opinião, da mesma maneira como a de qualquer outra pessoa.

Poderia aqui registrar que a dignidade da pessoa humana não pode ser negociada, visto ser algo inerente a vida, o maior e mais protegido bem que o ser humano possa conhecer, não importando o seu comportamento, atitudes e até mesmo desejos, é algo intangível, inegociável e indisponível.

Desse modo, entende-se que o Direito Penal presente, diante dos Princípios que respeitam à pessoa e a sua liberdade humana, poderia levar em conta a preocupação da autoridade judicial e considerar com polidez e senso mais humanitário os criminosos. Deste modo, com essa atitude poderá dizer que os delinquentes em sua fase de recuperação retornariam ao ceio da sociedade de forma mais sensível e utilitária.

### 3 O CAOS URBANO VIVENCIADO PELO BRASIL E A POLÍTICA CRIMINAL DIANTE DA DELINQUÊNCIA MODERNA

Quando se olha para os grandes centros urbanos, especialmente a sociedade hodierna, vê-se uma onda crescente do fenômeno denominado “caos urbano” que atinge todos os cidadãos independente da classe social que estejam inseridos. De tal modo, leva-se a uma perturbação desordenada refletindo na insegurança da população ao passo de ser exigido providências das autoridades instituídas no poder.

De acordo com a obra de Fábio Roberto D’Ávila pesquisada via *On line*, o mesmo descreve, com precisão, o novo cenário político-criminal do Direito Penal:

A disparidade de tais universos apresenta-se de forma muito clara nos problemas enfrentados pela dogmática penal. São evidentes as inúmeras deficiências que vem atestando em sua tentativa de acompanhar a pretensão político-criminal nestes novos âmbitos de tutela, uma vez que preparada para atender uma demanda absolutamente diversa daquela que ora é proposta. O direito penal liberal elaborado tendo por base o paradigmático delito de homicídio doloso, no qual há marcante clareza na determinação dos sujeitos ativo e passivo, bem como do resultado e de seu nexos de causalidade, defronta-se com delitos em que o sujeito ativo dilui-se em uma organização criminosa, em que o sujeito passivo é difuso, o bem jurídico coletivo, e o resultado de difícil apreciação. Sem falar, obviamente, do aspecto transnacional destes novos delitos, em que tanto a ação como o resultado normalmente ultrapassam os limites do Estado Nação, necessitando, por conseguinte, da cooperação internacional para a elaboração de propostas que ambicionem uma parcela qualquer de eficácia. (D’ÁVILA, 2004, s.n.t).

Percebe-se assim que, além de um fenômeno social, a delinquência é na realidade, um episódio na vida de um indivíduo, não podendo, portanto, ser dele destacado e isolado, nem mesmo ser estudado em laboratório ou reproduzido, ou seja, não se apresenta no mundo do dia-a-dia como apenas um conceito, único, imutável, estático no tempo e no espaço.

Com isso, estabelecer a identidade do criminoso hodierno diante do caos ora vivenciado, não é fácil, pois, o criminoso de hoje (tanto em nível de Brasil quanto a nível internacional) é um produto da astúcia e da inteligência, da ousadia e da perversidade. Acabou o tempo dos ladrões de galinha, dos salteadores de estradas, etc. Suas facetas, diabólicas e ardis são mais difíceis de apurar, visto o sistema burocrático e capengo que o Estado mantém, não esquecendo a influência midiática na delinquência moderna.

Nesse passo, percebe-se que essa conjuntura recheada de informações midiáticas, de incertezas e da estupidez, nas lições de Greco (2010) faz surgir uma Legislação Penal emergencial fora dos seus limites garantistas constitucionais, em que o Legislador, sendo influenciado por essas diversidades de informações exigentes e extremas, afasta-se da realidade social, e ignorantemente insere normatizações de rotulações genéricas e um tanto quanto discriminatórias.

Fazendo uma viagem na esfera administrativa do Brasil (poder executivo), é fácil perceber a falta de seriedade com o momento criminológico pelo qual o País (Brasil) vem passando. Um país que, por exemplo, gasta mais verbas em estádios de futebol que em educação e saúde juntas, empreende-se a previsibilidade em qualquer homem médio que tal nação irá sem sombras de dúvidas produzir mais e mais delinquentes sem o amparo devido do Estado.

Segundo o jurista e cientista criminal Luiz Flávio Gomes em matéria publicada no dia 06/07/2011 em seu blog, comentando o acima exposto, alega que não devemos pontuar fatos isolados como massacre que ocorreu em Realengo/RJ, pois, tragédias como essas são oriundas não de uma visão individualista, ou seja, não de um louco, uma fatalidade, mas sim de fatores sociológicos e psicológicos que devem ser prontamente enfrentados.

A política criminal, a falta de instituições de política urbana, o descontrole de nossas fronteiras a polícia mal preparada e mal remunerada, a falta de motivação, tudo

desestimula a que pessoas sérias participem da vida pública. A corrupção policial levou à mistura de valores éticos (da polícia) com os valores aéticos (dos bandidos). Os jovens perderam seus referenciais. A escola deixou de ser centro de estudo para ser ponto de irreverência. O desemprego e a dificuldade de obtenção dos bens da vida, tudo leva os jovens a encontrar facilidades no tráfico de drogas.

Os guerrilheiros urbanos de hoje são homens sem caráter, sem valores, sem religiosidade, sem virtudes, fruto dessa sociedade e da ausência no cuidado da coisa pública. No entanto, o que era música e idealismo, transformou-se em brutalidade e violência. Os ocupantes de cargos públicos que devem ser padrão de dignidade e de seriedade são os que dão os maus exemplos. Políticos e funcionários público corruptos, cassados exonerados por desvio de recursos públicos, “laranjas”, juízes que sujam a toga, governadores cassados e artistas famosos mortos por “overdose”, levando a nossa juventude a perder os referenciais da sua época.

Comparando-se os comportamentos dos sujeitos que praticam os delitos, onde de um lado tem-se um desempregado, indigente e do outro, tem-se um funcionário público, um político, percebe-se que a gravidade dos delitos por esses praticados é aviltante visto que nas lições de Rogério Greco:

[...] O comportamento do funcionário corrupto, geralmente intocável, é infinitamente superior em termos de gravidade ao do homicida, visto que aquele pode ser comparado a um genocida, pois que, com o seu prejuízo ao erário, causa morte de milhares, e não de uma só pessoa.

Mas como a corrupção não sangra, a sociedade tolera mais o corrupto do que o homicida. O corpo da vítima, ensanguentada, caída no chão, choca muito mais do que cifras colocadas em um pedaço de papel, que apontam o quanto o Estado foi lesado. (GRECO, 2010, p. 150).

Diante de tanta violência e desigualdade social, os cidadãos, que são privilegiados neste país de “coitadinhos”, têm a responsabilidade cívica de assumir posições ante a ausência por parte dos representantes do povo. Para isso tem que buscar mecanismos de equilibrar o

desnível social e que todos que entendem de segurança pública devem sentar-se à mesa para tentar encontrar soluções, como por exemplo, a boa remuneração dos policiais.

De tal modo, diante da análise feita é importante transcrever as lições de Francisco Muñoz Conde no que diz respeito a violência moderna:

[...] a violência é, desde logo um problema social, como também um problema semântico, porque só a partir de um determinado contexto social, político e econômico para ser valorada, explicada e defendida. Não é, pois, um conceito de violência estático e histórico, que possa da uma margem do contexto social em que surge aí a possibilidade de decidir que prevenir a delinquência exige muito mais que somente saber usar o Direito Penal como instrumento de controle formal, prevenir a delinquência exige o uso integrado de projetos sociais, culturais, econômicos que de maneira responsável busquem motivar as pessoas a uma convivência respeitável e harmoniosa, donde sejam respeitados os direitos e garantias do cidadão, mesmo delinquente. (CONDE, 2005, p. 15).

Nesse oceano de ideias, entende-se que a guerrilha urbana nos dias de hoje está mascarada de outra forma. Como havia dito, não é só o desalinho das casas mal construídas em localidades ilegais e perigosas, com invasão de áreas de preservação ambiental, não são as sujeiras das ruas, nem apenas a brutal desigualdade social. Essa geração pode ser apontada como a que deixou que bandidos tomassem conta da Administração Pública, roubassem as receitas públicas, desviassem as verbas em negócios inescrupulosos sem tomar partido com o social bem como a falta de instrumentalização política materializada pelos legisladores e exigida pelo povo.

Passou-se a criar um Direito Penal que tenta controlar tudo, passando a utilizá-lo (Direito Penal) como instrumento de transformação social capaz de ao mesmo instante acabar com a criminalidade e levar uma nova educação àquele que estava socialmente marginalizado, ou seja, um Direito Penal apto a mudanças sociais e estranho ao sistema jurídico.

Nesse diapasão é a lição de Alexandre Rocha Almeida de Moraes ao aduzir que habitualmente no Brasil



[...] o aumento da pena é visto como solução de problemas que, a rigor, não são da alçada do Direito. A Política não pode ter a pretensão de invadir o sistema jurídico, de forma que o faz a nossa irracional Política Criminal. Em vez de construir presídios, de investir em educação e de criar programas sociais, a Política invade o mundo do Direito, ora protagonizando decisões judiciais alheias ao código lícito/ilícito, ora fomentando legislações que afastam as penas privativas de liberdade, gerando sensação de insegurança que, em um círculo vicioso, faz com que a sociedade reclame de ineficiência do Direito Penal e da Justiça Criminal. O Direito Penal, que não se presta, por si só, a diminuir a criminalidade (futuro incerto) e não consegue reeducar os condenados (futuro incerto agravado pela contingência e complexidade social), acaba gerando frustrações que, como já brevemente assinalado, ou ativam a produção de legislações esdrúxulas, ou fomentam magistrados ‘políticos’, ‘economistas’, ‘sociólogos’ e ‘benevolentes com a pobre situação do condenado’. (MORAES, 2010, p. 80).

Percebe-se que o Direito Penal vem sendo contaminado por ideias alheias ao seu programa, levando a criação de teorias que tentam de qualquer forma resolver o problema das novas demandas decorrentes da globalização, ao ponto de tentar garantir e manter as expectativas dos interesses tutelados pelo direito independente da política utilizada. Nesse passo, vem mudando o Direito Penal Clássico e criando um Direito Penal cujo modelo é funcionalista sistêmico o qual Günther Jakobs se baseou para lançar sua doutrina.

Assim, nas lições de Moraes Jr. citado por Alexandre Moraes:

Enquanto a política criminal não for pensada a partir de uma realidade viva, nua e crua, em momento histórico dado e em função de exigências morais ainda vigorantes (...); enquanto inversamente, for concebida como material especulativo, livresco, acadêmico, o laxismo penal continuará transitando com desenvoltura, vendendo suas fantasias e entoando seu canto de sereia. (JÚNIOR, apud MORAES, 2010, p. 40).

Nesse esteio, a política criminal com o caos urbano batendo constantemente à porta pedindo para entrar, com suas peculiaridades hodiernas, se vê intimidada e confrontada diante de uma mídia sensacionalista, a selecionar comportamentos que se quer incriminar, levando o Legislador na maioria das vezes a se posicionar do lado errado, não obstante, ter que arrancar o mau pela raiz cuja índole se encontra o caráter daquele que comete a infração penal, pois, a criminalidade aparente, praticada pela classes sociais mais baixas e a outra

criminalidade oculta praticada pelas classes mais abastadas, pelos intocáveis, são dois extremos existentes que confundem a correta adoção da política-criminal.

Sintetizando a política criminal pós-moderna, é a lição de Cancio Meliá citado por Alexandre Moraes ao aduzir que

[...] as características principais desta política criminal praticada nos últimos tempos, utilizando a terminologia 'expansão do Direito Penal', aventada na obra 'Direito Penal do Inimigo', escrita em co-autoria com Günther Jakobs: 1) hipertrofia legislativa irracional (caos normativo); 2) instrumentalização do Direito Penal; 3) inoperatividade, seletividade e simbolismo; 4) excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo); 5) descodificação; 6) desformalização (flexibilização das garantias penais, processuais e execucionais); 7) prisionização (explosão carcerária) (MORAES, 2010, p. 177).

