FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

GLÍCIA PAULA RESENDE

DIREITO PENAL DO INIMIGO, SELETIVIDADE PENAL E A RELATIVIZAÇÃO DE GARANTIAS SEGUNDO A TEORIA DO GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

POUSO ALEGRE – MG
2015

GLÍCIA PAULA RESENDE

DIREITO PENAL DO INIMIGO, SELETIVIDADE PENAL E A RELATIVIZAÇÃO DE GARANTIAS SEGUNDO A TEORIA DO GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof.Dr. Edson Vieira da Silva Filho

Coorientador: Prof. Dr. Elias Kallás Filho

FDSM – MG
2015

GLÍCIA PAULA RESENDE

DIREITO PENAL DO INIMIGO, SELETIVIDADE PENAL E A RELATIVIZAÇÃO DE GARANTIAS SEGUNDO A TEORIA DO GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ____/____/____

Banca Examinadora

_____

Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho
Orientador

Instituição

_____

Prof. Dr. Elias Kallás Filho
Coorientador

_____

Prof.(a)
Instituição

_____

Prof.(a)
Instituição

Pouso Alegre – MG

2015

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste mestrado é fruto de uma superação. Somente quem esteve comigo durante os anos de curso, pode entender o que eles significaram: as idas e vindas de Pouso Alegre, os perigos corridos na Fernão Dias, os dias ausentes de casa, a solidão no hotel, o trabalho no escritório sendo sacrificado, os compromissos pessoais adiados, o convívio com os familiares interrompido... Realmente, foi muito difícil. Todavia, apesar de todos estes sacrifícios, realizei um sonho pessoal e profissional, pois, pude conviver com professores "geniais" que me mostraram um "novo mundo", e ainda, em decorrência deste árduo, mas não menos prazeroso desafio, estou tendo a oportunidade de lecionar. Por tudo isso, hoje me considero realizada profissionalmente.

Agradeço e louvo a Deus todos os dias da minha vida, por todos os benefícios e vitórias que Ele me concedeu, e em especial, por me dar condições físicas e psicológicas para chegar até aqui. Louvado seja Deus por isso!

Agradeço, em especial, ao professor Dr. Edson Vieira da Silva Filho, orientador deste trabalho, pela orientação séria e segura, pelo tempo a mim dedicado e por compreender minhas limitações (pessoais e acadêmicas). O orgulho de ter sido orientada por você seguirá sempre comigo.

Ao Prof. Dr. Elias Kallás Filho, agradeço a oportunidade que me foi concedida. Manifesto nestas simples homenagens, toda a minha admiração pela sua pessoa. É uma grande honra tê-lo conhecido e compartilhado de seus conhecimentos.

Agradeço também, aos meus amados pais, Maria Helena e Hilton, pois, é neles, que me inspiro todos os dias, eles são minha fortaleza e meu porto seguro. Obrigada, papai e mamãe, por terem feito de mim quem eu sou.

Aos meus queridos irmãos, às minhas cunhadas e ao meu cunhado, que também é meu padrinho, agradeço a torcida e o incentivo. Aos meus amores, Fabianna, Vinícius, Vítor, Marina, Gabriela e Bia, a "titia" lhes dedica esta conquista.

Agradeço também as amigas de trabalho, Lidiane e Francielle, meus braços esquerdo e direito, que me deram o apoio necessário para concluir esta jornada.

Quero também expressar minha amizade e meu sincero agradecimento à amiga Débora Borges Prado, por ter sido meu "pouso" alegre nestes 3 anos de mestrado.

Àqueles que demonstraram sincera torcida e amizade, e que oraram para que eu pudesse concluir este sonho, agradeço nas pessoas da minha “sogrona” Léo e de “sogrão” Ed, que são meus pais por adoção, e às amigas Dra. Giane e Tânia.

Por fim, mas não por último na escala de importância das pessoas que fizeram parte deste percurso, agradeço ao meu marido Willer, companheiro de coração e de vida, que viveu comigo os momentos desse processo tão difícil, e é o maior responsável por ter sido possível chegar ao fim. Foi em razão da sua presença, incentivo e amor, que tive e tenho ânimo de seguir em frente.

Ao meu marido Willer Carvalho Alvarenga.
Tudo que construí profissionalmente devo a você.

RESUMO

RESENDE, Glicia Paula. **Direito Penal do Inimigo, Seletividade penal e a relativização de garantias segundo a Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli**. 2015. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2015.

Este trabalho teve por objetivo demonstrar que o Sistema Penal gerado pelo Poder Punitivo Estatal Brasileiro, apresenta-se nitidamente em desacordo com a Constituição da República Federativa, pois, os discursos de combate a criminalidade em prol da segurança social, a confrontam a todo o momento. Pretendeu-se também, apontar um sistema normativo que visa racionalizar e limitar a atuação do Sistema Penal, tal como o Garantismo Penal de Ferrajoli. Através de embasamento teórico, buscou-se contribuir para que o meio acadêmico tenha uma visão em um único estudo, do fenômeno da Seletividade do Direito Penal e da rotulação de Inimigos, sob o enfoque de duas teorias diametralmente antagônicas: o Garantismo Penal e o Direito Penal do Inimigo. Concluiu-se, corroborando com Ferrajoli, que o Garantismo Penal não exclui de antemão teorias da argumentação, do raciocínio e da decisão jurídica, que de qualquer modo contribuam para a redução dos espaços de discricionariedade e arbitrariedade, desde que resguardem a força normativa dos princípios constitucionais e o controle racional das decisões. Assim sendo, mesmo que existam as incompletudes teóricas alegadas por parte da doutrina, o Garantismo Penal, em sua proposta liberal, democrática e racional, mostra-se um instrumento capaz de combater de forma eficiente os desvios estruturantes do sistema penal que possibilitam que a Seletividade penal e a rotulação de Inimigos, ainda façam parte das práticas jurídicas brasileiras. A Seletividade penal e a adoção de opções político criminais adotadas pelo Estado brasileiro, relacionadas ao Direito Penal do Inimigo são fruto da fraca normatividade dos direitos e garantias constitucionais, que tem gerado amplo espaço de discricionariedade para a atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário do Brasil. Deste modo, a teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, por seu viés racional, liberal e garantista, propondo a redução dos espaços de discricionariedade e arbitrariedade dos agentes estatais, limitando o poder punitivo estatal por meio da reabilitação da força normativa dos direitos e garantias constitucionais e da racionalização do Direito, é ferramenta eficaz para a solução dos problemas estruturantes do sistema penal pátrio, e assim garantir aos cidadãos a máxima liberdade compatível com o moderno Estado Democrático de Direito, instituído na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Seletividade do Direito Penal. Garantismo Penal.

ABSTRACT

RESENDE, Glicia Paula. ***Criminal law of the enemy, criminal selectivity and the relativisation of guarantees according to the Criminal Guarantee Theory***. 2015. 158f. Thesis (Master's degree in Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2015.

This work had the objective of demonstrating that the Criminal System created by the Punitive Power of the Brazilian State, is clearly in disagreement with The Constitution of the Federal Republic since discourses on the fight against criminality in benefit of social security confront it at every turn. We also intended to indicate a normative system that aims at rationalizing and limiting the performance of the Criminal System, such as the Ferrajoli Criminal Guarentee. By means of theoretical substantiation, we sought to contribute in order for the academic medium to visualize in a single study the phenomenon of Criminal Law Selectivity and of the labeling of Enemies, under the approach of two diametrically antagonist theories: the Criminal Guarantee and the Criminal Law of the Enemy. We concluded, corroborating with Ferrajoli, that the Criminal Guarantee does no exclude argumentation, reasoning and legal decision theories beforehand, that in any way contribute for the reduction of discretion and arbitrariness, provided they safeguard the normative force of the constitutional principals and the rational control of the decisions. Thus, even theoretical incompleteness, alleged by the doctrine, exist, Criminal Guarantee, in its liberal, democratic and rational proposal, is an instrument capable of efficiently fighting the structuring deviations of the criminal system, which allow criminal selectivity and enemy labeling to be a part of Brazilian legal practices. Criminal selectivity and the adoption of criminal-political options by the Brazilian State, regarding the criminal law of the enemy, are fruit of the weak normativity of constitutional rights and guarantees that have generated high discretion for the performance of the Legislative, Executive and Judiciary Powers in Brazil. Therefore, the Criminal Guarantee of Luigi Ferrajoli, for its rational, liberal and guaranteeing bias, propositioning the reduction of discretion and arbitrariness to the State agents, limiting State punitive power by means of rehabilitating the normative force of constitutional rights and guarantees and of rationalizing law, is an effective tool for solving the structuring issues of the criminal system, thus guaranteeing the maximum liberty compatible with the modern Democratic Rule of Law, instituted in the Federal Constitution of 1988.

Keywords*: Criminal Law of the Enemy. Criminal Law Selectivity. Criminal Guarantee.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 9

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: O GARANTISMO E SUA INFLUÊNCIA NO SISTEMA PENAL 14
2.1 A matriz iluminista e positivista do Garantismo 17
2.2 O Garantismo Legalista e suas vertentes 29

3 ASPECTOS GERAIS DO GARANTISMO PENAL SEGUNDO LUIGI FERRAJOLI 35
3.1 A Razão no Direito Penal, a Epistemologia Garantista 41
3.2 Aspectos do Poder Judicial segundo o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli 52

4 DIREITO PENAL DO INIMIGO E SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL 66
4.1 Sistema Penal Máximo x Cidadania mínima 68
4.2 Direito Penal do Inimigo: Os "inimigos" da sociedade 78
4.3 A seletividade penal como legitimadora do Direito Penal do Inimigo e da relativização de garantias, uma discussão frente o garantismo penal de Luigi Ferrajoli 91

5 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO E A INCOMPATIBILIDADE COM A RELATIVIZAÇÃO DAS GARANTIAS 105
5.1 Garantias como garantias da sociedade contra os excessos do Estado 106
5.2 O Garantismo à Brasileira e a Seletividade penal 117
5.3 O Direito Penal Garantista e o efetivo funcionamento do sistema 131

6 CONCLUSÃO 146

REFERÊNCIAS 150

1 INTRODUÇÃO

Dependesse a vida, do imaginário das pessoas, desfrutariam os cidadãos brasileiros de um legislador racional, que produzisse um sistema jurídico neutro e igualitário, para a defesa dos direitos de todos. Contudo, a realidade é bem diferente do que se deseja e do que se imagina, especialmente, quando se trata do Direito Penal. Tal fato se dá, porque o Direito Penal dispõe de uma legislação não muito sólida quando se refere à sua interpretação frente aos tribunais brasileiros, o que acaba por arquitetar uma prática que não encontra um modelo racional bem definido.

Os fundamentos do Sistema Jurídico Penal, ainda que formalmente amparados nos objetivos, direitos e garantias fundamentais da República Federativa do Brasil, instituídos pela Constituição Federal de 1988, têm sido desvirtuados pelo abuso de forças das agências institucionalizadas daquele sistema, o que revela a insubordinação dos poderes constituídos à força normativa vinculante do texto constitucional.

O que se observa no Brasil contemporâneo, é que as atuações das agências penais, nesse processo de busca de mecanismos de controle e de combate a criminalidade, evidenciam o aparelhamento do Estado voltado para certas classes, que recebem um alto grau de blindagem frente ao Sistema, gozando amplamente de um modelo garantista. Enquanto isso, outros segmentos (sociais, étnicos, religiosos, e os esteticamente indesejáveis, a partir do modelo do homem médio da modernidade), enfrentam o aparato penal sempre em desigualdade de tratamento em relação às classes superiores, o que é antidemocrático e incompatível com os fundamentos, objetivos, direitos e garantias constitucionais, caracterizadores do atual modelo constitucional do Estado brasileiro.

Para Luigi Ferrajoli, leis são criadas respeitando apenas uma legitimidade formal, deixando de lado a compatibilidade substancial com o texto constitucional. Faz parte, inclusive, da racionalidade prática do sistema, reprimir o crime com base em uma legislação muitas vezes vaga, ambígua e imprecisa, aproveitando-se de certos espaços de discricionariedade, para agir, não de acordo com as diretrizes e normas constitucionais, mas orientada por preconceitos e estereótipos fundados em valores socioeconômicos.

Também é sintoma dessa realidade, o que tem ocorrido nos poderes constitutivos. O Poder Executivo, por exemplo, persiste em lançar políticas públicas imediatistas de combate a criminalidade, ao passo que o Poder Legislativo coaduna esta prática com a "produção em massa" de leis penais, que atendem de forma também imediatista, ao clamor social por segurança pública. Tais posturas têm levado o Estado a orientar as suas práticas de repressão à

criminalidade, em correntes ligadas às políticas de *tolerância zero*, cujas críticas e ineficiência foram bravamente invocadas por Loïc Wacquant.

Diante deste cenário, a consequência lógica, é que o Estado tem adotado práticas ligadas também à *Teoria do Direito Penal do Inimigo*, trabalhada por diversos autores, tais como, Günther Jakobs, Cancio Meliá, Eugênio Raul Zaffaroni e Jesús-Maria Silva Sanchez, que por sua vez, identificada como Estado de Exceção é condenada por muitos na ciência jurídica, como "direito" apenas em aparência, portanto, indigna de um Estado de Direito.

Neste sentido, é que a violência, a criminalidade e a expansão do Direito Penal, conduzem ao mote deste trabalho outro grande desafio para a sociedade, que é a seletividade penal como legitimadora do Direito Penal do Inimigo, e a consequente relativização de garantias advindas deste processo.

A seletividade penal, ponto central desta pesquisa, apresenta-se alicerçada no Direito Penal do Autor, contrariando o Direito Penal do Fato e reproduzindo a ideia de que o crime seria da natureza de certos agentes. Tal situação suscita sérios questionamentos no que tange ao forte caráter discriminatório do Direito Penal em relação às classes sociais mais vulneráveis, tornando claro, que é por esta razão, o fato do Direito Penal eleger o criminoso em função de fatores socioeconômicos, atuando, portanto, como um Direito Penal direcionado ao Autor e não ao Fato.

Assim, o Estado reproduz uma lógica discriminatória, que reprime principalmente as classes dominadas, já que o Sistema Penal direciona o seu aparelho repressor àqueles que entende serem subversivos à lógica dominante. E quando o Estado volta seus olhos a um grupo personalizado de indivíduos, na maioria das vezes, com base em critérios socioeconômicos, torna mais suscetível sua ingerência nas classes mais vulneráveis, por conseguinte, quem pertence a essas classes e não se adequa aos interesses do Sistema, passa a ser considerado Inimigo da sociedade.

Mais que uma questão puramente legal, esta disfunção apresentada pelo Sistema Penal, constitui um problema social que afeta o Estado Democrático de Direito, já que este, comprometido com os valores fundamentais da pessoa humana, e que tem o homem como fim em sim mesmo, e jamais como instrumento ou meio, deve(ria) pautar-se pelos princípios constitucionais penais ou princípios garantistas, não restando dúvida de que após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, uma política penal satisfatória, não pode se sustentar às custas de uma Seleção "sistêmica" de quem será apanhado pelo aparato penal.

Dessa forma, alguns aspectos do debate sobre estas questões apresentadas, precisam ser enfrentados. As discussões acontecem com todo tipo de argumentos, válidos ou não. Todavia, considera-se que ainda assim, a realidade do efetivo funcionamento do Sistema Penal Brasileiro, tem se mostrado alheia a todas as discussões sobre o tema da Seletividade penal. Mesmo que haja exageros naturais nessas discussões, de fato, há um problema em que a linha da igualdade de tratamento muitas vezes é ultrapassada.

Assim, este estudo será delimitado pela análise constitucional e garantista da atuação do Sistema Penal Brasileiro contemporâneo, especificamente, no que se refere à legitimação da Seletividade penal, na construção de modelos de Inimigo, e à consequente supressão de direitos e garantias fundamentais.

Para tanto, a teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli servirá de marco teórico, e orientará todo o desenvolvimento deste estudo. Acredita-se, que qualquer discussão séria sobre Direito e Processo Penal, criminologia, políticas criminais, bem como direitos fundamentais, e principalmente democracia, não pode prescindir os aportes teóricos apresentados pelo professor italiano.

O garantismo é um modelo teórico que busca orientar e limitar a atuação estatal, no exercício do poder punitivo, através do respeito aos direitos e garantias estabelecidas na constituição, e norteia as críticas em relação à atuação prática do Sistema Penal Brasileiro, já que é inquestionável que as formulações de Ferrajoli, são criteriosamente construídas e trazem um aparato teórico muito consistente.

Portanto, o objetivo deste trabalho é demonstrar que o Sistema Penal, gerado pelo Poder Punitivo Estatal Brasileiro, apresenta-se nitidamente em desacordo com a Constituição da República Federativa, pois, os discursos de combate à criminalidade em prol da segurança social, a confrontam a todo o momento. Nessa dinâmica incessante, os poderes Legislativo, Executivo (por meio da polícia) e Judiciário são usados para assegurar a eficácia deste processo. Salientando, todavia, que todos o fazem amparados, e através de uma só ciência, a do Direito Penal e suas sanções.

Pretende-se também, apontar que um sistema normativo racional, que visa racionalizar e limitar a atuação do Sistema Penal, tal como o Garantismo Penal de Ferrajoli, se utiliza de delineamentos teóricos e filosóficos criados para a área penal, para tratar do constitucionalismo garantista e formular uma Teoria Geral do Garantismo, orientando os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a agirem rigorosamente nos termos preconizados na Constituição Federal e na lei, eliminando o máximo possível de sua discricionariedade.

Referida teoria, também vincula à prática dos poderes ao respeito absoluto aos direitos e garantias fundamentais, o que por si só, já exclui a legitimidade de qualquer forma de Seletividade do Direito Penal e da criação de modelos de Inimigos, condicionando o Estado a enfrentar o problema da criminalidade, sem relativizar e desrespeitar os direitos e garantias fundamentais.

Assim, a problemática abordada contribuirá para que o meio acadêmico tenha uma visão, em um único estudo do fenômeno da Seletividade do Direito Penal e da rotulação de Inimigos, sob o enfoque de duas teorias diametralmente antagônicas: o Garantismo Penal e o Direito Penal do Inimigo. A contraposição dessas teorias em um mesmo estudo facilitará, sobremaneira, uma compreensão abrangente do tema, e permitirá ao leitor posicionar-se de forma coerente com a Constituição Federal. Também possibilitará uma maior conscientização a respeito dos direitos individuais e coletivos, e dos valores sociais e democráticos.

Neste cenário, é que o presente estudo será amparado, e no tripé criminalidade, Seletividade penal e a incompatibilidade destes com o Garantismo Penal de Luigi Farrrajoli.

Buscar-se-á, através do desenvolvimento de uma análise e abordagem do tema, pelo método indutivo, com viés crítico, um embasamento teórico para compreender a Seletividade do Direito Penal e o processo de rotulação de Inimigos no Brasil contemporâneo, como forma de rever essas práticas e indicar posturas adequadas a partir de uma visão garantista do Estado Democrático de Direito.

Para melhor compreensão do estudo, no Capítulo 2, faz-se uma análise histórica do Garantismo Penal frente ao Sistema Penal, para posteriormente, se aprofundar, no Capítulo 3, acerca da Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli.

No Capítulo 4, faz-se-á uma análise da Teoria do Direito Penal do Inimigo, de acordo com a doutrina de Günther Jakobs, almejando demonstrar que a construção de modelos de inimigo, pela política criminal brasileira, apoiada pelos meios de comunicação em massa, busca justificar e legitimar uma prática penal seletiva, opressora e estigmatizante, dando um rosto claro e definido às “ameaças” a serem combatidas pelo Sistema Penal.

Com a análise crítica da Teoria do Direito Penal do Inimigo, demonstrar-se-á que o Direito Penal do Inimigo não é um Direito Penal do Fato, mas do Autor, que tende a punir o indivíduo pelo que ele é, ou representa, e não por um ato praticado em desacordo com a lei, que tenha lesado um bem jurídico.

Assim, com base na análise deste modelo de Sistema Penal, e nas críticas dedicadas a ele por autores, tais como, Manuel Cancio Melliá e Eugênio Raul Zaffaroni, demonstrar-se-á

que esta prática relativiza direitos e garantias fundamentais, o que a torna incompatível com a atual conformação constitucional do Estado Brasileiro.

No quinto Capítulo, pretende-se analisar os fatores que conduzem à Seletividade penal na sociedade brasileira contemporânea, que através de mecanismos seletivos estruturados sobre a estratificação social e o antagonismo de classes, enfrenta o problema da criminalidade amparada na posição social do Acusado. Neste sentido, analisar-se-á a Seletividade do Sistema Penal no Brasil Contemporâneo, sob o viés sociológico da divisão de classes socioeconômicas, que segundo visões criminológicas, como a Criminologia Crítica de Alessandro Baratta e a Criminologia Radical de Juarez Cirino dos Santos, está a serviço das classes dominantes, para a manutenção de seus privilégios, em detrimento das classes mais vulneráveis da sociedade.

Após o estudo do Sistema Penal Brasileiro Contemporâneo, será demonstrada a incompatibilidade da existência dessas práticas, com a atual concepção de Estado Democrático de Direito, na forma em que ele foi delineado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: O GARANTISMO E SUA INFLUÊNCIA NO SISTEMA PENAL[1]

Para discorrer sobre o garantismo, é necessário tecer algumas considerações acerca das profundas modificações históricas da cultura jurídica, a partir do século XVIII. Ter-se-á como marco teórico no campo penal, os pensamentos Iluminista e Liberal, decorrentes dos apanágios de *igualdade, liberdade e fraternidade* da Revolução Francesa de 1789 a 1799. Salienta-se que o objetivo é tão somente demonstrar a origem de um novo tempo, que dentre várias mudanças, inaugurou a laicização do Estado, a valorização do indivíduo e estabeleceu a separação entre moral e direito.

Esta laicização do Estado e a valorização do indivíduo são consequências do processo de racionalização do Direito, que superou a ideia de um Estado teocrático em que as leis e a legitimidade do poder do soberano são fundamentadas na vontade divina, passando a um pensamento antropocêntrico, racional e científico. Fase esta, que segundo Luigi Ferrajoli, foi "posteriormente recepcionada pelo positivismo jurídico enquanto fundamento do princípio de legalidade no Estado de Direito Moderno[2]", refletindo profundamente nos conceitos de constitucionalismo e democracia hodiernos.

As ideias iluministas[3] do século XVIII projetaram as bases para o Estado moderno. Neste período, os pensadores iluministas desenvolveram teorias a respeito da formação da

---

1 Segundo Zaffaroni, Sistema Penal é assim definido: "Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção penalizante se chama *criminalização* e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de *agências* que formam o chamado *sistema penal*."(grifos do autor) in: ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal.* 4ª Ed. 1ª Reimpr. Rio de Janeiro: Revan, 2013.p.43. Por sua vez, Juarez Cirino dos Santos, define: "O sistema penal – constituído pela lei, polícia, justiça e prisão – é o aparelho repressivo do moderno Estado capitalista, garantidor de relações sociais desiguais de produção/distribuição material, responsáveis pela violência estrutural da marginalização, do desemprego, dos baixos salários, da falta de moradia, do ensino precário, da mortalidade precoce, do menor abandonado". In: SANTOS, Juarez Cirino dos. In: *A criminologia Crítica e a reforma da legislação penal.* Trabalho apresentado na XIX Conferência Nacional dos Advogados (25-30 de setembro de 2005), Florianópolis/SC. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf> acesso em out/2014, p.5.

2 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer Sica (et. al). 4ªed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.204.

3 "O movimento iluminista tem como elemento preponderante o racionalismo, e compreende manifestações na esfera da cultura europeia a partir do século XVIII, com grande influência nas concepções estatais e jurídicas até o século XIX. Congrega tanto características negativas – no sentido de uma tendência de libertação do indivíduo do jugo da autoridade - como características positivas, que valorizam atividades racionais e individuais independentes". (SODER, José. Direitos do Homem *apud* CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. *Reflexões histórico-conceituais sobre constitucionalismo e democracia na Revolução Francesa.* In: STRECK, Lenio Luiz *et al.* (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e*

sociedade, do Estado e do Direito que fundamentaram a ruptura com o passado medieval irracional, dominado por concepções religiosas para a origem das leis e do poder do soberano, que se confundia com o poder do Estado. Essa unidade entre a vontade do soberano e do Estado gerava um poder absoluto que se reproduzia em privilégios ao monarca, à nobreza e ao clero. Além de excessos e abusos de poder contra as liberdades individuais da classe burguesa em ascensão. Com as novas ideias iluministas, essas desigualdades de direitos passaram a ser incompatíveis com as novas concepções acerca da valorização do homem e da origem e função do poder.

No século das luzes predominavam visões progressistas a respeito das ciências naturais e humanas, o saber científico e racional passa a ser usado para teorizar a vida em sociedade e a necessidade do Estado. Passa-se a valorizar o indivíduo e a autonomia da razão, agora não são mais os indivíduos que estão a serviço do Estado, mas é este que existe em função do bem-estar e segurança daqueles.

O conceito de liberdade ganha novo significado durante o período iluminista. "As concepções iluministas de liberdade referiam-se: a) à *autonomia* do indivíduo frente ao Estado Absolutista e aos excessos da Igreja e da religião; b) à *autonomia* da razão em relação às superstições; c) à condição para o *progresso* contínuo e racional da humanidade[4]". Assim, com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão "a liberdade passa a ser *direito individual* do cidadão em face do Estado. [...] e formulam-se os limites de atuação do Estado na autonomia individual e na *propriedade*, a partir do conceito de *legalidade*[5]".

Estas novas noções de liberdade da época, claramente influenciadas pelo direito natural e pelas ideias contratualistas[6], permitem que a sociedade se liberte da mentalidade medieval, focada nos poderes absolutos dos monarcas e na religião como única detentora da verdade. Assim, os direitos individuais passam a ser entendidos como inerentes ao homem e oponíveis ao Estado, e ganha força a ideia de que "todos os seres humanos nascem livres e

---

Hermenêutica: Anuário de Pós Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado n.9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.58).

4 BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.p. 536.

5 BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). Ob. Cit. p. 536.

6 "O contratualismo moderno é uma escola que floresce no intercurso dos séculos XVI a XVIII, tendo como autores Thomas Hobbes (1588-1679) (...) e Jean-Jacques Rosseau (1712-1778) (...). Trata-se o contratualismo da doutrina que estuda e busca compreender o conceito de contrato social, atribuindo-lhe fundamentos, pressupostos, efeitos e consequencias que vão além da esfera propriamente jurídica ou política. (...) São muitos os conceitos que ganharam sentido e passaram a ser usados de forma associada ao contratualismo, como por exemplo, os conceitos de soberania, poder político, estado de natureza, leis naturais, bem como o próprio conceito moderno de Estado"(BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.p.163 e 168.)

iguais em dignidade e direitos[7]". A liberdade neste momento, entendida como "estado de não estar sob o controle de outrem, de não sofrer restrições ou imposições, [...] a faculdade ou poder que a pessoa tem de adotar a conduta que bem lhe parecer, sem que deva obediência a outrem[8]", ganha posição de destaque, fazendo com que o papel do Estado seja reduzido a mero garantidor desses direitos inatos e se caracterize mais pela inação (Estado absenteísta) do que pela ação na garantia deste direito individual.

Ao tratar da liberdade e da igualdade no período da Revolução Francesa, Bobbio observa que "A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser[9]". A ideia de igualdade buscada neste período era de uma igualdade formal, pensada para corrigir as arbitrariedades e privilégios decorrentes do regime absolutista, em que à nobreza e ao clero era dispensado tratamento legal diferenciado do restante da população.

Assim, como forma de evitar esses antigos privilégios, os movimentos revolucionários do século XVIII exigiram que a lei fosse aplicada indistintamente a todos, independentemente de sua origem e classe social. Essa igualdade, além da liberdade, seria uma das grandes preocupações dos revolucionários e pensadores da época. A título de exemplo, é emblemática a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão da Constituição de 1795[10], que em seus artigos primeiro e terceiro, trata explicitamente da igualdade, neste último, traz a seguinte disposição "A igualdade consiste em que a lei é a mesma para todos, quer proteja, quer puna. A igualdade não admite distinções de nascimento nem hereditariedade de poderes[11]".

Portanto, a partir desta conceituação, fica claro que a igualdade buscada neste período é a igualdade formal, que apesar de importantíssima e de ter configurado uma evolução na forma de se entender a sociedade, o Estado e o Direito, mostrou-se com o passar do tempo, insuficiente para levar efetivamente a igualdade a todos. Desta forma, a concepção de igualdade material no plano jurídico veio a ganhar força apenas mais tarde, no início do século XX, com o aparecimento dos Estados sociais, que não será abordada neste momento da pesquisa.

---

7 Segundo previsto no art.1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 dez.1948.

8 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13ª ed., rev. atual. e ampl. Belo horizonte: Del Rey, 2007, p. 607.

9 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª ed. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.17.

10 Cf. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.p. 458.

11 BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) Ob. Cit..p. 458.

Ao se falar da liberdade e da igualdade, no período das revoluções liberais, não se pode deixar de citar a fraternidade, que também compunha o lema da Revolução Francesa de 1789. A fraternidade está intimamente associada a ideia de igualdade, pois, neste período defende-se a ideia de que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sem diferenciação, como irmãos. Por isso, o termo fraternidade, neste período, representa a concepção de que todos os homens devem buscar um laço de união fraterna na vida em sociedade, fundado na liberdade e igualdade de direitos e obrigações, e na busca do bem comum.

Neste sentido, a liberdade e a igualdade, são complementadas pela fraternidade, que pressupõe esse escopo na busca da conciliação dos interesses de todos, no processo revolucionário de implementação e efetivação dos novos direitos.

Neste cenário foram construídos os principais fundamentos do Estado moderno que, antes absolutista, tornou-se liberal, consequentemente, um Estado de direito. Com a laicização do Estado e a sedimentação do entendimento a respeito da prescindibilidade do poder do monarca, surgiu a necessidade do poder estatal justificar-se racionalmente, razão pela qual ganharam importância ideias que explicavam e justificavam a formação da sociedade e a existência do Estado, o que se deu através de pensadores como Locke e Rousseau.

Desta forma, foi desenvolvido o conceito de um pacto social, a fim de legitimar, preservar e constituir a vontade geral, que a partir de então, se torna racionalizada e impõe que o Estado intervenha nas relações sociais de forma mínima, atuando apenas para garantir a fruição dos direitos e liberdades individuais. Tal fato ofereceu ao Direito Penal um novo caráter de proteção e respeito aos direitos individuais, para assim, minimizar o arbítrio estatal, ou seja, o Estado deve interferir nas liberdades individuais o mínimo possível, para garantir a estabilidade social, ainda assim, apenas nos casos estabelecidos na lei. Essa mudança de paradigma caracteriza o surgimento das bases originárias do Estado garantista entendido na atualidade.

2.1 A matriz iluminista e positivista do Garantismo

Antes de se discorrer sobre o garantismo, é necessário traçar um panorama das circunstâncias do surgimento das garantias na modernidade. Uma abordagem histórica do surgimento das garantias, acompanhada de uma descrição evolutiva do modelo de Estado Absolutista para o Estado de Direito, bem como, o estudo das ideias que influenciaram a Teoria Garantista será necessário, para uma compreensão apropriada do tema.

Desta forma, o ponto inicial da presente pesquisa, situa-se nos postulados iluministas que apresentaram uma proposta revolucionária, tendo por base, o lema *Liberté, Fraternité, Égalité* (liberdade, fraternidade e igualdade), decorrente da Revolução Francesa ocorrida em 1789, e que alterou de maneira significativa o século XIX, na medida em que este acontecimento articulou uma onda de revoluções na Europa. Os resultados refletiram em todos os setores da vida humana, principalmente, em relação ao saber jurídico, que passou por um processo de racionalização e trouxe uma nova concepção do papel do Estado frente ao cidadão[12].

O conhecimento passa a ser condição *sine qua non* para a compreensão do mundo. Apoiado no saber científico, o homem tenta se libertar do passado de submissão fundamentada nas religiões, e passa a questionar a disposição social da época. As ciências naturais e sociais ganham importância e as novas teorias e conhecimentos passam a influenciar a sociedade e a política.

Neste diapasão, surgiram novos instrumentos para compreensão das crescentes transformações sociais da época, e por meio deles, "os legisladores da Revolução Francesa vão construir o sistema jurídico do mundo contemporâneo sobre certo número de teorias políticas que dominarão o direito dos países da Europa ocidental e da América nos séculos XIX e XX[13]", centradas nos ideais da tendência liberal e individualista. Destaca-se, dentre estas ideias, a já mencionada igualdade formal entre os cidadãos, como marco de ruptura com o Estado Absolutista "é a nação, e já não o rei, que é soberano[14]".

A grande evolução política e jurídica desse momento da sociedade foi proclamada por diversos pensadores da época, que de certa forma, também influenciados pelas teorias contratualistas, acabariam por se tornar responsáveis pela fundamentação de um Estado que visava "aperfeiçoar a tutela dos direitos, bem como, delimitar com mais precisão e segurança, as esferas de liberdade de cada um."[15]

Foucault comenta a suavização do poder punitivo estatal neste período destacando que

---

12 Cf. JÚNIOR, Walter Guandalini. *A ciência do Direito entre o real e o imaginário: por uma ruptura epistemológica no saber jurídico.* In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros *et al*. (Coord.). *Constitucionalismo e Democracia.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012 p.25.

13 GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito.* 3. ed. AM Hespanha: M. Malheiros , 2011.p.414.

14 GILISSEN, John. Ob.Cit. p.418.

15 ABBOUD, Georges. *O Mito da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado: A Dimensão Constitucional dos Direitos Fundamentais e os Requisitos Necessários para se autorizar Restrição a Direitos Fundamentais.*in Revista dos Tribunais, Vol. 907. 2011, p.61.

> o afrouxamento da penalidade no decorrer do século XVIII, ou, de maneira mais precisa, o duplo movimento pelo qual, durante esse período, os crimes parecem perder violência, enquanto as punições, reciprocamente, reduzem em parte sua intensidade, mas a custa de muitas intervenções.[16]

Entretanto, mais adiante, o francês ressalta que neste período busca-se "não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir". Assim, a mitigação das penas não seria um ato de generosidade estatal, mas uma conveniência para atender as transformações sociais da época.

