

MODERNAS TENDÊNCIAS DE CONTROLE SOCIAL

*Paulo César Busato**

Resumo: A realidade do crime na sociedade contemporânea faz as pessoas clamarem por mais Direito penal. Esta situação é o produto de um novo modo de vida impulsionado pela Sociedade de Risco. Esta tendência sociológica tem um paralelo expresso em algumas Teorias de Direito penal, especialmente a “Teoria do Direito penal de duas ou três velocidades” e o “Direito penal do Inimigo”. Estas teorias são completamente opostas à concepção de um Estado Social e democrático de Direito e este é o seu perigo. Este trabalho pretende abrir os olhos dos operadores do Direito penal, a respeito deste perigo.

Abstract: The crime reality on the contemporary society makes people claim for more Criminal Law. This situation is a product of a new kind of life pushed by the Risk Society. This sociological tendency had a parallel support expressed on some Criminal Law Theories, especially the “Two or Three velocities Criminal Law Theory” or the “Enemies Criminal Law”. These theories are completely opposites to the conception of a Law democratic Social State and this is their danger. This work wants to open eyes of the Criminal Law operators to about that danger.

Introdução. 1. Os fundamentos criminológicos e dogmáticos do Direito penal do inimigo. 1.1. Globalização e expansão da vertente simbólica do Direito penal. 1.2. A política de tolerância zero. 2. Modelos político-criminais proclives à redução de garantias. 2.1. O direito penal de duas velocidades. 2.2. O *Direito penal do inimigo*. 3. Considerações finais.

Introdução.

Vivemos um momento em que o Direito penal deparou-se com uma encruzilhada. A dimensão política e a contundência que são suas características levaram-no a converter-se em um instrumento de permanente utilização por parte dos detentores do poder, como forma de, a um só tempo, responder a uma induzida sensação de insegurança social e demarcar claramente os espaços

* Paulo César Busato é Promotor de Justiça no Estado do Paraná, Professor de Direito penal e Criminologia da UEPG e Professor do Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas da UEPG. Doutor em Direito penal pela Universidad Pablo de Olavide, em Sevilla, Espanha, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Especialista em Direito penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra, Portugal.

sociais correspondentes a distintas classes de pessoas. Tudo em obediência a interesses de discursos que transformaram a idéia de risco em ponto de referência para a organização político-criminal, gerando o que se convencionou chamar de Direito penal do inimigo ou Direito penal do terror. Quiçá a própria banalização da violência em tempos modernos tenha contribuído para a abertura deste espaço ou, por outro lado, também pode ser que o emprego institucionalizado de um instrumento de controle mais violento tenha estimulado a prática de mais violência. O que veio primeiro nesse círculo vicioso é coisa indefinível.

Estabelece-se, hodiernamente, uma política criminal cujo eixo é a identificação dos criminosos como inimigos. É verdade que vivemos um momento em que o nível de violência das quadrilhas e bandos chegou a um ponto insuportável, mas também é verdade que uma das contribuições essenciais para que se chegasse a isso é a escolha, por parte do Estado, de uma política criminal igualmente violenta.

Desde os anos 90, optamos por seguir uma senda de legislar no âmbito criminal aumentando as penas, anulando garantias processuais e criando novas incriminações. Mas, enquanto no princípio isso ocorria à margem do discurso oficial, ou seja, sem a busca direta e anunciada do efeito simbólico de minimização do risco, hoje a realidade é totalmente outra. O governo sai às ruas para anunciar nos meios de comunicação – e com o apoio deles - que sua política é justamente a de *combate à criminalidade organizada* e de *guerra contra o delito*.. As expressões são claras por elas mesmas. Mais do que isso, se diz, sem meias palavras, que as ferramentas de contenção da criminalidade são novas leis de matéria penal.

Chegamos possivelmente ao limite. A chamada *opinião pública*, absolutamente dominada pelos meios de comunicação de massa, pede por mais Direito penal e recebe do governo exatamente isso. Por outra lado, se vê claramente o incremento do delito que ultrapassa as medidas tomadas, mas, nem as pessoas comuns, nem as autoridades responsáveis parecem dar-se conta de que isso resulta justamente do aumento das medidas penais e não de que estas

tenham sido insuficientes. Resulta de um tal desconhecimento a produção de mais Direito penal, formando um círculo vicioso.

Esta brutal estratégia faz com que os juristas se vejam obrigados a posicionar-se já não apenas desde um anódino ponto de vista teórico, em busca de referências de verdade empírica ou de coerência estrutural, mas também exige que eles explicitem quais são as conseqüências sociais e políticas de suas opções teóricas. Não é mais aceitável a postura de quem se esconde por trás de uma pretensão de “distanciamento teórico”, principalmente se é dado por certa e até desejável a mescla das perspectivas dogmática e político-criminal.

Os temas de Direito penal já não estão mais restritos à academia, à pura discussão teórica sem afetação do cotidiano das pessoas. Cada vez mais os jornais, o cinema, a literatura, a *internet* e todas as formas de comunicação ocupam boa parte do espaço com o fenômeno criminal. As pessoas em geral, e não só a academia, esperam dos juristas muito mais que uma explicação distanciada das opções tomadas em aras da tratativa jurídica do crime.

Não é possível acreditar que aquele que busca ajustar um sistema a determinada opção política por ele conhecida, simplesmente não atine para os efeitos práticos de sua aplicação, já que a formulação é realizada justamente tendo em vista suas conseqüências. A filosofia da linguagem oferece a exata perspectiva deste fenômeno. Aquilo que conhecemos um dia, jamais pode deixar de fazer parte do nosso conhecimento. Ou seja, uma vez que se conhece algo, não pode haver um processo gradativo de “desconhecimento”. Isso porque, o que passa a fazer parte do nosso conhecimento através de um processo de comunicação ingressa, para nós, em um “mundo que existe”, e essa existência não pode mais ser negada. É por isso que os penalistas, que vêm hoje exponencialmente ampliado o interesse popular pelas decisões legislativas, e como tal, dogmáticas jurídico-penais, não podem simplesmente isolar o tema de sua dimensão político-criminal.

Dentro desse contexto, o que se pretende nestas breves linhas é analisar criticamente as modernas tendências de sistemas dogmáticos funcionalistas que cada vez mais vêm ganhando espaço de discussão no cenário científico brasileiro, sob o prisma de sua configuração com uma proposição político-criminal que vem ocupando um espaço central nas discussões dos principais penalistas do mundo: o chamado *direito penal do inimigo*. Através da crítica aos fundamentos justificadores destas tendências se espera oferecer ao leitor ferramentas para combater tal discurso legitimador da violência.

1. Os fundamentos criminológicos e dogmáticos do Direito penal do inimigo.

Aqui procurarei apontar os fundamentos e os traços comuns entre o modelo criminológico e o fundamento dogmático que estão na origem da fórmula do chamado Direito penal do inimigo.

A primeira coisa a ter em conta, para tanto, é que tratar de Direito penal sempre supõe estar discutindo sobre limites. Limites de intervenção, limites de tolerância, limites para a liberdade, limites para os direitos, limites para as ofensas, limites para o Estado, limites para o indivíduo. Ao compor o instrumento mais gravoso de controle social, o Direito penal está em permanente busca do equilíbrio entre segurança e liberdade.