Leva então, a crer que a política criminal de 'última hora' destina-se a abrandar uma demanda social, que na verdade, é dever do Estado, o qual ficou silente e passou a bola para o Direito Penal incrementar penas com feição social.

E é justamente por isso, que se constata a omissão estatal e das demais esferas de controle, levando a uma confusão entre a política criminal e a política de segurança pública, onde, esta última, usurpa a capacidade natural do Direito Penal e que pode, no final das contas, significar uma distorção do seu papel peculiar com o grave risco de perda de suas fidedignas funções.

## 4 TEORIA DO ETIQUETAMENTO (*LABELING APPROACH*)

Com o problema da criminalidade (desvios), surgiram ao longo dos anos, algumas teorias que tentaram resolver esse problema social.

Muito embora ser elogiáveis os esforços empregados pelas teorias criminológicas para tentar solucionar os desvios, nenhuma delas conseguiu resolver categoricamente e/ou completamente o problema dos comportamentos delinquentes e da reação social.

É claro que a contribuição para o estudo do crime e suas consequências começou pela teoria clássica, principalmente por mediação da obra de Beccaria (1764 – Dos Delitos e das Penas) passando pela corrente positivista até chegar às visões mais modernas.

Inúmeras foram as teorias surgidas desde o século XVIII, dentre as quais se pode destacar, seguindo o raciocínio de Garrido, Stangeland e Redondo citado por Rogério Greco: “teoria do delito como eleição; teoria das influências; teoria das predisposições agressivas; **teoria do etiquetamento (*labeling approach*)**”, esta última que será pormenorizada ponderada. (GRECO, 2010, p. 35, negrito nosso).

Seguindo o objetivo perseguido por este Trabalho, o mesmo atentar-se-á a tecer considerações sobre a Teoria do Etiquetamento (*labeling approach*), visto estar correlacionada com a Terceira Velocidade do Direito Penal.

Etiquetar, no sentido literal da palavra, nada mais é do que pôr etiqueta em algo, ou seja, colocar uma identificação em um objeto. Isso mesmo, identificar uma coisa, não um ser humano.

A Teoria do etiquetamento (*labeling approach*) tem suas raízes na obra de Emile Durkheim, quando se referia aos processos de construção e normalidade da delinquência. Seus principais articulistas atuais são Edwim Lemert, Erving Goffman e Howard Becker,

considerados por muitos como autores da Nova Escola de Chicago, visto que a metodologia utilizada por eles para desmistificar o crime é igual a anterior Escola de Chicago – a observação direta e o trabalho de campo, conduzindo sua atenção ao processos de conversão dos indivíduos e desviados ou os processos de criação dos desvios.

Pablos de Molina devidamente citado por Rogério Greco afirma que:

Por volta dos anos 70 ganhou grande vigor uma explicação interacionista do fato delitivo que parte dos conceitos de conduta desviada e reação social. Genuinamente norte-americana, surge com a modesta pretensão de oferecer uma explicação científica aos processos de criminalização, às carreiras criminais e à chamada desviação secundária, adquirindo, sem embargo, com o tempo, a natureza de mais um modelo teórico explicativo do comportamento criminal. De acordo com essa perspectiva interacionista, não se pode compreender o crime prescindindo da própria reação social, do processo de definição de certas pessoas e condutas etiquetadas como delitivas. Delito e reação social são expressões interdependentes, recíprocas, inseparáveis. A desviação não é uma qualidade intrínseca da conduta, senão uma qualidade que lhe é atribuída por meio de complexos processos de interação social, processos estes altamente seletivos e discriminatórios (MOLINA apud GRECO, 2010, p. 43).

Com mais precisão, Hassemer e Muñoz Conde também citados por Rogério Greco afirmam que:

A criminalidade não é uma qualidade de uma determinada conduta, senão o resultado de um processo através do qual se atribui dita qualidade, quer dizer, de um processo de estigmatização. Segundo uma versão radical desta teoria, a criminalidade é simplesmente uma etiqueta que se aplica pelos policiais, os promotores e os tribunais penais, quer dizer, pelas instâncias formais de controle social. Outros de seus representantes, menos radicais, reconhecem ao contrário, que os mecanismos de etiquetamento não se encontram somente no âmbito do controle social formal, senão também no informal, onde se dão os processos de interação simbólica nos quais já muito cedo a família decide quem é a ovelha negra entre os irmãos, mestre ou estudante difícil ou marginal. Desse modo, as pessoas assim definidas ficam estigmatizadas com o signo social do fracasso [...]. Posteriormente, esta estigmatização ou etiquetamento será remarcado e aprofundado por outras instâncias de controle social, que terminarão por fazer com que o estigmatizado assumira por si mesmo, como parte de sua própria história vital, esse papel imposto e cunhado desde fora (HASSAMER; CONDE apud GRECO, 2010, p. 43).

Nesse sentido, no momento da delinquência, a sociedade passa a etiquetá-lo como delinquente, rechaçando-o do meio social por entender que o sujeito desviante não terá a possibilidade de deixar de delinquir visto a possibilidade prematura de nova infração.

Na melhor doutrina de Greco (2010) sobre o tema, o próprio, ensina que os processos de desvio podem ser considerados como primários e secundários. No primário, têm-se a primeira ação delitativa que pode ter o seu fundamento em resolver algo necessário de cunho econômico e/ou alimentar. No secundário, já teremos a repetição dos atos delitivos.

E mais:

O processo de etiquetamento induz que, a partir do momento em que o sujeito delinque, a sociedade já passa a estigmatizá-lo como delinquente. Aquele que praticou o delito já começa a ser reconhecido por ele próprio como marginal. Uma vez adquirido o status de desviado ou de delinquente, é muito difícil modificá-lo, por duas razões:

- a) Pela dificuldade da comunidade aceitar novamente o indivíduo etiquetado;
- b) Porque a experiência de ser considerado delinquente, e a publicidade que isso comporta, culminam em um processo no qual o próprio sujeito se concebe como tal (Op. cit., p. 44).

Diante do contexto, fica a refletir o jargão popular: “aplicar o Direito sem olhar a quem”, independente de que lado esteja ou quem seja. Fica ainda o desafio ao criminólogo<sup>6</sup> de buscar, através das teorias penais, “resolver” o problema do crime que assola a sociedade de hoje, considerando que em nenhuma (teoria) haverá uma verdade absoluta, premissas erradas ou corretas.

#### 4.1 Direito Penal do Autor X Direito Penal do Fato

A normatização penal clássica tem distinguido o Direito Penal do autor do Direito penal do fato de forma a não prejudicar a culpabilidade do agente frente ao ato ilícito cometido. Ocorre que com o advento da modernidade e suas correntes penais e processuais penais antiguarantista, surgiu o Direito Penal do inimigo, como uma cópia fiel do Direito Penal

---

<sup>6</sup> Criminologista – especialista em criminologia (1. ciência que se ocupa das teorias do direito criminal. 2. Filosofia do direito penal) (AURÉLIO, [s.d.]).

do autor, ferindo de morte o Direito penal do fato ora pacificado na doutrina e jurisprudência sem bloqueio como garantidor.

Para distinguir essas duas espécies de Direito, se é que poderia distingui-las, faz-se necessário entender que o Direito penal do fato, ora do cidadão, é um Direito penal de todos aqueles que fazem parte do seio social, por sua vez, o Direito penal do autor, ora do inimigo, é aquele pelo qual algumas pessoas atentam permanentemente contra o Estado democrático de direito como uma forma de coagir fisicamente, até chegar à guerra. Nas lições de Gomes (s/d, p. 04) “Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que, apesar do delito que tenha cometido, se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia”.

Além disso, continua pontuando Luiz Flávio Gomes que:

A função da pena no Direito penal do cidadão é contrafática (contrariedade à sua violação leia-se, a pena reafirma contrafaticamente a norma); (d) no Direito penal do inimigo procura predominantemente a eliminação de um perigo, que deve ser eliminado pelo maior tempo possível; (e) quanto ao significado físico, a pena impede que o sujeito pratique crimes fora do cárcere. Enquanto ele está preso, há prevenção do delito (em relação a delitos que poderiam ser cometidos fora do presídio) (GOMES, s/d. p. 04).

Entende-se assim que o Direito Penal do autor tem como peça central um determinado tipo de inimigo esquecendo-se de centrar no fato criminoso, não prevalecendo para os inimigos todos os direitos e garantias fundamentais do cidadão comum. Dessa forma, como consequência da construção de um novo sistema punitivo dessa distinção surge dois Direitos Penais, um para o cidadão – amparado por todas as garantias – e outro para o inimigo – sem nenhuma segurança.

Seguindo esse raciocínio, Gomes (s/d, p. 06) ainda explica que a característica mais marcante do Direito Penal do Inimigo é “o tratamento diferenciado, antigarantista, discriminador e injustificado de determinados autores de crimes”.

Acrescenta ao mesmo tempo que

os criminosos etiquetados como *inimigos* não chegam a colocar em risco a existência do Estado vigente, nem suas instituições essenciais afetam bens jurídicos relevantes, causam grande clamor midiático e às vezes popular, mas não chega a colocar em risco a própria existência do Estado (Op. cit., s/d, p. 24).

Com maestria é a lição do professor de Direito Penal da Universidade Autônoma de Madri, Manuel Cancio Meliá, citado por Rogério Greco asseverando que:

O Direito Penal do inimigo jurídico-positivo vulnera, assim se afirma habitualmente na discussão, em diversos pontos o princípio do fato. Na doutrina tradicional, o princípio do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal de acordo com o qual deve ficar excluída a responsabilidade jurídico-penal por meros pensamentos, quer dizer, como rechaço de um Direito penal orientado com base na “atitude interna” do autor (MELIÁ apud GRECO, 2010, p. 21).

Com isso, o Direito Penal do autor empreende-se em punir o autor de um fato futuro (prospectivo), excluindo-o do devido processo legal, ao contrário do que ocorre no Direito Penal do fato que visa apurar um fato já ocorrido (retrospectivo) garantindo ao mesmo, vários direitos, ou seja, no Direito Penal do autor, este estaria identificado como criminoso antes mesmo do cometimento da infração penal, enquanto para o outro, só seria identificado como delinquente após o cometimento do ato, chegando a conclusão que proibi-se a personalidade e não o fato.

Diante desse arcabouço teórico, e para os objetivos perseguidos por este trabalho monográfico, a distinção entre o Direito Penal do autor e Direito Penal do fato ainda apresenta relevância e, certamente, permitirá compreender mais adiante, com uma maior profundidade, o fenômeno em comento e seus reflexos na produção normativa tradicional.

#### 4.2 A Seletividade da Norma Penal

De pronto, ressalte-se que é depositada na cabeça das pessoas que a norma penal deve-se ser dirigida a todos, independentemente da classe social a que pertençam. Contudo, é um tanto quanto lógico e perceptível que as pessoas mais abastadas conseguirão se defender da melhor forma possível das acusações estatais, senão, vejamos.

De acordo com Leonardo Sica sendo bem citado por Rogério Greco, dados do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária apontam que

2/3 da população carcerária são negros e mulatos; 76% são analfabetos ou semialfabetizados; 95% são absolutamente pobres; 98% não têm condições de contratar um advogado e 72% dos processos criminais são por roubo ou furto (SICA apud GRECO, 2010, p. 142).

Nas lições de Greco (2010) a seletividade verifica-se de dois momentos diferentes como a criminalização primária e a criminalização secundária.