Ao pensamento iluminista "se deve a formulação mais incisiva da maior parte das garantias penais e processuais[17]", por esta razão, ao Estado Liberal foi delegada a missão de interferir na sociedade como protagonista da "garantia e eficácia dos novos direitos atribuídos ao cidadão[18]."

Nesse contexto, ganham expressão, ideias que pregavam a reforma do direito criminal que buscava "o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos[19]". Foucault ainda destaca os princípios gerais dessa reforma

> um poder de julgar que não pesasse o exercício imediato da soberania do príncipe; que fosse independente da pretensão de legislar; que não tivesse ligação com as relações de propriedade; e que, tendo apenas as funções de julgar, exerceria plenamente esse poder.[20]

Esta proposta de um novo sistema de garantias ao indivíduo, fundada nos ideais iluministas e guiada pela razão humana, mudou profundamente não só as bases jurídicas, mas também as bases políticas e econômicas do Estado, tornando-se a viga mestra para a consolidação do Estado liberal burguês, em que todos os homens, em tese e formalmente, seriam iguais e livres.

Esta igualdade formal[21], aplicada de modo absoluto, significa dizer, dar aos cidadãos o mesmo tratamento legal para efeito de aplicação da lei, sem considerar as condições efetivas

---

16 FOULCAUT, Michael. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 64

17 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer Sica (et. al). 4ªed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.17.

18 BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito.* São Leopoldo: Unisinos, 2009.p.459.

19 FOULCAUT, Michael. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 69.

20 FOULCAUT, Michael. Ob.Cit. p. 69.

21 Esta igualdade formal atendia bem aos interesses liberais burgueses do Século XVIII, pois buscava apenas proibir os privilégios de classe no Estado, no sentido de que ele não poderia intervir para garantir privilégios ao clero e a nobreza. Apenas esta igualdade perante a lei, já possibilitaria ao burguês, detentor

em que se encontram. Esta ideia, por sua vez, foi atrelada à necessidade de que o direito deveria "ser fundamentado no princípio de liberdade do indivíduo e [poderia] ser justificado somente se [permitisse] a realização do bem comum e do bem estar das pessoas[22]", gerando, como consequência, a necessidade

> da substituição da vontade individual do soberano e dos julgadores, por uma vontade geral, a qual deveria estar contida numa disposição normativa emanada do Poder Legislativo, com reconhecida legitimidade popular, vinculada aos poderes legais [...] o cidadão não podia ser mais um mero instrumento do poder [...], mas um partícipe e controlador deste poder, com direitos e certas garantias [...][23].

Deste modo, foi se configurando, mesmo que ainda de modo embrionário, uma nova perspectiva da liberdade do indivíduo frente ao Estado, qual seja, a liberdade política como sendo um "novo modo de relacionamento dos cidadãos com o poder, uma nova sociabilidade política[24]". Assim, a ideia da lei formulada por um corpo legislativo de representantes do povo – "que no contexto da revolução francesa, eram os burgueses – representou uma conquista no que tange ao enfrentamento do arbítrio e na afirmação das liberdades[25]".

Dario Ippolito relata o discurso político dos iluministas

> Um discurso, que a partir do reconhecimento do caráter intangível da vida, da liberdade e da propriedade dos indivíduos, privilegiava uma concepção do Estado antitética em relação àquela acreditada pela tradição: sobre a deontologia da obediência, que prescrevia os deveres dos súditos nos limites do soberano, se impunha a teorização do dever do soberano de respeitar e proteger os direitos do sujeito. Consequentemente, a ideia de *potestas legibus soluta* era afastada e – contrariamente – se desenhava a consciência de que para tutelar os indivíduos era necessário regular, limitar e controlar o exercício do poder.[26]

---

de poder econômico, de ascender socialmente. Desta forma, a igualdade buscada na Revolução Francesa não visava a igualdade social, que apenas mais tarde foi desenvolvida com a ideia de igualdade material, com o surgimento dos estados sociais. Assim, conclui-se que o principal beneficiário da igualdade formal foi o burguês, os demais componentes da sociedade, como os negros, os pobres e as mulheres, não tiveram sua situação social melhorada de forma significativa neste período.

22 SABADELL. Ana Lúcia**.** *Iluminismo jurídico e liberalismo. In: ZILIO, Jacson. BOZZA, Fábio (Orgs.). Estudos Críticos sobre o Sistema Penal: Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe Editora, 2012. p.383.

23 GIACOMOLLI, Nereu Jose. *O princípio da legalidade como limite do jus puniende e proteção dos direitos fundamentais*. In: STRECK, Lenio Luiz. et al. (org.). *Direito Penal em tempos de crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.152,153.

24 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. *Reflexões histórico-conceituais sobre constitucionalismo e democracia na Revolução Francesa.* In: STRECK, Lenio Luiz *et al*. (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:* Anuário de Pós Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado n.9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.79.

25 STRECK, Lênio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo.* In FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.83.

26 IPPOLITO, Dario. *O garantismo de Luigi Ferrajoli. I*n Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) Janeiro-Junho/2011, p.34-41. Porto Alegre: Unisinos. p.36.

Esta mudança de paradigma em relação a legitimidade do poder, que antes era centralizada no rei e no seu caráter sagrado, que dominavam de modo absoluto a organização jurídica de decisão e formulação de leis, através da moral e da ética, deu origem ao processo de reconfiguração das relações de poder, com o surgimento do despotismo esclarecido ou através de revoluções como a Francesa, cujos ideais influenciaram profundamente o pensamento político ocidental.

Quanto ao poder punitivo no Estado Absolutista, Foucault esclarece que pode ser classificado como "superpoder" monárquico que identifica o direito de punir com o poder pessoal do soberano. Identificação teórica que faz do rei a *fons justitiae*[27]; entretanto, com as novas ideias iluministas, esse poder é retirado do rei e transferido para a figura do legislador representante do povo. Esta nova perspectiva conta agora com a "tecnicização do saber jurídico [...] e caracteriza-se pela influência dos sistemas racionais na teoria jurídica[28]".

O Estado passa então, a concentrar em si, todos os poderes, em primeiro lugar o de criar o direito como lei, denominado por Norberto Bobbio de "monopolização da produção jurídica por parte do Estado[29]".

Renegada, portanto, a autonomia do "rei" de dizer o Direito, o cidadão passa a ter a garantia de que, separados os poderes, a lei passou a ser a única origem de seus direitos e de suas obrigações. Ao Legislativo caberia a dominação técnica de toda a vida e atividades humanas, esta separação, por sua vez, garantiria de certa forma,

> uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência da política na administração, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito. Ora, essa neutralização política do Judiciário é uma das peças importantes para o aparecimento de uma nova forma de saber jurídico: a ciência do direito do século XIX[30].

Esse período histórico caracteriza-se pela garantia dos direitos do cidadão contra arbitrariedades advindas do poder, o destaque da sociedade civil em relação ao Estado, pela tripartição dos Poderes, na valorização da propriedade privada e na menor ingerência do Estado na área econômica, em oposição ao passado da política mercantilista intervencionista, valores estes que representavam bem, a lógica de interesses burguesa.

---

27 FOULCAUT, Michael. *Vigiar e Punir.* Petrópolis: Vozes, 2003. p. 68.

28 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação.* 5ª Ed.Rev. Ampl. São Paulo: Atlas, 2007, p.65.

29 BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico - lições de filosofia do direito.* Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.p.27.

30 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Ob. Cit. p.73.

A ciência do Direito, que agora tratava não somente das liberdades individuais do cidadão, passou também a abordar matérias de direito público, para, sobretudo, banir as instituições do Estado absolutista e substituí-las por outras que estivessem de acordo com esses novos interesses. Isto deveria ser feito através de uma constituição – termo surgido desde a antiguidade, mas que recebeu após o iluminismo, um novo sentido.

É importante destacar que até este momento, as constituições continham basicamente direitos para proteger os cidadãos contra os abusos do poder. Kildare Gonçalves Carvalho observa que

> Na transição entre a monarquia absolutista para o Estado Liberal de Direito (final do século XVIII), os Estados passam a adotar leis fundamentais ou cartas constitucionais, reunindo, em documento escrito, sua organização política, bem como de declaração de direitos dos indivíduos, surgindo o constitucionalismo moderno [...]. Caracteriza-se, assim, o constitucionalismo de fins do século XVIII pela ocorrência da ideia da separação de Poderes, garantia dos direitos dos cidadãos, crença na democracia representativa, demarcação entre a sociedade civil e o Estado, e ausência do Estado no domínio econômico (Estado absenteísta)[31].

Fábio Konder Comparato lembra que "em 1789, os representantes do povo francês, constituídos em assembleia nacional, declararam que 'toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição' (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão)[32]". Assim, fica clara a ideia de que neste período do constitucionalismo, o conteúdo substancial das constituições visava o Estado Liberal, ou seja, a limitação da atuação Estatal na sociedade, a segurança das relações jurídicas e a proteção do indivíduo. Desta forma é importante destacar que

> a ideia de fixar os princípios de direito público numa constituição escrita, já tinha sido posta em prática pelos Estados Unidos (...) Desde então, reserva-se a palavra "constituição" para o *acto* legislativo escrito no qual o regime político, a "forma de governo" do país é fixado. Nos sécs. XIX e XX, quase todos os Estados – novos ou antigos – *adoptaram* uma constituição escrita, na qual estão descritas a organização e o funcionamento dos principais órgãos do Estado, sobretudo dos três poderes (ou, por vezes, quatro ou cinco): o poder Legislativo, o poder Executivo e o poder Judiciário[33].

Assim, passou-se a crer em um direito autossuficiente, revelado em ordenamentos autojustificados, a partir da consideração da lei como principal fonte do direito, expressão

---

31 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13ª ed., rev. atual. e ampl. Belo horizonte: Del Rey, 2007, p. 251- 252.

32 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno.* 3ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.p.362.

33 GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito.* 3. ed. AM Hespanha: M. Malheiros , 2011.p.419.

máxima da racionalidade humana e instrumento de garantia do povo, que representado pelo Poder Legislativo, através dela, limitava o exercício do poder de quem o detivesse.

Para dar segurança jurídica às novas relações civis provenientes dos avanços comerciais e econômicos, e tentar debelar as novas formas de criminalidade[34] que se desenvolviam na sociedade moderna, foi necessário que se desenvolvesse uma maior formalização do Direito por meio da escrita, e uma legislação infraconstitucional mais detalhada. Esse processo culminou na sistematização e codificação do direito, "cujo principal objetivo é organizar o caos do direito não escrito (natural e consuetudinário) e oferecer ao Estado um instrumento de controle da vida em sociedade[35]".

Por isso, o Estado Liberal, a fim de alcançar o objetivo de proteção do cidadão, o faz na forma de códigos, ou seja, o indivíduo da época – "burguês evidentemente[36]" – estaria protegido pela ideia de que a "lei cobriria tudo o que pode se dar no mundo dos fatos. Isto significa que de alguma forma, seria possível prever – antecipadamente – todas as hipóteses fáticas de aplicação da lei[37]".

> A lei tornou-se a principal fonte de direito no século XIX. Ela é mesmo, segundo a teoria do positivismo legalista, a única fonte de direito positivo; pois só o Estado pode fixar e formular as normas obrigatórias sob a forma de leis; a lei constituiria todo o direito; não haveria outro direito senão a lei[38].

Por essa razão, foi limitada a atuação do Poder Judiciário[39], já que este passou a ser considerado mero tradutor da vontade do legislador, situação esta, que foi retratada por Montesquieu ao afirmar que "o juiz é a boca da lei" (in *L'Esprit des lois* -1748 – O Espírito das Leis). Nesse sentido, "com a formação do Estado moderno é subtraída ao juiz a faculdade

---

34 A respeito das novas formas de criminalidade surgidas na Europa após a Revolução Francesa, Foucault destaca que " É portanto necessário controlar e codificar todas essas práticas ilícitas. [...] Com as novas formas de acumulação de capital, de relações de produção e de estatuto jurídico da propriedade, todas as práticas populares que se classificavam, seja numa forma silenciosa, cotidiana, tolerada, seja numa forma violenta, na ilegalidade dos direitos, são desviadas à força para a ilegalidade dos bens." FOULCAUT, Michael. *Vigiar e Punir.* Petrópolis: Vozes, 2003. p. 71.

35 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de Filosofia do.*10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 396.

36 Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo.* In FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.84.

37 Cf.. STRECK, Lênio Luiz. Ob. Cit. .p.83.

38 GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito.* 3. ed. AM Hespanha: M. Malheiros , 2011.p.417

39 Foucault relatando as condições que precederam a reforma, observa a respeito do poder judiciário da época: "uma confusão entre dois tipos de poder: o que presta justiça e formula uma sentença aplicando a lei, e o que faz a própria lei." FOULCAUT, Michael. Ob.Cit. p. 67.

de obter as normas a aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais, e se lhe impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado[40]".

Ocorre que evidentemente, com o passar do tempo, constatou-se aquele que é o "ponto fulcral[41]" de qualquer sistema de leis, que é "a constatação lógica" de que a lei "não cobre tudo que a faticidade apresenta, problemas que nem sempre foram esboçados pelo legislador[42]".

Para Lenio Streck, é neste "ponto fulcral" que o sistema se adaptou a fim de resolver o problema, colocando,

> ao lado do *legislador racional, um juiz/intérprete racional*. Desse modo, o primeiro criará, de forma absolutamente *discricionária* (...) o conteúdo da lei, ao passo que o *juiz/intérprete* racional terá uma delegação, para de forma limitada, preencher os vácuos deixados pela discricionariedade absoluta (política) do legislador. Cria-se assim, uma espécie de 'discricionariedade de segundo nível', representada pela atividade interpretativa do *juiz racional.* Essa discricionariedade de segundo nível será justificada pelos chamados *princípios gerais do direito* que, junto com a analogia e os costumes, representarão as autorizações legislativas para a análise discricionária do juiz no caso concreto[43].

Paralelamente, atreladas a estas transformações a respeito das concepções de Estado, ganham importância as ideias de Augusto Comte, filósofo e sociólogo francês, considerado o fundador do positivismo e inventor do termo "sociologia",[44] para indicar a ciência que tratava dos fatos sociais. Comte sustentava que

> a única forma de conhecimento, ou a mais elevada, é a descrição de fenômenos sensoriais. Comte afirmava que existiam três estágios nas crenças humanas: o teológico, o metafísico e o positivo, assim chamado por se limitar ao que é positivamente dado, evitando toda especulação. A posição de Comte é uma versão do empirismo tradicional, mas sem as tendências idealistas e céticas que essa posição costuma atrair. Em suas próprias obras perpassa uma crença e um otimismo no alcance da ciência e nos benefícios de uma sociologia verdadeiramente científica.[45]

Segundo Fábio Konder Comparato, em oposição à escola naturalista, "a escola positivista, criada no século XIX, procurou transportar para o campo da ética e da vida social

---

40 BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico - lições de filosofia do direito.* Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.p.29.

41 Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. In FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.85.

42 Cf. STRECK, Lênio Luiz. Ob. Cit. p.84.

43 STRECK, Lênio Luiz. *Ob.Cit.* p.84.

44 Cf. BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Rio de Janeiro. Ed. Zahar. 1997.p. 65.

45 BLACKBURN, Simon. Ob.Cit.p. 305.

o mesmo rigor de análise e raciocínio, próprio das ciências exatas[46]". Essa tendência de generalização da racionalização do saber desenvolveu-se em diversas correntes de pensamento, como o "empiriocriticismo, positivismo lógico, empirismo lógico, e finalmente, no século XX, em filosofia analítica e linguística[47]", que possuem os mesmos princípios metodológicos a saber:

> 1) o conhecimento humano só pode ter por objeto, fatos apreendidos pela experiência sensível; 2) fora do mundo dos fatos, a razão só pode ocupar-se validamente, de lógica e matemática. O saber fundado nesses dois princípios – o único que pode ser considerado científico – foi denominado por Comte um saber positivo, por oposição ao falso saber, dito metafísico.[48]

A respeito da amplitude de significados do termo positivismo, entendendo que ele não se restringe exclusivamente à corrente de Augusto Comte, Ferraz Júnior explica que

> O termo positivismo não é, sabidamente, unívoco. Ele também designa tanto a doutrina de Auguste Comte, como também aquelas que se ligam a sua doutrina ou a ela se assemelham. Comte entende por 'ciência positiva' *coordination de faits.* Deve-se reconhecer a impossibilidade de atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos, aceitando os fatos e suas relações recíprocas como o único objeto possível de investigação científica.[49]

É importante destacar que as ideias de Comte inauguraram uma nova forma de encarar as ciências humanas, mas este autor não tratou em seus trabalhos, especificamente, da Ciência do Direito, contudo, fixou novos paradigmas que contribuíram para o desenvolvimento do positivismo jurídico.

No que se refere ao positivismo jurídico, é importante ressaltar que segundo Fábio Konder Comparato, as ideias positivistas de Comte, no que se refere à Ciência do Direito, foram de certo modo, antecipadas pela escola utilitarista britânica do século XVII, senão vejamos

> Thomas Hobbes, no *De Cive*, publicado em 1642, afirmou enfaticamente que 'a utilidade é a regra do direito' (seção primeira, capítulo primeiro, X). Para Jeremy Benthan, cujo utilitarismo exerceu grande influência sobre o pensamento jurídico de

---

46 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno.* 3ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p.350.

47 COMPARATO, Fábio Konder. *Ob.Cit.* p.351.

48 COMPARATO, Fábio Konder. *Ob.Cit.* p.351.

49 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2ª.ed. São Paulo: Atlas, 1995.p.31.

> John Austin, a ética deveria ser transformada numa ciência positiva da conduta humana, 'tão exata quanto a matemática'.[50]

A respeito do surgimento da concepção de positivismo jurídico, Norberto Bobbio elucida que

> o positivismo jurídico é uma concepção do direito, que nasce quando 'direito positivo' e 'direito natural' não mais são considerados direitos no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo 'positivo' ao termo 'direito' torna-se um pleonasmo, mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, o positivismo jurídico é aquela doutrina, segundo a qual não existe outro direito senão o positivo[51].

Inicia-se, então, a fase do positivismo jurídico com o assujeitamento do direito à norma, ou seja, a colocação fática da realidade no texto da lei, como o único objeto merecedor de consideração por parte da ciência jurídica. O direito, mais do que nunca, submete-se à velha dicotomia, antes "natural" passa agora a ser "positivo".

Assim, para Ferrajoli o "positivismo jurídico" é

> uma concepção e/ou um modelo de direito que reconhece como "direito" qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independentemente dos seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça[52].

Diante dessa definição apresentada por Ferrajoli, é necessário mencionar a contribuição teórica do jurista e filósofo austríaco, Hans Kelsen.

> Kelsen é conhecido pelo mais inflexível desenvolvimento de uma teoria do direito 'positivista', uma teoria que exclui rigorosamente de sua análise quaisquer considerações éticas, políticas ou históricas, e identifica a essência da ordem legal com a "letra da lei", ou lei promulgada. Um sistema de direito é baseado numa *Grundnorm*, ou norma fundamental, da qual se segue a validade de outros enunciados legais do sistema. A norma fundamental pode ser a de que certos ditames ou proposições particulares, de que são exemplos as do soberano, têm de ser obedecidas. A *Grundnorm* só pode ser alterada por meio de uma revolução política.[53]

---

50 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno.* 3ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.p.351.

51 BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico - lições de filosofia do direito.* Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.p.25.

52 FERRAJOLI. Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista.* In FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.14

53 BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Rio de Janeiro. Ed. Zahar. 1997.p. 216.

Portanto, o que se observa, é que por seu positivismo normativista, Kelsen buscou a pureza metodológica no estudo do direito, ou seja, retirou do campo de análise tudo que não fosse considerado norma jurídica positivada. Desta forma, o autor excluiu da apreciação, fatores que não pertencessem exclusivamente ao fenômeno jurídico. Assim, questões relativas à justiça do Direito, ética, moral, sociologia, religião e todo o mais que pudesse desviar o foco de análise para fora das leis positivadas, e conduzisse a um resultado relativo das observações, ou fosse anterior ou posterior à norma posta, não seria objeto de análise. Com isso, Kelsen tentou isolar teoricamente o fenômeno jurídico, para conferir pureza e precisão a sua análise científica, visando dar autonomia e generalidade às proposições da Ciência do Direito que queria construir.

Para explicar o fenômeno jurídico, Kelsen desenvolveu a Teoria Pura do Direito,[54] que tem como objeto de análise "o estudo da validade (existência de uma norma jurídica), a vigência (a produção de efeitos de uma norma jurídica), a eficácia (condutas obedientes e observantes a uma norma jurídica)[55]". Deste modo, fica clara a pureza metodológica da teoria de Kelsen, que tem como único foco de estudo, o direito positivo.

Neste ponto, é importante destacar, que "O positivismo jurídico, na verdade, historicamente, não foi apenas uma tendência científica, mas também esteve ligado, inegavelmente à necessidade de segurança da sociedade burguesa[56]". Com a positivação dos direitos e a segurança da subsunção dos fatos à norma, a classe burguesa pôde ter maior garantia de que suas novas conquistas estariam asseguradas pelas decisões dos juízes da época.

Desta forma, "Kelsen ofereceu uma resposta satisfatória ao grande problema da sua época, que era a necessidade de um direito seguro e ao mesmo tempo modificável, para se adaptar às constantes transformações sociais da sociedade do século XX[57]". Entretanto, em que pese o rigor teórico das ideias de Kelsen, o reducionismo do positivismo jurídico mostrou-se insuficiente para solucionar o problema da discricionariedade judicial. Ela foi limitada com o positivismo normativista, porém, Kelsen a admite no momento da interpretação e aplicação da lei ao caso concreto como "liberdade do juiz, ou seja, no poder de

---

54 A respeito da Teoria Pura do Direito e da intenção de Hans Kelsen por meio dela, é importante ressaltar que "a teoria pura não é apenas o nome de um livro, mas de seu projeto de elevar o direito à posição de ciência jurídica." BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito.* São Leopoldo: Unisinos, 2009. p.808.

55 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de Filosofia do.*10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404.

56 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito.* 2ª.ed. São Paulo: Atlas, 1995.p.32.

57 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p.234.

determinar qual dos sentidos (dentre os vários possíveis extraídos da norma jurídica) é o mais adequado ao caso concreto[58]". Mas o autor alerta que após ser feita essa escolha "não há nada no Direito Positivo que permita dizer que essa escolha é melhor do que outra. Nenhum método torna essa escolha um ato objetivo e sensivelmente positivo a ponto de se tolher as possibilidades de escolha do juiz[59]".

Essas limitações teóricas do positivismo jurídico vão motivar "todo o movimento conhecido hoje como pós-positivismo jurídico[60]", que por meio de autores como Alexy, Dworkin, e no Brasil, Lenio Streck, têm desenvolvido teorias da argumentação jurídica como forma de limitar o subjetivismo e o arbítrio no momento da interpretação e aplicação da lei.

Em que pese a importância do desenvolvimento desses conhecimentos, acerca da discricionariedade e das teorias da argumentação, a pesquisa deixa para tratá-los de forma mais detida e relacionada com o Direito Penal em capítulo posterior.

Convém lembrar a proximidade do garantismo de Ferrajoli, com as ideias iluministas e positivistas apresentadas neste capítulo. Como observa Norberto Bobbio no prefácio à primeira edição da obra Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, "com respeito às tradicionais escolas de teoria do direito, a orientação teórica de Ferrajoli pertence ao positivismo jurídico[61]". Como se observa em suas obras, o autor defende "uma concepção de constitucionalismo estritamente 'juspositivista'[62]" e elucida que o constitucionalismo garantista por ele proposto

> não é uma superação, mas sim um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo. Ele é o resultado de uma mudança de paradigma do velho juspositivismo, que se deu com a submissão da própria produção normativa, a normas não apenas formais, mas também substanciais, de direito positivo[63].

---

58 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de Filosofia do.*10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 403.

59 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis. *Ob.Cit*. p. 403.

60 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: Do Positivismo clássico ao Pós-positivismo Jurídico.* Curitiba: Juruá, 2014. p.235.

61 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer Sica (et. al). 4ªed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.11.

62 FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.13.

63 FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 22.

Com relação ao iluminismo, Bobbio ressalta que "do ponto de vista da política do direito, o teórico do garantismo não pode não se inserir na grande tradição do pensamento iluminista e liberal que no campo do Direito Penal vai de Beccaria a Francesco Carrara[64]".

Entretanto, em sua obra, Ferrajoli, após afirmar que "o pensamento iluminista representa seguramente o momento mais alto da história[65]", pela criação da maioria das garantias penais e processuais penais, propõe "a revisão teórica do modelo garantista de legalidade penal e processual, o qual fora traçado pelo pensamento iluminista[66]", por entender que o rigorismo positivista que exige "a ideia do julgamento como um silogismo perfeito e do juiz como boca da lei, possui uma intrínseca fraqueza política, devido, entre outros motivos, ao seu total inatendimento epistemológico e à sua consequente impraticabilidade jurídica[67]".

Portanto, conclui-se que Ferrajoli reconhece as conquistas e deficiências oriundas do pensamento iluminista, e propõe uma "revisão crítica da epistemologia jurídica iluminista[68]" como tarefa prévia de sua Teoria do Garantismo Penal.

2.2 O Garantismo Legalista e suas vertentes

Ainda tratando das considerações históricas relacionadas ao garantismo, é importante se trazer a lume, alguns pensadores que contribuíram para a evolução do Direito Penal e para a humanização e racionalização do tratamento penal dos indivíduos, pois assim, pode-se visualizar a evolução das garantias penais e processuais penais, que serviram de base para o Direito Penal atual, para que se possa tratar de forma contextualizada, os temas abordados na pesquisa.

Cumpre lembrar, que o Direito Penal já foi marcado por centenas de anos de penas cruéis e pelo uso da tortura, e que apenas há poucos séculos, evoluiu para um tratamento penal mais humano dos indivíduos. Nesse diapasão, Luiz Luisi observa que

> No Direito Penal medieval, consolidado nas Ordenações Europeias dos séculos XV a XVII – das quais pela sua brutal severidade se destacam as Ordenações Portuguesas Afonsinas, Manuelinas e Filipinas – tinham nos livros, pertinentes aos delitos, como inimigos a serem punidos com morte cruel (a vivicombustão,

---

64 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer Sica (et. al). 4ªed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.11.
65 FERRAJOLI, Luigi. *Ob.Cit.*p.17.
66 FERRAJOLI, Luigi. *Ob.Cit.*p.17.
67 FERRAJOLI, Luigi. *Ob.Cit.*p.17.
68 FERRAJOLI, Luigi. *Ob.Cit.*p.17.

> precedida de torturas) os hereges, os apóstatas, os feiticeiros, os pederastas, afora os autores dos crimes de lesa majestade, previstos em numerosas hipóteses.[69]

Já no século XVIII, diante das novas concepções de valorização dos indivíduos e de suas liberdades, os pensadores iluministas criaram as condições necessárias para uma nova mentalidade a respeito do processo penal e para a punição. Nesta época, "abundavam doutrinas de igualdade, liberdade, fé na inteligência humana e razão universal[70]" que acompanhadas das transformações sociais e econômicas, refletiram também em mudanças no poder punitivo estatal.

Dario Ippolito relata os objetivos dos iluministas

> Codificação legislativa do Direito Penal, humanização e racionalização do sistema das penas, secularização e liberalização dos delitos, demolição dos institutos do processo inquisitório, e introdução das garantias fundamentais do imputado: são estes os objetivos dos iluministas[71]".

Foucault relata essas mudanças ocorridas neste período histórico na Europa

> Durante todo o século XVIII, dentro e fora do sistema judiciário, na prática penal cotidiana como na prática das instituições, vemos formar-se uma nova estratégia para o exercício do poder de castigar. E a 'reforma' propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito, ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades, uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir[72]".

Assim, poder-se-ia citar inúmeras contribuições apresentadas por diversos pensadores iluministas da época, mas, considerando o foco deste trabalho, serão tratados aqueles considerados os pioneiros das ideias penais garantistas.

Neste sentido, Ippolito remete a ilustres pensadores que se dedicaram a racionalização e humanização do sistema penal Europeu

> contra o sistema punitivo do antigo regime, confessional nas proibições, feroz nas punições, abusivo nas imputações, arbitrário nas decisões, Beccaria, Voltaire, Filangieri (para citar os mais ilustres expoentes do iluminismo jurídico) se batem por

---

69 LUISI, Luiz. *Um direito penal do inimigo: o direito penal soviético*. In: STRECK, Lenio Luiz. et al. (org.). *Direito Penal em tempos de crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 114.

70 HARVEY, David. *Condição pós-moderna.* 19ª Ed. São Paulo: Loyola, 2010.p.23.

71 IPPOLITO, Dario. *O garantismo de Luigi Ferrajoli.* In Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) Janeiro-Junho/2011, p.34-41. Porto Alegre: Unisinos. p.37.

72 FOULCAUT, Michael. *Vigiar e Punir.* Petrópolis: Vozes, 2003. p. 70.

> uma reforma da justiça penal finalizada a retirar "ao inocente todo medo, ao infrator toda esperança, e aos juízes todo arbítrio[73]".

Deste modo, em matéria penal, tem grande destaque as ideias desenvolvidas pelo autor italiano *Cesare Beccaria*[74], cuja pretensão em transformar o modelo punitivo vigente na Europa Central, foi transcrita em *Dei Delitti e Delle Pene*[75] (Dos Delitos e das Penas), inaugurando um sistema de garantias legais ao cidadão, amparado no Direito Penal liberal, denunciando a tortura e a pena de morte, e propondo a imposição de limites até então inexistentes ao poder punitivo.

> A importância histórica — que nunca será suficientemente sublimada — do famoso livro de Beccaria (1764) reside precisamente nisto: trata-se da primeira obra que enfrenta seriamente o problema e oferece alguns argumentos racionais para dar-lhe uma solução que contrasta com uma tradição secular[76].

É importante discorrer algumas linhas a respeito da contribuição de Beccaria ao universo penal, porque em sua obra, o autor desenvolve ideias que contribuíram para o desenvolvimento da Teoria do Garantismo Penal, conforme se verifica, porém, de forma superficial, nos parágrafos abaixo.

Inicialmente, publicado em 1764, na forma de panfleto anônimo, quando o autor ainda contava com apenas 25 anos, o livro foi "novamente publicado, pouco depois com um comentário de Voltaire[77]", o que deu à obra grande repercussão em toda a Europa, e fez com que mais tarde, a "maior parte das ideias de Beccaria se encontrasse na Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e nos Códigos penais de 1795 e 1810[78]".

> Sob a influência do *Contrat Social* de Rousseau, Beccaria imagina um sistema jurídico no qual cada um deve ceder uma parcela da sua liberdade – tão mínima quanto possível - ao soberano, em troca da manutenção da ordem por este último. O soberano não pode abusar do seu direito de punir; os factos são apenas puníveis se a lei os considerar como infração; é a proclamação da legalidade dos direitos e das penas; é o adágio *nullum crimen, nulla poena sine lege* [...]. A pena deve ser

---

73 IPPOLITO, Dario. *O garantismo de Luigi Ferrajoli.* In Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) Janeiro-Junho/2011, p.34-41. Porto Alegre: Unisinos. p.37.

74 BECCARIA, Cesare. *Dei Delitti e Delle Pene.* Itália, 1764.

75 Cumpre esclarecer que a obra *Dei Delitti e Delle Pene (Dos Delitos e das Penas) r*eúne ideias, não só de Cesare Beccaria, mas também de outros nomes, os quais constituíram a chamada Accademia dei Pugni. *(Cf.* BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito.* São Leopoldo: Unisinos, 2009, p.92*).*

76 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª ed. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.p.68.

77 GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*. 3. ed. AM Hespanha: M. Malheiros , 2011.p.368

78 GILISSEN, John, Ob.Cit. p.368.

> proporcional ao mal a reprimir; a tortura e a pena de morte não podem ser toleradas.[79]

Uma das grandes contribuições do filósofo italiano está em sua manifesta e rígida oposição à tortura, que segundo o autor, era uma crueldade consagrada na maior parte das nações da época, e questiona esse método sob o argumento de que se o crime realmente ocorreu "não lhe corresponde outra pena senão a estabelecida nas leis e as torturas, são inúteis em tal caso, como é inútil a confissão do réu[80]." Para o caso de haver dúvida acerca da existência do crime "não se deve atormentar um inocente, porque, segundo as leis, é um homem inocente cujos crimes não estão provados".[81]

Assim, de qualquer forma que possa ser encarada, a tortura carece de legitimidade. Beccaria questiona os fins das penas, que devem ser aplicadas não para o terror e o castigo dos criminosos, mas para prevenir a prática de novos crimes. Entende ainda, que a tortura "é o meio mais seguro para absolver os criminosos fortes e condenar os fracos [...]. Entre dois homens igualmente inocentes ou culpados, será absolvido o forte e corajoso, e será condenado o fraco e tímido[82]", porque segundo Beccaria, o resultado da tortura, que é a confissão, será influenciado pela maior ou menor tolerância a dor e ao medo.

Portanto, como demonstrado, são inúmeras as contribuições de Beccaria para o Direito Penal, entretanto, não é objetivo da pesquisa estudar especificamente a sua obra. Deste modo, para os propósitos aqui buscados, vale concluir estas observações acerca da obra do ilustre autor, com o teorema por ele elaborado no fim do livro, que de certo modo, resume seu pensamento. "Para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima das possíveis em dadas circunstâncias, proporcionada aos crimes, ditada pelas leis".[83]

Diante da grandeza e importância das ideias apresentadas na obra, *Dei Delitti e Delle Pene* (Dos Delitos e das Penas) pode-se considerar Beccaria um pensador que se preocupou com a dignidade humana, e os direitos daqueles que se submetiam ao poder punitivo estatal, além de defender limites e condições para a persecução penal.