Visto de um distanciamento histórico, é possível perceber que a evolução do Direito penal consiste em sua progressiva diminuição e, por conseguinte, da fixação de limites paulatinamente mais amplos para a liberdade dos indivíduos. Entretanto, não se pode negar que este movimento de diminuição não é uniforme, mas sim pendular. A história mostra que o fluxo permanente de diminuição de intervenção penal não ocorre sem sobressaltos em direção a modelos que bem podem ser qualificados de modelos de intolerância. Temo estarmos diante de um destes “soluções” históricos.

É de Prittwitz¹ a opinião, com a qual concordo, de que estamos vivendo um momento em a realidade da sociedade de risco tem sido usada como argumento discursivo para justificar um nocivo processo de expansão que se apresenta embalado pelo rótulo de um *Direito penal do inimigo*.

1.1. Globalização e expansão da vertente simbólica do Direito penal.

Pode-se partir de uma simples constatação empírica: estamos vivendo um momento de orientação global ao recrudescimento da repressão, um daqueles referidos “*soluções históricas*”. Não há dúvidas de que este estado de coisas é açodado, em certa medida por fatores como a globalização e a revolução tecnológica.

A quebra da bipolaridade do poder a nível mundial, somada à globalização econômica, e por força desta, cultural, levou a humanidade a um discurso mais ou menos hegemônico ditado a partir de uma fonte bem conhecida. Este discurso é o discurso da insegurança social, do rompimento de qualquer padrão em prol de uma pretensa segurança que nunca chega.

O estabelecimento de uma única potência mundial ao lado do crescimento das organizações supra-nacionais² e o poder de que se revestem as decisões tomadas tanto por uma quanto por outras são fatores determinantes na adoção de uma política criminal uniforme a nível mundial, especialmente em âmbitos de interesses coletivos, como o meio ambiente, o trânsito de armas ou a economia. Do mesmo modo, o crescimento da importância da mídia potencializa a difusão das idéias ditadas por este modelo³.

Aliás, convém notar que é justamente na economia que brota antes o processo de globalização, que só mais tarde se torna político e jurídico. Não é

¹ Vide, a respeito, PRITTWITZ, Cornelius. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito Penal do Inimigo”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, São Paulo: Revista dos Tribunais, março-abril de 2004, pp. 31 e ss.

² No que tange às organizações supra-nacionais, veja-se comentário em PRITTWITZ, Cornelius. Op. Cit., p. 32.

³ Veja-se o comentário de Prittwitz em PRITTWITZ, Cornelius. Op. Cit., p. 32.

novidade que a expansão dos mercados sempre é a primeira opção de crescimento econômico, desde a instalação do processo de revolução industrial⁴. Mas esta atividade econômica supra-nacional atrai também a ânsia pelo lucro ilícito, pelo que, a pretensão de delinquência alcança, da mesma forma, aspirações globais, em especial nos âmbitos societários.

À parte disso, as atividades cotidianas da sociedade, cada vez mais, se vêem associadas a um padrão elevado de riscos que fogem ao controle daquele que se arrisca. Não há dúvida nenhuma de que no período medieval, por exemplo, uma pessoa estava muito mais exposta a doenças, a violência e toda a sorte de percalços que levavam a uma vida de sobressaltos e dificuldades. Por outro lado, a comodidade de nossos dias em utilizar energia elétrica, em movermo-nos em automóveis e utilizarmos telefones celulares, implicam em riscos de funcionamento das usinas nucleares ou termo-elétricas, nas enormes cifras de acidentes de trânsito e do depósito altamente contaminante das baterias dos telefones. A diferença está em que estes riscos, ao contrário dos medievais, estão distantes do nosso controle. A verdade é que nossa média de sobrevivência é muito superior à do homem medieval, mas também é verdade que temos muito menos controle sobre as fontes de risco.

A distância para com as fontes de risco gera uma falsa sensação de insegurança, que faz com que o homem comum migre em busca de uma segurança que lhe é apresentada falsamente na embalagem do Direito penal.

Não é à toa, conforme observa Herzog, que “em muitas leis do Direito penal moderno se emprega a palavra “luta” (contra a criminalidade econômica, contra a criminalidade ambiental, contra a criminalidade organizada).

⁴ É ilustrativo o comentário de Hobsbawm no sentido de que “na Inglaterra de fins do século XVIII, duas coisas eram necessárias: primeiro, uma indústria que já oferecesse recompensas excepcionais para o fabricante que pudesse expandir sua produção rapidamente, se necessário através de inovações simples e baratas, e, segundo, um mercado *mundial* amplamente monopolizado por uma única nação produtora”. In HOBBSAWN, Eric. *A Era das Revoluções*. 18ª ed., trad. de Maria Tereza Lopes Teixeira e Macos Penchel, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004, p. 56.

Como se o Direito penal pudesse vencer o mal e afastar o caos mediante a violência”⁵.

O discurso que aparece então é o da necessidade absoluta de segurança, que faz justificar um tratamento diferenciado e recrudescente ao delinqüente, **convertendo o modelo de controle social do intolerável em um modelo intolerável de controle social**, transformando-se de um Direito penal do risco em um Direito penal do inimigo⁶. E, no afã de alcançar este objetivo inatingível de paladino do controle da violência, o Direito penal “tem deixado cair a bagagem democrática, a qual é um obstáculo na realização das novas tarefas”⁷.

Entretanto, a pretensão de que o Direito penal possa representar algum tipo de solução para estes problemas é absolutamente falsa, já que se sabe de antemão que, por um lado, o Direito penal somente atua com posterioridade, quando o fato danoso já se produziu, e que ele é incapaz de representar a solução mais adequada para prevenir riscos e muito menos para promover qualquer espécie de intimidação contra a realização de práticas delitivas⁸.

O Direito penal se converte, assim, em um mero *Direito penal simbólico*, incapaz de alcançar sequer os propósitos a que se propõe.

⁵ HERZOG, Félix. “Algunos riesgos del derecho penal del riesgo”, in *Revista Penal*, Barcelona: Praxis, 1999, p. 54.

⁶ Prittwitz alerta para esta transformação, ao comentar que “O direito penal do risco e direito penal do inimigo não são dois conceitos independentes um do outro; direito penal do inimigo não é uma expressão que está na moda, e que apenas substitui outra expressão que está na moda – o direito penal do risco. Este último descreve, a meu ver, uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta resultado de uma época, estrutural e irreversível; uma mudança cujo ponto de partida já é fato dado e que tanto encerra oportunidades como riscos. Direito penal do inimigo, em contrapartida, é a conseqüência fatal e que devemos repudiar com todas as forças, de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada – independentemente de se descrever o direito do risco como um «direito que já passou a ser do inimigo», como o fez Günther Jakobs em 1985 – naquela época ainda em tom de advertência – ou de se defender veementemente o modelo de um direito penal parcial, o direito penal do inimigo, como o fez Günther Jakobs mais recentemente”. PRITTWITZ, Cornelius. Op. Cit., p. 32.