Para o citado jurista, o Estado, por intermédio do processo da criminalização primária, seleciona determinados comportamentos existentes na sociedade, que a princípio são ofensivos a bens jurídicos, ao passo de proibi-los e impor sob a ameaça de sanções penais legalmente editadas. Já na criminalização secundária, aduz que uma vez que a lei penal entra em vigor e é descumprida surge a faculdade do Estado se fazer valer do *jus puniendi*, investigando e processando e até condenando ao cumprimento de uma pena aquele que transgrediu a norma penal anteriormente editada.

Com esse pensamento Rogério Greco leciona que

O processo de seleção surge desde o instante em que a lei penal é editada. Valores de determinados grupos sociais, tidos como dominantes, prevalecem em detrimento da classe dominada. Em seguida, já quando vigente a lei penal, surge novo processo de seleção. Quem deverá ser punido? A resposta a essa indagação deveria ser simples, ou seja, todos aqueles que descumprirem a lei penal, afrontando a autoridade do Estado/Administração. **Contudo, sabemos que isso não acontece. O Direito Penal tem cheiro, cor, raça, classe social; enfim, há um grupo de escolhidos**, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado (GRECO, 2010, p. 141, negrito nosso).



Como a mesma sapiência, é a lição de Michel Foucault,

[...] seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma, que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem (FOUCAULT, 2008, p. 229).

Para os doutrinadores acima citados, são uníssonos em apontar a presença marcante da seletividade da norma penal distinguindo previamente os autores dos crimes e selecionando-os segundo as suas classes sociais.

Com essa questão um tanto quanto agitada, surge outro debate, parecendo enraizada na maioria dos doutrinadores, onde mora a ideia que a pena é imposta na defesa da sociedade, alegando-se que a pena defende a sociedade na medida em que o crime viola bens e interesses relevantes.

Com esse pensamento, Noronha (2002) afirma que a finalidade do Estado é a consecução do bem de todos, e que a preservação do direito dos elementos integrantes da sociedade não pode ser deixado de lado.

Segundo Eugênio Raúl Zaffaroni.

[...] o direito penal deve cumprir um objetivo de segurança jurídica que não se diferencia, substancialmente, da defesa social bem entendida. [...] Portanto, também, o direito penal tem uma aspiração ética: aspira evitar o cometimento de ações que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados (ZAFFARONI, s/d, p. 19-20).

Entende-se nessa visão do citado Jurisconsulto que é bastante nítida a menção a bens, interesses, valores, todos tidos como relevantes socialmente e merecedores, por essa relevância, da proteção da norma penal, tendo uma valoração anterior ao estabelecimento do

crime e das penas, mensuração essa que faz espelhar o que a sociedade prioriza para um convívio harmônico.

Nesse processo de revelação da norma penal apreende-se que não deve haver uma transferência de valores sociais para a norma penal, com a conseqüente punição do que mais se repugna com penas mais graves, pois, haveria uma incongruência entre a função motivadora da norma penal e da norma social, visto que nas palavras de Muñoz Conde,

[...] determinadas classes ou grupos sociais desenvolvem estratégias de contenção ou neutralização das normas penais, quando estas podem afetar seus interesses de classes. [...] o caso dos delitos econômicos, em que slogans como 'economia de mercado', 'liberdade de imprensa' etc, às vezes são utilizados como pretexto, justificação ou escusa dos mais graves atentados aos interesses econômicos coletivos (CONDE, s/d, p. 15).

Noutro ponto, eis que os fins da pena privativa de liberdade nada mais são do que o controle repressivo dos inimigos de classe do Estado capitalista (as classes dominadas, em geral, e os marginalizados do mercado de trabalho, em geral); a produção de um setor de marginalizados/criminalizados (reincidentes e rotulados como criminosos, em geral), marcados pela posição estrutural e institucional.

Em síntese, os objetivos da pena criminal (e do aparelho carcerário) podem, assim, ser definidos por uma dupla reprodução: reprodução das desigualdades sociais fundadas na divisão da sociedade em classes sociais antagônicas e, reprodução de um setor de marginalizados, intimidados pela inferiorização social resultante da insubordinação à disciplina do trabalho assalariado.

Não poderia deixar de voltar à nascente da construção histórica do Direito Penal para tentar melhor explicar esse fenômeno, pois, a figura do criminoso personifica-se na figura do homem delinquente da Escola Positiva no século XIX, onde se destacam as ideias de Lombroso (2001), Ferri e Garofalo.

Com essa corrente de pensamento, a figura do criminoso era trazida para o centro do debate, deixando a problemática da criminalidade em segundo plano, invertendo a análise realizada, até então, pela Escola Clássica, que não individualizava as causas do crime. O que justificava essa inversão, segundo Ferri (1931), era o delinquente revelar uma personalidade perigosa, fazendo necessário o uso de uma defesa social apropriada, com uma dupla função: proteger a sociedade do mal produzido por ele e coibir novos delitos dissimulados.

Entre outras coisas, a criminologia Lombrosiana buscava, diante do bom e do mau cidadão estabelecer uma divisão, numa concepção patológica sobre a criminalidade, com o objetivo precípua de justificar a pena como meio de defesa social e finalidade socialmente aceitáveis. Para essa escola criminológica, o criminoso possui em si sinais natos que o definem como tal. Em resumo, esse paradigma criminológico opera com a visão maniqueísta do bem e do mal na sociedade e com o consenso de que não há problemas no Direito Penal, mas sim nos indivíduos que o enfrentam.

Com o passar dos anos o paradigma etiológico é desconstruído com a introdução de novas teorias. O paradigma positivo (etiológico) já vinha sofrendo uma revisão desde o início do século vinte pela criminologia norte americana com influências da sociologia cultural e de correntes de origem fenomenológicas, bem como por reflexões históricas e sociológicas sobre o fenômeno criminal,

[...] o desvio - e a criminalidade - não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (**etiqueta**) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e **seleção** (ANDRADE, 2003, p. 205, negrito nosso).

Poderia se considerar que a criminalidade apresenta-se como um status dado a alguns sujeitos, sendo parte de um processo duplo que, de início, nos amparos da lei, define o que é crime, dando a algumas condutas o caráter criminal. Mais adiante é tendencioso

selecionar estes sujeitos dando a eles uma rotulagem que os eterniza como criminoso entre vários de condutas suspeitas. Todavia, percebe-se que uma conduta não é criminal em si mesma e, muito menos, seu autor um criminoso nato. A atribuição do caráter criminal a uma conduta e o posterior rótulo de criminoso ao seu autor dependerá de certos processos sociais de definição e de seleção.

Percebe-se então que o processo de etiquetamento e rotulação, segundo Becker citado por Velho (1974, p. 24), como uma construção social na medida em que:

[...] os grupos sociais criam o desvio ao estabelecer as regras cuja infração constitui desvio e ao aplicá-las a pessoas em particular, marcando-as como *outsiders* (estranhos). Sob tal ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa faz, mas sim a consequência da aplicação por outrem de regras e sanções ao transgressor. O desviante é aquele a quem tal marca foi aplicada com sucesso, o comportamento assim definido por pessoas concretas.

Nessa esteira de pensamento pode-se deduzir então, que o crime é produto da reação social e a criminalidade uma construção seletiva e desigual, nesse aspecto, aborda-se o processo de criminalização e o criminalizado, ao invés de centrar-se a discussão na criminalidade e no criminoso (ANDRADE, 2003). Contudo, para se entender o processo de criminalização, não é suficiente entender o crime e o comportamento desviante como produto da reação social, é fundamental pensá-lo atrelado com toda a realidade estrutural que o cerca.

Diante desse arcabouço teórico, empreende-se, através da assombradora seletividade da norma penal, o surgimento da dita 3ª velocidade do Direito Penal criada pelo professor alemão Günther Jakobs, a qual elege criminoso ou até supostos criminosos para fazer incidir contra ele (s) um “direito” emergencial e um tanto quanto discriminatório, que não observa as garantias de um Estado democrático e Constitucional de Direito.

Não se poderia deixar de falar da evidência da seletividade do Direito Penal do Inimigo na legislação brasileira. De pronto temos a lei nº 8.072/90 (lei dos crimes hediondos), onde os autores desses crimes cumprem a pena em regime integralmente fechado, não podem

ter o indulto individual ou coletivo, não podem ter liberdade provisória sem fiança etc.; a lei nº 9.034/95 (condenados por crimes organizados) não podem apelar em liberdade; e também o tão falado RDD – Regime Disciplinar Diferenciado trazido pela lei LEP – Lei de Execução Penal em seu artigo 52 e pela Lei nº 10.792/03.

O movimento conhecido como “tolerância zero”, o qual se verá com precisão no último capítulo, é uma manifestação fiel desse sistema penal seletivo, optando-se pelos pobres, marginalizados, analfabetos e vulneráveis socialmente, não obstante ser combatida pela política criminal moderna ao passo de se evitar a rotulação genérica e discriminatória.

É mister aduzir sem nenhuma sombra de dúvida (s) que o sistema funciona seletivamente e enquanto houver essa inflação legislativa e o Estado escolher os comportamentos que deverão ser proibidos ou impostos – criminalização primária – e selecionar quem deverá responder pelas ações criminosas praticadas – criminalização secundária, é certo que essa escolha vai recair na camada mais pobre e ignorante do ponto de vista educativo da sociedade, vindo à lume o desafio de tornar justo o Direito Penal.

A seletividade da norma penal é indiscutível e pode ser creditada, pelo menos parcialmente, à falta de uma representatividade com qualidade dos emissários no Congresso Nacional. E essa seleção ataca, sem equívoco, a parcela mais pobre da população.

## 5 O SURGIMENTO, APLICABILIDADE E EFETIVIDADE DAS VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Com o surgimento da modernidade, surgem novos parâmetros e características que visam também modificar a face do Direito Penal do século XXI, o qual está em contínua

transformação e aperfeiçoamento, visto que em diversos sistemas jurídicos as garantias de uns são diferentes das dos outros, pois, as consequências jurídicas são diversificadas e até iguais.

E é nesse horizonte de transformação dogmática, de valores contemporâneos que vive o Direito Penal, instante em que pensa-se em diferentes velocidades (1ª, 2ª e 3ª velocidades).

Alexandre Rocha Almeida de Moraes tratando sobre o tema assevera que

Com base na construção de Jakobs e diante das variações que já vinham sendo incluídas no modelo clássico de inspiração iluminista, Sánchez apresenta formalmente uma classificação que passou a ser objeto de grandes debates por parte da doutrina nacional e internacional: as ‘velocidades do Direito Penal’ (MORAES, 2010, p. 230).

### 5.1 A Primeira Velocidade do Direito Penal

Com a aproximação do Direito Penal da ideologia iluminista de sua época, com o fim precípuo de proteção contra as barbáries do Estado e com sua característica, principalmente na pena de prisão abonada pelas garantias individuais do cidadão, o ilustre Jésus-Maria Silva Sanches classificou como sendo um Direito Penal de 1ª velocidade, ou seja, tem-se o modelo clássico com a pena de prisão e suas garantias penais e processuais penais.

Com isso, percebe-se que a primeira velocidade seria aquela tradicional do Direito Penal, que tem por fim último a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Nessa hipótese, como está em jogo a liberdade do cidadão, devem ser observadas todas as regras garantistas, sejam elas penais ou processuais penais.

Segundo o Procurador de Justiça do MP/MG – Rogério Greco

Estando em jogo a liberdade do cidadão e observando todas as regras garantistas, sejam elas penais ou processuais penais, é que surge a primeira velocidade do Direito Penal, sendo aquela tradicional do Direito Penal, que tem por fim a aplicação de uma pena privativa de liberdade (DIREITO..., 2010, p. 230).

## 5.2 A Segunda Velocidade do Direito Penal

Surge desenfreadamente a criminalidade, o Estado, por sua vez, vê-se acuado e confrontado a reinventar o sistema punitivo visto a sua ineficácia ante os riscos pós-modernos, não obstante a expansão do Direito Penal articulado com a alternatividade penal. Surge aí, diante da administrativização e contração de acordos no âmbito penal e processual penal, a substituição das penas privativas de liberdade pelas penas alternativas, ou seja, as penas restritivas de direito como não se ausentar do seu domicílio aos fins de semana e feriados, multa, prestação de serviço à comunidade, entre outras.