Enquanto Beccaria propunha este viés humanista à persecução penal, contemporaneamente, em meio a esta tendência positivista do Direito Penal, o iluminismo

---

79 GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*. 3. ed. AM Hespanha: M. Malheiros , 2011.. p. 368.
80 BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das penas.* Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002. p. 45.
81 BECCARIA, Cesare. *Ob.Cit* p. 47.
82 BECCARIA, Cesare. *Ob.Cit.* p. 47.
83 BECCARIA, Cesare. *Ob.Cit.* p. 143.

também deu origem a outra ordem teórica: o utilitarismo disciplinador.[84] Sua inserção nesse tópico se explica porque o utilitarismo consistiu, de certo modo, numa tentativa de racionalizar e justificar a punição do agente, não apenas como vingança da sociedade contra a infração praticada, mas tentando dar um sentido social à punição, seja pela ressocialização do agente, seja pela prevenção de novos delitos.

Nesse sentido, a ideia do disciplinamento, concebida por Jeremy Bentham, impunha a ordem social, na medida em que o Estado exercesse uma "técnica de poder própria do 'quadriculamento' disciplinar[85]", sobre o indivíduo que "não era suficientemente ordenado[86]". Aos indivíduos saudáveis que não cometiam delitos, o "prêmio" concedido pelo Estado era proporcionar-lhes "felicidade". Em contrapartida, aquele indivíduo que cometia delitos, merecia que o Estado lhe proporcionasse castigo, e consequentemente, dor – "Isso é o que foi regularmente realizado pelo poder disciplinar desde o começo do século XIX: (...) a divisão constante do normal e do anormal[87]".

> No começo do século XIX (as leis penais eram projetadas pelos penalistas) e, quando estes tomaram a ideia de Bentham, acabaram elaborando códigos penais com penas fixas e longas listas de agravantes e atenuantes, prevendo percentuais para cada um. Assim, foi redigido, por exemplo, o primeiro Código Penal do Brasil, em 1831[...][88].

Desta forma, o que se nota nas ideias de Bentham, é que elas trouxeram certa racionalização para o Direito Penal. A pena passou a ter um fim "positivo" de recuperação e ressocialização do criminoso que até então era negligenciado. Apesar das limitações teóricas do utilitarismo, ele pode ser considerado como uma teoria que contribuiu para a evolução do Direito Penal.

Até aqui, pode-se observar, mesmo que de forma superficial, todas estas influências da história iluminista no Direito Penal, ora dando ênfase à tutela dos direitos humanos individuais, ora retroagindo à defesa social ampliando-se as restrições àqueles. Em todo caso, foi com o iluminismo que o Direito Penal se emancipa como ciência. Através dos postulados do liberalismo penal e do garantismo legalista, formou-se, de certa forma, o Direito Penal na forma como o conhecemos hoje, como um instrumento regrado e limitado de controle social -

---

84 Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *A questão criminal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.p.52.
85 FOULCAUT, Michael. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 165.
86 Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Ob.Cit.*p.52.
87 FOULCAUT, Michael. *Ob.Cit.* p. 165.
88 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Ob.Cit.*p.54.

em franca contraposição aos instrumentos repressivos dos períodos anteriores - com a ideia de efetiva proteção aos direitos do homem.

Com a mudança de mentalidade propiciada pelos ideais iluministas, o homem passa a ser tratado de modo diverso. Ele deixa de ser objeto e passa a ser considerado pessoa detentora de direitos e obrigações. Neste sentido, a visão garantista caracteriza-se pela aposta na legalização e racionalização do poder punitivo e pela oposição a regimes onde o Estado se impõe mais como polícia do que como interventor social, bem como nega a punição como mero exercício do poder de punir, e encara o Direito Penal, não apenas como uma forma de controle social, mas também um potente instrumento para garantia de defesa dos direitos fundamentais do homem.

Assim, entendendo-se o Garantismo Penal por meio da compreensão de suas bases históricas, verifica-se que o Direito Penal do dito moderno Estado Social Democrático de Direito, pelo menos constitucionalmente, recuperou as bases do minimalismo lançado no iluminismo, e a superou com a obrigação de todos os agentes estatais de respeitar, formal e substancialmente, os princípios constitucionais, principalmente, os responsáveis por instrumentalizar a persecução penal. Todavia, como se verá no decorrer deste trabalho, no estudo da Seletividade penal e do Direito Penal do Inimigo, na atualidade com os Estados neoliberais, o que se observa é que se tem diminuído apenas a obrigação do Estado em se responsabilizar pelo bem-estar social, que neste campo tem diminuído sua atuação em praticamente tudo, menos na repressão penal, que tem caminhado para o Direito Penal como instrumento de repressão absoluta.

Assim, considerando a influência do iluminismo penal na Teoria Garantista e no pensamento de Luigi Ferrajoli, e por não ser este o principal foco da pesquisa, passa-se a partir deste ponto, a tratar dos aspectos gerais do Garantismo, nos termos preconizados pelo autor italiano.

3 ASPECTOS GERAIS DO GARANTISMO PENAL SEGUNDO LUIGI FERRAJOLI

O termo "garantismo[89]", palavra de uso corrente nas línguas neolatinas, sempre sugeriu outras ocorrências de significado para a palavra, diferentemente de seu atual significado, por isso, geralmente ainda é associado a termos como: garantias, direitos, privilégios. Esta mudança no significado do termo "garantismo" ocorreu a partir da Revolução Francesa – antítese: liberdade x poder do Estado[90] – quando "reafirmou-se o primado dos direitos individuais e de liberdade diante dos poderes punitivos do Estado[91]", desde então, passou-se a utilizar o termo "garantismo" como sinônimo de necessidade de observâncias das garantias e direitos individuais de um cidadão.

> No Brasil, da mesma maneira como ocorreu na Argentina, na Colômbia e no México, o garantismo foi importado precisamente durante o período de redemocratização, marcado pela promulgação das novas cartas constitucionais e pela imposição de respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, sobretudo, aqueles de liberdade, contra as arbitrariedades do Estado.[92]

Mas, é na obra do italiano Luigi Ferrajoli[93], formulada a partir do final da década de 80, que o "garantismo" se difunde internacionalmente, e principalmente, assume grande importância na cultura do pensamento jurídico contemporâneo na América Latina.[94]

Como já ressaltado, o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli[95] servirá de orientação teórica para esta pesquisa. Pois, em suas obras, o autor desenvolve um sistema normativo racional, com embasamento filosófico, político e jurídico, que visa racionalizar e limitar a atuação do sistema penal. Ferrajoli ainda se utiliza destes delineamentos teóricos e filosóficos

---

89 Referida expressão não foi criada por Ferrajoli, tal expressão foi publicada, "em 1970, no *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, de Salvatore Battagli." Cf. IPPOLITO, Dario. *O garantismo de Luiggi Ferrajoli.* In Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) Janeiro-Junho/2011, p.34-41. Porto Alegre: Unisinos; e TRINDADE, André Karam. Revisitando o Garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. In Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca – Autarquia Municipal de Ensino Superior. Disponível em: <http://www.direitofranca.br>Acesso em: nov. 2014.

90 Cf. BOBBIO, Norberto. Prefácio à 1ª Edição Italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal.* São Paulo: RT, 2014,p.8.

91 IPPOLITO, Dario. *Ob.Cit.* p.36.

92 Cf. TRINDADE, André Karam. *Revisitando o Garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política.* In Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca – Autarquia Municipal de Ensino Superior. Disponível em: <http://www.direitofranca.br>Acesso em: nov. 2014. p.6.

93 FERRAJOLI. Luigi. *Derecho y rázon.* Madrid: Trotta, 1989.

94 Cf. TRINDADE, André Karam. Ob.Cit.

95 Teoria esboçada por Luigi Ferrajoli no Livro: *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

criados para a área penal, para tratar do constitucionalismo garantista e formular uma Teoria Geral do Garantismo, esboçada pelo

> caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre a validade e vigor produzida pelos desníveis das normas, em um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre o ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro, e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes.[96]

A Teoria do Garantismo nasceu "como discurso de deslegitimação do sistema penal, e alça seu potencial à estrutura de nova concepção sobre a Teoria Geral do Direito e do Estado (teoria política[97])" sendo, tal fato, confirmado por Ferrajoli de forma categórica em suas obras, "seu trabalho não se limita à esfera do Direito (Processual) Penal, mas se aplica às demais áreas do conhecimento jurídico, igualmente marcada por uma crise estrutural das garantias que caracterizam o Estado de direito".[98]

Norberto Bobbio, no prefácio à primeira edição italiana da obra Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli informa que a teoria desenvolvida pelo autor propõe:

> a elaboração de um sistema geral de garantismo ou, se preferir, a construção das vigas-mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e por escopo, a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no Direito Penal.[99]

Através da análise da Teoria do Garantismo, pode-se investigar os elementos essenciais para a formação de um sistema punitivo democrático brasileiro, no sentido de se analisar a necessidade de se limitar o abuso no poder punitivo do Estado, e por outro lado, permitir a cada um, o gozo "da máxima liberdade compatível com a igual liberdade de todos os outros".[100]

---

96 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 788.

97 CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias – uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.* Rio de Janeiro: LumenJuiris, 2001, p.xxvii.

98 TRINDADE, André Karam. *Revisitando o Garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política.* In Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca – Autarquia Municipal de Ensino Superior. Disponível em: <http://www.direitofranca.br>Acesso em: nov. 2014

99 BOBBIO, Norberto. *Prefácio à 1ª Edição Italiana*. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer Sica (et. al). 4ªed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.7.

100 BOBBIO, Norberto. *Ob.Cit.*p.8

Ferrajoli estabeleceu três diferentes eixos de análise crítica do sistema punitivo. O primeiro corresponde à análise do direito a partir de um enfoque epistemológico ou filosófico, controlando e reduzindo o poder do Estado, no curso de um processo que visa impor uma restrição por meio da violência estatal. O segundo, denominado plano político ou axiológico, está voltado para a justificativa ético-política da qualidade, quantidade e necessidade da intervenção do poder sobre a liberdade, assim como nos critérios das decisões judiciais. O terceiro é o plano jurídico ou normativo, relacionado à noção de validade, à exigência de coerência interna do sistema penal positivo, e à relação entre legislação infraconstitucional e os princípios normativos superiores.[101]

Através de seus axiomas esta teoria busca

> discutir o sistema penal atual, em suas bases filosófica, políticas e jurídicas, destrói velhos vícios teóricos e práticos, para em seguida, construir a Teoria Geral do Garantismo como modelo ideal – um sistema normativo dotado de garantias que lhe tragam racionalidade - a partir da qual são analisados os problemas fundamentais da pena, do delito e do processo penal.[102]

Ao racionalizar um sistema punitivo de acordo com as necessidades do Estado Democrático de Direito, a preocupação para Ferrajoli, é assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa, contra a arbitrariedade[103] dentro do plano epistemológico. Para tanto, é necessário o convencionalismo penal e o cognitivismo processual, sendo aquele associado ao princípio da legalidade estrita, e o último ligado à jurisdicionalidade estrita, ou seja, os campos do direito penal e processual penal, respectivamente.

Desta feita, a relevância penal deve ser motivada pela lei e não pela natureza, pela moral ou qualquer outro tipo de valor, para tanto, os tipos penais devem ser claros, isto é, devem descrever taxativamente as ações que serão imputadas ao cidadão que transgrida as normas impostas [104].

Observa-se então, que a Teoria Garantista traz uma série de limitações ao Poder Punitivo do Estado, e ao mesmo tempo, impõe-lhe o dever inderrogável de respeitar e garantir

---

101 Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

102 BOBBIO, Norberto. *Prefácio à 1ª Edição Italiana*. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer Sica (et. al). 4ªed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.5

103 FERRAJOLI, Luigi. *Ob.Cit.* p. 30.

104 "Somente por convenção jurídica, e não por imoralidade intrínseca ou por anormalidade, é que um determinado comportamento constitui delito; e a condenação de quem se tenha provado ser responsável não é um juízo moral nem um diagnóstico sobre a natureza anormal ou patológica do réu". FERRAJOLI, Luigi. *Ob.Cit*. p. 33.

os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, que passam a ser fatores de legitimação formal e legitimação substancial do Estado Democrático de Direito,[105]dentro desta nova perspectiva de se encarar a relação entre os indivíduos e o Estado.

Assim, se a Constituição Federal de 1988 possui caráter social e garantista - sendo este caracterizado por sua intervenção constante junto às necessidades de seus membros e ao respeito às liberdades individuais - o ordenamento jurídico deve se preocupar, principalmente, em adequar-se ao modelo de Estado por ela instituído.[106] Decisivamente, esta ideia deveria conduzir a atuação dos agentes estatais, de modo a se preocuparem com a legitimidade de seus atos, tanto na criação das normas infraconstitucionais, quanto no cumprimento de tais normas, todos em sintonia com as regras e princípios constitucionais.

A epistemologia garantista, vai de encontro aos modelos que se utilizam de subsídios de conceitos das condutas puníveis e comprovações judiciais de forma autoritária. Para Ferrajoli, o primeiro destes elementos é o substancialismo penal em que o objeto de conhecimento e de tratamento penal não é apenas o delito "enquanto formalmente previsto em lei, mas o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou antissocial, e para além dele, a pessoa do delinquente[107]". O segundo elemento criticado pela epistemologia antigarantista elencado por Ferrajoli é o decisionismo processual que se manifesta na subjetividade do juízo, onde a decisão judicial apresentada se caracteriza pela ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resultando em uma decisão com mais valorações, diagnósticos e suspeitas subjetivas do que de provas de fato[108] e de direito. Outro fator importante que o decisionismo gera, é a análise, não dos procedimentos para buscar a comprovação dos fatos apresentados, mas sim uma análise da personalidade do agente.

Além disso, não se pode olvidar que a controvérsia existente entre a epistemologia garantista e a epistemologia autoritária, tem seu núcleo entre a verdade jurídica que se busca. A epistemologia garantista busca uma verdade processual, ou seja, uma verdade construída a partir da observância de regras predeterminadas e atinentes aos fatos que tenham relevância penal. Já a epistemologia autoritária, busca uma verdade única, absoluta, orientada por um

---

105 Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica (et. al). 4ªed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 791.

106 Para Rosa "a *Constituição*, nesta concepção *garantista*, deixa de ser meramente normativa (formal), buscando resgatar o seu próprio conteúdo formador, indicativo do modelo de sociedade que se pretende e de cujas linhas as práticas jurídicas não podem se afastar, inclusive no âmbito do Direito e do Processo Penal".
ROSA, Alexandre Morais. *Para entender o Garantismo Penal de Ferrajoli*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli-por-alexandre-morais-da-rosa>. Acesso em: 25 fev. 2015.

107 FERRAJOLI, Luigi. *Ob.Cit*.p. 32.

108 FERRAJOLI, Luigi. *Ob.Cit*. 36.

direito penal máximo, admitindo em seu processo de construção qualquer meio para sua realização, ultrapassando, se necessário, os limites procedimentais. Deste modo, a epistemologia garantista visa a proteção máxima da liberdade dos indivíduos, em consonância com os objetivos de um direito penal mínimo.

Ao seu turno, é importante mencionar a preocupação da axiologia garantista com a noção de "custo" e objetivo, tanto do Direito Penal quanto do direito processual. Se o sistema repressivo puder ser entendido como destinado a definir, individualizar e reprimir o desvio penal, o conjunto de restrições à liberdade individual constituirá um "custo" cuja justificação deve ser racionalmente fundamentada[109].

Ferrajoli destaca que essa justificação é especialmente importante na medida em que o "custo" do sistema punitivo estatal pesa sobre todos - e mais pesadamente sobre os inocentes que eventualmente venham a ser acusados em um processo criminal - e não apenas em relação aos culpados[110]. Além de estarmos todos sujeitos às proibições de condutas consideradas delituosas, em países como o Brasil, que possui a sua taxa de criminalidade fortemente associada à falta de implementação dos direitos sociais básicos, e decorrente da grande desigualdade social, o Direito Penal não pode ser usado como instrumento de repressão social, a fim de conter a população inatendida de seus direitos sociais básicos.

Neste sentido, o garantismo também sustenta a intervenção mínima do direito penal[111] e possibilita demonstrar que a seletividade e rotulação de inimigos são incompatíveis com a atual conformação de Estados Democráticos de Direito, como o brasileiro, o que será demonstrado nos Capítulos 3 e 4.

Como já mencionado, em um país como o Brasil, com grande discrepância entre os direitos garantidos no texto constitucional e os que são fornecidos pelo Estado, com grande parte da população vivendo sem educação e saúde de qualidade; sem fornecimento pelo Estado de mecanismos socioculturais de inclusão social, como a cultura o esporte e o lazer;

---

109 GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 15.

110 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 89.

111 Cf. FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p. 319. Também comentando a opção da teoria do garantismo penal pelo direito penal mínimo, Rosa esclarece que "na sua proposta, Ferrajoli aponta para a construção de um 'direito penal mínimo', entregando para outros mecanismos de resolução de conflito – leia-se extra-penais – cuja necessidade de intervenção, via aparelho repressor penal não esteja devidamente justificada. Este critério *utilitarista reformado* e *humanitário* procura garantir, também, que o sujeito não seja submetido às imposições totalitárias de índole moralizante, uma vez que o discurso da reeducação é antidemocrático. Assim é que somente nos casos em que os efeitos lesivos das condutas praticadas possam justificar os custos das penas e proibições, as sanções estariam autorizadas".
ROSA, Alexandre Morais. *Para entender o Garantismo Penal de Ferrajoli*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli-por-alexandre-morais-da-rosa>. Acesso em: 25 fev. 2015.

onde a desigualdade social e a falta de oportunidades de trabalho formal e digno ainda estão presentes, não se pode esperar outra atitude senão um direcionamento da lei penal para punir com maior severidade, condutas praticadas por essa camada da população. Esse direcionamento do Direito Penal leva a uma maior aderência da parcela mais carente da população, a condutas contrárias à lei, sendo despiciendo mencionar que toda essa manobra legislativa serve para conter a camada mais pobre e proteger os interesses da camada mais abastada da população.

Entretanto, o Estado não pode se utilizar do sistema penal para incriminar condutas que pelos elementos constitutivos do tipo penal, são praticadas com mais frequência pela parte mais carente da população e com penas mais altas. Se nossas cadeias estão tomadas em sua grande maioria por pessoas de baixa renda, não há outra forma de analisar este fato senão chegando à conclusão de que em nosso país, ainda hoje, o Direito Penal é seletivo. Sobretudo, devido ao atual cenário político e jurídico nacional, em que os fundamentos, objetivos, direitos e garantias fundamentais da República Federativa do Brasil, têm sido desvirtuados pelo abuso de forças institucionalizadas no sistema, o que revela a insubordinação dos poderes constituídos à força normativa vinculante do texto constitucional.

Diante destas críticas acima levantadas, é oportuno mencionar que a Teoria Garantista não é alheia a estes problemas sistêmicos, de falta de efetividade dos direitos e garantias constitucionais. O garantismo defende inclusive, a vinculação e coerência das condutas dos agentes administrativos às normas constitucionais[112], como única forma de legitimidade substancial dos atos administrativos.

Alexandre Rosa da Morais, discorrendo sobre a compatibilidade teórica existente entre o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli e a Constituição Federal de 1988, assim se manifesta:

> Essa perspectiva teórica encontra esteio na Constituição da República, dado que é baseada na dignidade da pessoa humana, entendida na matriz Kantiana e nos Direitos Fundamentais, os quais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação democrática das Instituições. Em face da supremacia Constitucional dos direitos indicados no corpo de Constituições rígidas ou nela referidos (CR, art. 5º, § 2º, incluídos os documentos internacionais de Direitos Humanos), como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os

[112] Neste sentido, entende Rosa, para quem "A *Teoria Garantista* representa ao mesmo tempo o resgate e a valorização da *Constituição*, como documento *constituinte* da sociedade. Esse resgate Constitucional decorre justamente da necessidade da existência de um núcleo jurídico irredutível/fundamental, capaz de estruturar o Sistema Jurídico, fixando a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para resolução de conflitos emergentes, elencando os limites materiais do Estado, as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinando o processo de formação político-jurídico do Estado, aberto ao devir". ROSA, A. M. Op. cit.

> poderes estão submetidos, emerge a necessidade de garantir esses direitos a todos os sujeitos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam. Há filiação à tradição de defesa dos Direitos Individuais em face do Estado, na linha Iluminista, sem se descurar das contingências históricas.[113]

Conforme ressalta Lenio Luiz Streck diante das peculiaridades da prática jurídica nacional, "a crítica do direito brasileiro não seria o que é sem a Teoria Garantista[114]" de Luigi Ferrajoli. Entretanto, estes temas serão abordados de forma mais detida no decorrer da pesquisa, sendo aqui citados apenas para contextualização do leitor acerca dos problemas tratados no trabalho.

Após estes breves comentários acerca do conteúdo da Teoria Garantista, evidencia-se a amplitude e profundidade do trabalho de Luigi Ferrajoli. Deste modo, o modelo teórico do Garantismo será analisado na pesquisa, principalmente, em seus aspectos epistemológicos tratados na obra Direito e Razão, sem prejuízo da citação de outras obras de Ferrajoli e de outros juristas. A Teoria Geral do Direito e a Teoria da Democracia Garantista, serão usadas apenas para nortear as críticas em relação à atuação prática do Sistema Penal Brasileiro, quando relacionadas às políticas públicas adotas no Brasil e ao modelo de Estado estabelecido na Constituição de 1988. Assim, não se adentrará de forma aprofundada na Teoria Geral do Direito e da Democracia de Ferrajoli, matéria abordada de maneira mais detida em outras obras do autor, como em *Principia Iuris: Teoria del Diritto e della Democrazia* (ainda sem tradução para o português), onde Ferrajoli em três volumes "vincula sua teoria da democracia à sua teoria do direito"[115], bem como, articula "os elementos que (con) formarão o denominado *constitucionalismo garantista*"[116]. Assim, diante dessas considerações iniciais, passaremos agora à análise da teoria do garantismo penal, nos termos propostos por Luigi Ferrajoli.

3.1 A Razão no Direito Penal, a Epistemologia Garantista

Como já mencionado, ao tratar da razão no Direito Penal, Ferrajoli constrói uma epistemologia garantista. Para tanto, leva em conta o modelo garantista clássico, no qual realiza a análise, constrói sua crítica e revisão teórica. Neste sentido, ressalta-se que o direito

---

113 ROSA, A. M. Op. cit.

114 STRECK, Lênio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo.* In FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.59.

115 TRINDADE, André Karam. *A teoria do direito e da democracia de Luigi Ferrajoli: um breve balanço do "Seminário de Bréscia" e da discussão sobre Principia Iuris.* Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. n. 103. pp. 111-137. jul./dez. 2011.p. 133.

116 TRINDADE, André Karam. *Ob.Cit* .p. 133, 134.

penal dos ordenamentos desenvolvidos, fundamenta-se em princípios do modelo garantista clássico, como "a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência[117]" , dentre outros, que em sua maioria, tiveram origem nas conquistas da tradição jurídica iluminista e liberal do século XVIII, como já demonstrado no levantamento histórico desta pesquisa.

Em que pese a variedade de fundamentações teóricas e filosóficas que deram origem à atual concepção garantista das constituições contemporâneas, tais como, "as doutrinas dos direitos naturais, as teorias contratualistas, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas políticas da separação dos poderes e da supremacia da lei, o positivismo jurídico e as concepções utilitaristas do direito e das penas"[118], sem esquecer de que no passado muitas delas serviram também para apoiar regimes jurídicos autoritários, o fato é que o sistema garantista se tornou, na maioria dos países ocidentais, um sistema sedimentado constitucionalmente, principalmente (ou até mesmo) em países como o Brasil que passaram por períodos de ditadura militar, marcados por desrespeito aos direitos humanos e às liberdades democráticas.

Esta unidade do sistema depende do fato de que

> os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um *esquema epistemológico*, de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.[119]

Esse sistema se constitui em dois elementos constitutivos relativos, basicamente à definição legislativa e à comprovação jurisdicional do desvio punível, que correspondem às Garantias Penais (convencionalismo penal e legalidade estrita) e processuais penais (cognitivismo processual e estrita jurisdicionariedade).

Ocorre que esse modelo garantista clássico da forma em que está estruturado até o momento, incorre em "numerosas aporias lógicas e teóricas, que fazem dele um modelo ideal e em grande parte ideológico"[120], que o autor busca reconstruir teoricamente. Neste sentido, observa-se que esse esquema epistemológico, e o garantismo nele embasado

---

117 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.37.

118 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.37.

119 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.38.

120 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.38.

> têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável. O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptem perfeitamente a ela. A ideia de um silogismo judicial perfeito, que permita a verificação absoluta dos fatos legalmente puníveis, corresponde, como veremos a partir deste capítulo, a uma ilusão metafísica: com efeito, tanto as condições de uso do termo "verdadeiro" quanto os critérios de aceitação da "verdade" no processo exigem inevitavelmente decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade.[121]

Considerando que o Brasil em sua Constituição Federal de 1988, adota postura claramente limitadora do poder punitivo estatal, a favor do respeito integral aos direitos humanos e à implementação dos direitos sociais (neste sentido, portanto, apresentando forte viés garantista), pode-se concluir, se levarmos em conta as constantes críticas da doutrina a respeito das inefetividades das normas preconizadas em nossa Constituição e a ineficiência Estatal na implementação dos direitos sociais, que este modelo garantista é amplamente idealista, e nunca totalmente realizado em nosso país.

Em razão da existência desta incoerência entre o que o texto constitucional prevê, e o que ocorre na prática da atuação estatal, a teoria garantista defende a existência de "espaços de *poder* específicos e em parte insuprimíveis, que é tarefa da análise filosófica distinguir e explicar para permitir sua redução e controle".[122] Tais espaços são justamente as brechas e falhas sistêmicas que permitem que os agentes estatais ajam em desacordo com as leis e a Constituição, amparados em valores e interesses pessoais e subjetivos, que são nefastos ao interesse público e ao controle e objetividade esperada dos agentes estatais.

Apesar de Ferrajoli considerar esses espaços de poder no capítulo terceiro da obra Direito e Razão, sua teoria é criticada por não tratar e não propor respostas claras e diretas para esses espaços de poder. Neste sentido, observa Lenio Luiz Streck no prefácio à obra "Para Além do Garantismo: Uma proposta Hermenêutica de Controle da Decisão Judicial".

> Pois o garantismo – do qual Luigi Ferrajoli é o corifeo – é e continua sendo o ponto de chagada dos juristas libertários. O ponto que não é suficientemente trabalhado pela teoria garantista, entretanto, é o problema da decisão (o que envolve a "questão do poder discricionário"). [...] o grande problema herdado do positivismo, a crença na discricionariedade, não faz parte das preocupações da teoria garantista.[123]

Lenio Streck ainda alega que em países Europeus como Itália, Alemanha e Espanha "o constrangimento epistemológico feito pela doutrina a decisionismos e ativismos inibe essa

---

121 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.42.

122 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.42.

123 STRECK, Lenio Luiz. Á *guisa do prefácio*. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do Garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão pena.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 8.

prática"[124] Entretanto, no Brasil, esse constrangimento não ocorre com a mesma intensidade, e a discricionariedade acaba por ser o ponto central da fragilização das garantias processuais penais. Além do mais, o autor brasileiro ressalta que "nos países desenvolvidos europeus, a criminalização da pobreza é de menor intensidade, além da relevada circunstância de que, por terem equacionado os principais problemas sociais, o índice de criminalidade é sobremodo menor que o de países como o Brasil".[125]

A essas críticas Ferrajoli já teve a oportunidade de responder, dentre outra obras, em "Garantismo hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli", em que vários autores brasileiros, inclusive o próprio Lenio Streck participaram. Nesta obra, em passagem sustentando que geralmente não há nos processos judiciais apenas uma, ou uma verdadeira resposta correta, Ferrajoli sustenta que "não há nada mais perigoso e moralmente insuportável do que a arrogância de quem entende ser a boca da lei ou da verdade."[126] E completa sintetizando a função da Teoria Garantista em relação à discricionariedade afirmando que "uma teoria garantista do direito e do processo pode apenas promover a redução da ventania das soluções incorretas através da redução do arbítrio por meio de adequadas garantias substanciais e processuais."[127]

Acrescenta o autor, sustentando que a função de sua Teoria Garantista "segundo a qual os espaços e os poderes da jurisdição tornaram-se mais essenciais do que amplos – consiste em promover técnicas normativas e garantias jurisdicionais em condições de limitar o arbítrio judicial e de impedir que os juízes criem direito."[128] E arremata concluindo que:

> também se mostra de grande utilidade uma teoria da decisão como aquela defendida por Trindade e proposta por Streck, assim como, de maneira geral, qualquer teoria da argumentação e do raciocínio jurídico idônea, para reduzir o arbítrio e reforçar a racionalidade das decisões. Mas os juízes não serão nunca, porque não poderão nunca sê-lo, simples bocas da lei, como desejavam os iluministas. Nem poderão jamais alcançar verdade absolutas, mesmo que seja na forma da "verdadeira" resposta correta. O reconhecimento desta imperfeição ou, se quiser, aporia, repito, é um fato de saúde institucional: gera o hábito da dúvida, a consciência do erro sempre possível, a disponibilidade para escutar todas as razões opostas que se confrontam no juízo, a *prudência* – a partir da qual advém o belo nome *juris-prudência* – como estilo moral e intelectual da prática jurídica e em geral das nossas disciplinas.[129]

---

124 STRECK, Lenio Luiz. Ob.Cit. p. 8.
125 STRECK, Lenio Luiz. Ob.Cit. p. 8.
126 FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.254.
127 FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). Ob.Cit. p. 254.
128 FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). Ob.Cit. p.254.
129 FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 254.

Ao criticar o que chama de "utopia liberal" do garantismo clássico, de colocar o juiz como boca da lei, o que se observa é que Ferrajoli acredita que por mais que seja diminuída a margem de discricionariedade pelo sistema de Garantias Penais, o processo jurisdicional para a busca dos pressupostos fáticos e jurídicos para a penalização, nunca conseguirá ser um processo objetivo e livre de toda e qualquer margem de discricionariedade. Isso porque envolve um processo de interpretação da lei que "nunca é uma atividade exclusivamente recognitiva, mas é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas."[130] Acrescenta ainda, que dependendo do grau de indeterminação do texto legal, a prática interpretativa pode ser mais ou menos ampla, mas, de qualquer modo, sempre acaba em um exercício de "poder na indicação ou qualificação jurídica dos fatos julgados."[131]

Outro momento em que Ferrajoli entende que sempre haverá alguma discricionariedade é na decisão judicial acerca da atividade probatória para a comprovação da prática do fato delituoso. Segundo o autor, a decisão de aceitação das provas empíricas da existência e da prática do fato delituoso, se dá através de um processo não apenas cognitivo, mas também passa por um processo indutivo que implica em um poder de escolha da hipótese mais plausível acerca do que de fato tenha acorrido no caso concreto[132].

Essa margem de discricionariedade no momento de apreciação probatória se justifica também, diante da impossibilidade defendida pelo autor, do processo jurisdicional atingir a verdade real, a que ele chama de verdade substancial, defendendo que a busca desta verdade "objetiva ou absolutamente certa, é na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar."[133]

Neste diapasão, distingue a verdade processual fática da verdade processual jurídica, ao passo que a verdade processual fática é,

> na realidade, um tipo particular de verdade *histórica*, relativa a proposições que falam de fatos passados, não diretamente acessíveis como tais à experiência; enquanto a verdade processual jurídica é uma verdade que podemos chamar de classificatória, ao referir-se à classificação ou qualificação dos fatos históricos comprovados conforme as categorias subministradas pelo léxico jurídico, e elaboradas mediante a interpretação da linguagem legal.[134]

---

130 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.42.

131 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.42.

132 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.42.

133 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.52.

134 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.54.

E conclui o raciocínio afirmando acerca das proposições judiciais de fatos e de direito que mesmo quando elas "sejam teses empíricas de forma existencial ou singular, compartilham com as teses das teorias científicas a não suscetibilidade a uma verificação experimental direta, como a permitida pelas proposições empíricas de observação."[135] Tal característica seria mais um argumento para demonstrar a impraticabilidade da busca da verdade real nos processos penais.

Portanto, podemos concluir que a Teoria Garantista não rejeita ou exclui, de antemão, outras teorias da argumentação, do raciocínio jurídico e da decisão que visem diminuir ainda mais, do que já o faz a Teoria Garantista, os espaços de discricionariedade presentes na atividade jurisdicional. O que Ferrajoli acredita não ser possível eliminar, em todos os casos, são espaços de poder inerentes às especificidades da atividade jurisdicional, dos quais decorre a impossibilidade de se alcançar nas decisões judiciais, uma única verdade e uma única decisão correta, pois acredita que alguns mínimos espaços de discricionariedade sempre irão existir na atividade jurisdicional.

A propósito, é oportuno observar que o modelo garantista não é incompatível com momentos valorativos no momento de tomada de decisões, nos casos em que seja para beneficiar o réu. Esta situação se apresenta quando o magistrado tem de

> discernir as conotações que convertem cada fato em diverso dos demais, por mais que estas pertençam ao mesmo gênero jurídico. Tais conotações nunca são legal e totalmente predeterminadas, pois em grande parte vêm remetidas à *equidade* do juiz, que [...] é uma função cognitiva, que sem dúvida inclui uma atividade valorativa.[136]

Acredita-se que o fato de a Teoria Garantista não ser capaz de eliminar os espaços de discricionariedade por completo da atividade judicial, o que de certo modo pretendem as teorias da argumentação, do raciocínio e da decisão jurídica, não faz dela uma teoria de menor relevância.

Entende-se que várias propostas teóricas da Teoria Garantista, racionalizam e limitam de forma suficiente a atividade jurisdicional, entretanto, nos pontos em que ela pode ser considerada incompleta, com relação às críticas que buscam desqualificar parcialmente sua teoria, o próprio Ferrajoli sugeriu que ela seja complementada por outras teorias com ela compatíveis.

Entretanto, em que pese a importância de se debater acerca das questões envolvendo a discricionariedade na atividade jurisdicional, entende-se que antes de tratar

---

135 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.54.
136 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.43

destas questões de forma mais detida, seja necessário apresentarmos de forma mais delongada a Teoria Garantista, para que seja possibilitado ao leitor, em um primeiro momento, compreender a Teoria Garantista, para em seguida, e só então, se for o caso, apontar as eventuais lacunas de tal teoria.