⁷ Esta é a expressão utilizada por Hassemer em HASSEMER, Winfried. “Características e crises do moderno Direito penal” in *Revista de Estudos Criminais* nº 8. Porto Alegre: Notadez Editora, 2003, p. 59.

⁸ A respeito, já nos posicionamos em BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao Direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, cap. II, item 2, especialmente p. 182.

1.2. A política de tolerância zero.

Faz parte dos resultados das investigações criminológicas a conclusão de que no último terço do século passado, a despeito da evolução social de alguns países industrializados, houve um incremento da criminalidade⁹, o que possibilitou a abertura de algum espaço no meio dos estudos de criminologia para uma conclusão de que nenhuma iniciativa gerava resultado de diminuição de criminalidade (*nothing works*)¹⁰.

Porém, já no início dos anos 90, houve, especialmente nos Estados Unidos, uma redução genérica dos níveis de criminalidade, sendo que este resultado foi comprovadamente produto de iniciativas das mais variadas ordens.

Entre estas iniciativas, se encontrava uma idéia de recrudescimento para com a criminalidade de escassa lesividade na cidade de Nova Iorque, consistente na diminuição da tolerância para com qualquer espécie de delitos ou comportamento considerados desviados do padrão social considerado desejável, no uso de medidas punitivas drásticas para alcançar este objetivo, uma difusão da idéia de associação entre incivildades e crime, considerando que as pequenas infrações seriam a porta de entrada para crimes graves e adotando, como pretensão de cientificidade a permanente e repetida referência ao artigo publicado em 1982 na *Atlantic Monthly*, intitulado "Broken Windows"¹¹, o qual pretende transmitir a idéia de que é lutando passo a passo contra os pequenos distúrbios cotidianos que se faz recuar as grandes patologias criminais¹².

⁹ "O último terço do século XX testemunhou um aumento da criminalidade em todos os países industriais avançados, com a possível exceção do Japão. O aumento ocorreu mais cedo em alguns países, como os Estados Unidos, e mais tarde em outros, como a Holanda, mas por muito tempo pareceu ser implacável e inevitável. Ocorreu em períodos de pleno emprego e durante a recessão da década de 1980. Algumas vezes sua força foi dramática: num só ano na Inglaterra e no País de Gales(1991), a taxa de crimes registrados foi 25% maior do que a taxa total de crimes de 1950. Ocorreu apesar de aumentos maciços dos padrões de vida, dos gastos do sistema de justiça criminal em prevenção da criminalidade e medidas de segurança pessoal." In YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Col. Pensamento Criminológico no. 7, trad. Renato Aguiar, Rio de Janeiro: Revan - Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.180.

¹⁰ YOUNG, Jock. *Op. cit.*, p.180.

¹¹ Nesse sentido YOUNG, Jock. *Op. Cit.*, p.183.

¹² WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 25.

Esta idéia certamente interessava aos setores socialmente dominantes, na medida em que vendia uma pretensão de segurança ao preço da intervenção e controle da vida cotidiana e, por isso, foi embalada por forte esquema de propaganda no sentido de vendê-la como responsável única pela redução da criminalidade.

Jock Young, contudo, esclarece que foi proposta uma falsa “equação simples” de que a tolerância zero, baseada na filosofia de “janelas quebradas”, teria sido testada em Nova Iorque e levado a uma redução da criminalidade¹³. Diz ele que na verdade “*a criminalidade teve uma redução drástica em Nova Iorque no período 1993-96, sendo esta a única parte da equação que é verdadeira (redução notável de 49,5% neste período)*”¹⁴. No entanto, esclarece:

“O que mais evidência o fato da afirmação não ser razoável é que o declínio da criminalidade ocorreu em 17 das 25 maiores cidades dos Estados Unidos no período de 1993-97 [...] que adotaram explicitamente políticas menos agressivas (e.g. Los Angeles, logo após os tumultos), em cidades que usam policiamento orientado para a comunidade, como Boston e San Diego (Pollard, 1997; Currie, 1997). Ocorreu onde não houve nenhuma mudança de policiamento (e.g. Oakland) e mesmo em alguns lugares em que houve uma redução do número de policiais [...], e a taxa de criminalidade de Nova Iorque começou a cair antes de os novos métodos de policiamento do comissário Bratton serem instituídos”¹⁵.

A idéia de tolerância zero, se por um lado, não tinha efetivamente produzido a diminuição de criminalidade, através de um intenso patrocínio ideológico levado a cabo pelo Manhattan Institute¹⁶ buscou associar sua aplicação

¹³ YOUNG, Jock. Op. Cit., p.184.

¹⁴ YOUNG, Jock. Op. Cit., p.184.

¹⁵ YOUNG, Jock. Op. Cit., p.184-185.

¹⁶ “É ainda o Manhattan Institute que vulgariza a teoria dita “da vidraça quebrada” [broken windows theory],[...] Seu Center for Civic Initiative, cujo objetivo é “pesquisar e publicar soluções criativas para os problemas urbanos baseadas no livre mercado” [...] financia e promove o livro de George Kelling e Catherine Coles, *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities* [“Consertando as vidraças quebradas: como restaurar a ordem e reduzir o crime em nossas comunidades”]. Essa teoria, jamais comprovada empiricamente, serve de álibi criminológico para a reorganização do trabalho policial empreendida por William Bratton, responsável pela segurança do metrô de Nova York promovido a chefe da polícia municipal. O objetivo dessa

àquele benefício social, circunstância que já se demonstrou não ser verdadeira. Muito pelo contrário, foi claramente responsável pela produção de outros efeitos bastante nocivos. Nesse sentido concorre a observação precisa de Muñoz Conde:

“Efetivamente, se demonstrou que as políticas de “tolerância zero”, que se implantou em muitas cidades americanas, seguindo o modelo da de Nova Iorque a princípios dos noventa, ainda que momentaneamente pareciam reduzir um pouco as cifras de criminalidade geradora de insegurança cidadã (furtos, roubos, danos, etc.), analisadas a mais longo prazo não fizeram baixar de forma relevante o número de delitos, nem sequer as dos delitos menores, e sim, ao contrário, provocaram um aumento impressionante do gasto policial, o que, obviamente, conduziu também a um aumento da atividade judicial e do número de condenações, com o conseguinte aumento da população penitenciária¹⁷, já que a maioria destes delinquentes são condenados a penas de prisão. Inclusive este aumento da dotação policial provocou também o aumento das queixas de muitos setores cidadãos contra a violência e excessos policiais, motivadas pelas reações desproporcionadas com que às vezes a Polícia tem atuado em casos nos que não havia perigo de comissão de um delito”¹⁸.

reorganização: refrear o medo das classes médias e superiores – as que votam – por meio da perseguição permanente dos pobres nos espaços públicos (ruas, parques, estações ferroviárias, ônibus e metrô etc.) [...] desembocando em uma aplicação inflexível da lei sobre delitos menores tais como a embriaguez, a jogatina, a mendicância, os atentados aos costumes, simples ameaças e “outros comportamentos anti-sociais associados aos sem-teto”, segundo a terminologia de Kelling. “Em Nova York, sabemos onde está o inimigo”, declarava Bratton por ocasião de uma conferência na Heritage Foundation [...] os “squeegee men”, esses sem-teto que acoçam os motoristas nos sinais de trânsito para lhes propor lavar seu pára-brisa em troca de uns trocados (o novo prefeito Rudolph Giuliani fez deles o símbolo amaldiçoado da decadência social e moral da cidade, e a imprensa popular os assimila abertamente à epidemia: “squeegee pests”), “os pequenos passadores de droga, as prostitutas, os mendigos, os vagabundos e os pichadores”. WACQUANT, Loïc. Op. Cit., pp. 25 e 26.