E é em decorrência de combate aos numerosos delitos contemporâneos, e da constatação de que o Direito Penal Clássico (1ª velocidade) não estava preparado, diante das suas regras e princípios rígidos, que surge para alternativizar, a teoria dualista do Sistema Penal (repressão e prevenção), com regras de imputação e princípios de garantias processuais de dois níveis, ou seja, um Direito Penal funcional e garantista, também denominado pela doutrina de “Direito Penal da 2ª Velocidade”.

Rogério Greco assim conceitua a 2ª (segunda) velocidade

Numa segunda velocidade, temos no Direito Penal a aplicação de penas não privativas de liberdade, a exemplo do que ocorre no Brasil com os Juizados Especiais Criminais, cuja finalidade, de acordo com o art. 62 da Lei no 9.099/95, é, precipuamente, a aplicação de penas que não importem na privação da liberdade do cidadão, devendo, pois, ser priorizadas as penas restritivas de direitos e a pena de multa. Nessa segunda velocidade do Direito Penal poderiam ser afastadas algumas garantias, com o escopo de agilizar a aplicação da lei penal. (DIREITO..., 2010.)

Melhor explicando. Numa segunda velocidade, temos no Direito Penal a aplicação de penas não privativas de liberdade, a exemplo do que ocorre no Brasil com os Juizados Especiais Criminais, cuja finalidade, de acordo com o artigo 62 da Lei nº 9.099/95, é, precipuamente, a aplicação de penas que não impliquem na privação da liberdade do cidadão, carecendo dar prioridades às penas restritivas de direitos e a pena de multa, tendo como regra o não encarceramento. Na segunda velocidade podem ser afastadas garantias consagradas no Direito Penal, com o afã de dar maior rapidez e solução no momento da aplicação da lei repressora.

Percebemos isso com clareza quando analisamos a mencionada Lei brasileira dos Juizados Especiais Criminais (lei nº 9.099/95), que permite a utilização de institutos jurídicos que importem na aplicação de pena não privativa de liberdade, sem que, para tanto, tenha havido a necessária instrução processual, com o contraditório e a ampla defesa, como acontece quando o suposto autor do fato aceita a proposta de transação penal e suspensão condicional do processo.

Assim, resumindo o raciocínio com Jesús-Maria Silva Sánchez, teríamos: uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal ‘do cárcere’, em que haveriam de ser mantidos rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não se tratar de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcionada a menor intensidade da sanção, mitigando a pena privativa de liberdade e ao mesmo tempo alternativizando. (SÁNCHEZ, 1998).

No capítulo seguinte desmistificar-se-á a terceira velocidade do Direito Penal conhecida como “Direito Penal do Inimigo”, uma nova criação de velocidade. De início, para matar a ansiedade seria, portanto, essa tão (mal) falada velocidade, uma velocidade híbrida,



ou seja, com a finalidade precípua de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade) misturada com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade).

### 5.3 A Terceira Velocidade do Direito Penal Criada Por Günther Jakobs – Conceito e Características

Já dizia o Coronel ‘Juan Domingo Péron’ - ex-presidente da Argentina – em sua célebre frase, no seu apogeu político: ‘para os amigos, tudo; para os inimigos, nem justiça’.

Com o movimento pós 2ª Guerra mundial as ciências penais seguiram um caminho tendencioso de formular enunciados normativos com forte pressão de legitimação e mudança. Surgiu a partir daí a nova escola do Direito Penal - a funcionalista -, partindo de uma concepção sociológica tendo como adepto Günther Jakobs. Com essa mudança, o Direito Penal foi atingido ao ponto de transformar os seus objetivos em busca de tão somente eficácia e eficiência, sendo esse o retrato do mundo contemporâneo – função funcionalista do Direito Penal.

Com esse raciocínio, é a lição de Alexandre Rocha de Almeida Moraes

Com efeito primordial dessa mudança, o foco passou a ser o direito de punir e a busca da prevenção da criminalidade, pano de fundo do Direito Penal da ‘normalidade’ ou da descrição do ‘Direito Penal do Cidadão’, segundo a concepção de Jakobs (MORAES, 2010, p. 126).

Percebe-se que o Direito Penal, nesse sentido, tem como premissa básica o fato de que o Direito Penal é instrumento para garantir a eficácia do sistema social, seus subsistemas e a sua funcionalidade.

O funcionalismo, por sua vez, no âmbito do Direito Penal, tem se dividido em três linhas básicas como traz Alexandre Rocha de A. Moraes

- a) funcionalismo moderado, voltado para a necessidade de que a Política Criminal possa penetrar na dogmática penal (Roxin);
- b) funcionalismo limitado, segundo o qual, o Direito Penal justifica-se por sua utilidade social, mas se vincula ao Estado Social e Democrático de Direito, com todos os seus limites – exclusiva proteção de bens jurídicos, princípio da legalidade, intervenção mínima, culpabilidade, dignidade e proporcionalidade (Mir Puig);
- c) funcionalismo radical ou sistêmico, representado pelo funcionalismo sociológico inspirado na Teoria dos Sistemas de Luhmann (Jakobs) (MORAES, 2010, p. 126-127).

Tendo em vista que a pretensão metodológica desse trabalho é a terceira linha (sistêmico) procedente de Jakobs, terçeremos comentários a respeito do funcionalismo radical o qual é utilizado por Günther orientado pela teoria luhmanniana para a realização de certos valores (Roxin) ou para a reafirmação do próprio Direito.

Nesse aspecto, ainda que singela, é importante mencionar que para que Jakobs criasse a sua teoria do delito intimamente ligada a finalidade da pena, adentrou numa teoria chamada de teoria da prevenção geral positiva, a qual, é mister termos um pouco de conhecimento para melhor entender o funcionalismo sistêmico.

Pois bem, dentre as diversas teorias que buscaram formular ideias para solucionar o problema da sociedade através do Direito Penal, a teoria da prevenção geral positiva acaudilhada por Jakobs rebateu de frente com a teoria da prevenção geral negativa capitaneada por Ferrajoli.

Com a crise da legitimação da pena tradicionalmente aplicada com a sua repressão e prevenção, bem como a incapacidade e/ou inexistência das instituições responsáveis pelo cumprimento da pena é que em busca de novas hipóteses de tentar legitimar a pena, surgiu a doutrina alemã (prevenção geral positiva) com o fundamento de manutenção das expectativas comportamentais normativas.

De outra banda, o garantismo de Ferrajoli pregava que a única função capaz de legitimar a intervenção penal é unicamente a prevenção geral negativa, prevenindo reações informais públicas ou privadas arbitrárias bem como futuros delitos.

Em outras palavras, o funcionalismo de Jakobs concebe à pena como um fator de estabilização social, de modo a reafirmar o sentimento coletivo de segurança entendendo ser esse um modelo de Direito Penal mais propício para os novos tempos.

Iniciam-se aqui os primeiros passos para a criação do Direito Penal do Inimigo de Jakobs, considerando que se o indivíduo demonstra de forma teimosa e reiterada que não está disposto a aceitar as normatizações impostas pelo Estado, aí sim, o funcionalismo sistêmico de Günther e a sua prevenção geral positiva entrará em jogo contrapondo-se ao modelo clássico de Direito Penal e dando lugar ao Direito Penal do Inimigo.

A par dessas considerações, o resultado da soma de fatores como a expansão do Direito Penal, o surgimento do Direito Penal simbólico e do ressurgir do punitivismo, bem como a emergência do Direito Penal moderno, surge o “Direito Penal do Inimigo” (família do Direito Penal Máximo) como é hoje defendido pelo Jurista e professor catedrático de Direito Penal e Filosofia Penal na Universidade de Bonn na Alemanha - Günther Jakobs, ora discípulo de Welzel. Nesse raciocínio, Jesús-Maria Silva Sanchez caracteriza o Direito Penal do inimigo como uma terceira velocidade do Direito Penal.

A tese de Jakobs foi inaugurada em 1985 na Revista de Ciência Penal – ZStW, n. 97, 1985, p. 753 e ss., momento em que foi falada pela primeira vez naquele mesmo ano (1985), de forma crítica, em um seminário de Direito Penal em Frankfurt. Mais adiante, precisamente em 1999, na conferência do Milênio em Berlim, onde passou a defender a sua tese veementemente, causou grande motivação. Passou a ser divulgada a partir de 2003 (*Derecho penal del enemigo*, Jakobs, Günther e Cancio Meliá, Manuel, Madrid: Thomson-

Civitas), e a sua obra foi organizada e traduzida para o português por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli.

Para o autor (JAKOBS, 2003) da Teoria em comento, o Direito Penal divide-se em dois, a saber: um voltado para o cidadão e outro voltado para o inimigo, ou seja, os inimigos seriam as pessoas autoras dos crimes do colarinho branco (crimes econômicos), autoras de delitos sexuais, organizações criminosas, melhor ainda, seriam aqueles que se afastariam do Direito de forma perene ao passo de não oferecer garantias perceptíveis de que seriam fieis à norma, ainda, seria aquele indivíduo que cognitivamente não aceita submeter-se às regras básicas do convívio social. Como um exemplo típico de inimigos pontua Jakobs o malsinado dia 11 de setembro de 2001 - atentado praticado por terroristas contra os Estados Unidos da América e o ataque em 2004 ocorrido em Madri na Espanha.

Em contrapartida encontra-se o cidadão, pessoa voltada para a obediência às normas sociais, os quais mantêm o seu status de pessoa, dentro dos ditames legais.

Com esses dois extremos do Direito Penal, percebe-se que o aumento desenfreado da criminalidade levou o Estado a individualizar seres humanos como potenciais ameaças, como por exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro, o uso das tornozeleiras eletrônicas (monitoramento eletrônico) legalizadas a partir da lei nº 12.258 de 15 de junho de 2010<sup>7</sup>, a lei de crimes hediondos (lei nº 8.072/90) e o amedrontador Regime Disciplinar Diferenciado – RDD -, traçado por alguns com um típico Direito Penal do inimigo. Essa é a análise feita por Pacheco de Carvalho citado por Luiz F. Gomes ao aduzir que

---

<sup>7</sup> Em 15 de junho de 2010 o Presidente da República sancionou a Lei 12.258, que altera pontos do Código Penal e da Lei de Execução Penal, prevendo, nesse último diploma, a possibilidade da utilização do sistema de monitoramento eletrônico de presos (tornozeleira eletrônica).

O sistema consiste da implantação no corpo do apenado de uma tornozeleira ou bracelete com dispositivo eletrônico que possibilita o monitoramento por satélite, via GPS (Global Position System), possibilitando identificar sua localização em qualquer lugar do planeta, caso ainda esteja com o equipamento instalado em seu corpo.

Sistemas como esse já são utilizados em vários países, inclusive já vinham sendo testados no Brasil por alguns estados da federação, como São Paulo e Minas Gerais. Mas somente agora o legislador ordinário colocou o Brasil no rol dos países que oficialmente adotarão o sistema.

Traçados os limites entre um Direito penal que não tem preocupação outra com o delinquente que não apenas a de excluí-lo do convívio social, um Direito penal que julga que os conflitos sociais devem ser resolvidos como sendo uma operação de guerra e ‘quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação’ e um outro Direito penal no qual como ‘elemento social se inclui a exigência de que o condenado não seja expulso da sociedade, mas que conserve a possibilidade de sua reintegração social’ (CARVALHO apud GOMES, [s.d.]).