Assim sendo, passa-se a tratar dos princípios basilares da Teoria Garantista ordenados por Luigi Ferrajoli. Tais princípios compõem o modelo garantista de Direito Penal que asseguram a racionalização da atividade jurisdicional, na busca da verdade processual no processo de persecução penal.

A Teoria Garantista configura esses princípios como condições para a penalização do indivíduo, e como tais, "não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer."[137]

O que Ferrajoli chama de sistema garantista, cognitivo ou de legalidade estrita, são os sistemas que incorporam e respeitam todos os dez princípios que enumera, porém, ressalta que este sistema se trata de um "modelo-limite apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfatível."[138]

Tais princípios expressam o modelo penal que atualmente compõe a maioria das constituições e leis penais e processuais penais, nos Estados de direito modernos, principalmente no caso de países como o Brasil, que superaram regimes de governo autoritários, porém, como já ressaltado, de maneira incompleta e imperfeita em relação ao modelo ideal do sistema garantista.

Esses princípios, ou como denomina o autor, essas implicações deônticas, são condições, garantias jurídicas, sem as quais o Estado não está autorizado a punir. Desta forma, para que o poder público afirme a culpabilidade penal de um indivíduo, deve necessariamente, respeitar e seguir essas prescrições normativas, tanto durante a persecução penal quanto para a aplicação da pena.

Como se nota, a função das garantias penais é

> condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva. Precisamente, porque "delito", "lei", "necessidade", "ofensa", "ação" e "culpabilidade", designam requisitos ou condições penais, enquanto "juízo", "acusação", "prova" e "defesa" designam requisitos ou condições processuais, os

---

137 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.90.

138 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.91.

> princípios que se exigem aos primeiros chamar-se-ão *garantias penais*, e os exigidos para os segundos, *garantias processuais*[139].

Ferrajoli ordena os princípios do sistema garantista em latim, inseridos de modo que cada princípio conduza ao princípio seguinte, gerando ao todo cinquenta e seis teses, sendo dez primitivas (os próprios princípios) e as demais derivações de sua relação silogística que formam o sistema penal garantista. São eles:

> *Nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla lex (poenalis) sine necessitate; nulla necessitas sine injuria; nulla injuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine judicio; nullum judicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione; nulla probatio sine defensione.*[140]

E os denomina tendo por base as garantias penais por ele expressas:

> princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; princípio da *jurisdicionariedade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; princípio do *ônus da prova* ou da verificação; princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade.[141]

Pode-se perceber que todos esses princípios, de alguma forma estão expressos na Constituição Federal de 1988, constam da legislação penal ou de maneira geral, já são reconhecidos de alguma forma pelos tribunais. Entretanto, o que se observa, é que no sistema penal brasileiro, apesar da existência desses princípios no ordenamento jurídico, não os tem respeitado de forma racional e indiscriminada.

O que se nota pela prática seletiva e estigmatizante do sistema penal pátrio, é que essas garantias penais e processuais penais, são mais respeitadas em relação a acusados com boa posição socioeconômica. Sintoma disso, é que a população carcerária brasileira é constituída em sua esmagadora maioria, por indivíduos pobres, como se comprovará pelos dados trazidos nos Capítulos 4 e 5, e pelos estudos das cifra negra e douradas da criminalidade[142].

---

139 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.90, 91.

140 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.90, 91.

141 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.90, 91.

142 A cifra negra, pode ser conceituada como um campo obscuro da criminalidade, consistente na margem existente de crimes não apurados e punidos pelas autoridades competentes, sendo essa margem variável de acordo com natureza do delito. Já a cifra dourada, representa essa margem de crimes não apurada pelas autoridades competentes, praticadas pelas elites socioeconômicas, através dos chamados crimes do

Para enfrentar esses problemas, o modelo garantista, com seus dez axiomas concatenados, e suas derivações, servem como modelo-limite, parâmetro para referência para a valoração de nosso sistema penal, no plano normativo e na prática de seu efetivo funcionamento. Para tal fim, o sistema garantista conta com a tipologia dos sistemas punitivos que possibilita "medir" os graus de garantismo à medida que, em cada um deles, se respeite uma maior ou menor quantidade de princípios garantistas.

O Garantismo de Ferrajoli trabalha com graus de garantismo[143] para referir-se a uma maior ou menor aproximação de seu modelo ideal de sistema garantista, de modo que quanto menor o grau de garantismo, maior o grau de autoritarismo, próprio de Estados Absolutos ou Autoritários, sem se esquecer que devido ao fato de os princípios serem concatenados e interdependentes, o fato de ser subtraída uma garantia pode gerar o enfraquecimento ou o desrespeito a outras por ela pressuposta ou dependente.

Assim, em contraposição, o autor identifica o modelo de sistema garantista com o modelo de Estado de Direito, "no qual o Poder Público e especificamente o Poder Penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes)."[144]

Outra associação possível em relação ao grau de garantismo, diz respeito ao conceito de direito penal máximo e ao de direito penal mínimo, tendo em vista o respeito aos princípios e garantias do sistema garantista, sem prejuízo da existência de graus intermediários entre estes dois extremos, aos quais se pode referenciar como tendência ao Direito Penal máximo ou mínimo, e à possibilidade de coexistência entre eles.

Sendo assim, em países como o Brasil, onde existe no contexto da Constituição Federal de 1988, uma tendência ao Direito Penal mínimo, pode-se caracterizar o Estado brasileiro como moderno Estado Democrático de Direito no plano constitucional. Entretanto, no plano das leis de nível hierárquico inferior, como em nosso Código de Processo Penal,

---

colarinho branco. A crítica da doutrina demonstra que há uma tendência a privilegiar os interesses das classes dominantes, tanto no processo de criminalização primária, consistente no processo legislativo de criminalização de condutas, quanto no processo de criminalização secundária, este relativo à persecução e condenação do delinquente. Assim, por esses dois processos de criminalização, o sistema penal tende a imunizar comportamentos socialmente danosos, praticados por indivíduos pertencentes às classes dominantes e a dirigir o processo de criminalização para formas de desvio típicas das classes subalternas. Neste sentido, Cervini, Raúl. *Os processos de descriminalização.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 e Thompson, Augusto. *Quem são os Criminosos? – O crime e o criminoso: entes políticos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

143 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p. 95.

144 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal.* 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p. 101.

nosso Código Penal de 1940[145] e também em determinadas leis extravagantes, como a Lei de Contravenções Penais, percebe-se uma tendência ao Direito Penal máximo, que acaba por gerar concomitantemente uma ineficiência das garantias previstas na Constituição Federal e uma ilegitimidade da legislação infraconstitucional contrária às normas constitucionais.

São garantias do Direito Penal mínimo, segundo a Teoria Garantista, que condicionam e limitam ao máximo o direito penal

> a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonan partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias exigentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica[146].

Essas garantias quando presentes, e em sendo respeitadas por um Estado de Direito, impingem à sua atividade jurisdicional, racionalidade e certeza, ao passo que o caracterizam também pelo máximo respeito às liberdades individuais, em detrimento das margens de discricionariedade e arbítrio do poder punitivo estatal, e são requisitos essenciais para se alcançar o grau de certeza exigido pelo Garantismo Penal para que se possa punir um acusado.

O que se nota da diferença entre o Direito Penal máximo e um Direito Penal mínimo, é que ela esta intimamente associada à impossibilidade de alcançar a verdade real no processo penal, ou seja, a existência da dúvida, e a posição do poder punitivo estatal diante dela. Assim sendo, trata-se de Direito Penal máximo, o Estado que prioriza a punição de criminosos, mesmo que para isso ocorram punições injustas ou a inocentes. Esta forma de se trabalhar com as incertezas do processo penal, possibilita que se flexibilize ou se desrespeite garantias penais e processuais penais, com o intuito de atingir um maior rigorismo do sistema punitivo.

Já em Estados que se posicionam de acordo com o Direito Penal mínimo, a dúvida existente no processo penal sempre é resolvida a favor do acusado. Com isso, em caso de haver dúvidas acerca da responsabilidade penal de algum acusado, o sistema prefere absolvê-lo, mesmo correndo o risco de ele ser culpado e ficar impune, a assumir o risco de condenar

---

145 Para Rosa "A compreensão do Direito Penal e Processual válido, precisa de realinhamento constitucional do sentido democrático, uma vez que tanto o Código Penal, como o Código de Processo Penal, são documentos editados na matriz, sob outra ordem constitucional e ideológica, bem assim, porque houve significativa modificação do desenho político criminal contemporâneo. Ademais, a Constituição acolheu os Direitos Humanos em patamar capaz de dar eficácia imediata no campo de Controle Social. De sorte que há a necessidade de adequação da própria noção do papel e função do Direito e do Processo Penal diante da redemocratização do país".
Cf. ROSA, A. M. Op. cit.

146 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.102.

algum inocente. Tendo-se por base, esta posição voltada a um Direito Penal mínimo, de certa forma, a persecução penal perde parte de sua efetividade se comparada ao modelo de direito penal máximo, porém, têm-se mais garantias e controle das liberdades individuais dos cidadãos, em relação ao poder punitivo estatal.

Neste sentido leciona Ferrajoli

> A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrario, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões politicas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias.[147]

A respeito da dúvida praticamente sempre presente no processo penal, Ferrajoli a decompõe em incerteza de fato e de direito, relacionada com as verdades fática e jurídica buscadas no processo. A existência dessas duas verdades são independentes uma da outra, ou seja, é possível que em um processo se consiga provar a verdade dos fatos narrados na denúncia, e que apesar da comprovação desses fatos, a capitulação legal a eles referente não esteja livre de dúvidas, e vice-versa.

Interessante mencionar ainda a esse respeito de que

> a verdade fática é a validade de uma inferência indutiva, da qual, contudo, é irredutivelmente insegura, porque *provável*, a verdade da conclusão. A verdade jurídica, é, no entanto, a validade de uma inferência dedutiva, da qual, contudo, é irredutivelmente insegura, porque *opinativa*, a verdade das premissas.[148]

A respeito da verdade processual e das incertezas fáticas e jurídicas a ela correlacionada, o autor ainda se manifesta no sentido de que "a incerteza de direito depende da igual opinabilidade das várias qualificações jurídicas possíveis acerca do fato considerado provado. A incerteza de fato depende da igual plausibilidade provável das várias hipóteses explicativas possíveis do material probatório coletado."[149] Desta forma, a incerteza de direito decorre de falha na legalidade estrita, ao passo que a incerta, de fato decorre de debilidade na jurisdicionariedade estrita.

---

147 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.103.

148 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.105.

149 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit.p.106.

Em todo caso, a incerteza é intrínseca à verdade processual, assim,

> o reconhecimento da incomprimível, mas sempre relativa e irredutível, certeza da verdade processual é o pressuposto necessário para nele se embasarem, no plano teórico e prático, critérios mais racionais de comprovação e de controle, além de certos hábitos de investigação mais rigorosos, e uma maior prudência no juízo[150].

Com isso, tem-se que para a solução das incertezas de direito dispõe-se de opções interpretativas a respeito do texto legal, e para a solução das incertezas fáticas emprega-se o livre convencimento acerca do conteúdo probatório processual. Assim,

> as opções interpretativas e a livre convicção são frutos de escolhas que expressam um poder: poder de interpretação ou de verificação jurídica, quando as incertezas solucionadas sejam de direito, e poder de comprovação probatória ou de verificação fática, quando as incertezas solucionadas sejam de fato[151].

Esse poder, segundo Ferrajoli, pode ser relativo ou absoluto, a depender da efetividade das garantias dele condicionantes, que podem conduzir a decisões fundamentadas na verdade processual ou dar margem para que se decida com base em critérios não relacionados ao direito posto e às provas produzidas nos autos.

Com base nestas circunspeções a Teoria Garantista analisa o poder punitivo entre verificação e valoração, para demonstrar o espaço de discricionariedade existente entre esses dois extremos.

3.2 Aspectos do Poder Judicial segundo o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli

Ferrajoli apresenta quatro dimensões do poder judicial, o poder de denotação ou de verificação jurídica, o poder de comprovação probatória ou de verificação fática, o poder de conotação ou de discernimento equitativo e o poder de disposição ou de valoração ético-política.[152]

O autor chama o poder de denotação ou de verificação jurídica, os poderes de motivação judicial acerca das premissas relacionadas ao significado e à precisão da linguagem jurídica. A este aspecto, Ferrajoli expõe as regras representadas pelas Garantias Penais existentes, para diminuir a imprecisão linguística dos textos normativos, e assim diminuir ao

---

150 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.64.
151 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.106.
152 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal.* 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.113.

máximo possível, os espaços para decisionismos provenientes das imprecisões semânticas da linguagem legislativa.

Como forma de racionalizar as decisões judiciais, a teoria estabelece que "as definições legais que estabelecem as conotações das figuras abstratas de delito e, mais em geral, dos conceitos penais sejam suficientemente precisas como para permitir, no âmbito da aplicação da lei, a *denotação jurídica* (ou qualificação, classificação ou subsunção judicial) de fatos empíricos exatamente determinados."[153] Essa condição é expressa pelo princípio da legalidade estrita ou taxatividade penal, que determina que ninguém pode ser punido senão por fato que não esteja expressamente previsto na lei. Este princípio é direcionado ao legislador, que por meio de técnicas legislativas pode diminuir as imprecisões legislativas, de modo a permitir a subsunção da lei, aos fatos empiricamente provados e assim diminuir a discricionariedade no momento do julgamento.

De acordo com Ferrajoli o princípio da taxatividade penal pode ser expresso por

> uma *regra semântica metalegal de formação da linguagem legal*, que prescreve ao legislador penal: a) que os termos usados na lei para designar as figuras de delito sejam dotados de extensão determinada, por onde seja possível seu uso como predicados "verdadeiros" dos fatos empíricos por eles denotados; b) que com tal fim seja conotada sua intensão com palavras que não sejam vagas nem valorativas, mas o mais claras e precisas possível; c) que enfim sejam excluídas da linguagem legal as antinomias semânticas, ou pelo menos, que sejam predispostas normas para sua solução.[154]

Portanto, o princípio da legalidade na Teoria do Garantismo Penal ganha nova dimensão, mais abrangente, que agora não se resume apenas à legalidade formal dos tipos penais, satisfeito através da dicotomia legalidade vigência. Segundo o garantismo, tanto no momento de elaboração legislativa das leis penais, quanto no momento de sua aplicação, devem ser respeitados os dez axiomas garantistas e a coerência com os direitos e garantias constitucionais para que seja assegurada a validade da lei, não sendo suficiente apenas a regularidade formal do processo legislativo para a válida previsão legal do tipo penal.

Neste diapasão, também são afastados tipos penais que contenham

> adjetivações ou perseguições tópicas, como no caso de 'bruxas', 'subversivos', 'hereges', 'inimigos do povo'(ainda presentes formalmente, por exemplo, na Lei de Contravenções Penais), dentre outros, estão expungidas do Direito Penal Garantista por não se vincularem a condutas possíveis, mas a elementos constitutivos do

153 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.117.

154 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.117.

> sujeito. É preciso que o tipo penal prescreva uma proibição, modalidade deôntica, sob pena de deslegitimação *epistemológica* do próprio tipo penal.[155]

Correlacionado ao princípio da legalidade estrita, a Teoria Garantista defende que é necessária a precisão semântica também da linguagem judicial, que seria a linguagem usada nos documentos judiciais que compõem o processo de persecução penal, emanados dos agentes estatais responsáveis pelas capitulações legais, e a descrição de condutas imputadas aos acusados. Neste sentido, Ferrajoli formula o "princípio metaprocessual de estrita jurisdicionariedade, que equivale a uma regra semântica de formação da linguagem jurisdicional dirigida a assegurar a determinabilidade das denotações fáticas."[156] Como se nota esta garantia prevê que as teses acusatórias que trazem os fatos e suas provas sejam redigidas de forma a garantir que estas peças processuais estejam livres de palavras vagas, imprecisas e valorativas, de forma a permitir que o acusado tenha clareza da acusação para formular a defesa, bem como, que as decisões judicias, ao se embasar nessas peças processuais, não se apoiem em palavras que deem margem a discricionariedade.

Quando o princípio da legalidade estrita e da estrita jurisdicionariedade não são respeitados de forma plena, por meio de interpretações elásticas dos tipos penais, para que se adaptem aos fatos concretos, ou quando os fatos concretos são narrados de forma tendenciosa a se adaptarem aos tipos penais abstratos, ainda que isso de alguma forma, em alguns casos, seja inevitável diante das peculiaridades das situações práticas da prestação jurisdicional, esta prática "contradiz, além do modelo cognitivista do direito penal, as bases mesmas da legitimidade política da função punitiva no Estado de direito, que residem na divisão dos poderes, no monopólio legal do poder de denotação penal e na sujeição do juiz somente à lei./'[157].

Diante dessas disfunções do sistema, Ferrajoli cria os conceitos de

---

155 ROSA, A. M. Op. cit.
Este autor ainda completa afirmando que "Esses elementos decorrem da secularização do Estado (e do Direito Penal) contemporâneo, o qual deixa de lado os aspectos ditos intrínsecos da conduta, adjetivada de *imoral*, *anormal* ou *abjeta*, para se resumir, no Estado Democrático de Direito, à expressa previsão legal do tipo penal, ou seja: *é aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula* nulla poena et nullum crimen sine lege. Agrega-se ao primeiro a impossibilidade de se analisar o interior (subjetividade do agente) – sempre arbitrária – nem o julgar por seus antecedentes ou conduta social, como fazia o 'direito penal do autor', restringindo-se democraticamente o objeto para '*figuras empíricas e objetivas de comportamento, segundo a outra máxima clássica:* nulla poena sine crimine et sine *culpa*'. No tipo penal do autor inexiste conduta 'regulativa' a ser comprovada, senão situações 'constitutivas' da personalidade do acusado, independentemente da existência de 'ação' e 'ofensividade', sendo, pois, *substancialista.*

156 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.120.

157 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal.* 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.123.

> "poder de denotação" para a potestade do juiz, em todo caso necessária para integrar os espaços irredutíveis de discricionariedade deixados em aberto pelos defeitos inevitáveis de denotação da linguagem legal e da linguagem comum, e que usarei, ao contrário, a expressão "poder de disposição" para designar a potestade do juiz, quando a falta de legalidade estrita e de estrita jurisdicionariedade, [...], seja tal que nem sequer permita falar em "denotação", ainda que seja potestativa e exija, por isso, decisões discricionárias não sobre a verdade, mas sobre valores diversos, do tipo ético-político.[158]

Outro poder inerente à atividade jurisdicional que a Teoria Garantista visa limitar e racionalizar ao máximo é o poder de comprovação probatória ou de verificação fática. Após demonstrar que a atividade probatória se dá por um processo indutivo pelo qual o juiz pode chegar aos critérios necessários para motivar uma condenação ou absolvição do acusado, de acordo com a maior ou menor plausibilidade das hipóteses probatórias da acusação, a teoria garantista demonstra a impossibilidade de se chegar a uma certeza objetiva das alegações do fato delituoso. Desta forma, esta teoria conclui que para que seja justificada uma condenação, ela deve anteriormente haver satisfeito garantias processuais, cuja satisfação justifique a livre convicção do juiz acerca a verdade fática do processo.[159]

Para garantir controle à apreciação das provas do processo, reduzindo "ao mínimo o poder de verificação ou denotação fática do juiz e a arbitrariedade de sua convicção, assegurando a máxima certeza ou segurança possível das decisões condenatórias[160]", Ferrajoli propõe a satisfação de três garantias: a necessidade da prova, a possibilidade da refutação ou contraprova e a convicção justificada do julgador. "Estas três garantias, juntamente com o pressuposto semântico da legalidade estrita ou verificabilidade das hipóteses acusatórias, asseguram a *estrita jurisdicionariedade* do processo penal." [161]

Neste sentido, para que a primeira garantia seja satisfeita, a hipótese acusatória deve ser "confirmada por uma pluralidade de provas ou dados probatórios. A tal fim, deve ser formulada de tal modo, que implique a verdade de vários dados probatórios e a explicação de todos os dados disponíveis."[162] Sempre levando-se em conta que a verdade absoluta a respeito do fato alegado criminoso é intangível, a acusação para ser levada a cabo deve estar embasada em provas precisas e coerentes, que eliminem qualquer hipótese de dúvida, de modo que possa fundamentar o convencimento justificado do magistrado, por meio das hipóteses com maior rigor explicativo da realidade da conduta imputada.

---

158 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.124.
159 Neste sentido, FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.140.
160 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.145.
161 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.145.
162 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.143.

A segunda garantia consiste no direito do réu de refutar os fatos dos quais é acusado. Assim, de acordo com a teoria garantista, "para que uma hipótese acusatória seja aceita como verdadeira não basta que seja compatível com vários dados probatórios, mas também é necessário que não seja contraditada por nenhum dos dados virtualmente disponíveis."[163] Sendo assim, todas as hipóteses da acusação devem ser explicitadas de modo a que se permita que o acusado possa produzir, com base nelas, suas contraprovas.

A terceira garantia da verdade fática é a referente à obrigatoriedade da imparcialidade do juiz, no momento da análise das hipóteses probatórias levadas a juízo. Tal garantia dispõe como requisito para uma decisão condenatória, que todas as hipóteses acusatórias e defensivas devam ser analisadas criteriosamente pelo juiz. Sendo assim, as hipóteses acerca do fato delituoso devem ser confirmadas por várias provas e não ser refutada por uma única contraprova, para que o magistrado decida pela condenação. Além disso, as hipóteses acusatórias têm que prevalecer em relação a qualquer hipótese defensiva conflitiva com ela, pois em caso de dúvida, tendo em vista o princípio *in dubio pro reo*, a decisão absolutória deve necessariamente ser concedida. Com base neste princípio, a decisão judicial condenatória deve refutar expressamente todas as contraprovas para, apenas a partir disso, chegar a um veredicto condenatório.

Deste modo, tem-se que a garantia da imparcialidade do juiz no momento de formação de sua convicção fática é decorrente do princípio do *in dubio pro reo*. Assim sendo, para que o magistrado possa motivar uma sentença condenatória, deverá fundamentar sua decisão não apenas na plausibilidade da existência dos fatos acusatórios, mas antes disso, deve livrar sua decisão de qualquer mácula relacionada à existência de dúvida em relação às contraprovas levantadas pela defesa. Vale ressaltar, que o magistrado deve estar livre de qualquer tendência ou (pré)conceito anterior à decisão, que de algum modo possa conduzir o raciocínio fundamentador de sua decisão. Apenas quando não há hipótese nenhuma de o acusado ser inocente, ele poderá ser condenado em um processo judicial garantista.

Ferrajoli corrobora esta ideia ao afirmar que

> a motivação do juiz é uma justificação adequada da condenação, só se além de apoiar a hipótese acusatória com uma pluralidade de confirmações não contraditadas por qualquer contraprova, também estiver em condições de desmentir com adequadas contraprovas todas as contra-hipóteses formuladas ou formuláveis. Daí o valor da separação, segundo a teoria triangular, entre acusação, defesa e juiz: se a acusação tem o ônus de descobrir hipóteses e provas e a defesa tem o direito de contraditar com contra-hipóteses e contraprovas, o juiz, cujos hábitos profissionais são a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de ensaiar todas as hipóteses, aceitando

163 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit.p.144.

> a acusatória só se estiver provada e não a aceitando, conforme o critério pragmático do *favor rei*, não só se resultar desmentida, mas também se não forem desmentidas todas as hipóteses em conflito com ela.[164]

Com base nestas três garantias epistemológicas - teorizadas como medida de justificação extrajurídica[165], como condição, caminho, para orientar a indução probatória da convicção do julgador - a atividade jurisdicional ganha muito em controle. Fecha-se todo um sistema lógico, objetivo e racional em torno das condições necessárias para que o magistrado chegue a seu veredicto. Assim, por meio de critérios sintáticos e pragmáticos de decisão sobre a verdade, sua verificação e sua refutação, garante-se a verificabilidade e a falseabilidade das hipóteses acusatórias e defensivas, chegando-se a uma maior racionalidade no processo de formação da convicção do julgador, o que reduz ao mínimo possível, as subjetividade e decisionismos valorativos.

A Teoria Garantista reconhece outro espaço de poder jurisdicional, presente no momento em que o magistrado individualiza e avalia a conduta criminosa para valorar as circunstâncias particulares do delito na dosimetria da pena. Assim, para Ferrajoli, "a individualização das características particulares do fato e as consequentes valorações configuram a chamada *equidade* do juízo, na qual se expressa um poder que chamarei *poder de conotação"*.[166]

Neste momento, é importante salientar a diferenciação entre o poder de denotação e o poder de conotação, durante o processo de subsunção do fato criminoso ao texto da lei penal e à aplicação da pena

> a igualdade dos casos se refere a sua denotação, enquanto a diferença se refere a sua conotação, e que não se dá uma conotação sem denotação, nem vice-versa. Por isso, todos os casos de roubo são iguais no plano extensivo, mas distintos no plano intensivo, porque o juiz, em um sistema de legalidade, *conota* de maneira *distinta* o que a lei denota e *denota* de maneira *igual* o que a lei conota."[167]

Deste modo, tem-se que o poder de conotação vem para implementar a abstração do texto legislativo, quando ele, por tratar-se de norma geral, não seja capaz de pormenorizar

---

164 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.145.

165 Ferrajoli chama de epistemológica a estas três garantias, no sentido de extrajurídicas, pois, para o autor não seria necessária, apesar de desejável, sua positivação, pois, citando Leiniz, infere que "toda forma dos procedimentos de justiça não é efetivamente senão uma espécie de lógica aplicada às questões de direito." E conclui que "é, portanto, 'lógico' antes que jurídico, o valor normativo dos princípios metodológicos da necessidade de várias provas, da possibilidade de contraprova e do valor dirimente das contraprovas ou contra-hipóteses não desmentidas." Cf. FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.146.

166 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.149.

167 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit.p.154.

todas as peculiaridades do caso concreto, pois, de fato, não seria possível se prever todas as nuances dos casos concretos. Assim sendo, o poder de conotação atua de forma complementar a essa distância do texto abstrato da lei frente às peculiaridades do caso concreto, que não podem ser desconsideradas no momento da avaliação da conduta criminosa.

Neste sentido, observa Ferrajoli:

> a legalidade e a equidade constituem dois aspectos diversos do conhecimento judicial ligados a duas dimensões distintas, mas logicamente indissociáveis, da linguagem jurídica e do significado dos signos nele empregados. De modo que nem a legalidade será possível sem a equidade, nem a equidade [...] será possível fora da legalidade.[168]

Neste diapasão é importante levar em conta a distinção entre legalidade e equidade, pois ambas não são antagônicas, como boa parte da doutrina sustenta. A atividade judicial suporta e contém as duas possibilidades, pois onde a lei é clara, completa, o juiz denota, mas nos momentos em que os fatos concretos têm relevância não levantada pela lei, o juiz deve conotar, ou seja, valorar e levar em conta as circunstâncias particulares do delito, para a dosimetria da pena. Prender-se demasiadamente a um excesso de legalidade seria prejudicial para a atividade jurisdicional, porém, o oposto de apegar-se exageradamente à equidade, também o seria, porquanto, no primeiro caso não se leva em conta as particularidades que a lei não é incapaz de prever genericamente e que são relevantes para compor a decisão judicial. Já no segundo caso, peca-se pelo excesso de atenção ao caso concreto e o juiz passa a julgar não orientado pela lei, mas em subjetivismos prejudiciais ao controle desejável à atividade jurisdicional. No primeiro caso, segundo Ferrajoli tem-se uma "obtusidade legalista" já no segundo exemplo incorre-se em um "arbítrio substancialista"[169].

Por conseguinte, é ainda importante frisar, que "a equidade não é muleta da justiça[170]", ou seja, não se pode julgar contrário à lei, com base na equidade, alegando estar perseguindo a justiça, pois, tanto a equidade quanto a legalidade atuam de forma concomitante e não conflitiva, nos casos em que há espaço a atuação da equidade. Melhor dizendo, não se pode confundir a equidade como supridora de lacunas legais, e com isso opor a legalidade à equidade, de modo a condicionar a presença de uma à ausência de outra.

Sendo assim, para a Teoria Garantista

---

168 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.154.

169 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.155.

170 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.151.

> Não há, assim, nenhum sentido em contrapor legalidade e equidade, como se as duas coisas pudessem ir separadas ou, inclusive, uma como alternativa da outra. Ainda menos sentido haverá em dizer – como Aristóteles e quantos outros que copiaram seu pensamento – que a lei é "insuficiente", ou "lacunosa", ou que "o legislador se omitiu e errou, e conceber com isso a equidade como "co-respectivo", "integração" ou "derrogação do direito formal", ou como "o justo que vai além da lei", segundo "o espírito do legislador", o "direito natural", a "consciência social", a "discricionariedade legislativa do juiz", ou similares.[171]

Na verdade, a equidade, segundo o garantismo, atua em momento diverso ao da subsunção da lei ao caso concreto. Assim, quando o juiz já denotou o que a lei conota, a equidade vem conotar o que foi denotado pela atividade jurisdicional. Vale ressaltar, quando um fato criminoso subsome ao que a lei prevê como crime, ocorre a denotação, a partir deste momento, o juiz tem o dever de valorar de forma individualizada (conotar) as várias circunstâncias peculiares e irrepetíveis do fato criminoso previamente previsto numa definição legal, para efetuar a dosimetria da pena.

Assim, a Teoria Garantista, do mesmo modo que entende o princípio da legalidade como uma regra semântica de formação da linguagem legal, considera a equidade como princípio orientador da linguagem penal, "precisamente concebido como uma regra metajudicial, que prescreve que o juízo conote da maneira mais precisa e penetrante, os fatos denotados pela lei, compreendendo neles todas as características acidentais, específicas ou particulares."[172]

Por tudo isso exposto entende-se que a equidade não pode ser usada para ultrapassar ou descumprir a lei, mas sim para auxiliar na sua mais eficiente aplicação, indo onde ela não pode, fazendo ingressar na jurisdição algo a mais que a letra fria da lei, como "o contexto ambiental do fato e as condições nos quais foi vivido, as circunstâncias efetivas humanas e sociais nas quais residem sua concretização, e particularidade que o torna diferente de todos os demais[173]", mesmo após ser atribuído a ele o mesmo tipo penal genérico já atribuído a tantos outros fatos com elementos constitutivos semelhantes.

A Teoria Garantista reconhece este espaço de poder da equidade como dimensão epistemológica constitutiva da jurisdição, entendendo que a equidade, sendo entendida da forma por ela traçada, é inerente e até desejável ao poder jurisdicional de aplicação da lei penal. Assim, se no momento da valoração probatória e jurídica dos elementos constitutivos do tipo, o juiz deve ser neutro e distante, no momento da fixação da pena e valoração

---

171 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.154.

172 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.153.

173 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.156.

equitativa da conduta, deve ser benevolente com a condição humana do acusado, deve estar disposto a compreender de forma indulgente os fatos concretos delituosos, livrando-se de seus preconceitos e ideologias, para tentar entender as misérias humanas que configuram, condicionam ou motivam o delito, para infligir ao acusado uma pena, se for o caso, mais humana.

Os três espaços de poder judicial até agora tratados, o poder de comprovação probatória, o poder de interpretação ou denotação e o poder de conotação, são considerados pela Teoria Garantista como irredutíveis, ou seja, fisiológicos à função jurisdicional e dela inarredáveis por completo.

Neste sentido observa Ferrajoli:

> Ainda quando seu exercício comporte a intervenção de juízos de valor, e de critérios pragmáticos de solução das incertezas, os três estão ligados, ademais, a atividades cognitivas: a verificação da existência do fato no primeiro caso, a verificação do tipo de delito no segundo, e a compreensão de suas específicas e concretas particularidades no terceiro."[174]

Entretanto, a Teoria Garantista reconhece um quarto espaço de poder, que a seu turno não está ligado a motivações cognitivas, e carece dos controles lógicos e racionais presentes nos outros três espaços de poder judicial. Nomeado como poder de disposição, está intimamente relacionado aos conceitos de discricionariedade, verdade processual e à presença das garantias penais e processuais penais. Portanto, quanto maior a presença de garantias, menor o poder de disposição, pois, quanto mais garantias penais e processuais penais um sistema penal agrega, maior será o grau de verificação fática e jurídica da verdade processual e menor será consequentemente, o poder de disposição discricionária.

Neste sentido a Teoria Garantista chama de

> *poder de verificação* ao que se exerce na presença unicamente dos espaços mínimos ou irredutíveis, mediante decisões apenas sobre a verdade processual; tenho distinguido tal poder em poder de verificação jurídica ou de interpretação e poder de verificação fática ou de comprovação probatória, segundo seja exercido por decisões sobre a verdade jurídica ou sobre a verdade fática. Chamarei agora de *poder de disposição* ao que se exerce na presença dos espaços redutíveis, mediante decisões necessariamente referidas (também ou somente) a valores distintos da verdade[175].

Em um sistema ideal garantista, estão presentes espaços irredutíveis de poder, que originam para a atividade jurisdicional, o poder de verificação da verdade processual fática e

---

174 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit.p.159.

175 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.158.

jurídica, sendo a validade da decisão condicionada ao respeito às regras procedimentais e às garantias penais, que funcionam como pressupostos para a decisão válida. Já em sistemas em que o princípio da estrita legalidade e da estrita jurisdicionalidade, dentre outras garantias do sistema ideal garantista, não são respeitadas, abre-se espaço para o poder de disposição, pois, devido a imprecisões do texto legal, não há como se falar em verificabilidade ou falseabilidade da verdade processual, nem na denotação. Deste modo, depreende-se que "o poder de disposição é sempre produto de carências ou imperfeições do sistema, e como tal, é patológico, e está em contradição com a natureza da jurisdição."[176]

O poder de disposição não decorre de objetiva motivação cognitiva, mas apenas de opções subjetivistas e juízos de valor por parte do julgador, assim, não há controle da decisão judicial, pois sua motivação não é decorrente de um processo cognitivo de verificabilidade ou refutabilidade das alegações acusatórias ou defensivas, pois se baseia em termos linguísticos vagos e valorativos, preenchíveis de significado a partir da subjetividade do interlocutor.