¹⁷ “O aumento da população penitenciária nos Estados Unidos nos últimos dez anos como consequência desta política foi impressionante, triplicou-se, passando de setecentos e quarenta mil a quase dois milhões” MUÑOZ CONDE, Francisco. *De la tolerancia cero, al Derecho penal del enemigo*. Nicaragua: ICEP/UPOLI, 2005, p. 33.

¹⁸ “Por exemplo, em Nova Iorque em janeiro de 1999, uma dotação de quatro membros da unidade de polícia de ‘luta contra os delitos de rua’, que buscavam um presumido estuprador, realizaram 41 disparos, dos quais 19 atingiram o alvo, contra um jovem imigrante de Nova Guiné, de 22 anos, que se encontrava tranqüilamente no vestibulo de um edifício, ferindo-o mortalmente (*caso Diallo*). E em março de 2001, na cidade de Filadélfia, dispararam contra um jovem motorista de raça negra que desobedeceu um semáforo vermelho, porque ao identificar-se os policiais pensaram que ia sacar um revólver do porta-luvas”. In MUÑOZ CONDE, Francisco. *De la tolerancia cero...* Op. Cit., pp. 31-32.

A impressionante e embrutecedora atitude policiaesca da política novaiorquina não só produziu problemas, como tornou evidente, quando comparada com as cidades que tentaram o caminho da aproximação e do consenso no combate à criminalidade, que este último é o único caminho possível. Lôic Wâcquant apresenta dados comparativos entre Nova York e San Diego que são absolutamente esclarecedores:

“[...] entre 1993 e 1996, a metrópole californiana exhibe uma queda da criminalidade *idêntica* à de Nova York, mas ao preço de um aumento do efetivo policial de apenas 6%. O número de detenções efetuadas pelas forças da ordem diminui em 15% em três anos em San Diego, ao passo que aumenta em 24% em Nova York, atingindo a cifra astronômica de 314.292 pessoas presas em 1996 [...] Enfim, o volume das queixas contra a polícia diminui em 10% na costa do Pacífico, ao passo que cresce em 60% na cidade de Giuliani”.¹⁹

O bombardeio midiático para a venda desta idéia foi tão massivo que resultou em sua tentacularização para outras partes do mundo²⁰, especialmente a Europa.

Nesse sentido, comenta Muñoz Conde que o legislador espanhol adotou o nocivo critério de *habitualidade*, oriundo da fórmula americana *three strikes and you are out*²¹, ao aplicar penas privativas de liberdade de longa duração para “a realização no prazo de um ano de quatro contravenções contra a

¹⁹ WACQUANT, Loïc. Op. Cit., pp. 28 e 29.

²⁰ “De Nova York, a doutrina da “tolerância zero”, instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda [...] propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante. E com ela a retórica militar da “guerra” ao crime e da “reconquista” do espaço público, que assimila os delinqüentes (reais ou imaginários), sem-teto, mendigos outros marginais a *invasores estrangeiros* – o que facilita o amálgama com a imigração, sempre rendoso eleitoralmente”. WACQUANT, Loïc. Op. Cit., p. 30.

²¹ Esta fórmula, cuja expressão deriva da eliminação dos batedores no baseball quando não acertam a bola em três arremessos válidos é aplicada em termos criminais da seguinte forma: a pessoa acumula histórico delitivo, sendo que quando comete o terceiro ilícito contra o patrimônio recebe pena privativa de liberdade de longa duração. A rigor, trata-se de uma medida que gera uma pena oriunda não do fato, mas do histórico de vida do autor do fato. Contrariamente à moderna tendência de crítica ao incremento de pena para a reincidência, por reconhecer nela um fator social, a medida consiste em um verdadeiro Direito penal de autor.

propriedade, constitutivas de furto simples, sempre que o montante acumulado das infrações seja superior ao mínimo da referida figura do delito (400 euros)”²².

Este critério de habitualidade, evidentemente tendente a um Direito penal de autor, é flagrantemente violador do princípio de culpabilidade, ao menos no que respeita à culpabilidade pelo fato²³, guardando sua origem no instituto italiano do *delinquente por tendenza*, do Código penal fascista e na figura do *Gewohnheitsverbrecher* da lei sobre o delinqüente habitual vigente na Alemanha nazista²⁴.

Ademais, os delitos de pequena monta, como pequenos furtos, perturbação do sossego, embriaguez, uso de entorpecentes, etc., em função das desigualdades sociais próprias do capitalismo, procedem de uma camada bem determinada da população, composta pelos menos favorecidos economicamente, abrindo espaço cada vez mais para um discurso de inversão da análise criminológica da escola crítica.

Outro exemplo de tentacularização do discurso discriminatório vem da Escócia, onde Henry McLeish, ministro do Interior, propôs uma verdadeira

²² “A habitualidade, em forma de reincidência constatada por condenações anteriores, transforma-se ademais de um modo geral no fundamento de uma super agravação da pena”. MUÑOZ CONDE, Francisco. *De la tolerancia cero...* Op. Cit., pp. 14-15 e 16-17.

²³ Da característica de intensa pessoalidade de que se reveste a idéia de culpabilidade, poder-se-ia entender que se trata de um princípio que conduz a um Direito penal de autor. Isso não é verdade. Claro que é possível pensar tanto em “culpabilidade pelo fato individual como culpabilidade pelo modo de vida”, tal como se fez durante o nacional-socialismo, mas só a primeira é adequada a um modelo de sistema de imputação criminal de um Estado de Direito. Veja-se, no mesmo sentido, o comentário de Jescheck no sentido de que “a essência da culpabilidade não é vista (...) em um defeito do caráter adquirido por uma má e culpável condução de vida (“culpabilidade pelo modo de vida”), mas em que o autor na situação concreta não se ajustou às exigências do Direito, apesar de isto ter sido possível (culpabilidade pelo fato)”. In JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5ª ed., Trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002, p. 25. Por isso, nos dias atuais, não é mais aceitável uma “culpabilidade pelo modo de vida” ainda que, cumpre reconhecer, para a análise da reprovabilidade da conduta do sujeito quanto ao fato concreto por vezes seja necessário recorrer a dados da trajetória vital do autor, para a melhor compreensão de seu comportamento nas circunstâncias concretas. A culpabilidade é, enfim, característica do sujeito, porém, refere-se exclusivamente ao fato e a ele exclusivamente encontra-se vinculada.