Assim, leva a sociedade a ter certo pré-conceito para com os delinquentes, pois, diante de uma sociedade amedrontada pela criminalidade, se alguém ver uma pessoa andando com uma pulseira ou tornozeleira eletrônica será, sem embaraço, vítima de discriminação levando ao fundo do poço o princípio da dignidade da pessoa humana, ao passo que indiretamente aplicará aos mesmos a teoria da terceira velocidade do Direito Penal criada por Gunther Jakobs.

Nesse arquipélago de ideias, vê-se que as principais características que assinalam o Direito Penal do Inimigo são a não observância dos princípios básicos como o da imputação objetiva; a criação de tipos penais artificiais sem bens jurídicos definidos (tipos penais abertos e abstratos); o esquecimento de direitos e garantias fundamentais; o uso abusivo de medidas cautelares como a interceptação telefônica sem justa causa, quebra infundada de sigilos e etc..

Acerca do assunto, vale pontuar os ensinamentos do ilustre Doutor em Direito Penal – Luiz Flávio Gomes - comentando sobre o tema: “Direito Penal” do Inimigo e os Inimigos do Direito Penal, aduzindo sobre o tratamento que se deve dar ao inimigo.

Como deve ser tratado o inimigo?: (a) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (b) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só é sua periculosidade); (c) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança (porém, não a destinada aos inimputáveis, que tem caráter curativo, sim, medida de segurança detentiva para os imputáveis); (d) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (e) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (f) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; (g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e

desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade (GOMES, [s.d.], p. 03).

As garantias penais e processuais penais como o devido processo legal, a instauração de inquérito policial, a presença de advogado, a produção de provas lícitas, ao inimigo, não são previstas, pois, para ele (inimigo) são admitidas provas obtidas por meios ilícitos, falta de inquirição policial, escutas telefônicas obtidas ilicitamente, infiltrações e provas secretas, levando a um avanço da prisão cautelar como regra o que hoje é considerada uma exceção.

Segundo Moraes (2010, p. 180) “[...] este novo perfil do Direito Penal – simbólico e punitivista – não só identifica um determinado ‘fato’, mas, sobretudo, um tipo específico de ‘autor’, definido não como igual, mas como outro, como o inimigo do pacto social.”

Seria essa outra característica do Direito Penal do inimigo, a distinção entre o conceito de pessoa e não pessoa. Para o autor dessa tese, a pessoa, logo, cidadão, é digna de direitos e garantias inerentes a todo aquele que está envolvido com a sociedade. Do outro lado, a não pessoa, é aquele ser que não participa da sociedade organizada, regrada, com normas preestabelecidas, ou melhor, a não pessoa, não oferece garantia, é perigoso, é considerado um inimigo.

O inimigo do Estado, para o doutrinador alemão, não é sujeito de direito, não é considerado cidadão, mitiga-se as garantias fundamentais que há muito tempo foram hipertrofiadas pela adoção de tipos de perigo abstrato e antecipação de medidas de tutela penal.

E acrescenta Meliá (2005) que o Direito Penal simbólico juntamente com o punitivismo mantém uma relação fraternal, de onde nasce o ‘Direito Penal do Inimigo’.

Günther Jakobs citado por Alexandre Rocha A. Moraes, tecendo comentário sobre a insegurança que traz o inimigo, aduz que

O não-alinhado é um indivíduo que, não apenas de maneira incidental, em seu comportamento (criminoso grave) ou em sua ocupação profissional (criminosa e grave) ou, principalmente, por meio de vinculação a uma organização (criminosa), vale dizer, em qualquer caso de forma presumivelmente permanente, abandonou o direito e, por conseguinte, não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal e o manifesta por meio de sua conduta (JAKOBS apud MORAES, 2010, p. 194).

Restou claro que a 3ª velocidade do Direito Penal criada por Jakobs, considerando o processo de evolução da sociedade moderna com suas complexidades, nada mais é do que um Direito Penal máximo, fiscalizador de todo e qualquer comportamento humano, o qual estreita o caminho daquele delinquente que tem, se é que se pode dizer assim, o crime na veia, um ser daninho, perigoso (ameaçador).

Ademais, a reestruturação da dogmática penal na seara moderna deixa claro a sua simpatia pela tese de Jakobs, visto o seu estilo antidemocrático e ao mesmo tempo realista, como bem conclui Machado citado por Alexandre Rocha A. Moraes que a

[...] tese de Jakobs surge hoje, momento em que a dogmática penal encontra-se sob uma dupla pressão: de um lado, pelas demandas de expansão e antecipação de intervenção penal e, de outro, pela defesa da manutenção de um sistema de garantias. Ele parece tentar resolver essa tensão apostando na dicotomia entre o Direito penal dos cidadãos e do Direito penal do inimigo, delimitando campos distintos de aplicação de um e de outro e traçando um limite, rígido entre o sistema de penas, vigente para os cidadãos, e o de medidas de segurança, para os inimigos (MACHADO apud MORAES, 2010, p. 260).

E mais, visa antes de qualquer coisa, representar uma retribuição acentuada e exemplar, vale dizer, o mal deve ser pago com o mal. Enquanto que no Direito Penal Clássico a preocupação central é a prevenção especial (geral negativa) que visa a reintegração social do criminoso.

Poderia conceituar ainda o Direito Penal do Inimigo como o Direito que nega ao seres humanos o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do Direito Penal liberal/clássico, ou seja, dentro das garantias reconhecidas internacionalmente e regionalmente como eficazes e legais.

### 5.3.1 Os principais pontos do Direito Penal dos movimentos de enfrentamento da criminalidade: “janelas quebradas”, “tolerância zero” e de “lei e ordem”

*Ab initio*, é digno fazer a seguinte indagação. Onde e como surgiram os movimentos de intolerância e de ordem a todo custo, bases da tese do Direito Penal do Inimigo?

Silva Franco citado por Alexandre Rocha A. Moraes expondo sua análise sobre a influência da mídia nesses movimentos, apresenta que

Os meios de comunicação de massa começaram a atuar, movidos por interesses políticos subalternos, de forma a exagerar a situação real, formando a ideia de que seria mister, para removê-la, uma luta sem quartel contra determinada forma de criminalidade ou de determinados tipos de delinquentes, mesmo que tal luta viesse a significar a perda de tradicionais garantias do próprio Direito Penal ou do Direito Processual Penal (FRANCO apud MORAES, 2010, p. 253).

Eis a questão. No final do século passado (XX), e início deste (XXI), a mídia, principalmente a televisiva, chamando para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas e a criação de novos tipos penais mais rigorosos como o afastamento de determinadas garantias penais e processuais e a ideia de que a sociedade ficaria livre de parcela de certos indivíduos, por intermédio dos seus profissionais, foi a grande propagadora e divulgadora do denominado por



alguns de Direito Penal do inimigo: ‘janelas quebradas’, ‘tolerância zero’ e ‘lei e ordem’ nessa ordem.

Alexandre Rocha A. Moraes ao tratar desses movimentos de intolerância, ilustra de forma simples, de onde surgiu essa ideia e o início desse combate,

[...] em 1982 o cientista político James Q. Wilson e o psicólogo criminologista George Kelling, sustentavam que, se uma janela de uma fábrica ou de um escritório fosse quebrada e não fosse imediatamente consertada, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém se importava com isso e que, naquela localidade, não havia autoridade responsável pela manutenção da ordem. Em pouco tempo, algumas pessoas começariam a atirar pedras para quebrar as demais janelas ainda intactas. Logo, todas as janelas estariam quebradas. Daí, as pessoas que por ali passassem concluiriam que ninguém seria responsável por aquele prédio, tampouco pela rua em que se localizava o prédio. Iniciava-se, assim, a decadência da própria rua e daquela comunidade. A essa altura, apenas os desocupados, imprudentes, ou pessoas com tendência criminosas, sentir-se-iam à vontade para ter algum negócio ou mesmo morar na rua cuja decadência já era evidente. O passo seguinte seria o abandono daquela localidade pelas pessoas de bem, deixando o bairro à mercê dos desordeiros. Pequenas desordens levariam a grandes desordens e, mais tarde, ao crime (Op. cit., 2010, p. 211-212).

Criava-se assim uma política criminal que buscava relacionar a falta de resposta aos crimes de pequena monta e a criminalidade violenta, fazendo surgir respostas imediatas para tentar encobrir os fenômenos sociais que desencadeava o aumento desenfreado da criminalidade.

Mais tarde o programa denominado “tolerância zero” - retrata a criminalização da pobreza com o objetivo de varrer “*de las calles la basura*” - é tido com uma das últimas versões desse movimento, atrelado a uma ideologia de “direita”, conservadora, de origem claramente “burguesa”, que orienta seu discurso para a bandeira do mais novo filho desse movimento conhecido como ‘*law and order – lei e ordem*’, o qual é difundido (desde a década de setenta do século passado - XX) a partir dos Estados Unidos (Nova York) para todo o mundo.

Essa política da Tolerância Zero não só responde aos seus postulados onde foi aplicada (EUA), visto a aplicação desmedida das políticas criminais intoleráveis e desumanas

adotadas no mundo inteiro em resposta a organizações criminosas ousadas, mas, expandiu-se (in) conscientemente para diversas culturas.

A título de informação, e não muito distante, mais especificamente no estado de Sergipe, existe um programa de televisão denominado ‘Tolerância Zero’ cujo apresentador induz, sem nenhum fundamento político, sociológico e dogmático-penal, a polícia em ‘dar cacete nos delinquentes’.

Surge mais uma indagação. Com essa política da tolerância zero para os (inimigos), seria possível imaginar ante uma primavera moderna, em um Direito Penal excepcional consubstanciado na flexibilização de direitos e garantias penais e processuais e que ao mesmo tempo demonstrasse resultados legais e político/sociais?

O delinquente tido como inimigo do Estado porque infringiu o contrato social firmado com o Soberano (JAKOBS, 1997) é considerado um fora da lei, um desordenado, intolerante, delinquente permanente e, logo, apático socialmente.

Há pessoas, segundo Jakobs (1997), que decidiram se afastar, de modo duradouro, do Direito, a exemplo daqueles que pertencem a organizações criminosas e grupos terroristas. Para esses, na visão do alemão Jakobs (2003, p. 25) “a punibilidade se adianta um grande trecho, até o âmbito da preparação, e a pena se dirige a assegurar fatos futuros, não a sanção de fatos cometidos”.

Pontua ainda Günther (2006) que há pessoas que, por sua insistência em delinquir, regressam ao seu estado natural antes do estado de direito. Assim, segundo ele, um indivíduo que não admite ser coagido a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos melhoramentos do conceito de indivíduo. Pontua o alemão que o estado natural é nitidamente um estado de ausência de norma, quer dizer, a liberdade excessiva tanto como de luta excessiva. O Estado, conclui, “pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los

como pessoas que delinquem, pessoas que cometeram um erro, ou indivíduos aos que há de impedir mediante coação que destruam o ordenamento jurídico”. (JAKOBS, 2006, p. 16).

Então, tem-se que para o movimento de lei e ordem, o Direito Penal deve se preocupar com toda e qualquer infração penal sem se importar com o seu valor, utilizando-se a intervenção do Estado perante os cidadãos como *prima ratio* e não como *ultima ratio*, gerando um falso conforto a sociedade.

Caracterizam-se assim esses movimentos, nas lições de Dotti citado por Alexandre Rocha A. Moraes

[...] segundo João Marcello, são as seguintes: a) a pena se justifica como castigo e retribuição, no velho sentido, não devendo a expressão ser confundida com o que hoje se designa por retribuição jurídica; b) os chamados crimes atrozos devem ser castigados com penas severas e duradouras (morte e longa privação da liberdade); c) a pena de prisão para os crimes violentos devem ser cumpridas em estabelecimento penal de segurança máxima, submetendo-se o condenado a um excepcional regime de severidade, diverso do que é deferido aos demais condenados; d) a prisão provisória deve ter as suas hipóteses de cabimento ampliadas a fim de se dar resposta imediata ao delito; e) restrição aos poderes judiciais de individualização da pena e menor controle jurisdicional na execução que deverá ser administrada, quase exclusivamente, pelas autoridades penitenciárias (DOTTI apud MORAES, 2010, p. 213).