Estes espaços de poder discricionário não decorrem de falhas exclusivas do poder judiciário, mas principalmente do inatendimento do princípio da legalidade estrita, nos termos propostos pela Teoria Garantista, por parte do poder legislativo, a quem incumbe a elaboração do texto da lei penal de forma clara e precisa. Sendo assim, o problema desemboca no poder judiciário, mas sua origem está em falhas oriundas do poder legislativo, que elabora leis eivadas "de expressões indeterminadas ou de antinomias semânticas e da conseguinte inverificabilidade das denotações penais dos pressupostos das decisões.[177]"

Deste modo, quando estão presentes na lei, termos vagos, valorativos ou imprecisos, aparecem estes espaços cognitivos que permitem ao magistrado julgar com base em subjetivismos, insuscetíveis de controles de verdade e de legalidade. Esta situação "debilita não apenas as garantias penais exigidas pela estrita legalidade, mas também aquelas processuais exigidas pela estrita jurisdicionariedade,[178]", pois, termos vagos e imprecisos, além de impossibilitarem a objetiva verificação fática e jurídica do fato delituoso, também transformam as peças acusatórias em acusações imprecisas e valorativas, impossíveis de serem refutadas de forma objetiva pela defesa.

Este poder de disposição por parte do judiciário se mostra claramente ilegítimo em Estados de Direito como o brasileiro, em que o poder de disposição, ou seja, o poder de declarar que uma conduta é ou não criminosa, é responsabilidade do poder legislativo, que

---

176 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.159.

177 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.161.

178 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.163.

deve fazê-lo conforme disposto na Constituição Federal de 1988, de forma prévia e por meio de lei.

Em casos em que os termos da lei penal se mostram vagos, imprecisos ou valorativos, será o juiz, no momento do julgamento, de acordo com seus subjetivismos e valores morais, que irá decidir se uma conduta é ou não criminosa. Deste modo, devido ao texto da lei penal não determinar previamente, de forma clara e objetiva, os elementos constitutivos do tipo, o cidadão fica refém do juízo discricionário posterior do magistrado para escolher, com ampla liberdade, o significado normativo da lei. Nestes casos, claramente se ofende também o princípio constitucional da anterioridade da lei penal, pois o cidadão terá clara ciência de que sua conduta é ou não criminosa, apenas depois de já a haver praticado, o que gera uma insegurança jurídica a respeito do correto cumprimento da lei e a respeito do conteúdo das decisões judiciais, que podem variar de caso a caso.

Ferrajoli elege os princípios gerais do direito para tentar controlar, mesmo de forma valorativa, os critérios discricionários do poder de disposição jurisdicional. Apesar de não vincularem as decisões judiciais, tais princípios operam como valores de justiça substancial que "exigem, portanto, escolhas e valorações irredutivelmente discricionárias, que remetem à responsabilidade política e moral dos juízes[179]", como parâmetro de controle externo das decisões. Deste modo, "a função específica dos princípios gerais é precisamente, com efeito, a de orientar politicamente as decisões e permitir sua valoração e seu controle cada vez que a verdade processual seja em todo ou em parte indeterminada."[180]

Levando em conta que no Sistema Penal Brasileiro estão presentes muitos espaços de discricionariedade, e que sobre eles não há um controle de verificabilidade das hipóteses acusatórias e defensivas que deem segurança empírica à verdade processual, como, de forma ideal, busca o garantismo, os princípios gerais do direito se tornam uma ferramenta apta para realizar um controle externo das decisões judiciais marcadas pela discricionariedade, mormente se o constrangimento epistemológico buscado pela teoria do garantismo penal for acatado pelos magistrados.

Sendo assim, para a teoria do garantismo penal

> ainda que um sistema penal adira normativamente ao modelo cognitivo e garantista [...] jamais será de fato um sistema fechado, e exigirá sempre para seu funcionamento prático, heterointegrações remetidas à autonomia e à discricionariedade do intérprete. Ao realizar as escolhas impostas por estes espaços

179 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.165.

180 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.165.

> de discricionariedade, o juiz, em particular, jamais será neutro, senão se entender por "neutralidade" apenas sua honestidade intelectual e seu desinteresse pessoal em relação aos interesses concretos da causa, mas uma impossível ausência de valorações ou uma apoliticidade das opções e uma ilusória objetividade dos juízos de valor. Se as escolhas são inevitáveis, e tanto mais discricionárias, quanto mais amplo for o poder judicial de disposição, menos a condição de seu controle e autocontrole, se não cognitivo, pelo menos político e moral, que aquelas sejam conscientes, explícitas e informadas em princípios, antes que acríticas, mascaradas ou, em todo caso, arbitrárias.[181]

Por todo o exposto, nota-se que a Teoria Garantista consiste numa redefinição teórica que prescreve o respeito à estrita legalidade "como regra semântica excludente de conceitos legais carentes de denotação, por ser prescritiva da verificabilidade das teses nas quais estes são predicados."[182] Entretanto, quando por deficiências do sistema penal, a estrita legalidade não é respeitada e abrem-se espaços para o poder dispositivo, como nos casos de imprecisão semântica, a Teoria Garantista enfrenta o problema sugerindo o uso dos princípios gerais do direito como forma de controle externo moral e político das decisões, sempre em busca da máxima racionalidade e controle possíveis das decisões judiciais.

Como já mencionado, a Teoria Garantista busca um controle racional de como a atividade jurisdicional vai formar a verdade processual necessária para se proferir uma decisão judicial. Para atingir este intento, traça condições e regras epistemológicas para que este caminho seja corretamente percorrido. Sendo assim, condiciona a decisão judicial a estar de acordo com a verdade jurídica extraída do correto significado dos termos da lei e, a estar amparada no conteúdo probatório formador da verdade fática extraída de um processo em que seja resguardado o contraditório e a ampla defesa.

De tal modo, o garantismo visa impor condições, com base nas garantias, para que uma decisão judicial possa ser considerada fundamentada na verdade fática e jurídica extraída do processo e da legislação. A verdade real, objetiva, é inalcançável, por isso, a teoria Garantista busca a verdade aproximada e a única possível, porém, amparada por condições de procedibilidade que diminuam eventuais injustiças provenientes desta verdade deficiente alcançada no processo.

Portanto, o que se nota é que sem que estejam presentes essas condições para alcançar essa verdade aproximada ou processual, que se representam no respeito às garantias penais e processuais, a Teoria Garantista não admite que se fale em verdade. Neste sentido pode-se afirmar que para a Teoria Garantista apenas se alcança a verdade processual, se ela

---

181 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.165.
182 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.168.

for formada de acordo com os procedimentos legais e com o respeito aos direitos e garantias do sistema ideal garantista.

Na busca da verdade jurídica, a Teoria Garantista exige que a lei não seja vaga, imprecisa e ambígua. Somente quando os termos denotativos dos elementos constitutivos do tipo tragam conteúdos semânticos precisos, a Teoria Garantista consegue diminuir, da forma por ela buscada, a discricionariedade das decisões judiciais. Desta forma, ela é também um comando epistemológico direcionado ao legislador, que por meio de técnicas legislativas racionais e eficientes deve criar leis com termos linguísticos taxativos, claros e precisos para designar os tipos penais.

Entretanto, como se pode observar nos capítulos seguintes deste estudo, infelizmente há um déficit hermenêutico do Direito Penal e Processual Penal Brasileiro, que estão muito aquém do atual perfil democrático da Constituição Federal de 1988 e da racionalidade e precisão terminológica apregoada pela Teoria Garantista,[183] e isso, irrefutavelmente, tem um "custo[184]" para a liberdade individual do cidadão. Imprecisões linguísticas são uma das maiores fontes de arbitrariedades das decisões judicias, que além de impossibilitar um silogismo perfeito entre a lei e os fatos julgados, e abrir espaço para a discricionariedade, são uma das portas de entrada no direito pátrio, de teorias a serviço de um Direito Penal máximo, como a Teoria do Direito Penal do Inimigo e as políticas de lei e ordem, que se valem da atualmente fraca normatividade dos princípios constitucionais garantistas, para impor a estigmatização e rotulação de inimigos e a Seletividade penal.

Ao ser referir ao Estado, não se pode esquecer, que ele é uma ficção jurídica instrumentalizada por seres humanos, com todas as limitações a ele inerentes. Por isso, qualquer situação envolvendo a atuação estatal, deve pressupor a atuação do agente estatal, indivíduo composto por preconceitos, valores, condicionamentos psicossociais e idiossincrasias que formam sua personalidade e afetam a neutralidade de suas decisões.

Neste diapasão, Ferrajoli previne de que "em nenhum sistema o juiz é uma máquina automática, concebê-lo como tal significa fazer dele uma máquina cega, presa da estupidez, ou pior, dos interesses e dos condicionamentos de poder mais ou menos oculto, e em todo caso, favorecer sua irresponsabilidade política e moral." [185]

---

183 Segundo Rosa, "Embora tenha sido editada uma nova Constituição em 1988 há inescondível *déficit* hermenêutico nos campos do Direito e Processo Penal no Brasil".
ROSA, A. M. Op. cit.

184 Custo este entendido de acordo com a doutrina de Ferrajoli já tratada na pesquisa, Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.89.

185 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit.p.166.

Diante desta constatação, considera-se que sempre existirá na atividade jurisdicional algum espaço de discricionariedade, mesmo que reduzido ao mínimo possível, conforme teoriza o garantismo penal. Porém, é fácil notar pela prática jurídica que o excesso deste poder sempre estará atrelado a arbitrariedades, decisionismos e posturas democraticamente ilegítimas. Sabe-se que "a investigação judicial não é uma busca puramente intelectual, mas o pressuposto de decisões sobre as liberdades do cidadão, nas quais o poder, na ausência de limites normativos tende indefectivelmente a prevalecer sobre o saber."[186]

Neste momento, não se pode deixar de ressaltar, que a Teoria do Garantismo Penal entende que os três primeiros espaços de poder discricionário abordados nesta pesquisa são legítimos, porque redutíveis, mas não suprimíveis; e que o poder de disposição é ilegítimo porque, em tese, suprimível. Contudo, ela defende que qualquer espaço de discricionariedade deve ser reduzido tanto quanto possível, como maneira de se assegurar a autonomia do direito e a legitimidade democrática do sistema jurídico. Sendo assim, é importante lembrar que o Garantismo Penal não exclui de antemão teorias da argumentação, do raciocínio e da decisão jurídica, que de qualquer modo contribuam para a redução dos espaços de discricionariedade e arbitrariedade, desde que resguardem a força normativa dos princípios constitucionais e o controle racional das decisões.

Assim, qualquer iniciativa que vise retirar das mãos dos magistrados, este excesso de poder e responsabilidade, deve ser vista com bons olhos. Neste diapasão, a Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, como "uma opção liberal-garantista em favor dos valores da certeza do direito, da tutela dos direitos contra o arbítrio e da controlabilidade jurídica da validez das decisões judiciais, que são ademais os postulados do moderno Estado de direito[187]" é uma opção teórica que tem muito a contribuir para que o Brasil resolva muitos de seus problemas estruturantes do sistema penal[188]. Pois, busca suprimir ao máximo a margem de discricionariedade que o poder e a odiosa atividade de punir teimam em possuir.

Nos capítulos seguintes, será analisada a Seletividade penal e a Teoria do Direito Penal do Inimigo, que vêm ganhando espaço no Sistema Penal Brasileiro, devido, entre outras razões, à fraca normatividade dos direitos e garantias constitucionais, que o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli denuncia e visa corrigir.

---

186 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.147.

187 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. 4ª edição revista. São Paulo: RT, 2014, p.168.

188 Concordamos com Rosa, para quem "diante do quadro inautêntico brasileiro, Garantismo é melhor do que deslizamentos metafísicos".
ROSA, A. M. Op. cit.

4 DIREITO PENAL DO INIMIGO E SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL[189]

Pretende-se neste capítulo, compreender a realidade do Sistema Penal Brasileiro contemporâneo frente a Seletividade penal, e a criação de modelos de Inimigos, que por sua vez acarretam a relativização e supressão de direitos das classes sociais mais vulneráveis. Deste modo, busca-se demonstrar que a realidade apresentada pela prática penal brasileira tem levado ao afastamento dos pressupostos básicos do Estado de Direito exigidos em um Estado Democrático.

Para tanto, é preciso sintetizar o que foi dito: Viu-se no segundo capítulo, através de uma contextualização como forma de tornar possível a vida em sociedade, que o Estado assumiu o poder de solucionar os conflitos sociais em caráter absoluto através do Direito Penal. É o Estado, portanto, quem detém o monopólio do poder/dever de impor sanções previamente estipuladas em normas taxativas como instrumento de pacificação social. Na visão garantista, este aspecto caracteriza-se não só por pleitear a legalização e racionalização do poder punitivo, mas também pela ideia de se encarar o Direito Penal, não apenas como uma forma de controle social, mas também como instrumento tutela de direitos, garantias e bens individuais frente a prováveis agressões advindas de outros indivíduos, principalmente, do poder estatal.

Na atualidade, o exercício estatal punitivo ainda se mantém e se justifica, não só pela necessidade coletiva de pacificação social, mas também pela harmonia no desenrolar das ações individuais e coletivas: "O Sistema de Justiça Criminal, operacionalizado nos limites das matrizes legais do Direito Penal, realiza a função declarada de garantir uma ordem justa, protegendo bens jurídicos gerais e assim promovendo o bem comum".[190] Esse é o discurso oficial contemporâneo que vem sendo propagado pela Política Criminal.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, objetivando romper em definitivo com o passado de excessos e abusos do regime militar, constituiu um sistema penal de caráter

---

189 Neste capítulo adotar-se- á o conceito de sistema penal dado por Zaffaroni em obra diversa daquela citada na conceituação no capítulo 1: "Chama-se de "Sistema Penal" ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito, até que se impõe ou se executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários, e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a ideia geral de "sistema penal" em sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes e funcionários e da execução penal." ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. V.1.* 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.70.

190 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral.* 6ª Ed. Curitiba: ICPC, 2014. p.10.

garantista, estruturado em um Direito Penal mínimo, sendo este, aquele que "condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também, a um ideal de racionalidade e certeza".[191] Abstrai-se tal entendimento através da política criminal propagada na própria Constituição, no sentido de que ela propõe que a ingerência estatal sobre as condutas humanas, através do Direito Penal, somente deva ocorrer em *ultima ratio*[192], porém, ela mesma potencializa a atividade legislativa, devido ao grande número de normas constitucionais pragmáticas, ampliando assim, as hipóteses de criminalização.

Não obstante, apesar daquelas premissas constitucionais que se acredita serem garantistas ao cidadão frente ao poder punitivo e absoluto do Estado, é notório que atualmente, a mídia[193] e o senso comum têm levado à construção de um Direito Penal máximo, aquele que incondicionado e ilimitado, "se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas, vias estas que permitem a máxima expansão e a incontrolabilidade da intervenção punitiva, que por sua vez, sua incerteza e irracionalidade" [194], como resposta principal para a solução dos problemas sociais, mormente a violência e o aumento da criminalidade.

Diante deste cenário, o que se tem verificado no Brasil contemporâneo, é que "estas duas tendências opostas convivem entre si (...), dando lugar a uma ineficiência tendencial do primeiro (Direito Penal Mínimo) e a uma ilegitimidade tendencial do segundo (Direito Penal máximo)".[195] E, o que se têm percebido na prática, é sem dúvida, um maior rigorismo por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, já que estes buscam no Direito Penal, a ferramenta para reprimir as classes sociais exploradas pelos detentores do capital.

Essas classes geralmente são compostas por grupos sociais vulneráveis, em que se enquadram os indivíduos excluídos do Estado de bem-estar social, sejam eles, "por

---

191 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer Sica (et. al). 4ªed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.102.

192 O Direito Penal como *ultima ratio* também conhecido como Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal se refere ao fato de que o Estado só poderá invocar o Direito Penal quando não houver outra possibilidade, por meio dos demais ramos do direito, de garantia de proteção dos bens jurídicos. Segundo Nilo Batista: "O princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal: não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, como um daqueles princípios imanentes que por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático". In: BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.* 11ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.p.85.

193 Luis Flávio Gomes e Débora de Souza de Almeida analisam a influência da mídia na expansão do Direito Penal na obra: *Populismo Penal Midiático: Caso mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico.* São Paulo: Saraiva, 2013.

194 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer Sica (et. al). 4ªed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.102.

195 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.102.

determinada cor ou determinado odor[196]", mas que servem de alvo para o Direito Penal, desencadeando uma prática penal concreta, de construção de modelos de inimigos a partir de uma política criminal seletiva e opressora.

Assim, se faz importante no presente capítulo, que se discorra sobre esta atuação do Sistema de Justiça Criminal na pós-modernidade[197] brasileira, observando as problemáticas que compõem esse sistema, a práxis da atuação das políticas criminais adotadas no Brasil sob o discurso de combate à violência e, sobretudo, repensar, os mecanismos punitivos de prevenção e punição e sua consequente seletividade . Diante deste panorama, é que o Estado se apresenta como reprodutor de toda a violência, a qual, em seu discurso, diz combater.

4.1 Sistema Penal Máximo x Cidadania mínima

O Direito Penal tem sofrido uma discussão incessante sobre a manutenção ou a alteração de seu paradigma. Isto porque, de um lado, verifica-se, como se viu acima, a existência de um Direito Penal mínimo e garantista, e de outro, um Direito Penal máximo. Assim, ao mesmo tempo em que o Estado visa imprimir um novo papel a fim de adequá-lo aos valores constitucionais, resolvendo o problema do crime através de uma justiça social, por outro lado, existe também a tendência de um Direito Penal expansivo, repressivo a todo custo, que flexibiliza as regras do estado social e relativiza as garantias político-criminais do indivíduo com mais rigor penal.

Neste sentido, Lenio Streck preconiza:

> No Brasil, o panorama do direito penal e processual penal aponta para o fato de que parcela considerável dos juristas brasileiros tem assumido uma postura paradoxal [...] de um lado, o *establishment* – representado por setores governamentais (não há mudança de postura nos diferentes governos nas últimas décadas) e aqueles oriundos da comunidade jurídica historicamente encarregados de conduzir as "reformas" penais-processuais – dar uma resposta às queixas contra a impunidade [...] e, de *outro, promove-se um discurso conciliador*, "adaptado" à falta ou precariedade de recursos penitenciários e aos reclamos dos setores minimalistas do direito penal.

---

196 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso*. Lisboa: Almedina, 2010.p.22.

197 O conceito de pós-modernidade adotado na presente pesquisa será aquele dado por Zygmunt Bauman: é uma "época que Antonhy Giddens chama de "modernidade tardia", Ulrich Beck de "modernidade reflexiva", Georges Balandier de "supermodernidade", e que eu tenho preferido (junto com muitos outros) chamar de "pós-moderna": o tempo em que vivemos agora, na nossa parte do mundo (ou, antes, viver nessa época delimita o que vemos como "nossa parte do mundo"...)."

> Busca-se assim, "contentar" os dois setores mais expressivos do direito penal pátrio[198]. (grifos do autor)

Apesar deste "modelo híbrido brasileiro[199]", o objetivo intentado pelo Direito Penal – tutelar os bens jurídicos afetados por uma conduta criminosa e proteger o delinquente dos excessos do Estado – tem claramente priorizado o Direito Penal máximo, já que tem praticado novas políticas punitivas que aumentam a carga simbólica do Direito Penal, transformando as garantias constitucionais em simples tinta presente na Carta Magna.

Assim, a atual conjuntura penal, na tentativa de amenizar a crescente violência e os clamores sociais dela decorrentes, se vale da eficiência para a efetivação de um "Sistema Penal Máximo x Cidadania mínima[200]", significa dizer, "os atores políticos, procurando clientela eleitoral, elaboram leis repressivas, longe de qualquer contexto ideológico coerente, mesclando argumentos moralistas, perigosistas e de segurança nacional[201]", favorecendo uma hegemonia das forças policiais em detrimento das garantias constitucionais do cidadão.

Por isso, conter o aumento da criminalidade constitui um dos grandes desafios da sociedade brasileira, já que o Estado tem buscado solucionar esse problema por meios inadequados e ineficazes, com a expansão e endurecimento do Direito Penal[202].

Manoel Cancio Meliá traça as seguintes considerações a respeito da expansão do Direito Penal:

> Efetivamente, no momento atual pode ser adequado que o fenômeno mais destacado na revolução atual das legislações do "mundo ocidental" está no surgimento de múltiplas figuras novas, inclusive, às vezes, do surgimento de setores inteiros de regulação, acompanhada de uma atividade de reformas de tipos penais já existentes, realizada a um ritmo muito superior ao de épocas anteriores[203]

---

198 STRECK, Lenio Luiz. *Entre Hobbes e Rosseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal*. In: STRECK, Lenio Luiz. et al. (org.). *Direito Penal em tempos de crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.páginas 75 a 110. p. 81/82.

199 STRECK, Lenio Luiz. Ob.Cit. p. 82.

200 Expressão utilizada por Vera Regina Pereira de Andrade na obra: *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

201 ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. V.1.* 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 362.

202 Cf. CALLEGARI, André Luís. *Terrorista: um discurso sobre o Direito Penal de Exceção***.** In: STRECK, Lenio Luiz *et al*. (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.33.

203 CANCIO MELIÁ, Manuel. *Sobre o Estado atual da política Criminal. Diagnóstico: a expansão do Direito Penal*. In JAKOBS, Güinter; CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**.** Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 76,77.

Estatísticas do Ministério da Justiça demonstram o aumento constante das taxas de encarceramento, o que reflete o crescimento da criminalidade e a expansão da resposta penal do Estado:

> Entre 1995 e 2005 a população carcerária do Brasil saltou de pouco mais de 148 mil presos para 361.402, o que representou um crescimento de 143,91% em uma década. (...) Entre dezembro de 2005 e dezembro de 2009, a população carcerária aumentou de 361.402 para 473.626, o que representou um crescimento, em quatro anos, de 31,05%[204].

Os últimos dados do Conselho Nacional de Justiça, de junho de 2014, apresentados pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, revelam que o total geral de presos no país atingiu a imensa quantia de 711.463 presos (número este que leva em conta as 147.937 pessoas em prisão domiciliar).[205]

"Com as novas estatísticas, o Brasil passa a ter a terceira maior população carcerária do mundo, segundo dados do ICPS, sigla em inglês para Centro Internacional de Estudos Prisionais, do King's College, de Londres[206]". Ainda de acordo com estes dados, o Estado de Minas Gerais, possui uma população carcerária de 68.452 presos (incluídos neste total as pessoas que cumprem prisão domiciliar cujo número é de 10.954).

> E para completarmos este quadro que traçamos das políticas públicas de segurança no Brasil, não podemos deixar de citar que nosso país teve um ritmo de encarceramento "alucinante", na última década, que já permite que falemos sem qualquer dúvida sobre a existência de um estado penal entre nós, tornando as análises de Loic Wacqüant sobre o Estado Penal nos Estados Unidos pertinentes à realidade brasileira[207].

Diante desta realidade, constata-se que o Estado brasileiro "tem adotado estratégias repressivas e punitivistas, justificando a expansão do Direito Penal, em nome da segurança nacional, como forma de contenção do fenômeno criminal[208]". Assim, entre 1992 e 2012 o

---

204 Dados obtidos no site do Ministério da Justiça: <www.justica.gov.br/seus-direitos/execucao-penal/sistema-prisional/subpaginas_-sistema-prisional-1/informacoes-infopen>, consulta em: 07 nov. 2014.

205 "*Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*" documento apresentado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF a representantes dos tribunais de Justiça brasileiros em Junho de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira> Consulta em: 20 nov. 2014.

206 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira> Consulta em: nov./2014.

207 RAUTER, Cristina. *Criminologia e Subjetividade no Brasil.* 3ª ed. Col. Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.p.28.

208 CALLEGARI, André Luís. *Legitimidade Constitucional do Direito Penal Econômico: Uma Crítica aos Tipos Penais Abertos.* Revista dos Tribunais | vol. 851 | p. 432 | Set / 2006.p.433.

Brasil aumentou sua população carcerária 380%[209], porém, esses números revelam que por mais que o Estado amplie a repressão penal, haja vista o número de pessoas presas, isso não tem sido suficiente para conter o aumento da criminalidade.

> O aumento da criminalidade resulta num aumento da população carcerária. É claro, não há uma relação linear, mas a ausência deste aspecto não elimina o fato de que as populações carcerárias da maioria dos países aumenta a longo prazo, numa resposta, talvez equivocada, à necessidade de controlar a criminalidade.[210]

A busca dessa incongruência do Direito Penal brasileiro tem levado a uma tendência "dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes[211]."

A título ilustrativo, pode-se citar o caso do tratamento diferenciado aos presos do Regime Disciplinar Diferenciado, incluído pela Lei 10.792/03 na Lei de Execuções Penais. Também a Lei 9.034/95, Lei de Combate ao Crime Organizado, que criou a figura do juiz investigador, práticas de escutas telefônicas e investigações, bem como, o flagrante preparado[212]. Além disso, as muitas tentativas de restrição da liberdade provisória que "buscam retroceder o processo penal aos tempos inquisitoriais em que a atividade probatória procurava basicamente obter a confissão do acusado, a sumarização dos procedimentos, dentre outros[213]."

Veja-se também, outro exemplo, vindo de um modelo atual de combate ao crime e que pode ser visto não só como mais um exemplo de expansão do direito penal, mas, sobretudo, uma expansão do controle policial pelo Estado: a ocupação de comunidades da capital do estado do Rio de Janeiro pelas Unidades de Polícia Pacificadoras[214] (UPP's), onde se verifica que a força policial, com a pretensão de pacificação daqueles territórios, na

---

209 Disponível em: <http://justificando.com/2014/12/08/quanto-mais-presos-maior-o-lucro> Consulta em: dez./2014.

210 YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente – exlcusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.p.37.

211 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.28.

212 Cf. MORAIS, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal.* Curitiba: Juruá, 2011, p.276, 277.

213 NASCIMENTO, André. *Apresentação à edição brasileira.* In: GARLAND, David. *A cultura do controle – crime e ordem social na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p.26.

214 "Batizadas de UPPs – Unidades de Polícia Pacificadoras –, elas prometem cumprir uma antiga reivindicação de parte dos moradores dessas áreas: a de ser uma polícia comunitária confiável, capaz de servir aos moradores em vez de ameaçá-los e extorqui-los". Para que o sonho se concretize sem maiores percalços, o governador Sérgio Cabral (PMDB) resolveu convocar novos policiais militares, recém-concursados e treinados para a nova missão. Alguns ícones da violência urbana do Rio, como a Cidade de Deus, na zona oeste, por ex., são agora "territórios das UPPs". MISSE, Michel. *Os rearranjos de poder no Rio de Janeiro.* Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=959>acesso em: 15 nov. 2014.

verdade invade a privacidade, a rotina e a liberdade das populações das favelas,[215] transformando aquele território em um verdadeiro estado de policia, já que, ao fim e ao cabo, o combate aos grupos criminosos se dá por meio de operações policiais pontuais a destinatários preestabelecidos.

Isto porque, em razão da presença das milícias[216], a existência e a atuação das unidades policiais dependem também da atuação dos criminosos e vice-versa, uma vez que não é operação contra o crime, que seja provável a diferenciação daqueles que são perseguidos pelo aparato estatal e daqueles que realizam esta operação, "torna-se necessária a presença de um instrumental discursivo que faça a representação simbólica da separação entre o ilícito e o lícito [...] É preciso instauração de um discurso de identificação de pessoas, não de fatos."[217]

Neste cenário, o Poder Executivo persiste em lançar políticas públicas imediatistas de combate a criminalidade, ao passo que o Poder Legislativo coaduna esta prática com a "produção em massa" de leis penais que atendem de forma apenas demagógica ao clamor social por segurança pública. Isto, porque de acordo com a demanda do público de que algo deve ser feito em relação ao crime, que seu patrimônio deve ser protegido e que criminosos devem ser controlados de forma mais eficiente, e punidos com penas cada vez mais severas, faz com que o Poder Público responda diretamente a tais preocupações, e diante deste cenário,

> os políticos têm preferido trilhar o caminho mais fácil, optando por segregação e punição em vez de incutir controles sociais, de regular a vida econômica e de desenvolver políticas que propiciem a inclusão e integração social. Se as sociedades pós-modernas devem acalentar os ideais de democracia [...] elas precisarão assegurar que a regulação moral e o controle social sejam estendidos [...] e não mantidos apenas no âmbito de criminosos[218].

---

215 "Os pobres estão isolados em guetos urbanos, propriedades rurais periféricas e cidades-fantasma, às quais o capital os trouxe originalmente, e onde os deixou encalhados depois, ao encontrar soluções alhures, onde a mão de obra fosse mais barata e as expectativas menores." YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente – exlcusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.* Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.p.41-42.

216 "Milícia remete, em sua gênese, à segurança privada, à degradação de instituições políticas e policiais, a políticas de segurança desastrosas. Hoje, elas são o que há de pior e mais grave. Constituem o que, tecnicamente, se chama crime organizado. São máfias formadas, sobretudo, por policiais. Elas já ocupam espaços políticos [...]" SOARES, Luiz Eduardo. *Crime e Preconceito*. In: Le Monde diplomatique Brasil. Agosto de 2010.p.5.

217 BUZATO, Paulo Sérgio. *A realidade das Unidades de Polícia Pacificadora, e o discurso legitimador do medo. Mais um exemplo de Direito Penal do Inimigo*. In: ZILIO, Jacson. BOZZA, Fábio (Orgs.). *Estudos Críticos sobre o Sistema Penal: Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe Editora, 2012.p.585-607.p.592.

218 GARLAND, David. *A cultura do controle – crime e ordem social na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p.427.

Essas posturas têm levado o Estado a orientar as suas práticas de repressão a criminalidade em correntes ligadas às políticas de *tolerância zero*[219] em detrimento dos direitos e garantias do cidadão, por isso, acredita-se que um dos grandes problemas enfrentados pela sociedade pós-moderna, seria a crise da legitimação do Direito Penal, ou seja, busca-se na legislação penal "uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva)[220]"

Este crescente uso simbólico do Direito Penal, nos dizeres de Juarez Cirino dos Santos, teria por objetivo produzir uma dupla legitimação:

> a) A do poder político, facilmente conversível em votos – o que explica, por exemplo, o açodado apoio de partidos populares a legislações repressivas no Brasil; b) a do Direito Penal, cada vez mais um programa desigual e seletivo de controle social [...], ou mesmo da exclusão de garantias constitucionais [...], cuja supressão ameaça converter o Estado democrático de direito em Estado policial.[221]

O que se nota atualmente, é que os padrões de funcionamento do sistema penal, passaram por alterações significativas quanto ao aumento e endurecimento do Direito Penal, tanto por meio de mudanças legislativas, quanto por atuações excessivas das agências policiais e da própria máquina judiciária, fruto do apelo midiático por respostas emergenciais de controle da criminalidade. Neste diapasão, concebe-se que o Estado Democrático enfrenta uma tendência expansiva banalizadora do Direito Penal, "os quais edificam um Estado de Exceção – (não Direito Democrático) a fim de, em nome da segurança coletiva, minimizar a liberdade individual." [222]

Por sua vez, o Poder Judiciário, a quem caberia frear estas antinomias, em muitos casos tem se mostrado a elas condizente, acatando por meio de suas decisões, leis criadas em

---

[219] *"*A política de "Tolerância Zero", adotada em Nova Iorque pelo prefeito Rudolph Giuliani, fez com que a cidade se tornasse uma vitrine em torno de tal política para o mundo, segundo Wacqüant, "ao passar às forças da ordem um cheque em branco para perseguir agressivamente a pequena delinquência e reprimir os mendigos e os sem-teto nos bairros deserdados". Também foi em Manhattan que se vulgarizou a teoria "da vidraça quebrada", a qual sustenta que "é lutando passo a passo contra os pequenos distúrbios cotidianos que se faz recuar as grandes patologias criminais.*"* WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar. 2004.p.24-25.

[220] SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.29.

[221] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Política Criminal: realidades e ilusões do discurso penal. In: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade.* Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano sete, nº 12, 1º semestre de 2002. pp.53,58.p.56.

[222] CALLEGARI, André Luís. *Terrorista: um discurso sobre o Direito Penal de Exceção***.** In: STRECK, Lenio Luiz *et al.* (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.33.

desacordo com os direitos fundamentais, transformando o "Estado Social em um Estado Penal[223]", que culmina, no mais das vezes, em punições ilegítimas.

Desta forma, verifica-se que a inflação legislativa, uma das causas da crise do Direito e do Processo Penal "decorre da incapacidade do sistema genealogicamente liberal, alcançar as demandas impostas [...], na atualidade, pelos riscos gerados na sociedade pós-moderna." [224]

Ferrajoli visualiza outros dois aspectos relevantes para o diagnóstico da atual crise expansiva do direito:

> (a) a inadequação estrutural das formas do Estado de direito às funções do Welfare State decorrente da falta de elaboração de um sistema de garantias dos direitos sociais, comparável às garantias tradicionalmente disponíveis para a propriedade e a liberdade – os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade –; e (b) o deslocamento dos lugares da soberania fruto da alteração na hierarquia das fontes, ocasionando o enfraquecimento do constitucionalismo nacional face à ausência de um constitucionalismo internacional – a proteção internacional é mais difícil do que a produzida no interior do Estado, em particular dentro de um Estado de direito.[225]

Fala-se então, de um novo Direito Penal, o do grande risco catastrófico, irreversível, pouco ou nada previsível, derivado de um progresso da sociedade pós-industrial, caracterizada basicamente, "por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo crescimento tecnológico[226]", e consequentemente, partindo desta ótica, tem-se que "boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnico: riscos mais ou menos direitos para os cidadãos[227]." Este progresso técnico no âmbito da delinqüência, frustra as nossas capacidades de prevenção e de domínio oriundos da incapacidade de previsão das atitudes humanas serem devidamente protegidas, amparadas ou combatidas por uma legislação eficiente.

São mudanças, provenientes dos avanços tecnológicos, acentuadas pelos meios de comunicação, que repercutiram na sociedade atual na medida em que, "a "pós-modernidade" é vivida – não apenas pelos criminosos, mas por todos nós – de maneira que é, mais do que

---

223 WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar. 2004.p.*13.*

224 GARLAND, David. *A cultura do controle – crime e ordem social na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p.431.