²⁴ A informação histórica é oferecida por Muñoz Conde em MUÑOZ CONDE, Francisco. *De la tolerancia cero...* Op. Cit., pp. 18-19.

“guerra” – assim por ele denominada – para “retomar a rua para as pessoas” e banir “os comportamentos de segunda classe em nossas comunidades”²⁵.

A mesma política repercutiu ainda em outros centros urbanos europeus como Frankfurt (campanha intitulada *Null Toleranz* – lançada pela união democrata cristã), Nápoles (*tolleranza zero* implantada pelo prefeito Antonio Bassolino)²⁶ e inclusive no Reino Unido, onde a discriminação chegou às escancaras, consoante revela o comentário de Wäcquant:

“Em um artigo brutalmente intitulado, “Impedir os pobres de viver nas nossas costas”, Madeleine Bunting, repórter do *Guardian*, faz um retrato lisonjeiro de Charles Murray, “o guru americano que inspirou o programa Back to Basics” de John Major nos últimos anos do governo tory e para quem “o Estado-providência deve ser arquivado a fim de salvar a sociedade da *underclass*”, que já semeia a ruína social e a desolação moral nas cidades inglesas depois de ter devastado os bairros segregados das metrópoles americanas”.²⁷

Assim, parece não haver dúvida a respeito de contra quem se dirige modernamente o aparato penal. Os despossuídos, os vagabundos, os excluídos do sistema social são aqueles contra quem se dirige primordialmente o Direito penal.

Ademais, é importante notar que a atitude em questão não é mais sequer disfarçada, senão que, pelo contrário, se faz alarde da necessidade de combater com rigor a chamada “criminalidade da miséria” independentemente de combater a própria miséria como endemia social.

Esta é a opção preferencial dos governos modernos. O Direito penal utilizado como instrumento de depuração da sociedade, através da exclusão do âmbito das nossas vistas, das pessoas que não pertencem a um determinado estamento social. Esta realidade criminológica é de conhecimento geral de todos os juristas, especialmente dos penalistas. Ninguém ignora que as orientações de recrudescimento político-criminal estão na ordem do dia dos países centrais, que

²⁵ WACQUANT, Loïc. Op. Cit., p. 30.

²⁶ WACQUANT, Loïc. Op. Cit., pp. 32 e 33.

dominam o modelo político-criminal a nível mundial, influenciando, por via direta ou indireta, a política criminal manejada em todos os lugares do globo.

Deste modo, se pode afirmar sem a menor sombra de dúvida, que o modelo dogmático defendido por qualquer penalista leva implicada a consequência de sua aplicação. Por isso, as críticas dirigidas à pretensão de expansão do Direito penal fundamentada na *Broken Windows Theory*, se transmitem a qualquer proposta dogmática e político-criminal que autorize a referida expansão.

2. Modelos político-criminais proclives à redução de garantias.

Afinadas com a postura de “reagir com o Direito penal” contra a espiral crescente da criminalidade, as instâncias legislativas tem respondido com uma profusão de normas recrudescentes, que não guardam nenhuma preocupação com a preservação de garantias.

A partir disso, a doutrina penal se coloca em uma encruzilhada: ou toma o caminho da crítica que pretende reduzir o Direito penal, seguindo a escola de Frankfurt, na busca de um Direito penal mínimo, ou procura encontrar um caminho dogmático e político criminal de **justificação do processo de expansão**.

A segunda opção – agasalhar a proposição criminológica do embrutecimento das instituições jurídico-penais – é obviamente a menos recomendável na medida em que implica não enfrentar as instituições, mas tampouco enfrentar o problema, varrendo-o para debaixo do tapete.

Esta opção, abrigada pela idéia de que não se trata de uma proposição, mas de uma mera descrição da realidade, e portanto, não comporta alternativa, configura uma verdadeira “opção de Pilatos”, já que representa lavar as mãos para as consequências da aplicação do sistema e aparece, a meu ver, em ao menos duas construções. Por um lado, na defesa de que o Direito penal possa operar com duas ou três “velocidades”, ou seja, com mais ou menos

²⁷ WACQUANT, Loïc. Op. Cit., p. 41.

garantias, conforme a gravidade dos eventos que castiga; por outro, a proposição que admite dividir os seres humanos entre “pessoas” e “não pessoas” em uma construção artificialíde que tem por escopo unicamente autorizar o uso do Direito penal como instrumento de discriminação.

2.1. O direito penal de duas velocidades.

Uma das propostas mais debatidas recentemente, e não precisamente pelo aporte de qualquer perspectiva garantista, advém do trabalho de Silva Sánche entitulado *Expansión del Derecho penal*.

Silva Sánchez, partindo da concepção de Ulrich Beck a respeito da sociedade de risco (*Risikogesellschaft*) faz um extenso diagnóstico a respeito das causas que levam o sistema penal de controle social a viver, atualmente, um processo de flagrante expansão.

Não me deterei aqui no diagnóstico de Silva, a uma porque não se pode concordar com todos os pontos de vista por ele aventados; a duas porque nem todos os aspectos por ele discutidos tem cabimento na realidade histórico-político-social brasileira e a três porque a análise criminológica já desenvolvida na primeira parte deste escrito, segundo creio, cobre suficientemente o panorama descritivo aqui exigido.

Desejaria, isso sim, por outro lado, discutir a proposta ou melhor, o prognóstico que faz o penalista espanhol no referido trabalho.

É que Silva Sánchez, uma vez descrito o panorama social de exigência de mais Direito penal, propõe uma cisão no próprio Direito penal como uma forma de *desenvolvimento teórico* mais adequado ao nosso momento histórico.

Para tanto, começa com uma absurda crítica à pretensão de preservação das garantias que o Direito penal de corte humanista foi cobrando ao longo do tempo. Afirma corretamente que quem advoga a manutenção de um Direito penal liberal pretende, em última análise, “um Direito estrito de garantia

dos cidadãos frente à intervenção coatora do Estado”²⁸ e logo atribui essa postura a uma pretensão de resgate de um Direito penal próprio do Século XIX.

Entretanto, seguindo em seus comentários, diz Silva Sánchez²⁹ que o Direito penal que se pretende *reconstruir* jamais existiu, por dois aspectos: porque paralelamente ao grau de garantias corria uma rígida proteção do Estado e além disso, havia uma vigorosa concepção da pena, pelo que, esse grupamento de garantias não era mais que um *contrapeso* àquela realidade. Assim, a verdadeira imagem do Direito penal do Século XIX, segundo Silva Sánchez³⁰ “não é aquela que alguns pretendem desenhar hoje”.

Quanto a isso, em primeiro lugar, é necessário reafirmar o que já se disse na abertura deste trabalho: somente uma visão muito estreita, turvada e limitada poderia conceber que a defesa das garantias representa uma pretensão de uma *volta* a algo. Somente é possível enxergar assim uma vista do Direito penal restrita a pouco mais de cem anos, e ainda assim, essa análise seria, pelo menos, errada. É que a história do Direito penal é a história progressiva de sua desapareição, de sua saída de cena. Só que esta história não se processa de modo linear, mas sim pendular, em marchas e contra-marchas e uma destas contra-marchas é justamente o que vivemos agora. Por isso estamos em um processo de expansão.