### 5.3.2 Críticas à tese do Direito Penal do inimigo e o garantismo penal – corrente minimalista

Sem juízos apriorísticos serão repisadas algumas críticas à teoria de Günther Jakobs. De pronto, é certo que críticas são o que não faltam.

A não aceitação do Direito penal do inimigo, ora conhecido como Direito penal da 3ª velocidade se contrapõe diretamente ao garantismo penal que visa primordialmente assegurar a tutela dos direitos fundamentais. Essa tese do Direito Penal do Inimigo, apesar de

bem auxiliada filosoficamente, tem recebido numerosas críticas por parte da doutrina, principalmente frente ao fato de o mesmo ser previsto em plena vigência de Estados Democráticos de Direito, e opor, ao mesmo tempo, afronta a vários pareceres do Direito Penal clássico (funcionalismo limitado), ou seja, o modelo metodológico usado por Jakobs é um tanto quanto rígido e abstrato.

É sabido que muitas críticas são emocionais, porém, embasadas conforme a análise de alguns autores. Vejamos.

Roxin – o principal crítico da teoria de Jakobs, já pontuava que era no funcionalismo moderado que encontrava a resposta para a crise do Direito Penal, posto que era voltado para a necessária infiltração da política criminal na dogmática penal.

Meliá<sup>8</sup> (2005, p. 36) destaca algumas críticas à teoria do Direito Penal do inimigo, onde o mesmo inicia a sua censura pelo próprio nome utilizado pelo professor Jakobs para descrever a teoria em comento. Argumenta ainda o autor que, “Direito Penal do cidadão é uma redundância, e Direito Penal do inimigo é uma contradição em seus próprios termos”. Alega o autor que o Direito Penal do Inimigo é um tanto quanto inconstitucional visto não trazer consigo as garantias e direitos fundamentais inerentes ao ser humano.

Nessa esteira de pensamento é forçoso reconhecer que a própria expressão ‘Direito Penal do Inimigo’ é contraditória ao ferir de morte o próprio ‘Direito’ e em especial o ‘Direito Penal’, pois, a expressão Direito em sua interpretação gramatical nada mais é do que aquilo que é justo, reto, em conformidade com a lei, ou seja, é uma prerrogativa que um cidadão possui de exigir de outro cidadão a prática ou abstenção de certos atos, ou o respeito a certas situações que lhe aproveitam, com uma função primordial de garantir e limitar as amarras do poder punitivo.

---

<sup>8</sup> Coautor e até quem sabe, o protagonista do primeiro debate formal com Günther Jakobs sobre o Direito Penal do inimigo (MELIÁ, 2005).

Para Meliá (2005) a inconstitucionalidade do Direito Penal do inimigo é de uma claridade solar imensa, que foge a seara do Direito democrático moderno amparado por seus postulados garantistas, levando a uma relativização e/ou flexibilização dos direitos e garantias fundamentais que dão razão para um processo de apuração do crime de forma impura e indigna. Esse afrouxamento dos direitos básicos do criminoso/cidadão com a eliminação das leis e normas, afeta todo um arcabouço principiológico, base do ordenamento jurídico.

Quando se fala que o inimigo é uma não-pessoa, ou seja, aquele indivíduo perigoso a ordem social, manifestamente antissocial, temos que ponderar - quem é que pode ser considerado amigo ou inimigo, pessoa ou não pessoa posto a vigência democrática do Estado?

Moraes (2010) advogando sobre o tema relata que toda crítica é passível de ressalva, visto que essas críticas não devem se restringir à apenas um lado do debate, chamando a atenção para o fato de que se a utilização dos critérios atuais de legitimação da imputação não suportam a realidade do Direito Penal pós-moderno, as políticas criminais estão passíveis de refletir e passar por substituições por outro modelo que estabeleça limites para o autoritarismo.

Diante de várias críticas à tese de Jakobs, é digno pontuar algumas feitas por Luiz Flávio Gomes,

(a) O que Jakobs denomina de Direito penal do inimigo, como bem sublinhou Cancio Meliá (*Derecho penal del enemigo*, cit., p. 59 e ss.), nada mais é que um conjunto normativo que retrata uma nova modalidade de *Direito penal de autor*, que pune o sujeito pelo que ele “é” (criminoso habitual, profissional, organizado, que refuta a legitimidade do ordenamento jurídico de modo permanente), não pelo que fez; cuida-se de um direito que faz oposição ao *Direito penal do fato*, que pune o agente pelo que ele “fez” (não pelo que ele “é”, ou pelo que ele pensa etc.).<sup>34</sup> A máxima expressão do Direito penal de autor deu-se durante o nazismo, desse modo, o Direito penal do inimigo relembra esse trágico período; é uma nova “demonização” de alguns grupos de delinqüentes;

(b) Se Direito penal (verdadeiro) só pode ser o vinculado com a Constituição Democrática de cada Estado, urge concluir que “Direito penal do cidadão é um pleonismo, enquanto Direito penal do inimigo é uma contradição”. O Direito penal do inimigo seria uma espécie de “não Direito”, mas que lamentavelmente está presente em muitas legislações penais;

(c) Não se reprovava (segundo o Direito penal do inimigo) a culpabilidade do agente, sim, sua periculosidade. Com isso pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas (essa postulação conflita diametralmente com nossas leis vigentes, que só destinam a medida de segurança para agentes inimputáveis loucos ou semi-imputáveis que necessitam de especial tratamento curativo);

(h) É fruto, ademais, do Direito penal infectadamente simbólico (aprovação e promulgação de novas leis penais para aplacar o clamor social) somado ao Direito penal punitivista (Cancio Meliá). A expansão do Direito penal (Silva Sanchez, *A expansão do Direito penal*, trad. de Luiz Otávio Rocha, São Paulo, RT, 2002) é o fenômeno mais evidente no âmbito punitivo nos últimos anos. Esse Direito penal “do legislador” é abertamente punitivista (antecipação exagerada da tutela penal, bens jurídicos indeterminados, desproporcionalidade das penas etc.) e muitas vezes puramente simbólico (é promulgado somente para aplacar a ira da população); a soma dos dois está gerando como “produto” o tal de Direito penal do inimigo (GOMES, 2004, p. 22).

Nesse pensamento o citado autor (2004) entende que o devido processo legal para o Direito Penal do Inimigo é antidemocrático, seguindo um verdadeiro procedimento de guerra, contrapondo-se com o Estado democrático de Direito. Poderia também confirmar que a construção de um Direito Penal do inimigo é vinculado de forma direta às violações massivas dos Direitos Humanos.

Diante de todas essas críticas, não poderia deixar de citar a de Luis Gracia Martín citado por Luiz F. Gomes,

[...] se o Direito penal dirige suas normas ao indivíduo, ao homem de carne e osso, isto é, ao homem empírico, da realidade, no momento de processá-lo e condená-lo não pode mudar de critério e encará-lo como normativamente, como homem normativo ou jurídico (tal como faz Jakobs). No Direito penal, tanto o sujeito da imputação como o do castigo é a pessoa humana empírica, não a normativa (MARTÍN apud GOMES, s/d. p. 24).

No melhor da doutrina, é forçoso dizer que esse Direito Penal de guerra segue outras regras distintas de um Direito Penal Jurídico – estatal interno, pois, é comum a constatação de críticas na atual doutrina de todo o mundo ao diferenciar o ‘inimigo’ e a ‘pessoa’, distinções trazidas por Günther.

Também merecem destaques as críticas feitas por Young (2002) quando condena a política de tolerância zero, a saber: como manobra que objetiva limpar as ruas de ‘destroços’ humanos; como parte do processo de exclusão concomitante à emergência de uma sociedade

com grande população marginalizada e empobrecida, a qual deve ser dominada e contida, pois os felizes compradores dos shoppings não podem ser perturbados pelo grotesco dos despossuídos, que fumam e bem em pleno dia.

Circundando as críticas, também é a maestria do ilustre Eugênio Raúl Zaffaroni devidamente citado por Luiz F. Gomes em conferência pronunciada na sede da Rede LFG, em São Paulo, no dia 14 de agosto de 2004 onde pontuou o que representaria a teoria *sob examem*:

(a) para dominar o poder governante tem que ter estrutura e ser detentor do poder punitivo; (b) quando o poder não conta com limites, transforma-se em Estado de polícia (que se opõe, claro, ao Estado de Direito); (c) o direito penal, para que seja exercido permanentemente, sempre está procurando um inimigo (o poder político é o poder de defesa contra os inimigos); (d) o Estado, num determinado momento, passou a dizer que vítima era ele (com isso neutralizou a verdadeira vítima do delito); (e) seus primeiros inimigos foram os hereges, os feiticeiros, os curandeiros etc.; (f) em nome de Cristo começaram a queimar os inimigos; (g) para inventar uma “cruzada” penal ou uma “guerra” deve-se antes inventar um inimigo (Bush antes de inventar a guerra contra o Iraque inventou um inimigo: Sadam Hussein); (h) quando a burguesia chega ao poder adota o racismo como novo satã; (i) o criminoso, segundo o positivismo criminológico, é um ser inferior, um animal selvagem, pouco evoluído; (j) o Direito penal, nesse momento, passa a contar com apoio da ciência médica (Lombroso, sobretudo); (l) durante a revolução industrial não desaparece (ao contrário, incrementa-se) a divisão de classes: riqueza e miséria continuam tendo que se conviver necessariamente; (m) para se controlar os pobres e miseráveis cria-se uma nova instituição: a polícia (que nasceu, como se vê, para controlar os miseráveis e seus delitos); inimigo (do Estado de Polícia) desde essa época é o marginalizado; (n) na Idade Média o processo era secreto e o suplício do condenado era público; a partir da Revolução francesa público é o processo, o castigo passa a ser secreto; (o) no princípio do século XX a fonte do inimigo passa a ser a degeneração da raça; (p) nascem nesse período vários movimentos autoritários (nazismo, fascismo etc.); (q) o nazismo exerceu seu poder sem leis justas (criaram, portanto, um sistema penal paralelo); (r) no final do século XX o centro do poder se consolida nas mãos dos E.U.A., sobretudo a partir da queda do muro de Berlim; o inimigo nesse período foi o comunismo e o comunista; isso ficou patente nas várias doutrinas de segurança nacional; (s) até 1980 os E.U.A. contavam com estatísticas penais e penitenciárias iguais às de outros países; (t) com Reagan começa a indústria da prisionização; (u) hoje os E.U.A. contam com cerca de 5 milhões e 300 mil presos (os inimigos são os marginalizados e envolvidos com drogas); seis milhões de pessoas estão trabalhando no sistema penitenciário americano; isso significa que pelo menos dezoito milhões de pessoas vivem às custas desse sistema; com isso o índice de desemprego foi reduzido. E como os E.U.A. podem sustentar todo esse aparato prisional? Eles contam com a “máquina de rodar dólares”; os países da América Latina não podem fazer a mesma coisa que os E.U.A.: não possuem a máquina de fazer dólares; (v) o Direito penal na atualidade é puro discurso, é promocional e emocional: fundamental sempre é projetar a dor da vítima (especialmente nos canais de TV); (x) das TVs é preciso “sair sangue” (com anúncios de guerras, mortos, cadáveres etc.); (z) difunde-se o terror e o terrorista passa a ser o novo inimigo; (aa) a população está aterrorizada; a difusão do medo é fundamental para o exercício do poder punitivo; (bb) o Direito penal surge como solução para aniquilar o inimigo; (cc) o político apresenta o Direito penal como o primeiro remédio para isso; (dd) o Direito penal tornou-se um produto de mercado; (ee) o Direito penal na atualidade não tem discurso acadêmico, é puro discurso publicitário, é pura propaganda; é a mídia que domina o Estado, não o Estado que se

sobrepõe a ela; (ff) os juízes estão temerosos; mas o juiz garantista tem que enfrentar a mídia (ZAFFARONI apud GOMES, s/d, p. 25).