225 FERRAJOLI, Luigi. *El Derecho como Sistema de Garantías. In: Jueces para la Democracia* (16-17). Barcelona, 1992, pp.61-69 apud CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias – uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil.* Rio de Janeiro: LumenJuiris, 2001. p.96.

226 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.36.

227 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Ob.Cit.* p.37.

nunca, definida pelas instituições do policiamento, da punição e da prevenção[228]" "cujo ponto de partida já é fato dado, e que tanto encerra oportunidades como riscos[229]".

Diante dessas novas ameaças e os novos perigos, a "promessa de segurança avança com os riscos e precisa ser diante de uma esfera pública alerta e crítica, continuamente reforçada por meio de intervenções[230]", busca-se então, enquadrar as condutas causadoras desses riscos ou perigos em tipos penais, gerando uma pressão social para que o Estado encontre culpados para os conflitos sociais. Este panorama social assemelha-se ao que Ulrich Beck denominou de "sociedade do bode expiatório[231]", senão vejamos:

> É justamente a inabarcabilidade e o desamparo diante das ameaças que, com sua ampliação, favorecem reações e correntes políticas radicais e fanáticas, que transformam os estereótipos sociais e os grupos por eles atingidos em verdadeiros 'para-raios' para as ameaças que se mantêm invisíveis, inacessíveis à ação[232].

Assim, a reação estatal a essas pressões recai sobre o fato de que o "bode expiatório[233]", no Brasil contemporâneo, tem rosto e classe social determinados pelos meios de repressão penal, por isso, acreditar em um Direito Penal racionalista, parece mera ilusão social, pois, fundamenta-se, a intervenção penal em uma teoria penal do perigo abstrato que determinadas pessoas representam para a segurança do Estado, ingressando então no direito penal do Autor e abandonando o Direito Penal do Fato.

Esta construção se mostra da seguinte forma:

---

228 GARLAND, David. *A cultura do controle – crime e ordem social na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p.415.

229 PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: Tendências Atuais em Direito Penal e Política Criminal***.** Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 47 | p. 31 | Mar / 2004.p.38.

230 BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade.* Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed.34, 2010, p. 25.

231 Esta expressão encontra-se na tradução realizada por Sebastião Nascimento in: BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade.* São Paulo: Ed.34, 2010, p. 91.

232 BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade.* Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed.34, 2010, p. 93.

233 A expressão "bode expiatório", é encontrada, por diversas vezes, não só na tradução da obra de Ulrich BECK, mas também, nas obras de YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente – exlcusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.*e* ZAFFARONI, Eugênio Raul. *A questão criminal.* Trad. Sérgio Lamarão. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. Em razão das três obras serem utilizadas na presente pesquisa, adotar-se-á, também, esta expressão e, para tanto, utilizaremos o sentido dado por Zaffaroni à referida expressão: "O bode expiatório se constrói sempre sobre um preconceito prévio, que é uma discriminação que hierarquiza seres humanos: negros, índios, judeus, albaneses, muçulmanos [...], gays, comunistas, imigrantes, deficientes, ricos, pobres, tudo o que, substancializado, permite considera-los subhumanos ou menos humanos e atribuir-lhes os piores crimes, construindo um coletivo "eles" de malvados e daninhos, que devem ser eliminados para que se possa sobreviver". In: ZAFFARONI, Eugênio Raul. *A questão criminal.* Trad. Sérgio Lamarão. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p.245.

> Indignação frente a alguns fatos aberrantes, mas não a todos, e sim somente aos dos estereotipados; impulso vingativo por identificação com a vítima desses fatos, mas não com todas as vítimas, e sim somente com as dos estereotipados e se é possível que não pertençam, elas mesmas, a esse grupo, pois, nesse caso, considera-se uma violência intragrupal própria de sua condição inferior (*eles se matam porque são brutos*)[234]. (grifos do autor)

Muitos exemplos, como se viu na exposição até aqui feita, comprovam esta face do Direito Penal e, facilmente, chega-se ao corolário de que sua proteção alcança apenas o grande patrimônio das classes abastadas e, por outro lado, sua aplicação direita, recai apenas sobre os símbolos da exclusão social, visualizado em sua maioria da seguinte forma:

> O estereótipo do bandido vai-se consumando na figura de um jovem negro, [...], morador de favela, próximo do tráfico de drogas, [...] portador de algum sinal de orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda [...]. Não merecem respeito ou trégua, são os sinais vivos, os instrumentos do medo e da vulnerabilidade, podem ser espancados, linchados, exterminados ou torturados. Quem ousar incluí-los na categoria cidadã estará formando fileiras com o caos e a desordem, e será também temido e execrado[235].

Zaffaroni, também retrata este estereótipo que em sua denominação recebe a alcunha de "indesejáveis":

> [...] dependentes químicos, imigrantes, e jovens subproletarios são, em número crescente, os destinatários principais da reclusão, por causa do aumento da desocupação, de pobreza, da simultânea crise do Estado do bem-estar e de suas prestações assistenciais e, por outro lado, da crescente onda repressiva que anima a opinião pública mobilizada contra os fracos e diferentes. Contra esses a justiça penal é extraordinariamente rápida e eficiente. [236]

Constata-se, portanto, que o Estado brasileiro tem-se mostrado incapaz de cumprir com as promessas contidas no Estado Democrático, já que a intervenção penal mostra-se cada vez mais ligada a um processo de seletividade que propõe a negação de direitos ao ser perigoso e gerador de incertezas, provocada por agentes políticos que "impulsionam estas medidas e o fazem sob o estandarte de uma pretendida e total "normalidade constitucional"

---

234 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *A questão criminal*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p.198.

235 BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.p. 36.

236 *ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique*. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. V.1. *7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007*. p. 34.

incrementando ainda mais, os riscos que por contágio ameaçam de perto o Direito Penal em seu conjunto."[237]

> Hoje em dia, há uma nova e urgente ênfase na necessidade de segurança, na contenção do perigo, na identificação e gerenciamento de riscos de todos os tipos. Proteger o público se tornou o tema dominante da política criminal [...] O reclamo de proteção *do* Estado deu lugar à proteção *pelo* Estado. Garantias procedimentais [...] foram parcialmente proscritas, câmeras de vigilância são comuns nas ruas das cidades, e decisões sobre fiança, liberdade vigiada e livramento condicional estão agora submetidas a intenso escrutínio. Nestes assuntos, o público aparenta ser (ou é representado como tal) avesso a riscos e intensamente centrado no perigo da ação deletéria de criminosos livres. O risco de autoridades estatais sem limites, do poder arbitrário e de violação às liberdades civis, aparentemente não é mais relevante na preocupação pública.[238]

Assim, nesta sociedade complexa, impulsionada pela criação de novas demandas e novos bens sujeitos a tutela penal, que vêm permitindo, com frequência, flexibilizações dos tipos, inserções de novas figuras penais, antecipações da tutela penal, dentre outras, é defendida, de outro lado, pela sensação de insegurança que, por sua vez desencadeia na caracterização de uma verdadeira "sociedade do risco", significa dizer:

> esse novo contexto criou um mundo cujo elemento constituinte é a incerteza, a distribuição da decisão sobre os riscos entre todos os homens, o que faz com que vivamos em um mundo em que 'o futuro coloniza o presente', ou seja, em que qualquer desgraça que possa vir a ocorrer, ocorre ainda antes, porque é antecipada em uma série de manifestações, que obrigam os homens a viver constantemente preocupados e agindo em relação a elas. Como se só houvesse amanhã [...]."[239]

"A sociedade do risco ou da insegurança, conduz, pois, inexoravelmente, ao "Estado vigilante" ou "Estado da prevenção." [240]. Esta cultura, por sua vez é que reproduz a ilegitimidade das políticas de segurança pública do Estado Brasileiro que rotulam como inimiga, parcela da população, como forma de justificar e legitimar uma atuação penal violenta, seletiva e opressora, estas, incompatíveis com a atual conformação do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Se a Constituição Federal tem caráter social e garantista - sendo este caracterizado por sua intervenção constante junto às necessidades de seus membros - o ordenamento

---

237 CANCIO MELIÁ, Manuel. *Prologo II* In: JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo.* Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 12.

238 GARLAND, David. *A cultura do controle – crime e ordem social na contemporaneidade.* Rio de Janeiro: Revan, 2008.p.56-57.

239 BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed.34, 2010.p.15.

240 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.165.

jurídico deve se preocupar e, principalmente, adequar-se ao modelo de Estado por ela instituído. O que, de fato, segundo demonstraremos no decorrer desta pesquisa, não condiz com a realidade do Sistema Penal.

Ora, se, como foi visto no Capítulo 3, o garantismo sustenta uma intervenção mínima do direito penal,[241] demonstrando também ser incompatível com a seletividade e rotulação de inimigos sobre os quais o sistema atua de forma direta, pode-se afirmar que a Teoria do Garantismo Penal não descreve a realidade do sistema penal brasileiro.

Contudo, por outro lado, veremos que quem descreve melhor esta realidade é a Teoria do Direito Penal do Inimigo, claro que, apenas em alguns pontos, mas pontos estes gravemente contrários a um Estado Democrático e de Direito, razão pela qual, acredita-se na característica de nosso sistema ser adequada a dicotomia: Sistema Penal Mínimo x Cidadania Mínima: É necessário um ajuste "do Direito Penal que o compatibilize com a teoria política que corresponde ao Estado constitucional de direito, depurando-o dos componentes próprios do Estado de polícia, incompatíveis com seus princípios." [242]

Assim, visando a descrição e avaliação mais clara desta realidade, que se aproxima das características do modelo de Direito Penal do Inimigo, mas que, no texto constitucional, revela forte compatibilidade com a Teoria Garantista, a pesquisa visa então, delinear e compreender essa realidade incoerente da atuação do sistema repressor penal, com o modelo de Estado constitucional de direito atualmente adotado no Brasil.

Tais constatações passam a ser fundamentais para a análise da legitimidade de um Direito Penal consubstanciado na necessária distinção entre cidadão e inimigo, principal ponto partida de Günther Jakobs, para formular sua concepção de Direito Penal do Inimigo[243], como se verá a partir de então.

4.2 Direito Penal do Inimigo: Os "inimigos" da sociedade

Diante da inevitável herança positivista da "afirmação da simples legalidade formal como fator de legitimidade política, e pela redução da Constituição ao nível de mero

---

241 Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica (et. al). 4ªed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 319.

242 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.p.26.

243 Cumpre ressaltar que a construção dogmática de um Inimigo no Direito Penal não é dos nossos dias nem é uma novidade, exceto, a designação Direito Penal do Inimigo que trata-se de uma expressão utilizada e desenvolvida por Günter Jakobs In: In: JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo.* Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ordenamento dos órgãos estatais[244]“, pode-se considerar que algumas compreensões teóricas do Direito Penal do Inimigo tenham sido suscitadas do famoso penalista alemão Edmund Mezger[245], por suas manifestas contribuições com o regime nazista de Adolf Hitler, justificando o Direito Penal do nacional-socialismo e legitimando a prisão por tempo indeterminado dos “estranhos a comunidade” (*Gemeinschaftsfremde*) nos campos de concentração. Nesse sentido, referido penalista

> propunha a existência de dois (ou mais) direitos penais: um para o cidadão normal, com todas as garantias e sutilezas da dogmática jurídico-penal tradicional, e outro distinto dirigido aos que denominava "estranhos ou inimigos da comunidade", para os quais simplesmente propunha a eliminação ou extermínio, sem maiores exigências nem controles jurídicos além da pura e simples vontade da polícia do regime nazista[246].

Tal situação não foi alterada de maneira plena, pois se verifica atualmente a necessidade social em exterminar o mal através do Direito Penal, exigindo-se do Estado uma segurança a todo custo, mesmo que deste resultado, gere um direito penal específico ou excepcional para um “tipo determinado de pessoa”, como havia previsto Mezger em 1944, na teorização legitimadora de “coroamento da individualização ôntica do inimigo[247]” acreditando na existência futura de “direitos penais” aplicados de forma diversa, a depender do sujeito. Assim,

> o "estranho à comunidade" era aquele que, “por sua personalidade ou por sua forma de conduzir a vida, especialmente por seus extraordinários defeitos de compreensão ou de caráter, era incapaz de cumprir, com suas próprias forças, as exigências mínimas da comunidade do povo.[248]

Por sua vez, a construção dogmática da necessidade da mudança de paradigma – “do paradigma garantista para o paradigma do inimigo”[249] - requerida pela sociedade pós-moderna, atrelada aos “discursos legitimadores da expansão do direito penal [...] de, em nome

---

244 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 3ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.p.366.

245 Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmundo Mezger e o Direito Penal de seu Tempo.* Tradução Paulo Cesar Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

246 MUÑOZ CONDE, Francisco. *As Origens Ideológicas do Direito Penal Do Inimigo.* In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 83. p. 93 a 108. Mar/2010.p.94.

247 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. 1ª Reimpr. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013, p.107.

248 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el direcho penal de su tempo. Estudios sobre el Derecho Penal del Nacionalsocialismo*, 4ª Ed. Valência, 2003 *apud* ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal.* 1ª Reimpr. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013, p.107.

249 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso.* Lisboa: Almedina, 2010, p.17.

da segurança coletiva, minimizar a liberdade individual[250]" encontrou na obra de Günther Jakobs - *Derecho Penal del Enemigo*[251] (Direito Penal do Inimigo) publicada em 2003 - a legitimação para que o Estado, agora Democrático e de Direito, pudesse, assim como o fez, no Estado de Exceção fundamentado por Mezger, tratar os criminosos de forma diferenciada.

Jakobs, em 1985, apresentou sua teoria pela primeira vez, em uma palestra na Universidade de Frankfurt/Alemanha. Naquela ocasião, pretendia advertir que a legislação penal, sobretudo na Alemanha, já estava contaminada por caracteres que ele denominava como Direito Penal do Inimigo. Ao longo dos seus estudos, Jakobs, já em 1999, durante um congresso realizado em Berlim "anunciou ao mundo, *urbi et orbi*, a "má notícia" de que nas sociedades democráticas haveria que se admitir, ao lado de um direito penal do cidadão, um "direito penal do inimigo" (Feindstrafrecht)."[252]

Partindo da sua descrição crítica do estado de coisas, Jakobs tinha desenvolvido um modelo de Direito Penal parcial. Uma grande parte do direito penal alemão é, na opinião dele, Direito Penal do Inimigo – pois, segundo ele, o legislador alemão já havia assim se orientado nos casos de criminalidade econômica, do terrorismo, crimes sexuais e crimes organizados - coisa que Jakobs já tinha analisado em 1985. Porém, em 1999, ele ressalta: ela *deve* realmente ser Direito Penal do Inimigo.

> Para justificar esta guinada de 180 graus, Jakobs essencialmente diz que aquele que se comporta como inimigo (e Jakobs realmente emprega, mal se pode crer, a expressão "não-pessoa") também merece ser tratado como inimigo - portanto não como pessoa. O grande número de inimigos de dentro e de fora - e *Jakobs* apresenta também cenários ameaçadores vindos com a globalização - não deixam ao Estado Democrático, outra chance senão reagir com o direito penal do inimigo[253].

Nesse sentido, a reação do ordenamento, segundo a corrente teórica de Günter Jakobs, é que deve(ria) existir um Direito Penal para o cidadão e outro Direito Penal para o Inimigo. Para tanto, no momento em que o Estado elege o Inimigo, ele deixa de ser considerado pessoa ("um indivíduo que não admite entrar em um estado de cidadania não

---

250 CALLEGARI, André Luís. *Terrorista: um discurso sobre o Direito Penal de Exceção.* In: STRECK, Lenio Luiz *et al.* (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:* Anuário de Pós Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado n.9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.33.

251 JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.* Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

252 MUÑOZ CONDE, Francisco. *As Origens Ideológicas do Direito Penal Do Inimigo.* In Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 83. p. 93. Mar / 2010.p.94

253 PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: Tendências Atuais em Direito Penal e Política Criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 47. p. 31 a 38. Mar/2004.p.36.

pode participar dos benefícios do conceito de pessoa[254]") e, em consequência, deixa de ser tratado como sujeito detentor de direitos e garantias fundamentais. "Portanto, o Estado pode vê-los como pessoas que delinguem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação." [255].

Jakobs fundamenta esta diferenciação nas seguintes razões:

> Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito Penal do Inimigo.[256]

Ao demonstrar o processo de formação do estereótipo de inimigo e o tratamento destinado a ele pelo Direito Penal, Jakobs não propõe, contudo, o extermínio daqueles assim considerados, mas, nega-lhes a condição de pessoa e, por conseguinte, relativiza e suprime seus direitos e garantias fundamentais, sendo esta, portanto, a justificativa de que, diante de cenários ameaçadores vindos com a globalização ao Estado Democrático, outra chance não há, senão reagir com o Direito Penal do Inimigo, projetando, por outro lado, salvar a característica de Estado de Direito apenas no Direito Penal do Cidadão[257].

Quando a pena explicitou que seu comportamento não é vinculante, é possível que após sua execução, a fidelidade ao direito – no sentindo de prevenção geral positiva da pena[258] - possa ser em geral de novo suposta e que, independentemente dos efeitos provocados, possa cumprir a função em si mesma; vigilância de conduta ou ainda custódia de segurança são exceções tanto no sistema como na prática.[259] Isto significa que "o autor de um fato punível capaz de ressocializar-se, mereceu uma posição jurídica melhor que o obstinado inimigo jurídico que se comporta permanentemente como o diabo.[260]"

A aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo se justificaria, portanto, pelo fato de que o indivíduo delinquente ao ignorar as "regras estabelecidas no contrato social "assinado"

---

254 JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo.* In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.* Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.35.

255 JAKOBS, Günther. Ob.Cit. .p.40.

256 JAKOBS, Günther. Ob.Cit. p.40.

257 Cf. PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: Tendências Atuais em Direito Penal e Política Criminal***.** Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 47 | p. 31 | Mar / 2004.p.37.

258 Cf. JAKOBS, Günter. *Sociedade, Norma e Pessoa.* Trad. Marco Antônio R. Lopes. Barueri: Manoele, 2014. p.04 ss.

259 JAKOBS, Günther. *Terroristas como pessoas no Direito?* Trad. Luciano Gatti. In: Revista Novos Estudos. CEBRAP n.83, março/2009. pp.27-36. p.30.

260 JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa. T*rad. Marco Antônio R. Lopes. Barueri: Manoele, 2014.p.85.

por todos os cidadãos[261]" torna-se tão perigoso, detentor de um alto nível ofensivo e com chances mínimas de melhoramento, que não faz sentido tratá-lo como uma pessoa cidadã e de direito. "Podemos agir *temporariamente* fora de nossos instintos humanos porque estamos lidando com aqueles que agem desumanamente. Essa técnica de neutralização permite a transgressão de nossas proibições gerais contra a violência.[262]"

Essa diferenciação entre o inimigo e o cidadão, para o penalista alemão, vai além, ela se insere até nos objetivos e justificações da pena, pois, "a função manifesta da pena no Direito Penal do Cidadão é a contradição, e no Direito Penal do Inimigo é a eliminação de um perigo."[263] Assim, o principal critério regulador não será a culpabilidade, mas a periculosidade do agente: contra esses indivíduos, Direito Penal e Processual Penal tornar-se-iam medidas de guerra.

Mediante esta conceituação excludente de pessoa x inimigo, instaura-se a real possibilidade de instauração de um Estado de exceção, pois caberá ao Poder Punitivo, distinguir entre quem deve e quem não deve ser tratado como pessoa. "O estado de exceção torna-se então a regra, e a definição de quem é o inimigo passa apenas por uma força de lei do soberano que instaura no coração da normalidade, a exceção." [264]

> Quem pode dizer realmente quem é o bom cidadão ou o maior inimigo? Aquele que por razões políticas e acreditando atuar pelo bem comum comete um delito contra o Estado e contra a liberdade de outro, ou aquele que, minando a base econômica do Estado e aproveitando qualquer possibilidade de sonegar impostos, cometer delito fiscal ou fraude de subvenções? Uma coisa é propor sistemas jurídicos, por mais coerentes que possam ser em si mesmos, e outra coisa é pensar nas consequências que deles possam derivar - e isso não é menos importante no âmbito da responsabilidade científica.[265]

Para Jakobs, a posição do inimigo, está nitidamente em oposição a uma ordem funcional que exige respeito dos cidadãos a um ordenamento. Aqueles que ameaçam esta ordem são tratados como inimigos, por isso, recebem tratamento de guerra, e não de Direito

---

[261] CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais.* In: Revista dos Tribunais | vol. 862 | p. 429-441 | Ago. / 2007. p.429.

[262] YOUNG, Jock. *Merton com Energia, Katz com Estrutura: A Sociologia do Revanchismo e a Criminologia da Transgressão.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 87. p. 344. Nov/2010.p.354.

[263] JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo.* In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.* Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p.47.

[264] PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: Tendências Atuais em Direito Penal e Política Criminal***.** Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 47 p. 31 . Mar / 2004.p.41.

[265] MUÑOZ CONDE, Francisco. *As Origens Ideológicas do Direito Penal Do Inimigo.* In Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 83. p. 93. Mar / 2010.p.101.

Penal tradicional, este, reservado aos cidadãos, apenas fazendo jus, a um tratamento diferenciado exatamente por aquele argumento.

Por outro lado, Jakobs, ainda prevê que "nem todo delinquente é um adversário do ordenamento jurídico[266]", ou seja, o Direito Penal do Cidadão é a regra e concede ao criminoso (não Inimigo) uma "liberalidade cidadã[267]" limitada, quando este ao cometer delitos não romper com o Direito e não oferecer perigo cognitivo a sociedade.

Este embasamento cognitivo imprescindível não é, todavia, em seu ponto central, uma realização do Estado, mas dos próprios cidadãos, e se apresenta uma vez que eles se orientam cotidianamente pelo direito. Este comportamento, conforme a postura exigida pela lei embasa as próprias expectativas normativas dirigidas a ele, mesmo quando um cidadão comete um crime: em regra, isso não precisa ser compreendido como rescisão *geral* do comportamento fiel ao direito.

Jakobs ainda contesta, por fim, possível alegação em torno dos direitos humanos dos Inimigos. Segundo o autor, nenhum país concretizou completamente a vigência dos direitos humanos, estando, eles ainda, na pendência de sua concretização. Como os inimigos, por sua vez, seriam obstáculos à realização de tais direitos, não poderiam deles usufruir, rememorando a ideia contratual que antes havia lhe servido de suporte filosófico[268].

Assim, apresentada a noção inicial, é necessário, contudo, precaver o leitor que Jakobs, prevendo uma crítica pejorativa de sua teoria, mas, tencionando sobrepesar a manutenção da ordem social e da necessidade de conceder à sociedade a segurança publica almejada, defende sua teoria como sendo

> o direito penal do inimigo é direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição Jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm direito à segurança [...] O Direito Penal do Inimigo combate perigos.[269]

---

266 JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo.* In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.* Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p.41.

267 SCHEERER, Sebastian. *Além do Direito Penal do Inimigo, ou o que vem após o Estado de Direito.* In: ZILIO, Jacson. BOZZA, Fábio (Orgs.). *Estudos Críticos sobre o Sistema Penal: Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: Ledze Editora, 2012.p.532.

268 Cf. JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo.* In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.* Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p.45-46.

269 JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.* Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.28.

Já não se trataria mais da necessidade de manutenção da ordem das pessoas, senão do restabelecimento de espécies auferíeis do entorno, por meio da inocuização daqueles que não oferecem uma garantia cognitiva mínima, para que na prática possam ser tratados como pessoas. Ou no dizer de Jakobs "sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente perceptível de ser vivida."[270]

O inimigo da contemporaneidade para Guinter Jakobs[271] é o terrorista, o traficante de drogas, o traficante de armas e de seres humanos, os membros de crime organizado; delinquente de elevada periculosidade, e ser nefasto à comunidade, e como tal, deve ser submetido a construção jurídico-criminal de Inimigo.

Por sua vez, Zaffaroni, discorrendo sobre as discussões doutrinárias a respeito da admissibilidade do conceito de inimigo "no direito penal (ou no direito em geral) do Estado de direito[272]" indica, por meio do tratamento dispensado pelo sistema penal, quem é o inimigo

> [...] aquele que é punido só em razão de sua condição de ente perigoso ou daninho para a sociedade, sem que seja relevante saber se a privação dos direitos mais elementares à qual é submetido (sobretudo, a sua liberdade) seja praticada com qualquer outro nome diferente do de pena, e sem prejuízo, tampouco, de que se lhe reconheça um resíduo de direitos mais ou menos amplos[273].

Já para Jakobs, o Estado deve considerar como Inimigo o indivíduo que apresente as seguintes características de desvio da personalidade:

> se já não existe a expectativa séria, que tem efeitos permanentes de direção da conduta, de um comportamento pessoal – determinado por direitos e deveres - a pessoa degenera até converter-se em um mero postulado, e em seu lugar aparece o indivíduo interpretado cognitivamente. Isso significa, para o caso da conduta cognitiva, o aparecimento do individuo perigoso, o Inimigo."[274]

A característica precípua do Direito Penal do Inimigo seria, então, "sempre segundo Jakobs, a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato

---

270 JAKOBS, Günther. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.* Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.32.

271 JAKOBS, Günther **.** *Decomposição: cidadãos como inimigos?* In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo.* Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 40.

272 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p.25.

273 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Ob.Cit.* p.25.

274 JAKOBS, Günther. *Prólogo I.* In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.* Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.9,10.

passado a um por vir[275]", assentando raízes no quadro discursivo da existência de pessoas que pela sua antijuridicidade permanente ou elevada danosidade da sua conduta, serão considerados como nocivos e perigosos à vigência da ordem. Neste seara, a "transição do cidadão ao Inimigo iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas."[276]

Por outro lado, como se fez perceber, a construção do Direito Penal do Inimigo não se encerra na concepção de Direito Penal Material, mas também, reflete no Direito Processual Penal e na Execução Penal:

> No campo Direito Penal material, defende-se a ampliação da criminalização de condutas potencialmente perigosas e não factos e a criminalização incide sobre o autor e não sobre o factum criminis [...]No campo do Direito Penitenciário, a avaliação jurídica do autor/condenado é realizada dentro de parâmetros da periculosidade que a "não pessoa" representa e, nesta linha, os limites da punibilidade são aniquilados a favor da segurança comunitária [...]No plano do Direito processual penal, assiste-se a uma ampliação da privação da liberdade sem condenação jurídico-criminal sobre a égide da perigosidade que a autor representa [...][277]

Diante de toda essa disparidade de tratamento e da relativização e supressão de direitos, Zaffaroni analisa a situação do indivíduo considerado inimigo ou ente perigoso pelo Estado

> não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim, a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso.[278]

O Direito Penal do Inimigo ao punir o autor "em razão da identidade subjetiva do réu, tem um caráter explicitamente discriminatório, além de antiliberal[279]". Interessante notar também que a criação do estereótipo de inimigo se faz através de um processo cognitivo de representação do 'Outro', ou seja, imprescindível o fato de que há "uma projeção

---

275 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.194.

276 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Ob.Cit. p.195.

277 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso.* 1ª Ed. Lisboa: Almedina, 2010. P.93-94.

278 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.p.18.

279 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.98.

representacional que se lança sobre o Outro, substituindo-o por uma imagem deformada que está na mente do sujeito que o percebe."[280]

Nesse sentido, Ferrajoli, mesmo não tratando do tema especificamente, associa a figura do inimigo com

> a figura do "selvagem" vem identificar-se com a do "estranho", na maioria das vezes inimigo, em alguns casos não-humano ou semi-humano, mas sempre "inferior", onde então o inimigo é sempre o Outro, é sempre aquele que não está inserido em determinado círculo social, pois é, via de regra, um (não) ser ("não-pessoa") excluído.[281]

Sobre essa diferenciação de seres humanos Eugênio Raul Zaffaroni alerta que "o tratamento diferenciado de seres humanos privados do caráter de pessoas (inimigos da sociedade) é próprio do Estado absoluto, que por sua essência, não admite gradações, portanto, torna-se incompatível com a teoria política do Estado de Direito."[282]

O respeitado constitucionalista Gomes Canotilho, por sua vez trata o Direito Penal do Inimigo como sendo "direito penal *contra* o inimigo", vejamos então o que ele diz a respeito:

> O "Direito penal contra o inimigo" que hoje exerce profunda influência sobre alguns sistemas penais, designadamente o norte-americano e o europeu, tem testado o acerto das suas propostas constitucionais e penais em três sectores das políticas e legislações criminais — a legislação anti-terrorista, a criminalidade organizada e a delinquência sexual (pedofilia e pornografia *on line*). Um traço comum da legislação inspirada no "direito penal contra o inimigo" é o que na doutrina germânica se designa por "criminalização antecipada"(*Vorfeldkriminalisierung*)fundamentalmente reconduzível a: (1) tutela marcada e intencionalmente antecipada de bens jurídicos (segurança, ordem, bens materiais e pessoais); (2) centralidade do paradigma do crime de perigo indirecto de forma a possibilitar a incriminação de condutas que, em abstracto, se revelam inidóneas e desadequadas para criar aquelas situações de perigosidade legitimadoras de antecipação de intervenção penal; (3) formulação estrutural dos pressupostos (*Tatbestände*) incriminadores com especial subvaloração dos pressupostos objectivos essenciais do direito penal caracterizadores do Täter(*Gesinnung)strafrecht*; (4) inversão do *onus probandi* atenuando a presunção de inocência do argüido; (5) radicalização da pena de prisão nos seus limites máximos e mínimos e intensificação do rigor repressivo nas várias modalidades de execução de penas acompanhada de bloqueio a políticas criminais alternativas.[283]

Acredita-se que esta imagem do Inimigo é construída pela mídia e pelos poderes constituídos por meio de ideias retóricas de combate ao aumento da criminalidade,

---

280 NETO, Moysés Pinto. *O rosto do inimigo – um convite à desconstrução do Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2012.p.166

281 FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento de crise do estado nacional.* Trad. Carlo Coccioli, Marcio Lauria Filho. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 24.

282 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007,. *Ob.Cit.*p. 11.

283 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Justiça Constitucional e Justiça Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 58. p. 329 .Jan / 2006.p.330.

aproveitando-se do sentimento generalizado de insegurança pública da população. Este discurso midiático recorre à técnica que se define como *völkisch* (ou técnica popularesca*)* que, segundo Zaffaroni, as leis, em sua maioria, dirigidas ao público (e também ao autocrata, pois, o autor ao se referir ao termo fazia menção ao estado Nazista que propagava as qualidades de seu regime na medida em que ofereciam leis que agradecem ao público), alimentavam e reforçavam "os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez."[284]

> Assim, para criar um "bom inimigo", devemos ser capazes de convencermo-nos de que: (1) eles são a causa de grande parte de nossos problemas; (2) eles são intrinsecamente diferentes de nós, inerentemente demoníacos, malvados etc. Esse processo de ressentimento e desumanização nos permite separá-los do resto da humanidade (nós), mas também permite nos enrobustecermos para lidar com a instância especial de uma ameaça.[285]

Neste diapasão é que se desenvolve um terreno fértil para a expansão punitiva cujo objetivo é a criação de leis sempre mais repressivas, atendendo as demandas da política de "lei e ordem", por nós referida, por parte da sociedade, ostentados, fortalecidos e sempre atualizados pelo inabalável poder da mídia. Na expressão de Zaffaroni, significa dizer que a principal característica dessas leis é a frontalidade (assim como o era no Estado Nazista, acredita-se ser nos dias de hoje), isto porque, através da "frontalidade" das leis, os juristas dos regimes totalitários e genocidas, pretendiam conceder à sociedade a necessária segurança e esta, por sua vez, ávida por um discurso que lhe devolva essa perspectiva, que clama pela vingança pura e simples[286], retratos de uma realidade apresentada ao longo deste trabalho.

> Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta, como os únicos delitos e tais pessoas como únicos delinquentes. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo a comunicação social que contribui para criar um estereótipo no imaginário coletivo.[287]

Por outro lado, de acordo com esta realidade, se a política criminal não tem como reduzir a violência imposta pela "frontalidade das leis", ela precisa mais do que um discurso, precisa do espetáculo. É nesta policização da política criminal que a vítima (preferencialmente

---

284 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.p.57.

285 YOUNG, Jock. *Merton com Energia, Katz com Estrutura: A Sociologia do Revanchismo e a Criminologia da Transgressão.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 87. p. 344. Nov/2010.p.354.

286 Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.p.57-58.

287 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal.* 4ª Ed. 1ª Reimpr. Rio de Janeiro: Revan, 2013.p.46.

a rica e branca) vai para o centro do palco, é ela que vai produzir as identificações necessárias para a inoculação de uma subjetividade punitiva.[288] "Perdemos a mordida crítica que tínhamos contra o autoritarismo na saída da ditadura e hoje aplaudimos a tortura e o extermínio dos inimigos de plantão."[289]

A mídia e os poderes institucionalizados têm o poder de caracterizar e "dar um rosto" ao Inimigo contemporâneo, gerando um "populismo punitivo" absolutamente demagógico e próximo a um processo de fascismo social."[290] Ora, se o Estado se fragiliza, as instituições se fragilizam e as próprias autoridades judiciárias se curvam diante deles, "os inimigos criados por eles estarão totalmente a mercê das medidas *völkisch* reclamadas, medidas essas destinadas a satisfazer os impulsos de vingança, como se nesses Inimigos, estivessem concentradas as razões de todos os males sociais."[291]

> Até que ponto algumas construções jurídicas do presente, como a que propõe Jakobs com seu direito penal do inimigo, não implicam volta ao passado, e encerram o perigo de legitimar de algum modo um retorno ao modelo de Estado autoritário que teve tão graves consequências não apenas para a Alemanha, como também para o mundo em geral?[292]

Nesse sentido, Zaffaroni, inclusive, incluiu no conceito daquilo que denomina de "agências do sistema penal" as "agências de comunicação social[293]", pois, com o auxílio da mídia e suas campanhas de alarme social, ampliou-se o sistema punitivo, impondo aos declarados como "inimigos da sociedade", penas mais severas, flexibilização de garantias, mas principalmente, fortaleceu o dogma da pena como solução para a inocuização daquele inimigo. Nilo Batista demonstra as relações entre mídia e sistema penal no capitalismo da barbárie, denunciando seu protagonismo:

> quem pauta as agências do sistema penal é o monopólio global da mídia no Brasil [...]. A posição estratégica da questão criminal na mídia está muito distante da suposição ingênua – ainda que não necessariamente falsa – de que o sangue sempre aumenta as vendas. O discurso criminológico midiático pretende constituir-se em

---

288 Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.p.110 e seguintes.