Por outro lado, um olhar com idêntico distanciamento histórico e análise crítica revelará que paralelamente à formação de um mecanismo de *controle social de emergência* que traduz-se no Direito penal, sempre correu a formação de uma estrutura de garantias, organizada sob forma de princípios, que igualmente faz parte de uma concepção *macro* de Direito penal³¹ e que, ao contrário do sistema de controle, apresentou um crescimento linear.

Ou seja, se concebe o Direito penal como muito mais que um mero sistema de incriminação, se lhe concebe também como sistema de garantias. Não

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Expansión del Derecho penal*. 2ª ed., Madrid: Civitas, 2001, p. 149.

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 149.

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 149.

³¹ Veja-se nosso BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Op. Cit., capítulo I, item 1.

é mais aceitável a concepção meramente kelseniana de que o Direito se encontra exclusivamente na norma. O Direito penal é também garantia contra a intervenção do Estado. Se o mecanismo de controle apresenta evolução histórica pendular, mas tendente à desapareição, o sistema de garantias apresenta evolução linear e crescente. Nem pode ser diferente se nos pretendemos hoje mais civilizados do que ontem.

Assim, não é correto o comentário de Silva Sánchez sobre uma *pretensão de retorno* ao Século XIX. O que querem os penalistas que enxergam o Direito penal além de sua expressão normativa é que qualquer alteração que se possa dar no sistema de controle social não rompa com a permanente evolução do sistema de garantias.

É verdade que as penas eram mais duras no Século XIX e também é verdade que o Estado era mais preocupado com sua própria estabilização. Mas é mentira que sejam estas as razões que fizeram com que existisse o nível de garantias que existia no Século XIX.

Se esta argumentação tivesse um mínimo de lógica, na época de Beccaria, em que tínhamos penais ainda mais graves, em que ainda se discutia teoricamente a pena de morte, haveria, proporcionalmente, mais garantias, o que não é verdade, pois todos sabemos que então mal se desenhava a expressão normativa do princípio de legalidade³².

E justamente sobre esta base movediça é que Silva Sánchez construiu sua proposta. Ele entende que “no momento atual, o Direito penal vigente na maioria dos países de nosso entorno propicia a cominação com penas de prisão de média gravidade em situações de fato «administrativizadas», com regras de imputação de rigidez decrescente e no marco de princípios político-criminais flexibilizados”³³.

Isso obviamente não corresponde à verdade. Basta, para verificá-lo, alguns exemplos do nosso cotidiano como o famigerado RDD (Regime disciplinar

³² Sobre a evolução do Princípio de legalidade veja-se nosso Veja-se nosso BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. Op. Cit., capítulo II, item 2.

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 150.

diferenciado) a ampliação sucessiva dos crimes abrangidos pela lei dos crimes hediondos, com tratativa recrudescente a vários delitos e as sucessivas leis no campo do controle do fluxo de armamentos.

Ora, evidentemente não se está produzindo, na realidade moderna, a “redução de gravidade” comentada por Silva.

Pois bem. Com base então neste bloco de falsas impressões, propõe Silva Sánchez³⁴ o que ele considera seja uma idéia mais «realista» do Direito penal, apto a acolher as atuais “demandas sociais de proteção penal”.

Assim, para ele, nem todo sistema sancionador penal tem que ter as mesmas garantias, posto que há “conseqüências jurídicas substancialmente diversas”³⁵.

Portanto, para ele, seria possível ordenar «subsistemas penais» onde cada um deles, segundo a gravidade de suas sanções mantivesse correspondente profundidade de garantias. Assim, para Silva Sánchez³⁶ “a diminuição de garantias e de «rigor» dogmático poderiam ser explicadas (e inclusive legitimadas) no Direito penal contemporâneo se isso fosse o correlato da generalização de sanções pecuniárias ou privativas de direitos”. Assim, Silva Sánchez entende que não deve haver qualquer preocupação com redução das garantias, desde que acompanhada da correspondente redução no nível de recrudescimento sancionador, e dá como exemplos o Direito civil indenizatório e o Direito sancionador de Ordenação (*Ordnungswidrigkeitenrecht*). Desde modo, para ele “não haveria nenhuma dificuldade para admitir este modelo de menor intensidade garantista dentro do Direito penal, sempre e quando – isto sim – as sanções previstas para os ilícitos correspondentes não fossem prisão”³⁷.

Por isso, propõe uma “configuração dualista do sistema de Direito penal, com regras de imputação e princípios e garantias em dois níveis”³⁸ ou duas

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 150.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 151.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 153.

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., pp. 154-155.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 156.

velocidades. Uma, com penas contudentes e um amplo sistema de garantias e outro com penas mais leves, mas com menos garantias.

O problema é que se estamos tratando de uma redução sancionadora ela somente pode derivar de dois fatores: que o Direito penal em geral tenha evoluído e reduzido sua contundência recortando possibilidades de sancionar, mantendo, porém o equilíbrio interno e outra, que o fato em si sofra redução drástica de sua importância social, hipótese em que o aspecto sancionador poderá ser trasladado para outras esferas menos contudentes do Direito, expressamente o administrativo. Pouco importa que as sanções penais de hoje não incluam mais os suplícios e os desterros. Isso é irrelevante. O que interessa é que como sistema sancionador, o Direito penal segue sendo o que dispõe do arsenal mais brutal de castigos admitido por uma sociedade. Por isso, sempre que estivermos falando em Direito penal, estaremos referindo, naquele contexto social, histórico e político determinado, o mecanismo mais duro de controle social. Isso é o que identifica o direito penal, é sua assinatura, seu aspecto essencial. E se isso não está presente, ou seja, se estamos tratando do sistema mais cruel de controle social disponível ao Estado, aí tem que estar, obrigatoriamente, o sistema de garantias mais profundo e estruturado. Qualquer desvio desta postura será sempre nocivo.

O fato de estar diante de uma infração que não cobra relevância social a ponto de exigir uma intervenção dura, não significa estar com uma situação de Direito penal que pode transigir com garantias, mas sim estar diante de uma situação que, por muito que a lei diga o contrário, não pode e não deve ser considerada Direito penal, e nesse caso, nada resta a discutir a respeito de flexibilização de garantias.

Aliás, aqui é bom que se diga – esta é justamente a diferença entre a proposição de Silva Sánchez, de um fracionamento do Direito penal em duas (ou três) velocidades (conforme veremos seguidamente) e a proposta de Hassemer – qualificada por Silva Sánchez de imprecisa³⁹ - de criação de um *Interventions*

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 153.

recht (Direito de intervenção)⁴⁰. Enquanto Silva prega a possibilidade de flexibilização de garantias do Direito penal, Hassemer expulsa para fora do Direito penal toda imputação não correspondente ao controle social do intolerável.

E nem se diga que isso é um mero jogo de palavras ou que não interessa o nome que se dê, estamos diante de uma intervenção estatal. É que a fronteira entre o penal e os demais ramos do Direito se estabelece justamente através de sua dimensão material representada pelo princípio de intervenção mínima⁴¹. Ou seja, Direito penal somente intervém em casos de ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes para o desenvolvimento social do indivíduo. O desvio social que corresponde a uma violação que não corresponda ao referido nível de gravidade, não pode provocar imputação penal.