Agora citado por Alexandre Rocha A. Moraes, Zaffaroni, um dos críticos mais engajados de Jakobs, sintetizando as principais críticas feitas à formulação de Jakobs assinala que

[...] o sentimento de segurança jurídica não tolera que uma pessoa (isto é, um ser capaz de autodeterminar-se) seja privada de bens jurídicos, com finalidade puramente preventiva, numa medida imposta tão-somente pela sua inclinação pessoal ao delito sem levar em conta sua extensão do injusto cometido e o grau de autodeterminação que foi necessário atuar (ZAFFARONI apud MORAES, 2010, p. 266).

Vigora assim, um tripé apático, antissocial e antidemocrático formado por uma mídia, um legislador hipertrofiado e uma falta de democracia, todos fincados com o ‘punitivismo a todo o custo’ e sem olhar a quem, ou melhor, olhando para certos grupos de pessoas pré-catalogadas (Direito Penal do Autor).

Como se percebe, algumas críticas do Direito Penal do inimigo aqui pontuadas se relaciona com os novos paradigmas do Direito Penal da modernidade como a flexibilização de garantias e princípios, busca desenfreada do simbolismo pautado na eficiência preventiva de um Estado policial.

Por demais, eis a lição de Luiz Flávio Gomes ao finalizar a sua crítica à tese do direito penal máximo justificando-a:

Qual é o sentido dessa crítica? A crítica acadêmica não pode ter a pretensão de “converter” os inimigos do Direito penal (alguns penalistas, tal como Jakobs, a mídia, o legislador, os governantes, alguns aplicadores ou práticos do Direito etc.) em amigos do garantismo. O escopo é outro: é o de sensibilizar os juízes e especialmente as cortes superiores que, com independência, não podem deixar de agir dentro da constitucionalidade vigente, eliminando do Direito tudo quanto procura negá-lo. Essa função de “filtragem” do que é válido ou inválido está reservada aos juízes e, sobretudo, às Cortes Superiores. Para elas é que devemos discursar (GOMES, s/d, p. 30).



Diante das vastas críticas existentes e as aqui pontuadas, pode-se concluir que, dar legitimidade a existência de um Direito Penal do inimigo (de emergência) e tratar o autor de certos delitos como inimigos do Estado, com excepcionalidade e aplicação diferenciada, é o mesmo que romper com os fundamentos de um Direito Penal garantista ora vigente no Estado Social e Democrático de Direito.

Quando falamos em inimigo (s) vem logo à mente a questão da Segurança Pública. Em um horizonte estão os defensores do movimento chamado “de Lei e Ordem”, movimento esse iniciado, como já outrora dito, pelos notáveis racionários norte americanos, sobre tudo através da “Política da Tolerância Zero” acima apresentada, agitação essa com a ideologia da repressão fincada em severos regimes punitivos como é o caso da pena de morte aplicada nos EUA para pessoas acusadas de crimes sexuais, terroristas, e outros delitos mais graves. No outro extremo encontramos os defensores do Direito Penal Mínimo/corrente minimalista capitaneada pelos grandes nomes do Direito Europeu e a nível mundial, pois, são testemunhas dos horrores da II Grande Guerra Mundial e, como nunca experimentaram o emprego de garantias fundamentais exercitáveis à democracia e às liberdades públicas, fincaram seus postulados no garantismo penal.

Quando o Direito Penal é chamado para atuar no controle (diminuição) da violência e de comportamentos de pouca monta e irrelevantes, acaba gerando também violência e conseqüentemente um Direito Penal puramente simbólico, razão essa que fez surgir a corrente minimalista (garantismo penal) para aplicar os limites penais mínimos e estritamente necessários aos delinquentes.

Com essa lição, a despeito do surgimento dessa corrente minimalista, o professor Luiz Flávio Gomes aduz que

O movimento minimalista nasce a partir das propostas elaboradas por incontáveis filósofos e penalistas, podendo-se destacar, exemplificativamente, Luigi Ferrajoli e

Alessandro Baratta. Eugênio Raul Zaffaroni também é grande propulsor desse movimento (GOMES, s/d, p. 14).

Para a corrente minimalista o Direito Penal é digno de desconfiança ao passo de desconfiar da sua eficácia para resolver os conflitos penais, não admitindo que ele possa resolver os problemas cruciais da sociedade, muito menos da sociedade pós-industrial etc., ou melhor, ela procura justificar a existência do Direito penal, mas para ser aplicado como instrumento de *ultima ratio*, de modo fragmentário e subsidiário e, mesmo assim, respeitando-se todas as garantias penais e processuais estabelecidas pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Assim, o Direito Penal carece de ser utilizado para garantir os bens jurídicos mais importantes, ou seja, só se deve ser utilizado na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens. Poderia analisar como grau de importância condutas que efetivamente, visem obstruir o conviver social, ou nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias, citado por Gomes (s/d, p. 16) “onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem”.

Esse é o mesmo caminho trilhado por um dos precursores do movimento minimalista - Luigi Ferrajoli apud Gomes (s/d, p. 17), onde “a justiça penal, com o caráter inevitavelmente desonroso de suas intervenções, não pode ser incomodada e, sobretudo, não pode incomodar os cidadãos por fatos de escasso relevo”.

Assim, a utilização do Direito Penal fica adstrita ao elevado grau de ofensa a ele dirigida, ficando circunscrito à ele (Direito Penal) situações que não possam ser resolvidas por outros ramos do Direito (sanções civis e administrativas).

O Direito Penal faleceria apresentar-se como a *ultima ratio*, tendo sua intervenção, pertinência em situações *in extremis* do conflito social, ou melhor, o Direito

Penal deve sim, insistir nas diferentes ciências humanas com o objetivo precípua de trabalharem juntas a partir de uma dinâmica transdisciplinar.

Por esse raciocínio do Direito Penal mínimo, é imperioso adotar alguns princípios para orientar o legislador no momento da criação e/ou revogação dos tipos penais, não obstante servir também para os aplicadores do Direito.

Dentre vários princípios, é importante trazer à baila o princípio da lesividade como um dos pilares de um Direito Penal imbuído de índole garantista, por somente tutelar bens jurídicos fundamentais, que estejam objetiva e taxativamente descritos em lei.

O princípio da intervenção mínima, onde o Direito Penal deverá alcançar bens mais importantes na sociedade, dando exclusiva proteção aos bens jurídicos com dignidade e proporcionalidade.

O princípio da insignificância, onde o Direito Penal deverá aferir em sede de tipicidade conglobante (Zaffaroni), se o fato praticado é merecedor de repressão estatal.

Diante desse arcabouço teórico e um tanto filosófico, bem como do caos em que estamos vivendo, com total ausência de valores éticos e morais, ainda existem pessoas com coragem, equilíbrio e bom senso para colocar em prática em suas decisões diárias, questões elogiáveis. Assim, é respeitável trazer à tona algumas dentre as várias decisões judiciais que também buscam auxílio nos citados princípios como forma de utilizar o Direito Penal mínimo e de fazer justiça.

Primeiro tem-se o caso da libertação de uma empregada doméstica, que estava presa porque havia furtado do seu patrão o dinheiro necessário para comprar uma passagem de trem de Vitória à vizinha cidade mineira de Governador Valadares, situação essa que levou, em 25 de março de 1976, o juiz João Baptista Herkenhoff, então em exercício na 3ª Vara Criminal de Vitória (ES), a relaxar a prisão dessa empregada doméstica que furtara mais

especificadamente a quantia de 150 cruzeiros de seu patrão, para adquirir uma passagem de trem. A quantia, corrigida pelo salário mínimo, corresponderia hoje a R\$ 116,83.

O Magistrado fez diversas referências ao onipresente Jesus Cristo, rogando para que a acusada fosse absolvida também pela justiça Divina.

Com isso, eis a Decisão proferida pelo Juiz:

Considerando o pequeno valor do furto;  
 Considerando o minúsculo prejuízo sofrido pela vítima que, a rigor, se o Cristo não tivesse passado inutilmente por esta Terra, em vez de procurar a Polícia por causa de 150 cruzeiros, teria facilitado a ida da acusada para Governador Valadares, ainda mais que a acusada havia revelado sua inadaptação a esta capital;  
 Considerando que a acusada é quase uma menor, pois mal transpôs o limite cronológico da irresponsabilidade penal;  
 Considerando que o Estado processa uma empregada doméstica que lesa seu patrão em 150 cruzeiros, mas não processa os patrões que lesam seus empregados, que lhes negam salário, que lhes furtam os mais sagrados direitos;  
 Considerando que o cárcere é fator criminogênico e que não se pode tolerar que autores de pequenos delitos sejam encarcerados para, nessa universidade do crime, adquirir, aí sim, intensa periculosidade social;  
 RELAXO a prisão de Neuza F., determinando que saia deste Palácio da Justiça em liberdade.  
 Lamento que a Justiça não esteja equipada para que o caso fosse entregue a uma assistente social que acompanhasse esta moça e a ajudasse a retomar o curso de sua jovem vida. Se assistente social não tenho, tenho o verbo e acredito no poder do verbo porque o Verbo se fez carne e habitou entre nós. Invoco o poder deste verbo, dirijo a Deus este verbo e peço ao Cristo, que está presente nesta sala, por Neuza F. Que sua lágrima, derramada nesta audiência, como a lágrima de Madalena, seja recolhida pelo Nazareno.<sup>9</sup>

Com esse mesmo espírito foi a Decisão do MM. Juiz de Direito Rafael Gonçalves de Paula, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas em Tocantins, sem utilizar-se das normas técnicas judiciais, mandando soltar Hagemenon Rodrigues Rocha e Saul Rodrigues Rocha, detidos sob a acusação de furtarem duas melancias, a saber:

Trata-se de auto de prisão em flagrante de Saul Rodrigues Rocha e Hagemenon Rodrigues Rocha, que foram detidos em virtude do suposto furto de duas (2) melancias. Instado a se manifestar, o Sr. Promotor de Justiça opinou pela manutenção dos indiciados na prisão.

---

<sup>9</sup> Despacho do Juiz João Baptista dado em audiência, no dia 25/3/76, no processo n. 3.721, da 3ª. Vara Criminal de Vitória/ES. Publicado pelo jornal "A Gazeta", de Vitória/ES, na edição de 26/3/76. Informações Sobre o Autor: João Baptista Herkenhoff Livre-docente da Universidade Federal do Espírito Santo – professor do mestrado em Direito e escritor. E-mail: jbherkenhoff@uol.com.br (JURÍDICO, 2007).

Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Ghandi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engravatados que sonegam milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional). Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém. Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário. Poderia brandir minha ira contra os neo-liberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização européia. Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra - e aí, cadê a Justiça nesse mundo? Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade. Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir. Simplesmente madarei soltar os indiciados. Quem quiser que escolha o motivo. Expeçam-se os alvarás. Intimem-se Palmas – TO, 05 de setembro de 2003. Rafael Gonçalves de Paula Juiz de Direito.<sup>10</sup>

Poderia aqui citar os vários motivos encontrados pelo Juiz Rafael Gonçalves para fundamentar sua Decisão para mandar soltar os indiciados, mas, percebe-se que outras razões também são usadas pelo MM. Juiz que ao final da sentença decide pela liberdade dos acusados, deixando de lado o tecnicismo jurídico e amparando-se em fundamentos principiológicos e dogmáticos do Direito Penal clássico.

É certo que a questão não é tão simples de resolver com uma fórmula matemática. A busca de resposta para a (i) legitimidade de um Direito Penal do inimigo ainda percorrerá um longo caminho em busca do enfrentamento desse novo tipo de criminalidade, em que hodiernamente só produzem legislações de emergência, ocultando e maquiando as omissões do Estado e das demais esferas de controle social.