289 BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à criminologia brasileira.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan. 2012.p.101.

290 MUÑOZ CONDE, Francisco. *As Origens Ideológicas do Direito Penal Do Inimigo.* In Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 83. p. 93. Mar / 2010.p.112.

291 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.p.92.

292 MUÑOZ CONDE, Francisco. *As Origens Ideológicas do Direito Penal Do Inimigo.* In Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 83. p. 93. Mar / 2010.p.116.

293 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal.* 4ª Ed. 1ª Reimpr. Rio de Janeiro: Revan, 2013.p.43.

> instrumento de análise dos conflitos sociais e das instituições públicas, e procura fundamentar-se numa ética simplista (a "ética da paz") e numa história ficcional (um passado urbano cordial; saudades do que nunca existiu, aquilo que Gizlene Neder chamou de "utopias urbanas retrógradas"). O maior ganho tático de tal discurso está em poder exercer-se como discurso de lei e ordem com sabor "politicamente correto."[294]

Assim, o aparato do sistema penal não é estanque ou isolado do universo do sistema social, estando, ao contrário, inserido neste contexto, pois "as instituições sociais, entre elas a mídia, a escola em sentido amplo, a família, a igreja, os clubes e associações etc., também produzem e reproduzem o senso comum[295]", modelando o sistema penal seletivo.

Por esta razão, em qualquer eventualidade, aquele indivíduo que carrega o estereótipo do Inimigo, sofrerá, não só as agruras de um sistema penal dirigido a tolher suas garantias, mas consequentemente, "o estigma que tais pessoas carregam proporciona-lhes o pior que pode haver em termos de tratamento "não humanizado", porque é nesses casos que o medo, a repugnância e a ojeriza que causam nos outros sequer são disfarçados[296], consequentemente, são excluídos dos direitos inderrogáveis (como o direito a vida, o direito a não ser submetido a tortura ou escravidão, o direito a não ser incriminado mediante aplicação retroativa das penas), como veremos no próximo subitem, é capaz de relativizar as garantias individuais do cidadão que, por exemplo, se submeter a um procedimento penal.

Por outro lado, o Direito Penal passou a tratar como crime, lesões a bens jurídicos que seriam suficientemente protegidos por outras searas do Direito, como o Direito Civil, Direito do Consumidor e Direito Tributário. Esse excesso de criminalizações de condutas, somado a incapacidade do Estado de aplicar a lei de forma indistinta e efetiva, contribui, na verdade, para o aumento da cifra negra[297] e o crescimento da seletividade penal.

Segundo Ferrajoli, o modelo de Direito Penal do Inimigo e a expansão do Direito Penal, passando a penalizar condutas que seriam satisfatoriamente resolvidas por outras searas do direito (administrativização do Direito Penal[298]), se encaixam na tipologia do que ele denomina Direito Penal Autoritário ora *objetivista* ora *subjetivista*, significa dizer, segundo o autor italiano, que além do desrespeito às garantias penais componentes do sistema garantista,

---

294 BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. In: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Ano 4, numero 9, 1º semestre de 1999. p. 112/158.p.117.

295 KARAM, Maria lúcia. *A aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal* Doutrinas Essenciais de Direito Penal. vol. 4 .p. 671. Out / 2010.

296 SOUZA, Jessé. *Ralé Brasileira. Quem é e como vive*. Editora UFMG. Belo Horizonte. 2009. p.321.

297 Cervini, Raúl. *Os processos de descriminalização***.** 2. ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pag. 187.

298 Expressão utilizada por Silva Sánchez In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.145 e seguintes.

também são sistemas "sem culpabilidade" informados pela responsabilidade objetiva[299] ligada por sua vez ao conhecimento e à vontade da ação e/ou do fato delituoso; mas também podem ser sistemas "sem ofensa" a algum bem jurídico.

> Ambos os sistemas se caracterizam pelo fato de que as figuras legais de delito, contra os princípios liberais do utilitarismo penal e da separação entre direito e moral, são privadas de referências empíricas, e são construídas predominantemente com referência a subjetividade desviada do réu.[300]

Neste contexto, e através de uma tipologia dos sistemas punitivos, Ferrajoli determina o "grau" de garantismo dos sistemas jurídico-normativos ao qual se desenvolvem a prática penal. Diante disso, demonstra, através da análise da presença ou ausência de garantias, os modelos de Direito Penal e de Processo Penal com menores graus de garantismo tendo em vista o respeito maior ou menor às garantias e aos princípios criados em sua Teoria Garantista. Com base nestas referências, pode-se concluir que os modelos de Direito Penal autoritários, que desrespeitam as garantias, dentre elas aquelas que consideramos as mais necessárias, a da exigência de culpabilidade e de intencionalidade do delito, pois, nestes casos, os sistemas punitivos não exigem a ação e a ofensa ao bem jurídico para a punibilidade do Acusado.

Acredita-se, nesse sentido que a teoria do Direito Penal do Inimigo, tal como proposta por Jakobs e suas proposições, levam à relativização e supressão de direitos e garantias fundamentais para a punição do inimigo. Esta afirmativa será bem delineada a partir do Capítulo 5, quando se relacionará essa teoria a algumas práticas penais seletivas adotadas no Brasil contemporâneo, que conduzem a um tratamento penal desigual dos indivíduos.

A construção de modelos de inimigo, gerada pelo "controle social punitivo institucionalizado,"[301] como forma de justificar a segurança e legitimar uma atuação penal seletiva, violenta e opressora, relativiza direitos e garantias fundamentais e as torna incompatíveis com a atual conformação do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Não bastaria, portanto, apenas expor, a partir de representações, quem desempenharia o papel do Inimigo, gerado por este controle social institucionalizado do contexto contemporâneo. É necessário ir mais longe, investigando mais profundamente aquilo

---

299 Cf. JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

300 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.997-98.

301 Referida expressão é utilizada por Zaffaroni e Pierangeli: "nele se incluem ações controladoras e repressoras que aparentemente nada têm a ver com o sistema penal" em: ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. V.1.* 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.70.

que se acredita constituir o Direito Penal do Inimigo, ou seja, a Seletividade penal criada pelas condições sociais.

4.3 A seletividade penal como legitimadora do Direito Penal do Inimigo e da relativização de garantias, uma discussão frente o garantismo penal de Luigi Ferrajoli

Inicialmente, para tecer considerações sobre a seletividade penal, se faz necessário discorrer sobre a sua origem epistemológica. Para tanto, tratar-se-á da Criminologia Crítica[302] e da Criminologia Radical,[303] para expor a dinâmica de formação da seletividade do Direito Penal, enfatizando-se, neste aspecto, o paradigma do Labelling Approach, isto porque, a Criminologia Crítica se assenta no paradigma do *Labelling Approach* "originário da criminologia fenomenológica americana de meados do século XX,[304] que parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se "estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes e instituições penitenciárias que a aplicam)[305]".

Segundo Baratta, o *Labelling Approuch* é composto pelo interacionismo simbólico de Geroge H. Mead e pela etinometodologia oriunda da fenomenologia sociológica de Alfred Schutz, como afirma:

> segundo o interacionismo simbólico, a sociedade – ou seja, a realidade social – é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, as quais um processo de tipificação confere significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. Também, segundo a etinomedotologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma 'construção social', obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos. E, por consequencia, segundo o interacionismo e a etnomedotologia, estudar 'a realidade social'(por exemplo, o desvio) significa, essencialmente, estudar estes processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos, e chegando até as construções mais complexas, como a própria concepção de ordem social.[306]

Assim, o *Labeling Approch* caracteriza-se pelo relativismo jurídico e moral, pela acentuação do pluralismo cultural e pela manifesta simpatia para com as minorias mais

---

302 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal.* 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2011

303 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical.* 3ª Ed. Curitiba: ICPC, 2008.

304 SANTOS, Juarez Cirino dos. In: *A criminologia Crítica e a reforma da legislação penal.* Trabalho apresentado na XIX Conferência Nacional dos Advogados (25-30 de setembro de 2005), Florianópolis/SC. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf> acesso em out. 2014, p.2.

305 BARATTA, Alessandro. Ob.Cit. p.86.

306 BARATTA, Alessandro. Ob.Cit..p.87.

desfavorecidas. Isso provocou uma mudança drástica no objeto da investigação criminológica. Em vez de se perguntar: "por que o criminoso comete crimes?", pergunta-se: "por que aquele fato cometido pelo indivíduo fora selecionado como crime", "por que algumas pessoas são tratadas como criminosas? quais as consequências desse tratamento e qual a fonte da sua legitimidade?" [307]

Através desta consideração exposta pelo Labeling Approch e pela análise constitucional e garantista percebe-se, ao longo das próximas considerações deste trabalho, que a construção de modelos de Inimigo leva ao tratamento penal desigual adotado pelo Sistema Penal Brasileiro àquelas classes sociais que se enquadram nesse rótulo.

Amparados na Criminologia Crítica como uma evolução do pensamento criminológico, representado pela Criminologia Tradicional, que analisava o fenômeno criminológico com enfoque etiológico, no criminoso como realidade social pré-constituída, ontológica, sem considerar os fatores sociais extrínsecos que o levam a esta condição, a Criminologia Crítica, tirou os olhos apenas do criminoso e voltou-os também para os mecanismos do aparelho repressor estatal. Estes selecionam as condutas que serão consideradas criminosas e indicam quais pessoas responderão por elas, atentando para os interesses que influenciam neste processo, ou seja, para o processo de criminalização[308].

Desta forma, a criminalização passou a ser entendida como instrumento da classe dominante para oprimir a classe dominada, mostrando o crime como "qualidade atribuída a comportamentos ou pessoas pelo sistema de justiça criminal, que constitui a criminalidade por processos seletivos fundados em estereótipos, preconceitos e outras idiossincrasias pessoais,[309]" orientados principalmente, por fatores socioeconômicos. Do mesmo modo, a Criminologia Crítica "insere a construção social do crime e da criminalidade no contexto da contradição capital/trabalho assalariado, que define as instituições básicas das sociedades capitalistas[310]", sendo esta inserção um complemento criado por essa corrente criminológica, à lacuna deixada pelo Labelling Approach, que não explica os mecanismos de distribuição social da criminalidade.

Como observa Baratta, a partir deste cenário, surge um nexo funcional entre os mecanismos seletivos e o processo de cumulação de capitais, significa dizer, a luta de classes

---

307 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal.* 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2011.p.88.

308 Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. In: *A criminologia Crítica e a reforma da legislação penal.* Trabalho apresentado na XIX Conferência Nacional dos Advogados (25-30 de setembro de 2005), Florianópolis/SC. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf> acesso em out/2014, p.2.

309 SANTOS, Juarez Cirino dos. Ob.Cit. p. 1.

310 SANTOS, Juarez Cirino dos. Ob.Cit. p. 2.

é pressuposto para os processos de criminalização, já que a classe liberal burguesa ao questionar a criminalidade, priorizou os interesses das classes dominantes, imunizou seus comportamentos socialmente danosos e dirigiu o processo de criminalização para as classes subalternas.[311]

O cenário apresentado se torna claro: "a combinação de anomia aumentada e precariedade econômica é fórmula que pode levar a um ímpeto crescente de punir e de criar bodes expiatórios, provavelmente com fortes conotações racistas."[312]

Considerando que a seletividade penal possui forte caráter discriminatório em relação às classes sociais mais vulneráveis, torna-se claro que o Direito Penal que elege o criminoso em função de fatores, principalmente, socioeconômicos, e atua como um Direito Penal direcionado ao Autor e não ao Fato, assim como se dá o Direito Penal do Inimigo: "indivíduos pertencentes aos grupos marginalizados do mercado de trabalho reúnem as maiores probabilidades de criminalização.[313]"

Neste sentido

> Se a conduta criminal majoritária é ubíqua, e a clientela do sistema penal é composta regularmente e em todos os lugares do mundo por pessoas pertencentes aos baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas às quais se qualifica como delinqüentes e não, como se pretende, um mero processo de seleção de condutas qualificadas como tais. O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime.[314]

Nessa dinâmica do poder, o Estado passa a controlar o indivíduo que não se submete as suas ordens e passa a tratar os criminosos – "uma espécie à parte do gênero humano[315]" - como aqueles que precisam ser "normalizados[316]" de acordo com a norma em vigência para que se submetam como a maioria de não-criminosos, aos interesses das classes dominantes representados pelo Estado.

---

311 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal.* 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2011.p.85 e seguintes.

312 YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente – exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.* Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.p.50.

313 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical.* 3ª Ed. Curitiba: ICPC, 2008.p.46.

314 ANDRADE, Vera Lúcia. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal***.** Porto Alegre: Livraria do Advogado.2003. p.267.

315 RAUTER, Cristina. *Criminologia e Subjetividade no Brasil.* 3ª ed. Col. Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.p.30.

316 Utilizar-se-á esta palavra durante o desenvolvimento da pesquisa para qualificar o indivíduo considerado "normal", no mesmo contexto que Erving Goffman, dela se utiliza quando pretende separar o indivíduo "normal" do indivíduo "estigmatizado". Nesse sentido, o indivíduo estigmatizado "possui uma característica diferente da que havíamos previsto. Nós e os que não se afastam negativamente das expectativas particulares em questão serão por mim chamados de *normais*." GOFFMAN, Erving. *Estigma: nota sobre a manipulação da identidade deteriorada.*4ª Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.p.14.

Destarte, o Estado reproduz uma lógica discriminatória que reprime apenas as classes dominadas, já que o sistema penal direciona o seu aparelho repressor para aqueles que entende ser subversivos à lógica dominante. Portanto, quando o Estado volta seus olhos a um grupo discriminado de indivíduos, na maioria das vezes, com base em critérios socioeconômicos, torna mais suscetível sua ingerência nas classes mais vulneráveis, por conseguinte, quem pertencer a essas classes e não se adequar aos interesses do sistema passa a ser considerado Inimigo da sociedade.

Neste diapasão, a Seletividade do Direito Penal está associada a criação de modelos de inimigo pelo Sistema Penal, nos moldes expostos por Günter Jakobs, como já foi exposto. Isto porque, segundo o referido autor, existem duas maneiras de o Estado qualificar os criminosos: "pode vê-los como pessoas que delinguem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação."[317]

Passa-se então a encarar a criminalidade como "status atribuído a alguns sujeitos pelo poder de outros sujeitos sobre a criação e aplicação da lei penal, através de mecanismos seletivos estruturados sobre a estratificação social e o antagonismo de classes", bem como, denunciam que "a relação variável do processo de criminalização com a posição social do Acusado indicaria a relatividade da proteção penal a bens jurídicos."[318]

Consubstancia-se assim, o fato de que a seletividade do Sistema Penal no Brasil contemporâneo, "sob esse viés sociológico da divisão de classes socioeconômicas, está a serviço das classes dominantes para a manutenção de seus privilégios, em detrimento das classes mais vulneráveis da sociedade."[319]

Esta seletividade cuja consequencia é a construção de modelos de Inimigo pela política criminal brasileira é apoiada pelos meios de comunicação em massa, que buscam justificar e legitimar uma prática penal seletiva, opressora e estigmatizante, dando um rosto claro e definido as "ameaças" a serem combatidas pelo sistema penal, culminando na punição antidemocrática e ilegítima do agente, claramente incompatível com o Estado Democrático de Direito nos moldes adotados pelo Brasil contemporâneo, centrado na justiça social, nas liberdades individuais e nos limites ao excesso de poder.

---

317 JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.* Org. e Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.40.

318 BARATTA, Alessandro. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal.* 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2011. p.12

319 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3ª ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. p. 87.

Neste contexto, a seletividade penal nivela os crimes através das estruturas de classes sociais, considerando o delito como um rótulo atribuído pela ideologia dominante através da seleção distinta e dirigida de bens jurídicos penalmente protegidos e pela estigmatização das classes socialmente mais vulneráveis.

A Criminologia Crítica de Alessandro Barata e a Criminologia Radical de Juarez Cirino dos Santos denunciam de forma contundente, a criação de modelos de inimigos e a seletividade do Direito Penal, perpetrada pelo sistema penal brasileiro, pois, analisa a criminalidade como fator social atribuído pela classe dominante às classes vulneráveis para manter o *status quo* socioeconômico. Assim, para Baratta, o sistema penal teria a função de "reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade."[320] O paradigma da criminalidade é atribuído por um processo de dupla seleção: dos bens protegidos e dos comportamentos de indivíduos entre todos os que realizam as infrações.

Segundo estas teorias o Direito Penal é seletivo e estaria a serviço das elites, pois imuniza os comportamentos das classes dominantes e dirige a persecução penal para as classes inferiorizadas socioeconomicamente. O que existe então são os processos de criminalização filtrados pelo princípio da seletividade penal, tão visíveis nos sistemas penais, principalmente no brasileiro.

> A produção de normas penais promove a simultânea seleção de tipos legais e de indivíduos estigmatizáveis: a estrutura de interesses protegidos (elites do poder econômico e político) e as condutas ofensivas desses interesses, pré-selecionam os sujeitos estigmatizáveis [...]. Esse mecanismo não se limita a seleção de tipos legais de comportamentos proibidos, mas inclui variações na natureza e intensidade da punição: máximo rigor para comportamentos característicos das massas marginalizadas do mercado de trabalho e consumo [...], e ausência de rigor para comportamentos característicos das elites do poder econômico e político.[321]

Neste sentido, também é a lição de Baratta a respeito dos valores orientadores do Direito Penal

> O sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados.

---

320 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal.* 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2011, p. 175.

321 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3ª Ed. Curitiba: ICPC, 2008.p.45.

Desta forma, a seletividade do poder Punitivo acarreta um arranjo seletivo em forma de pandemia[322]. Pode-se afirmar que alcança apenas as classes mais vulneráveis às agências criminais, com certa incapacidade de defesa perante o Poder Punitivo. São selecionados, de acordo com Zaffaroni, porque:

> a) as suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e c) por que a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se autorrealiza)[323].

Com efeito, no anseio de encobrir essa ineficácia do aparelho punitivo estatal que contrapõe a própria legitimidade do Direito Penal, pois que instituído a categoria de principal instrumento de segurança pública, seleciona-se na sociedade os indivíduos que mais facilmente podem ser aprisionados por esse sistema, a "obra tosca da criminalidade[324]", rotulando-os como o "mal social", razão de toda aflição da coletividade, servem de verdadeiros bodes expiatórios no enfrentamento estatal ao sentimento de insegurança social.

> A principal variável da desigual distribuição do *status* de delinquente parece ser indubitavelmente, à luz das recentes pesquisas, a posição ocupada pelo ator potencial na escala social. As possibilidades máximas de serem selecionadas para fazer parte da "população criminosa" aparecem concentradas nos graus mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). Sua posição precária característica no mundo do trabalho (desemprego, subemprego, ausência de qualificação profissional) e os defeitos de socialização familiar e escolar, que são considerados como causas da criminalidade por parte da criminologia positivista, apresentam-se mais como variáveis, através das quais se imputa o *status* de criminoso. Sobre essa característica fundamental da distribuição social do *status* de criminoso e para a crítica à afirmação baseada nas estatísticas oficiais - de que a maior cota da "criminalidade" encontra-se nos extratos sociais inferiores.[325]

Zaffaroni observa que o crime está presente em todas as classes sociais, porém, se o sistema penal realmente tivesse condições de punir a todos que cometessem crimes, devido à atual inflação legislativa, provocar-se-ia uma "catástrofe social", pois toda a população já

---

322 Esta expressão aproxima-se daquela trabalhada por Vera Andrade, quando esta trata da "seletividade quantitativa e qualitativa" In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão da segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

323 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª Ed. 1ª Reimpr. Rio de Janeiro: Revan, 2013.p.47.

324 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Ob.Cit.p.47.

325 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Dogmática penal, passado e futuro do modelo integral da ciência penal.* In Revista de Direito Penal – órgão oficial do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro. N.31/janeiro-junho/1981.Forense: Rio de Janeiro:1982. p.5-37.p.18.

teria sido criminalizada várias vezes[326]. Sobre esse quadro o ilustre jurista argentino observa que "torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida naturalmente, aos setores vulneráveis[327]"

Entretanto, esta nova concepção de Direito Penal, que considera uma categoria de delinquentes como Inimigo, e, portanto, diferencia-os dos cidadãos, na verdade produz a estigmatização de grupos sociais já vulnerados pelas regras de uma sociedade capitalista e pelas desigualdades por ela refletidas.

> Trata-se de uma sociedade que não abomina "o outro", nem o vê como inimigo externo, mas muito mais como alguém que deve ser socializado, reabilitado, curado até ficar como "nós". O olhar modernista não vê o outro como estrangeiro, mas como algo ou alguém a quem faltam os atributos do observador. Falta-lhe civilização, socialização ou sensibilidades. É uma câmera cuja constituição é tão estranha que só consegue fotografar o fotógrafo.[328]

Assim, o estigma caminha junto com a ideia de representação. Uma determinada característica do indivíduo, como se destaca neste trabalho, os grupos sociais vulneráveis sobressai sobre os demais e se põe de tal forma determinante que o "normal" ao se relacionar com o estigmatizado, não o consegue ver senão como essa caricatura.[329] A partir disso efetua-se uma diferenciação entre os indivíduos, muitas vezes sobre a fundamentação de teorias, como a do Direito Penal do Inimigo, que justificam essa discrepância:

> As atitudes que nós, normais, temos com uma pessoa com um estigma, e os atos que empreendemos em relação a ela são bem conhecidos [...] construímos uma teoria do estigma, uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças, tais como a de classe social[330].

Por outro lado, o caráter seletivo do direito penal se orienta, não pelo dano social do crime, mas pela vulnerabilidade dos criminosos, selecionando aqueles que não apenas são mais vulneráveis socialmente, mas, nesse meio, os mais vulneráveis psicologicamente, porquanto foram sujeitos passivos de um processo prévio de condicionamento, no intuito de

---

326 Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas – A perda da legitimidade do sistema penal.* 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renavam, 2001, p.27

327 ZAFFARONI, Eugênio Raul. Ob.Cit.p.27

328 YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente – exlcusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.* Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.p.21.

329 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal.* 4ª Ed. 1ª Reimpr. Rio de Janeiro: Revan, 2013.p.47.

330 GOFFMAN, Erving. *Estigma: nota sobre a manipulação da identidade deteriorada.*4ª Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.p.14-15.

produzir essa vulnerabilidade psicológica, o que os coloca em situação de bons candidatos para a criminalização.[331]

Diante desta hipótese, consequentemente, pode haver maior atuação penal em relação aos crimes mais tradicionais, como roubo, furto e tráfico de drogas; sendo que os mesmos, por fim, são na maioria das vezes, cometidos por indivíduos de classe social inferior e são estes, que receberão (em boa parte), o estigma da criminalidade de massa.

Como muitos não serão punidos, em razão da cifra negra que os protege, os poucos "azarados" ou aqueles já "estigmatizados pelo sistema" receberão a rotulação imposta, levando-os a crer, que na criminalidade, resta sua única opção de manifestar sua frustração ante a incapacidade de ater-se ao "convívio social".

Com efeito, convém salientar ao leitor, que toda a Prática Seletiva do Sistema Penal Brasileiro, orientada para a criação de inimigos, será demonstrada com maior ênfase no Capítulo 5 deste trabalho, onde se mostrará que se desenvolve na atual política criminal, um direito paralelo, notadamente voltado a punir determinados autores.

Por outro lado, para finalizar este capítulo, é preciso tratar do atual rosto do Inimigo contemporâneo, que é o terrorista. Isto porque, não há que se olvidar que este novo Inimigo seja perigoso, motivo pelo qual o problema essencial que o terrorismo impõe ao direito é o "de encontrar um novo equilíbrio entre as necessidades da segurança nacional e as do respeito pelos direitos humanos."[332]

Tratando-se de relativização de garantias oriundos de uma seletividade penal, é necessário afirmar que também é prática hodierna do sistema penal, a tendência em se criar estereótipos do "rosto" do terrorista, como sendo o árabe e o muçulmano. Neste sentido, os Estados tendem a impor cada vez mais restrições a estes povos afins a esses rótulos, como por exemplo, para sua locomoção para além das fronteiras de seus países de origem, colocando a vida de milhões a mercê de toda a sorte de atitudes, inviabilizando suas possibilidades de viverem dignamente, ainda que inocentes.

Trata-se de um assunto notadamente complexo, todavia, o objetivo de referir-se a ele neste trabalho é chamar a atenção para um dos crimes que maior repúdio provoca na opinião pública, sobretudo, após os ataques de 11 de setembro de 2001. Desde então, o combate

---

331 Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal.* 4ª Ed. 1ª Reimpr. Rio de Janeiro: Revan, 2013.p.93.

332 CALLEGARI, André Luís. *Terrorista: um discurso sobre o Direito Penal de Exceção.* In: STRECK, Lenio Luiz *et al.* (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:* Anuário de Pós Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado n.9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.33-53.p.47.

àquela criminalidade vem se caracterizando por uma clara regressão na cultura da preservação dos direitos humanos.

> No 11 de setembro de 2001, esse sistema penal encontrou um inimigo de certa substância chamado terrorismo [...] o atentado de setembro de 2001 foi funcional para individualizar um inimigo crível. A partir do fato concreto constrói-se a nebulosa ideia de terrorismo que não alcança definição internacional e, por conseguinte, abarca condutas de gravidade muito diferentes, porém, justifica medidas repressivas que permitem retomar a velha estrutura inquisitorial [...].[333]

De fato, o terrorismo, após o fatídico "11 de setembro[334]." tem sido objeto de destaque no cenário mundial, porque o terrorista, "implica um conceito de inimigo contra o qual algo deve ser feito[335]" e, por isso, ele tem sido associado ao verdadeiro "rosto" dado àquele que seria o destinatário do Direito Penal do Inimigo e, consequentemente, ter seus direitos e garantias relativizados, e não ser tratado como pessoa – recurso da tortura foi retomado, prisões perpétuas, tratamentos cruéis, execuções sumárias - justificado na defesa de um bem jurídico essencial ao desenvolvimento harmonioso da comunidade democraticamente organizada: a paz pública.

Para Jakobs, "o tratamento diferenciado de alguns delinquentes – em especial dos terroristas - mediante medidas de contenção, como tática destinada a deter o avanço desta tendência que ameaça invadir todo o campo penal[336]", em prol da diminuição ou da inocuização do perigo e da ameaça à segurança cognitiva, admite-se a "barbárie e a humilhação do Inimigo metamorfoseando-o em não-pessoa[337]", por isso, aos terroristas, é necessário a aplicação do Direito Penal do Inimigo

> O direito penal especificamente voltado contra terroristas tem antes a tarefa de garantir a segurança do que manter a vigência do direito, a qual é inferível da finalidade da pena e dos tipos penais correspondentes. O direito penal do cidadão, que é garantia da vigência do direito, transforma-se em um — segue agora o conceito "repulsivo" — direito penal do inimigo, em proteção contra o perigo. [...] o combate ao terror não é só uma palavra, mas um conceito; trata-se de uma operação contra o inimigo[338].

---

333 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p.65.

334 O atentado terrorista de 11 de setembro transmitido ao vivo em todo o planeta espalhou o medo e o terror por todo o mundo, inclusive em países com realidades distintas das dos Estados Unidos.

335 JAKOBS, Günther. *Terroristas como pessoas no Direito?* Trad. Luciano Gatti. In: Revista Novos Estudos. CEBRAP n.83, março/2009. pp.27-36.p.27.

336 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O* Ob.Cit.p.155.

337 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso.* 1ª Ed. Lisboa: Almedina, 2010.p.64.

338 JAKOBS, Günther. Ob.Cit.p.32.

Assim, "faz-se necessário despir o inimigo-terrorista do caráter de cidadão para que tanto o Direito Penal do Inimigo, quanto o Direito Penal do Autor atuem antes do crime acontecer[339]", por exemplo, na Teoria de Jakobs, a excepcionalidade e tipicidade da criminalização de atos preparatórios, deixa de vigorar e passa a "obedecer ao princípio da punibilidade de todos e quaisquer actos preparatórios e, ainda, incrementa uma acção penal – enraizado num estado de perigosidade presumível [...] fundamentada no perigo para a segurança cognitiva340", sacrificando direitos sem qualquer limite. Esta prática já é reiteradamente usual nos prisioneiros em Guantánamo,[341]cujas garantias fundamentais foram suprimidas pelas mesmas justificativas, em outros contextos defendidos.

> O direito penal, em face de tais agentes, passa a assumir um caráter de vingança, desvirtuando da sua finalidade precípua e retrocedendo ao período em que vigorava a teoria retribucionista da pena. A esse respeito, interessante transcrever o relato de Ronald Dowrkin sobre a situação kafkiana dos prisioneiros de Guantánamo: "Os prisioneiros de Guantánamo também estão sendo mantidos presos indefinida e sigilosamente, sem acesso a advogados, em circunstâncias que seriam intoleráveis mesmo se fossem criminosos condenados. Mas não foram acusados de crimes nem tiveram o benefício da orientação ou dos processos jurídicos. Se forem prisioneiros de guerra, devem ser tratados como tal; se forem suspeitos de crimes, assim o devem ser tratados. O governo deve escolher, mais uma vez, não porque dele se exige que o faça segundo os tratados, mas porque não fazê-lo significa tratar as vidas dos detentos com desdém inaceitável." A partir do momento em que permitirmos ao Estado a supressão de direitos e garantias inalienáveis, estaremos abrindo precedente para que qualquer tipo de abuso seja praticado sob o argumento de proteção dos cidadãos. Estaremos permitindo o início do retrocesso de anos de luta árdua para o reconhecimento de tais garantias.[342]

Ao aceitarmos a existência de um Direito Penal do Inimigo imposto ao terrorista, "estamos mudando da repressão do injusto para a repressão do perigo, ou seja, criando uma nova categoria de fatos delituosos em que a mera existência do risco de dano já se torna

---

339 AMBOS, Kai. *Os terroristas também têm direitos: Bin Laden não deveria ter sido executado: nem mesmo em um conflito armado.* Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 19, n.223, p.02, jun.2011.p.12.

340 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso.* 1ª Ed. Lisboa: Almedina, 2010.p.64.

341 Prisão militar estadunidense de Guantánamo, oficialmente, Campo de Detenção da Baía de Guantánamo**:** "Em 11.01.2002 ocorreu o primeiro deslocamento de prisioneiros para a Base Naval de Guantánamo, que fica ao sudeste de Cuba, cedida por aluguel aos Estados Unidos anteriormente à revolução socialista. Sob a gestão do Presidente George W. Bush, os Estados Unidos da América mantêm, atualmente, cerca de 800 detentos na base, oriundos de diversas nacionalidades, acusando-os de constituírem o "pior do pior". A situação jurídica desses prisioneiros, criada recentemente sob o pretexto de "Guerra contra o terror", é de combatente-inimigo (*enemy combatant*), sem fazer jus aos direitos e garantias previstos na Constituição Norte-Americana e sequer às convenções de guerra. Seis anos após a remoção dos prisioneiros para o local, não foi realizado sequer um julgamento" In: ALMEIDA, Àlvaro Okura de. *11 de setembro e o discurso do terror – um reflexão*. In: MOREIRA, Adriano (coord.). *Terrorismo.* 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.p.101-138.

342 CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais.* In: Revista dos Tribunais. vol. 862. p. 429-44 Ago.2007. p.429.

passível de punição."[343] Não é legítimo ao Estado usar das mesmas armas que os criminosos, sob pena de "a determinado momento, não distinguirmos qual dos dois é o criminoso: se o Inimigo, se o estado."[344]

Para Jakobs,

> é permitido abater uma aeronave que puder ser usada para atentar contra a vida das pessoas [...] dito de maneira mais concreta (os danos colaterais) pressupõem que se aceite a morte de passageiros que não poderiam ser responsabilizados de modo algum pelo conflito. Com isso, estas vítimas civis são despersonalizadas e seu direito a vida é retirado em proveito do direito de outros.[345]

Compatibilizar o postulado da razoabilidade do sistema punitivo e os direitos e garantias concedidas a qualquer pessoa, em um contexto de crimes de extrema gravidade são questão que sempre provoca os mais acalorados debates. Afinal, este tipo de criminalidade suscita sentimentos de repúdio e de repugnância, além de gerar um maior anseio e um clamor por eficiência na punição. Mas, um Estado Democrático de Direito não admite que, nem mesmo o Inimigo, seja tratado como não pessoa em termos absolutos.

Nesse sentido, pode-se verificar o tratamento dispensado ao terrorismo nos Estados Unidos da América, mais especificamente, na ação que resultou na morte de Osama Bin Laden (mandante do principal atentado terrorista ocorrido no fatídico 11 de setembro de 2001 e líder da Al Qaeda). Em 1º de maio de 2011, o mesmo foi capturado em seu esconderijo em Abbottabad, no Pasquistão e morto pelas tropas especiais (*Navy Seals*) do governo americano.

Se o mundo acompanhou, naquela época, em tempo real, os atentados terroristas em Nova Iorque, o mesmo ocorreu com a ação que resultou na morte de Bin Laden, proporcionando e repercutindo nos expectadores o sentimento de que a *justiça foi feita*, sentimento este, que estava arraigado no seio de toda uma nação. Todavia, não há dúvidas de que esta reação, tal qual o são os atentados terroristas maculados de violência irracional, foram resultantes, ambas, de atos irracionais e absolutamente contrários a ordem imposta por um Estado de Direito, ou seja, trata-se de solução não-jurídica, porém, emanada de um

---

343 CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais.* In: Revista dos Tribunais. vol. 862. p. 429-44 Ago.2007. p.429.

344 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o progresso ao retrocesso.* 1ª Ed. Lisboa: Almedina, 2010.p.64.

345 JAKOBS, Günther. *Terroristas como pessoas no Direito?* Trad. Luciano Gatti. In: Revista Novos Estudos. CEBRAP n.83, março/2009. pp.27-36.p.33.