Sustenta Silva⁴² que sua proposta não é discriminatória, na medida em que o que se propõe não é a separação segundo distintos sujeitos, mas segundo distintos fatos.

Esta justificativa não cabe diante da iniludível realidade de que a discriminação pessoal parte do próprio processo de criminalização primária, sendo que a seleção dos fatos incriminados já se produz de modo dirigido a uma determinada classe de pessoas.

Além do mais, a pretensão de Silva Sánchez leva a um nocivo efeito colateral: ao pretender a separação entre dois direitos penais, um da pena privativa de liberdade, e outro das demais classes de sanções, estabelece como correto o uso da pena privativa de liberdade em um momento de evolução social em que ela já é questionada⁴³. É que a evolução do Direito penal conduz à progressiva desaparecimento da pena privativa de liberdade. Associando esta às garantias acabaremos, em um futuro não tão longínquo, apenas com o Direito penal da segunda velocidade, ou seja, aquele sem garantias. Em curto prazo já

⁴⁰ Vide, a respeito, HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

⁴¹ Sobre o princípio de intervenção mínima, vide nosso BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. Op. cit., cap. II.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 156.

teremos uma redução permanente e progressiva do espaço das garantias o que é, também, inadmissível.

Finalmente, se não fosse suficiente com admitir a flexibilização das garantias para os casos de penas leves, Silva Sánchez chega ao extremo de admitir “um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos estritas do que as do Direito penal de Primeira Velocidade”⁴⁴.

Esta proposta, que Silva denomina de *Direito penal de terceira velocidade*, segundo ele mesmo admite⁴⁵ “guarda estreita relação com o Direito penal do inimigo”⁴⁶ proposto por Jakobs.

2.2. O Direito penal do inimigo.

Certo setor doutrinário, capitaneado pelo Prof. Günther Jakobs reconhece a legitimidade de que em certos casos possa o Estado deixar de considerar o delinqüente como “pessoa” para tratá-lo como inimigo. E a essas alturas, já se dá por plenamente identificado como *inimigo* o socialmente excluído.

Colocando-se com uma postura de mero observador eqüidistante, o Prof. Jakobs sustenta ser um fato concreto da realidade moderna que muitas normas penais se revestem da característica de uma reação de combate a um inimigo, ao comentar:

“Há outras muitas regras do Direito penal que permitem apreciar que naqueles casos em que a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura diminui a disposição a tratar o delinqüente como pessoa. Assim, por exemplo, o legislador (para permanecer primeiro no âmbito do Direito material) está passando a uma

⁴³ Veja-se, a respeito, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., pp. 163-164.

⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 164.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 153.

legislação – denominada abertamente deste modo - de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas”⁴⁷.

A partir disso, reconhece que, ao menos nestas áreas, “a punibilidade avança para o âmbito da preparação, e a pena se dirige para os fatos futuros, não para os fatos já cometidos”.⁴⁸ Esta perspectiva faz com que o legislador reaja contra o “estado de vida” do autor do delito, como se sua maneira de viver representasse uma ameaça permanente ao próprio Estado⁴⁹.

Jakobs apresenta o fato como tal, sem posicionar-se criticamente a respeito do tema, o que levaria a crer, num primeiro momento, ser verdadeira sua postura de narrador distanciado do fato tal como ele se apresenta na sociedade. Outrossim, não tarda em defender a legitimidade de um tratamento penal de inimigo ao autor do delito de terrorismo, já que este não admite submeter-se à idéia de Estado, pretendendo a manutenção de um “estado de natureza” que não é admissível. Nestes casos, Jakobs⁵⁰ defende, “a necessidade de reação frente ao perigo que emana de sua conduta, reiteradamente contrária à norma”, razão pela qual afirma ser questionável que o Estado permaneça atado a uma “necessidade de respeitar o autor como pessoa”⁵¹, já que de um terrorista não é legítimo esperar uma conduta própria desta condição.

Jakobs⁵² chega a defender que a crítica permanente que se faz ao processo de expansão e a crescente violência da legislação penal deriva de uma confusão entre duas categorias distintas: a do cidadão e a do inimigo. “Dito de outro modo: quem inclui o inimigo no conceito de delinqüente cidadão não deve assustar-se se os conceitos de “guerra” e “processo penal” se mesclam”. Para ele,

⁴⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003, pp. 38-39.

⁴⁸ JAKOBS, Günther. Op. Cit., p. 40.

⁴⁹ Nesse sentido JAKOBS, Günther. Op. Cit., p. 40.

⁵⁰ JAKOBS, Günther. Op. Cit., pp. 40-41.

⁵¹ JAKOBS, Günther. Op. Cit., pp. 41-42.

portanto, não é correta a postura crítica, pois entende não ser adequado, por um lado, tratar-se igualmente *peessoas* e *inimigos* e, por outro lado, entende que o processo de expansão, seja em sua vertente incriminadora, seja em sua vertente penalizadora, volta-se contra o *inimigo* e não contra o *cidadão*. Por esta razão, Jakobs⁵³ defende abertamente a possibilidade de tratamento diferenciado, ao afirmar:

“O Estado pode proceder de dois modos com os delinqüentes: pode ver neles pessoas que delinqüem, pessoas que cometeram um erro, ou indivíduos aos que se deve impedir mediante coação que destruam o ordenamento jurídico. Ambas perspectivas têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que também podem ser usadas em um lugar equivocado. [...] Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que do contrario vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se denomina Direito penal de inimigo; com isto não se pode resolver o problema de como tratar os indivíduos que não permitem sua inclusão em uma constituição cidadã”.

Propõe finalmente Jakobs,⁵⁴ que para a preservação do Direito Penal do cidadão é necessário “chamar de outro modo aquilo que se deve fazer contra os terroristas se não se quiser sucumbir, ou seja, isto deveria chamar-se Direito Penal do inimigo, guerra refreada”. Trata-se de legitimar, no âmbito do Estado, como única forma de preservação do cidadão, uma categoria de “não cidadãos” de “não pessoas”, definitivamente, de “inimigos”⁵⁵.

⁵² JAKOBS, Günther. Op. Cit., pp. 41-42.

⁵³ JAKOBS, Günther. Op. Cit., pp. 47-48.

⁵⁴ JAKOBS, Günther. Op. Cit., p. 42.

⁵⁵ A desconsideração do criminoso como cidadão faz recordar um dos piores períodos da história político-criminal. É que o discurso do próprio líder nacional-socialista partia deste mesmo ponto: “O cidadão_alemão é privilegiado em relação ao estrangeiro. Essa honra excepcional também implica em deveres. O indivíduo sem honra, sem caráter, o criminoso comum, o traidor da Pátria, etc., pode, em qualquer tempo, ser privado desses direitos”. (Mein Kampf, Adolf Hitler). HITLER, Adolf. *Minha Luta*. Trad. de Klaus Von Puschen, São Paulo: Centauro, 2003, p. 330.