---

<sup>10</sup> Decisão proferida pelo Juiz Rafael Gonçalves de Paula nos autos nº 124/03 – 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas/TO.

Diante do arcabouço teórico, é forçoso concluir que o moderno Direito Penal amparado por uma ideologia de guerra, representa um ataque ao princípio da intervenção mínima, ora imprescindível em um Estado Democrático de Direito, pois, o Direito Repressor deve ser único e revestido de todas as garantias fundamentais que configuram a base de um verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito, de sorte que dar uma resposta acerca da legitimidade e necessidade de um Direito Penal simbólico (política de emergência social) sem ao menos ponderá-lo, é o mesmo que voltar a tempos passados, sendo o contrário, um exato ataque à Democracia.

## 6 CONCLUSÃO

É verdade que o momento crítico em que vivemos nos leva a um desequilíbrio emocional capaz de criarmos, através dos nossos representantes, inconstitucionalismos aberradores nas legislações, afastando de pronto o modelo constitucional e democrático de Direito. Não é menos verdade também que o novo contexto social é influenciado pelo banditismo organizado que amedronta por suas ações intimidatórias não só cidadãos de salário mínimo, mas aqueles que estão atrás da toga como os próprios juízes de Direito, parlamentares e promotores de justiça.

É com esse clima de insegurança e de criações de “legislações penais de emergência” que o presente trabalho buscou, através da pesquisa a clássicos juristas que enveredam pela seara da dogmática penal, entender as velocidades do Direito Penal e em especial a mal recepcionada 3ª velocidade criada por Günther Jakobs. Dessa forma, a pesquisa nos possibilitou entender o fundamento do “Direito Penal do inimigo”, a partir da leitura e análise da literatura selecionada, sinteticamente, formando um arcabouço teórico e coerente para trabalhar as questões enfocadas neste estudo.

Discorreu-se sobre Direito Penal contemporâneo e suas peculiaridades bem como as velocidades do Direito Penal, enfatizando, por sua vez, a teoria arquitetada pelo professor alemão Jakobs, permitindo compreender, por sua ocasião, as inúmeras críticas a essa tese.

Percebe-se então, que este estudo, buscando um referencial coerente para embasar o alcance dos seus objetivos, foi desenvolvido baseado na abordagem qualitativa, enriquecida pelas contribuições da pesquisa teórica aqui tratada.

Nessa perspectiva de abordagem, chego à conclusão que a terceira velocidade do Direito Penal é um dos filhos da família do Direito Penal máximo, a qual traz o inimigo da

sociedade como um estranho, um ser humano considerado como um ente perigoso, daninho e esquecido da pessoa racional que ele é. Forçoso foi compreender o outro lado do Direito defendido pela corrente minimalista como forma de garantir os postulados do Direito Penal clássico concebido pela garantia e democracia de um Estado social, ao passo de ser inaplicável aos ordenamentos democráticos.

Como se percebe sem muito esforço, a semelhança entre o que pretende Jakobs, com a sua distinção amigo e inimigo, em muito se assemelha ao projeto desenvolvido por Mezger durante o regime nazista, capitaneado por Adolf Hitler. Com esse argumento voltado ao delinquente habitual, ou criminosos pertencentes às facções organizadas, como acontece com os terroristas e traficantes de drogas taxando-os de irrecuperáveis, propondo-se, para eles medidas de privação da liberdade com tempo indeterminado, tratava o ser humano como um estranho à comunidade, levando esse comportamento, a meu ver, ao máximo da insensatez a que pode chegar o Direito Penal.

Dizer que a sociedade, na qual todos nós estamos inseridos, é composta por cidadãos e por inimigos, para os quais estes últimos devem receber tratamento diferenciado, como se houvesse um estado de guerra, é querer voltar ao passado cuja história a humanidade quer, na verdade, esquecer.

Diante disso, visando alcançar o objetivo traçado por este trabalho de compreender e analisar a aplicabilidade da 1ª e 2ª velocidades do Direito Penal ao ponto de identificar a classificação do delinquente trazida pela terceira velocidade do Direito Penal, bem como, demonstrar diante de um Direito Penal contemporâneo e emergencial a real distinção entre Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo, é que concluo ser essa uma perigosa disposição de espírito que correrá as próximas décadas em todo o mundo, o que leva a tarefa de analisarmos a validade de um “Direito Penal do Inimigo/terceira velocidade” em Estados Democráticos de Direito, ainda que em situações inusitadas e mais difíceis.



Embora ser inegável o comportamento agressivo da criminalidade, corroboro com Grecco (2010, p. 24) ao aduzir que “não se pode é desistir do homem, sob o falso argumento de ser incorrigível, de possuir um defeito de caráter, que o impede de agir conforme os demais cidadãos”, por mais que sejamos esclarecidos, por mais que nos revoltamos com as cenas veiculadas pelos meios de comunicação, mostrando pessoas inocentes sendo mortas brutalmente, por exemplo, pelos componentes do exército iraquiano. E é nessa trilha de pensamento que lanço a recomendação aos estudiosos dessa ciência penal, que: antes de doutrinarem e legislarem, compreendam as limitações e omissões do Estado/social a passo de não darem vida a um Direito Penal sem princípio (s), pois, até mesmo o soldado mais vil tem o direito de, ao ser preso, ver assegurados os seus direitos e garantias fundamentais.

Assim, com a confrontação teórico-metodológica, tentamos demonstrar a incompatibilidade da proposta penal trazida ante a presença do Direito Penal do Inimigo proposta por Günter Jakobs e a vigente e ao mesmo tempo ineficaz - 2ª velocidade do Direito Penal – adotada pelo Código Penal brasileiro, frente ao fenômeno da criminalidade moderna.

Com uma confusão dogmática ora vivida pelas ciências, ficou evidenciado que resta também a ciência - Direito Penal, ser utilizada com um instrumento de pedagogia e “transformação social”, pois, como o objetivo de manter a paz social nunca foi tão fácil, diante da natureza conflituosa do ser humano, as iniciativas do legislador ordinário com o fim de manter uma sociedade justa e livre da criminalidade pós-industrial pode enfrentar alguns problemas com o confronto principiológico da dogmática penal ora esquecidos por muitos, tipificando crimes que poderiam estar arrolados na área administrativa e/ou civil sem problemas, fazendo surgir um grande desafio na atualidade de constituir a legitimidade de um Direito Penal do Inimigo capaz de conciliar em um modelo eficaz de confronto/enfrentamento da criminalidade organizada e transnacional com os postulados principiológicos e constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Diante de tudo o que foi dito, entendemos que o momento de turbulência em que a sociedade está passando e que inconscientemente pugna para a existência de um Direito Penal do terror, incriminando as mais variadas condutas com o objetivo de agradar determinada classe social e em busca de soluções político social através do Direito Penal, é este o tempo para repensarmos em um Direito Penal mais humanitário amparado por princípios conselheiros – como o da Dignidade da pessoa humana, da humanidade, da lesividade e outros. Aí sim. Os condenados, os réus e até mesmo as vítimas, considerados na órbita jurídico/social como “mais fracos”, terão direito aos bens e garantias jurídicos penais mínimos essenciais ao ser humano.

Isso não significa trazer justificação (apologia) ao crime, muito menos fazer discurso de proteção à criminalidade e aos criminosos. Longe disso. É preciso sim, fazer um discurso vigoroso e inteligente de combate à criminalidade, e no conceito da Criminologia, ao desvio, de forma coerente, começando pelas causas e jamais agredindo os postulados constitucionais que foram conquistados ao longo dos anos pelo pouco que ainda representam na esperança do povo deste País - Brasil – um país de todos. Longe de trazer a ideia de deixar de punir, mas, se deve punir com razoabilidade, proporcionalidade e dignidade.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, V. P. de. **Sistema penal máximo versus cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BECCARIA, Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume I: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 67, de 22-12-2010**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANCIO MELIÁ, Manuel. “**Direito Penal**” do Inimigo? In: JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Trad. André Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 22-23.

COTRIM, Gilberto. **História Global: Brasil e Geral** – volume único. 6º ed. Reform. São Paulo, 2002.

D’ÁVILA, Fábio Roberto. **A Crise da Modernidade e as Consequências no Paradigma Penal (Um breve excurso sobre o Direito Penal do Risco)**. 2004. [s.l.]. Mundo Jurídico. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.com.br?...>>. Acesso em: 14 mai. 2011.

**DICIONÁRIO Aurélio. Eletrônico – Século XXI**. versão 3.0, [S.l.: s.n.] ed. Nova Fronteira, 1999.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. Tradução de Luiz Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 35ª. Ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2008.

GAROFALO, R. **Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal**. Tradução de Júlio Matos. São Paulo: Teixeira e Irmãos Editores, 1983.

GOMES, Luiz Flávio. **Conferência realizada na sede do IELF (Instituto coordenado por Luiz Flávio Gomes)**. São Paulo. 2004. Disponível em: <<http://www.portalielf.com.br/>>. Acesso em: 17 de mai. 2011.

\_\_\_\_\_. **Pais que constrói mais presídios que escolas está doente**. [S.l.:s.d.] Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/campanha-sobre-a-violencia-penitenciaria/brasil-pais-que-constroiu-mais-presidios-que-escolas-esta-doente/>>. Acesso em: 21 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal)**. São Paulo: Notícias Forenses, outubro 2004.

\_\_\_\_\_. BIANCHINI, Alice. **“DIREITO PENAL” DO INIMIGO E OS INIMIGOS DO DIREITO PENAL**. Revista Electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP-PERÚ. 2da.Edición. [s.d.] obs: falta o site???

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma Visão Minimalista do Direito Penal**. Editora Impetus. Rio de Janeiro, 2010. 5ª edição.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Inimigo**. [s.l.]. 2008. Disponível em: <<http://www.novacriminologia.com.br/index.php?...>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

HERKENHOFF, João Baptista. **Mulheres no banco dos réus, sob o olhar de um juiz**. Decisão libertando Edna, a que ia ser Mãe. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 37, 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1685](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1685)>. Acesso em: 11 ago. 2011.

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

\_\_\_\_\_. **Defesa dos direitos humanos e política criminal**. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade, Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, ano 2, n. 3, 1997, p. 57-69.

JAKOBS, Günter & CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho Penal del Enemigo**. Navarra: Editorial Aranzadi, Janeiro 2006, p. 16, 25, 28.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOMBROSO, César. **O homem delinquente**. Tradução de Maristela B. Tomasini e Oscar A. C. Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Brauco. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal e Controle Social**. 1ª edição. Editora Forense, p. 25-26.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 1, 33. Ed., São Paulo, Saraiva. Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

PINTO NETO, Moysés da Fontoura. **Política Criminal do Inimigo: em busca da correta delimitação teórica**. Artigo recebido em 28/09/2010 e aprovado em 21/09/2011. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 13 n°100 Jul/Set 2011 p. 277 a 297.

**REVISTA Consultor Jurídico**, [s.l.] 2 de abril de 2004. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/22746,1>>. Acesso em: 21 mai. 2011.

**REVISTA Jurídica Consulex** – ANO X – N° 226 – [S.l.: s.n.], 15 de junho/2006.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Rolando Roque da Silva. VirtualBooks. Formato: e-books/Rb, Código: RCM, ed. Eletrônica: Ridendo Castigat Moraes, 2002.

SÃO PAULO (Estado). Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Vade Mecum Saraiva**. 11. ed. Atual. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Súmulas Vinculantes**. Vade Mecum Saraiva. 11<sup>a</sup> ed. Atual. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **“El derecho penal ante la Globalización y la Integración Supranacional”**, In: Revista Brasileira de Ciências Criminais (24), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27a. ed. – São Paulo: Malheiros, 2006.

VELHO, G. **Desvio e divergência: uma crítica da patologia social**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 24.

YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 179-215.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **“Globalización y Sistema Penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana”**, [S.l.: s.d.], p. 19-20.

\_\_\_\_\_. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.