Propõe Jakobs⁵⁶ que “quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas sim deve ser combatido como inimigo”. Jakobs entende que deve ser estabelecida uma diferença também a respeito da reação penal, sendo que enquanto ao cidadão se ameaça com uma pena, “o inimigo é excluído”.

A adoção desta perspectiva seria equivalente a institucionalizar a diferença de tratamento entre o “cidadão” e o “inimigo”. De um lado, reduzindo a nada a pouca efetividade prática que até hoje se conseguiu para o princípio da igualdade, e por outro, legitimando o Estado a escolher o perfil dos “inimigos” de plantão. Aparece a sinistra possibilidade de dizer se a classificação como “inimigo” deriva de sua condição de terrorista, de membro de uma quadrilha criminosa, de sua preferência religiosa, de sua raça ou sua condição social, quaisquer das condições que possam convertê-lo em um “estranho à comunidade”⁵⁷.

Assim se chega ao sacrifício de um princípio - de igualdade – que nem sequer logrou atingir seu apogeu de pretensão de igualdade material, em prol de uma segurança que é sabidamente artificial e serve de disfarce a interesses financeiros rasteiros.

O desprezo ao ser humano é evidente. Quem está na condição do “inimigo” e portanto, de “não pessoa” pode simplesmente ser “eliminado”.

Isso não constitui nenhum problema para a proposta de sistema de imputação do Prof. Jakobs, justamente na medida em que ele defende que a redução do indivíduo a um “subsistema psico-físico”⁵⁸, mantendo no centro da organização sistemática a preservação da estabilidade normativa. Assim, já não importa a pessoa como tal, mas tão somente o fato de que o modo como este subsistema se organiza não é compatível com o sistema social em que ele está inserido.

⁵⁶ JAKOBS, Günther. Op. Cit., p. 56.

⁵⁷ Não é demais lembrar que a expressão “estranhos à comunidade” (*Gemeinschaftsfremde*) foi utilizada pelo Direito penal nacionalsocialista, como fundamento da incriminação.

⁵⁸ JAKOBS, Günther. Op. Cit., p. 183.

A escolha da norma como centro de organização do sistema de imputação reduz a importância do homem de modo a permitir o desprezo de determinado “tipo de homem”, que passa a ser considerado “inimigo”. Mas neste processo se esquece que a identificação deste mesmo inimigo resulta de um processo de criminalização primária⁵⁹ que, se atualmente se dirige ao terrorista, em outro momento se dirigiu aos *Gemeinschaftsfremde*.⁶⁰

Mas a proposição não resulta somente injustificável como também incoerente, gerando um interessante paradoxo: se a proposta de *eliminação do inimigo* fere o princípio de igualdade que é um dos direitos fundamentais do ser humano, logo, também dos cidadãos. Rompe inclusive com o modelo de Estado que se organiza para garantir os interesses destes. Sendo assim, dita proposta constitui uma apologia contra o Estado, que terminaria por justificar a aplicação de um Direito penal do inimigo contra o próprio Estado! Vale dizer: a proposição de violação de direitos fundamentais rompe com a idéia de formação do próprio Estado, que é a entrega de uma parcela da liberdade em troca da proteção mais eficiente destes mesmos direitos fundamentais. Se permitirmos ao Estado, que chamamos para nos proteger, que ele desconsidere nossa condição fundamental de cidadãos – condição esta de qual depende a legitimidade deste mesmo Estado que formamos – quem nos protegerá do Estado?

Para evitar esta contradição, a proposição funcionalista-sistêmica tem que esquecer completamente do homem para a organização do sistema de imputação e termina voltada única e exclusivamente à norma.

A escolha da norma como centro do sistema de imputação permite reconhecer, por um lado, como missão do Direito penal a sua própria

⁵⁹ Sobre o processo de criminalização primária a partir da teoria do *labelling approach* veja-se HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 155 e ss. e BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica e crítica do Direito penal*. Trad. de Juarez Cirino dos Santos, 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, pp. 85 e seguintes.

⁶⁰ Sobre a política criminal de eliminação dos sociais, levada a cabo pelo estado nazista, veja-se MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. Há versão em português MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito penal do seu tempo. Estudos*

estabilização. Para fundamento da pena, propõe-se a prevenção geral positiva, ou seja, a preservação da confiança geral na vigência normativa. Em contrapartida, mantém-se completamente afastadas do sistema as idéias de proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal e de um fundamento da pena centrado no indivíduo e não a norma.

O modelo de imputação proposto pelo chamado funcionalismo-sistêmico se inspira na idéia central de que a punibilidade do delito deriva da violação de um dever, vale dizer, a realização do delito expressa um rompimento do comando normativo gerando a correspondente sanção. O objetivo central do sistema de imputação é obter a estabilização da norma, através de um reconhecimento social generalizado da necessidade de submissão ao seu comando.

O esquecimento da condição humana do autor do delito presente nesta proposição dogmática é o que permite a formulação de um “Direito penal do inimigo” e logo, o que dá as boas vindas às construções legislativas de matizes menos garantistas.

3. Considerações finais.

Efetivamente, parece que estamos vivenciando um momento de recrudescimento das instâncias teóricas voltadas ao controle social do intolerável, ou seja, as instâncias penais.

É sabido, porque a história nos diz, que este movimento não é perene, e que certamente a nau voltará ao seu curso, qual seja, de progressiva diminuição do sistema penal.

O que é necessário e urgente é adotar uma postura teórica e não apenas prática, de crítica às perspectivas recrudescentes do aparato penal. Esta postura conduzirá, certamente, a acelerar o processo de retomada de um “bom caminho”. Incumbe aos estudiosos das ciências sociais oferecerem as

sobre o Direito penal no Nacionalsocialismo. Trad. de Paulo César Busato, Rio de Janeiro: Tirant lo

ferramentas e pavimentarem os caminhos para a retomada deste curso. Isso só é possível mediante a exposição das fragilidades dos argumentos justificadores do discurso de controle, objetivo com o qual este pequeno estudo tem a pretensão de ter minimamente contribuído.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito penal*. Trad. de Juarez Cirino dos Santos, 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao Direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HASSEMER, Winfried. “Características e crises do moderno Direito penal” in *Revista de Estudos Criminais* nº 8. Porto Alegre: Notadez Editora, 2003.

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

HERZOG, Felix. “Algunos riesgos del derecho penal del riesgo”, in *Revista Penal*, Barcelona: Praxis, 1999.

HOBBSAWN, Eric. *A Era das Revoluções*. 18ª ed., trad. de Maria Tereza Lopes Teixeira e Macos Penchel, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGAND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5ª ed., Trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *De la tolerancia cero, al Derecho penal del enemigo*. Nicaragua: ICEP/UPOLI, 2005.

Blanch, 2004.

Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ- 04-03/2007. ISSN 1808-494X

<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp>

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito Penal do Inimigo”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, São Paulo: Revista dos Tribunais, março-abril de 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Expansión del Derecho penal*. 2ª ed., Madrid: Civitas, 2001.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Col. Pensamento Criminológico no. 7, trad. Renato Aguiar, Rio de Janeiro: Revan - Instituto Carioca de Criminologia, 2002.