Estado, "enquanto ente legalmente constituído, com atribuições definidas em lei, e que visa ao bem comum, em descompasso com a evolução do próprio direito."[346]

Neste sentido,

> a superioridade política e moral de uma sociedade livre e democrática, consiste, justamente, em tratar seus inimigos como pessoas com direitos mínimos e não se colocar no mesmo nível deles. Por isso, não se leva ao cabo uma "guerra" contra terroristas, mas sim, procura-se combatê-los com os meios do Direito Penal do Estado de Direito. Somente assim, presta-se um serviço à justiça e se cria a base para a superação do injusto terrorista[347].

Este, portanto, é o ponto que se considera antidemocrático, o abandono completo do elementar princípio do Estado de Direito – fundado na legalidade e dignidade da pessoa humana – os quais, são desrespeitados pela ideia fundamental do Direito Penal do Inimigo, vale ressaltar, porque elimina o perigo existente naquele indivíduo que não oferece segurança cognitiva suficiente de comportamento pessoal "e manifesta esse déficit por meio de sua conduta[348]", abandonando a obediência ao Direito de modo permanente.

Acerca desta aniquilação do Inimigo, Kai Ambos pondera, no caso da execução primária de Osama Bin Laden, sobre a condição de ser humano e também de um terrorista, e os direitos que lhe decorrem:

> Os terroristas, também Osama Bin Laden, são seres humanos. Como tais, eles são detentores de direitos humanos. Entre esses, encontra-se também o direito a vida, a um tratamento humano e a um processo penal justo. Os direitos humanos fundamentais vigem também em um estado de exceção. Somente de forma excepcionalíssima, o direito a vida, em tempos de paz, é suspenso parcialmente, mais especificamente, em casos de legítima defesa. Se é certo que Bin Laden estava desarmado e foi assassinado intencionalmente, não teria aplicabilidade a legítima defesa, pois ela requer uma agressão injusta atual às forças especiais de intervenção. Teoricamente, ainda seria possível uma hipótese de erro sobre a situação de legítima defesa. Mas, com isso, objetivamente, o homicídio continuaria sendo um ilícito. Portanto, diferentemente do que referiu o presidente norte-americano, ele não teria servido à justiça, mas sim a prejudicou[349].

Assim, "a mesma força que lidera homens para destruir um edifício rodeado de indivíduos, também guia o desmedido propósito de ceifar vidas humanas, sejam elas de

---

346 ESSADO, Tiago Cintra. *Terrorismo conforme o Direito Norte-Americano*. In: FERNANDES, Antonio Scarance *et al*. (Coord.). *Terrorismo e Justiça Penal. Reflexões Sobre Eficiência e o Garantismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.p.163.

347 AMBOS, Kai. *Os terroristas também têm direitos: Bin Laden não deveria ter sido executado: nem mesmo em um conflito armado*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 19, n.223, p.02, jun.2011.

348 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.194.

349 AMBOS, Kai. Ob.Cit.2011.

pessoas tidas por terroristas ou não, líderes ou subalternos[350]", sem qualquer parâmetro mínimo de ética racional por parte do Estado.

A submissão do cidadão estigmatizado pelo perigo de segurança cognitiva, o inimigo/terrorista, submetem cidadãos, seres humanos processos sem seguir as normas jurídicas de cooperação judiciária e policial em matéria penal, e a submissão daqueles a "interrogatórios desjudicializados e a torturas intensas como exemplos de acção penal policializada e desjurisdicionalizada, fundada no presumível ou no pressuposto de que aquele cidadão – selecionado pelo estigma – é um perigo para a comunidade[351]".

Com efeito, o perigo de se implantar uma política criminal voltada ao Direito Penal do Inimigo, em especial, contra o terrorista, sem racionalismo, limites pensados, claramente traçados e debatidos, por certo refletem o infeliz episódio que vitimou o brasileiro Jean Charles de Menezes,[352] pela ação precipitada da polícia inglesa:

> O sucedido com o brasileiro mostra o erro de enfrentar o terrorismo, que é espécie do gênero crime organizado, com as mesmas armas desumanas, na base da lei de talião. Jean Charles foi alvejado por oito projéteis. Sete deles na cabeça e outro no ombro, este último a revelar erro de pontaria [...] As chamadas forças de ordem britânica estão autorizadas a atirar na cabeça, para depois conferir as suspeitas. Segundo oficiais do exército inglês, a desconfiança vira suspeita em face de diferenças étnicas, de fisionomias orientais, de credo religioso islâmico e de condições sociais. Jean Charles era moreno e estrangeiro, ou seja, vestia o manequim básico do terrorista internacional [...] o dever de todo policial é enfrentar o perigo e não se portar como assassino.[353]

Evidente que sempre se espera atitude ética e racional do Estado no trato com os problemas humanos, o que não significa ignorar que momentos de emergência trazem consigo o risco de ações equivocadas. O que não se pode concordar é com o abandono completo do princípio do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana e na legalidade.

O Direito Penal do Inimigo "não se dirige à pessoa normativa, mas à pessoa empírica – de carne e osso, dotada de personalidade e dignidade – sendo inaceitável uma construção

---

350 ESSADO, Tiago Cintra. *Terrorismo conforme o Direito Norte-Americano*. In: FERNANDES, Antonio Scarance *et al*. (Coord.). *Terrorismo e Justiça Penal. Reflexões Sobre Eficiência e o Garantismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.p.162.

351 GARAPON, Antonie. *Crimes que não se podem punir nem perdoar: para um justiça internacional*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.p.88.

352 "O brasileiro Jean Charles de Menezes, de 27 anos, foi morto na estação de Stockwell, no metrô de Londres, em 22 de julho de 2005. Confundido com o terrorista etíope Hussain Osman, um dos autores dos ataques fracassados no dia anterior na capital britânica, o eletricista levou sete tiros na cabeça, disparados pela polícia metropolitana, a Scotland Yard. O crime ocorreu duas semanas depois dos atentados de 7 de julho de 2005 em Londres. Cerca de 30 horas depois da morte do brasileiro, seu verdadeiro nome e nacionalidade foram divulgados pelas autoridades britânicas, que admitiram que o eletricista não carregava explosivos." Disponível em: < http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL169468-5602,00.html> acesso em 31 de jan.2015.

353 ESSADO, Tiago Cintra. Ob.Cit.p.168.

dogmática punitiva que trate o agente como coisa ou não-pessoa[354]", além disso, carece de fundamentos no valor da dignidade da pessoa humana cujo respeito se impõe e cuja garantia se exige contra a ingerência punitiva estatal.

[354] GARAPON, Antonie. *Crimes que não se podem punir nem perdoar: para um justiça internacional.* Lisboa: Instituto Piaget, 2002.p.96.

5 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO E A INCOMPATIBILIDADE COM A RELATIVIZAÇÃO DAS GARANTIAS

Após analisar a dinâmica do Sistema Penal Brasileiro Contemporâneo, claramente materializado por um controle social de valores reconhecidos como válidos e que resultam fatalmente na indicação prévia do inimigo, fazendo com que as armas do sistema se voltem contra este, a partir de *a prioris* quase nunca legítimos, a pesquisa passa a demonstrar, neste capítulo, a incompatibilidade da existência dessas práticas com a atual concepção de Estado Democrático de Direito. Na concepção de Estado, na forma em que foi delineada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vincula os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, não apenas conforme o Estado de Direito, mas também os vincula com a democracia, não admitindo, portanto, a exclusão, quiçá a discriminação, uma vez que a democracia, por ser um poder que emana da vontade de povo[355], (a saber, todos aqueles que são potencialmente atingidos pelas leis), todos que dela participam, devem ser tratados de forma equânime.

Por trás deste dilema, surge a seguinte encruzilhada: se a democracia emana da vontade de "todos", ou seja, o "povo enquanto população[356]", não se pode também esquecer que faz parte da democracia o respeito aos direitos das minorias e dos vulneráveis. Em vista disso, se "todos" são diferentemente tratados pelo Sistema Penal através da criação de modelos de Inimigos, a democracia perde sua legitimidade, pois, foge de sua fundamentação basilar: a igualdade.

O constitucionalismo contemporâneo não pode ser alheio as diferenças e desigualdades sociais que provocam a seletividade penal e que estão presentes em nossa sociedade, ao contrário, deve ser instrumento para integração social, proporcionando, assim, a participação de todos os atores sociais para a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

Nesta esteira e, considerando a necessidade de se entender as rupturas vividas pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro, diante da "democracia pluralista que nasce

---

355 Art. 1º: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição"[...]. BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05. out. 1988.

356 MÜLLER. Friedrich. *Quem é o povo?* Trad. Peter Naumann 7ª ed. Rev.Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p.56.

enquanto construção social[357]", é fundamental estabelecer neste capítulo, a incompatibilidade deste Sistema Penal Seletivo que desafia a teoria constitucional moderna.

Dada a importância deste reconhecimento, e como já visto no capítulo anterior, a crescente busca pelo direito penal máximo, sustentando uma punição focada em alvos preestabelecidos, cujos direitos e garantias tendem a ser relativizados, abordar-se-á no próximo subitem, a necessidade de promoção absoluta das garantias constitucionais como um instrumento de acesso a persecução penal, de modo que a efetividade do sistema oficial de solução dos conflitos sociais se realize de forma racional, impedindo certas posturas do poder estatal frente aos direitos fundamentais.

5.1 Garantias como garantias da sociedade contra os excessos do Estado

A Constituição Federal de 1988, em seu art.5º[358], garante aos cidadãos os direitos e garantias, individuais e fundamentais que compõem o ordenamento jurídico pátrio. Deveras, afirma-se que essas garantias, ao mesmo tempo em que são responsáveis pela concretização do Estado Democrático de Direito, são também resultantes da soberania popular, da qual advém os direitos subjetivos de cada indivíduo diante de excessos estatais.

Ferrajoli assim define o que são direitos e garantias fundamentais:

> são todos os direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a 'todos' os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas ou de cidadãos ou de pessoas capazes de agir; entendido por 'direito subjetivo' qualquer expectativa positiva (a prestações) ou negativa (a não lesões) atribuída a um sujeito por uma norma jurídica, e por '*status*' a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva como pressuposto da sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que dela são exercidos.[359]

Assim, as garantias e os direitos fundamentais alcançaram tal ponto de expansão que a Teoria do Direito foi racionalizada a partir de sua concentração em normas e o direito constitucional, a partir da tutela dos mesmos, validou seu próprio discurso de supremacia na construção dos direitos fundamentais.

---

357 MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional boliviana. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros *et al*. (Coord.). *Constitucionalismo e Democracia.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.p.85.

358 Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]. BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.* Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05. out. 1988.

359 FERRAJOLI. Luigi. *Garantismo – uma discussão sobre Direito e Democracia*. Trad. Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juiris, 2012.p.30.

Esta nova configuração contribui para a realização de novas possibilidades de estruturas jurídico-políticas para um Estado Democrático de Direito, agora, permitindo, cada vez mais, uma crescente busca para a concretização das garantias que limitem o Poder Punitivo Estatal.

Neste contexto, é necessário discorrermos sobre a particular situação do Sistema Penal contemporâneo que se mostra incapaz de garantir os direitos fundamentais constitucionais, frente aos problemas que afetam os cidadãos como um todo, em especial, aos graves excessos estatais praticados por meio do Poder Punitivo. Imprescindível salientar, que aquele já não tem mais a faculdade de fazer o que quer, como outrora, e os cidadãos devem ser reconhecidos como sujeitos de direitos, os quais não podem ser sonegados pela ação Estatal. Por esta razão, o poder do Estado encontra um limite não-negociável, pois a ação estatal frente ao poder punitivo deve representar, e fazer valer o limite daquele.

Por mais que as garantias fundamentais do cidadão mantenham uma relação indissociável com o Estado e suas formas democráticas, devem apresentar uma potencialidade bem maior do que já representam, devem exercer um protagonismo e uma prevalência indissociável sobre o funcionamento do Sistema Penal.

Desse modo, verifica-se que, apesar de todo o aparato contido na Constituição Federal, o Sistema Penal Brasileiro tem se fundado em critérios seletivos criando modelos de inimigos sociais, prática esta, claramente incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Sobre esta questão, é importante inserir o leitor no contexto constitucional do Brasil contemporâneo em que a pesquisa se coloca. Para tanto, baseia-se em Ferrajoli ao comentar as especificidades da experiência constitucional brasileira com a promulgação da Constituição de 1988:

> A Constituição de 1988, de fato, inaugurou aquilo que podemos chamar de em face das extraordinárias inovações por ela introduzidas, 'constitucionalismo de terceira geração', exigindo, portanto, que se pensasse, posteriormente, o próprio paradigma constitucional.[360]

Nunca é demais lembrar que a Constituição Federal de 1988 nasceu de um complexo processo de redemocratização, após longos anos de ditadura militar. Período em que o país experimentou a severidade de um Estado de Exceção, marcado pelo desrespeito aos direitos humanos e autoritarismo exacerbado do poder público. Sendo assim, como resposta a esses abusos, o atual texto constitucional determina um modelo de Estado com forte caráter

---

360 FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; p.231.

democrático e garantidor dos direitos individuais e coletivos, como forma de conter o arbítrio e abuso de poder estatal[361].

Neste intuito, o legislador constituinte originário adotou posturas do estado constitucional de direito enormemente potencializadas "seja nas garantias primárias, isto é, nos limites e nos vínculos impostos à legislação para a tutela dos direitos constitucionalmente estabelecidos, seja nas garantias secundárias, conferidas à jurisdição e previstas para os casos de violação das garantias primárias."[362]

Infelizmente, em que pese o extenso rol de direitos e garantias estabelecido na Constituição, após vinte e seis anos da nova configuração do Estado Democrático de Direito adotado no Brasil, "as promessas da modernidade só são aproveitadas por certo tipo de brasileiros[363]. Para os demais, o atraso! O *apartheid* social![364]": Assim, "a transição da modernidade à modernidade recente pode ser vista como um movimento que se dá de uma sociedade inclusiva para uma sociedade excludente."[365].

Este Apartheid social que retira de alguns "selecionados" a igualdade de tratamento perante a lei, não é apenas racial, mas, muito mais abrangente:

> Ele constitui também uma classe inteira de indivíduos, não só sem capital cultural nem econômico em qualquer medida significativa, mas desprovida, *esse é o aspecto fundamental*, das precondições sociais, morais e culturais que permitem essa apropriação. É essa classe social que designamos de "ralé" estrutural, não para "ofender" essas pessoas já tão sofridas e humilhadas, mas para chamar a atenção, provocativamente, para nosso maior conflito social e político: o abandono social e

---

361 O processo de introdução das garantias constitucionais no Direito Penal não ocorre de forma imediata e natural. A Constituição de 88 inspirada em valores libertários convive com o Código Penal e o Código de Processo Penal, ambos, editados na década de 1940 e marcados por uma inspiração indisfarçavelmente totalitária e facista. Isso demanda um esforço revigorado, no sentido de leitura e filtragem do ordenamento penal à luz dos valores constitucionais.

362 FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 233-234;

363 Interessante é a crítica de Lenio Luiz Streck acerca do tratamento penal desigual para quem pratica sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e descaminho em relação a quem pratica crimes contra o patrimônio sem violência: "Ou existe igualdade, isonomia ou não somos republicanos (...) Como explicar que juízes e tribunais da República se negam a aplicar os mesmos critérios para os crimes contra o patrimônio sem violência, como o furto, a apropriação indébita e o estelionato? Dois problemas sérios. O primeiro é não aplicar *o favor legis* da sonegação de tributos para quem devolve a *res furtiva* nos casos de furto, apropriação indébita ou estelionato. Por que o sujeito que sonega é mais cidadão que o que furta? Por que alguém que ataca o patrimônio do povo é melhor visto elo *establishment* que alguém que mete a mão no patrimônio de um particular? Segundo: por que alguém que pratica descaminho é mais bem visto que alguém que furta? Ou seja, por que para quem pratica descaminho o valor da insignificância chega a valores que a maioria da malta leva um ano ou mais para ganhar e para o furto R$ 200,00 já é muito?" (Senso incomum: *Direito penal do fato ou do autor? A insignificância e a reincidência. Disponível em:* <http://www.conjur.com.br/2014-out-09/senso-incomum-direito-penal-fato-ou-autor-insignificancia-reincidencia> Acesso em: out. 2014)

364 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 11ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.29.

365 YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente – exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.* Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.p.23.

> político, "consentido por toda a sociedade", de toda uma classe de indivíduos "precarizados" que se reproduz há gerações enquanto tal. Essa classe social, que é sempre esquecida enquanto uma classe com uma gênese e um destino comum, só é percebida no debate público como um conjunto de "indivíduos" carentes ou perigosos, tratados fragmentariamente por temas de discussão superficiais, dado que nunca chegam sequer a nomear o problema real, tais como "violência", "segurança pública"[...][366]

Lenio Streck, também define a situação vivida no Brasil contemporâneo:

> Os legados da modernidade longe estão de ser realizados no Brasil. O Direito, como um desses principais legados - visto como condição de possibilidade para a transformação social, e não como obstáculo às mudanças sociais – formalmente encontrou guarida na Constituição de 1988. A forma desse veículo de acesso a igualdade prometida pela modernidade foi a instituição do Estado Democrático de Direito, que, porém, longe está de ser efetivado. É despiciendo dizer que o Estado Social-Providência (ainda) não ocorreu no Brasil. O propalado *welfare state* foi (e é) um simulacro em *terrae brasilis.* Historicamente, o Estado interviu na economia para concretizar riquezas. Portanto, isso deve(ria) ser alterado a partir de 1988, se considerarmos o caráter dirigente da Constituição.[367]

Esta realidade, por sua vez, acentua a opressão e o domínio por parte do Sistema Penal, tal fato, por sua vez, é resultante da perda de garantias por parte daquela população "selecionada" pelo Poder Estatal a fim de que este possa exercer, de fato, o poder punitivo. Exemplificando, esta perda de garantias pode se dar, segundo Zaffaroni pela

> detenção arbitrária de suspeitos, identificação de qualquer pessoa que lhes chame a atenção, detenção por supostas contravenções, registro das pessoas identificadas e detidas, vigilância sobre locais de reunião e de espetáculos, de espaços abertos, registro da informação recolhida durante a tarefa de vigilância [...] a investigação da vida privada das pessoas, dados pessoais recolhidos no decorrer das investigações distintas, informação sobre contas bancárias, patrimônio, conversas privadas, comunicações telefônicas, postais, eletrônicas etc.[368]

Portanto, existe ainda um "imenso déficit social no país, por isso, se tem que defender as instituições da modernidade[369]". Sendo assim, em países de modernidade tardia[370]

---

366 SOUZA, Jessé. *Ralé Brasileira. Quem é e como vive*. Editora UFMG. Belo Horizonte. 2009. p.21.

367 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 11ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.333.

368 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª Ed. 1ª Reimpr. Rio de Janeiro: Revan, 2013.p.52.

369 Instituições da modernidade seriam para o autor, em síntese, o aparato institucional do Estado Social, necessário para assegurar e implementar as conquistas democráticas e sociais presentes no texto constitucional. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 11ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 28.

370 Esta expressão "modernidade tardia" é utilizada na obra BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*, Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª Ed. São Paulo: Ed.34, 2011: "Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científicos-

como o Brasil, que ainda não passaram pelo Estado Providência ou Social - este entendido como o "Estado interventor-desenvolvimentista-regulador[371]" que implanta direitos sociais, por meio de ações governamentais para a redução efetiva das desigualdades sociais – usar o Direito Penal como instrumento para garantir e até ampliar ainda mais as desigualdades sociais, seria um contrassenso e opção ilegítima e incompatível com os fundamentos, objetivos e valores do Estado brasileiro da forma em que é configurado atualmente. O crime vem mais das diferenças reproduzidas por "estados de consciência" ligados a preconceitos do mundo moderno, do que de qualquer outra causa.

Esta seletividade penal no Brasil é histórica, senão vejamos:

> A realidade brasileira, contraditória e conflitiva, se caracteriza por desigualdades sociais, regionais e setoriais; por situações de misérias que negam o princípio da igualdade formal perante a lei e comprometem a efetividade dos direitos fundamentais (...) por uma violência urbana desafiadora da ordem democrática e oriunda dos setores sociais excluídos da economia formal, para os quais a transgressão cotidiana se converteu na única possibilidade de sobrevivência (...) e por um sistema legal fragmentário e incapaz de gerar previsibilidade, dada a profusão de regras editadas para casos conjunturais[372].

Estes fatos, muitas vezes ligados a preconceitos, recaem, por sua vez, na própria identidade do indivíduo, afastando-o das relações sociais com os "normais[373]", destruindo a possibilidade de que outros atributos sejam percebidos pelo sistema. Neste sentido, ele se torna, segundo Erving Goffman, um estigmatizado[374] de identidade desviante, retratando, de fato, um Inimigo. Esse processo natural da estigmatização e da consequente desigualdade é o que leva ao tratamento seletivo, conforme relatado no Capítulo 4 e que vai da abnegação a hostilização da política criminal como mais brutal e pernicioso mecanismo de controle social utilizado pelo Estado.

---

tecnologicamente produzidos."p.23. Significa dizer, segundo o próprio autor, no prefácio da referida obra, que estamos vivenciando uma modernidade que já há tempos era prevista, por isso, esta modernidade é chamada de tardia, pelo fato de que ela acontece "com um atraso de – contando nos dedos – algo entre meio século e um século inteiro."

371 Estado de providência, segundo Lenio Streck, é "a instituição política inventada nas sociedades capitalistas para compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista" STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 11ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.24,28.

372 FARIA, José Eduardo**.** *A Crise do Judiciário no Brasil*. In: LIMA Jr., Jayme Benvenuto et al. (orgs). *Independência dos Juízes no Brasil: Aspectos relevantes, casos e recomendações.* Recife: Gajop, 2005, p.25.

373 Idem: nota de rodapé número 316

374 GOFFMAN, Erving. *Estigma: nota sobre a manipulação da identidade deteriorada.*4ª Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.p.112-113.

Bem lembra Yong, que "a contribuição da precariedade econômica e da insegurança ontológica é uma mistura extremamente inflamável em termos de resposta punitiva à criminalidade e da possibilidade de criar bodes expiatórios.[375]"

Como e porque esta desigualdade de tratamento é amparada na condição de classe, seja ela, social ou racial e recai sobre a probabilidade de ser selecionado ou estigmatizado pelo sistema, é trabalhada por Jessé de Souza que assim explica:

> [...] A desigualdade social influencia a aplicação do Direito Penal tanto na interação entre os aplicadores do Direito e os réus da ralé (sistematicamente submetidos à Justiça penal) quanto no nível mais propriamente institucional, ou seja, daquilo que diz respeito à própria forma que as instituições assumiriam durante a nossa história. Nesse primeiro nível, o da interação, a desigualdade se manifesta na diferença de classe entre o aplicador do Direito e o réu da ralé, a qual determina, muitas vezes, tanto a insensibilidade de classe quanto um certo sadismo por parte dos aplicadores mais conservadores. No segundo nível, verifica-se que a nossa histórica desigualdade construiu instituições que não consideraram as características de uma classe social específica e esquecida enquanto classe. Essas pessoas, devido à socialização de classe, são, por um lado, desprovidas de características como disciplina e comportamento prospectivamente orientado e, por isso, não têm chances de inserção bem sucedida no mercado de trabalho; [...] quando um ser humano vive submetido a determinadas condições, seu comportamento tende a se afastar muito daquele que nós, privilegiados por condições de vida muito mais favoráveis, consideramos correto ou normal (em oposição ao comportamento desviante)[376].

Assim, em razão desta desigualdade, o Sistema Penal opera certa vulnerabilidade em cada uma das pessoas que são "selecionadas", pois, sobre cada uma delas, irá pender uma violação das garantias, revisão de conceitos, valores e paradigmas ligados à democracia, mas principalmente, à liberdade e a dignidade da pessoa humana, tudo, "sob o argumento de prevenir e vigiar para a segurança ou investigação com vistas à criminalização[377]" comprometendo a efetividade da norma constitucional.

Isto porque, o crime[378], a ruptura com as regras do direito é uma realidade permanente – "a criminalidade é tão normal e extensiva que não é plausível supor que seja inteiramente ou em grande parte devida a uma subclasse ou um grupo especial de pessoas

---

375 YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente – exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.* Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.p.36.

376 SOUZA, Jessé. *Ralé Brasileira. Quem é e como vive.* Editora UFMG. Belo Horizonte. 2009. p.330/331 e 343.

377 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª Ed. 1ª Reimpr. Rio de Janeiro: Revan, 2013.p.52.

378 A expressão contida no texto deve ser aquela definição formal de fato punível segundo Juarez Cirino dos Santos: "definições formais mostram o fato punível como violação da norma legal ameaçada com pena" In: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral.* 6ª Ed. Curitiba: ICPC, 2014.p.72.

chamadas de 'criminosos'.[379] Sem que existisse o crime e a ruptura com o direito posto, as próprias regras perderiam em si, o sentido. A promoção do mal e o consequente crescimento da "consciência bem distribuída do risco (muitos dos perigos que enfrentamos coletivamente são conhecidos pelo grande público)[380]" e da propagação do medo, em geral, funciona como uma espécie de salvo conduto para que o estado ainda que qualificado como absenteísta[381] na modernidade, intervenha, cada vez mais profundamente na sociedade.

Reflexo disso é que, regramos penalmente, violações intoleráveis e difíceis de serem contidas pelo controle social que parte da própria sociedade, mais brando, é claro, mas, com certeza, eficaz. Assim, o Estado tem usado o Direito Penal para conter e controlar parte da população excluída do *welfare state*, ou seja, o Estado diante de sua incompetência em suprir a população de seus direitos sociais, ciente de que estas carências é que tem gerado a maioria dos crimes, usa o Direito Penal para tentar solucionar os sintomas do problema (carência de direitos sociais) e não as suas causas.

O que se conclui é que, o Estado por não fazer cumprir direitos e garantias constitucionais, que também englobam os direitos sociais, tem infringido as garantias penais constitucionais para enfrentar a criminalidade, fruto também da não eficácia das garantias sociais, infringindo, portanto a Constituição Federal por duas vezes: omissa e comissivamente.

Assim, ao se afirmar que o Brasil tem incidido em práticas associadas à Teoria do Direito Penal do Inimigo, não se quer dizer que o Estado brasileiro tenha adotado formalmente essa teoria. O que tem ocorrido é que a mídia e a população - já temerosa com o aumento da criminalidade e ineficácia das políticas de (IN)segurança pública, tomada por sentimentos de impunidade – têm impingido uma certa pressão aos governantes a adotarem posturas mais rígidas no combate ao crime[382].

E, ainda, por se fundar, principalmente na situação econômica e social dos indivíduos, caracteriza-se antidemocrática e incompatível com direitos e garantias

---

379 YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente – exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.* Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.p.47.

380 GIDDENS, Anthony. *As consequencias da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Ed. Unesp, 1991.p.127.

381 Estado absenteísta: "caracterizado pela ocorrência da ideia de tripartição dos poderes, harmônicos e independentes, garantia dos direitos individuais, crença na democracia representativa, demarcação entre a sociedade civil e o Estado, e ausência do Estado no domínio econômico" BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito.* São Leopoldo: Unisinos, 2009.p.98.

382 Cf. CALLEGARI, André Luís. *Terrorista: um discurso sobre o Direito Penal de Exceção.* In: STRECK, Lenio Luiz *et al*. (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.37.

constitucionais basilares, como o princípio da igualdade e da presunção de inocência: os direitos fundamentais e sua promoção são distribuídos seletivamente.

Em um Estado Social, Democrático e de Direito - como é considerado o Brasil contemporâneo – comprometido, formalmente, com os valores fundamentais da pessoa humana, que tem o homem como fim em sim mesmo, jamais, como meio ou instrumento, o direito penal deve pautar-se pelas garantias aos direitos fundamentais, não podendo desconsiderar os valores do Texto Fundamental.

Não bastasse esta incidência desigual do Sistema Penal, deste equívoco, ainda decorre a existência da discricionariedade, vista no Capítulo 3, e que pode converter uma norma que se adapta de forma elástica às mudanças da ordem social e a sua indeterminação judicial pode ser tida como desejável, uma vez que consiste em um instrumento que possibilita ao juiz preservar a maleabilidade do direito às novas situações exigindo obediência às garantias de forma mais incisiva ao cidadão frente aos abusos do estado.

Esta discricionariedade negativa impõe ao julgador que julgue a pessoa do Acusado e não o delito praticado, por inúmeras razões, dentre elas, muitas vezes atendendo a clamores que agradam certa classe social. No Estado Democrático de Direito, cabe ao Poder judiciário, julgar o delito no caso concreto, entendo-o em sua especificidade e motivando argumentos cognitivos com intervenções previsíveis. É o que Ferrajoli denomina de juízo de equidade[383], pois, no garantismo, esta equidade é uma condição de imparcialidade do juiz, ainda que se trate de uma "discricionariedade dirigida para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros. Trata-se, portanto, de uma exigência democrática esta racionalidade no direito[384]".

É, então neste cenário, que se destaca o Garantismo Penal, para *garantir as garantias* da sociedade contra os excessos do Estado objeto do presente estudo, por traçar orientações e limitações a atuação do poder punitivo estatal, buscando dar uma nova racionalidade ao Sistema Penal, criando limites identificados como garantias do cidadão contra o arbítrio estatal, pois, segundo Ferrajoli,

> a segurança e a liberdade de cada um são, com efeito, ameaçadas não apenas pelos delitos, mas também, e frequentemente, em medida ainda maior, pelas penas despóticas e excessivas, pelas prisões e pelos processos sumários, pelos controles arbitrários e invasivos de polícia, vale dizer, por aquele conjunto de intervenções

---

383 Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.98-105 e 148-158.

384 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.102.

> que se denomina "justiça penal", e que talvez, na história da humanidade, tenha cistado mais dores e injustiças do que todos os delitos conhecidos[385].

O garantismo, por sua vez, no que tange aos direitos individuais quando em colisão com o poder punitivo estatal, consiste na "imunidade a prisões arbitrárias e não na imunidade a qualquer tipo de prisão[386]", não admitindo qualquer imposição de pena sem que

> se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos[387].

É nesse sentido, portanto, que o Garantismo de Luigi Ferrajoli fomenta a efetivação do constitucionalismo contemporâneo brasileiro ao promover a concretização dos direitos e garantias fundamentais e se desenvolvendo de forma a afastar uma perspectiva de arbítrio ou de excessos provenientes do Estado de modo a restringi-los, mesmo em situações de interesse geral da coletividade, mas ainda assim, não de forma contrária ao constitucionalmente estabelecido, daí a importância desta profunda reflexão, pois não se pode admitir que haja desequilíbrio da relação oposta às garantias constitucionais e nem que elas fiquem a mercê de adaptações e limitações de momento.

As garantias, então, por estarem positivadas na Constituição, segundo o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, tanto as normas, como a atuação dos entes políticos, ou seja, do legislador e do administrador, devem estar em concordância para proteção, de forma absoluta, das garantias constitucionais. Para este fim, Ferrajoli elucidou a diferença de vigência e validade que podem ser aplicados tanto para normas infralegais quanto aos atos administrativos praticados, assim, entende-se que uma norma pode ser vigente, significa dizer estar de acordo com as normas de criação legislativa e não ser válida, ou seja, que esta norma esteja em desacordo com as garantias constitucionais. Com isso a relativização de garantias, estas, quando previstas em Constituições rígidas, como é o caso da brasileira, invalidam

---

385 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.319.

386 FERRAJOLI. Luigi. *Garantismo – uma discussão sobre Direito e Democracia*. Trad. Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juiris, 2012.p.34.

387 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.101.

qualquer lei ou ato praticado por agente do estado que, de alguma forma não esteja de acordo e em sintonia com o ordenamento[388].

Além de apresentar seu Sistema Penal Racional Garantista, na obra Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal, Ferrajoli traça o modelo de Estado de direito segundo a visão garantista que

> designa, por esse motivo, não simplesmente um 'Estado legal' ou 'regulado pelas leis', mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo principio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle da legitimidade por parte de juízes dela separados e independentes (...); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a titela judiciária[389].

Através dessas fontes de legitimação formal e substancial fica bastante reduzido o espaço para arbitrariedades dentro do Estado, pois todas as ações públicas estariam vinculadas ao que a lei determina, neste sentido, o autor italiano complementa

> Graças a essas duas fontes, não existem, no Estado de direito, poderes desregulados e atos de poder sem controle: todos os poderes são assim limitados por deveres jurídicos, relativos não somente a forma, mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja violação é causa de invalidez judicial dos atos e, ao menos em teoria, de responsabilidade de seus autores[390].

Assim, orientados na Teoria do Garantismo Penal, o poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são forçados a agir rigorosamente nos termos preconizados na Constituição Federal e na lei, esta oriunda de um processo legislativo obediente ao que Ferrajoli denomina de Princípio da Legalidade Estrita[391], retirando ao máximo possível a legitimidade de qualquer forma de criação de modelos de inimigo e Seletividade no Sistema Penal Brasileiro contemporâneo. Desta feita, também vincula a prática dos poderes ao respeito absoluto dos direitos e garantias fundamentais, o que por si só já exclui a legitimidade de qualquer forma de criação de modelos de inimigos e de seletividade do Direito Penal.

---

388 Cf. FERRAJOLI. Luigi. *Garantismo – uma discussão sobre Direito e Democracia*. Trad. Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juiris, 2012.p.15.

389 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 790.

390 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit., p. 790.

391 Cf. FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.93.

Essa teoria, portanto, condiciona o Estado a enfrentar o problema da criminalidade sem relativizar e desrespeitar os direitos e garantias fundamentais, já que, se as palavras contidas em uma Constituição não são capazes de conter um arbítrio estatal, a própria democracia criadora desses direitos e garantias fundamentais, deve promover condições de frear os abusos. Se direito é razão (cisão moral x direito), "demonstrando que os sistemas necessitam maximizar os vínculos de conhecimento (cognoscitivismo) e minimizam os vínculos de poder[392]", logo, este não deve permitir o desprezo e o maior rigor punitivo dirigido ao estigmatizado sob pena de reforçar a desigualdade e, ainda fomentar a desordem social.

Portanto, a responsabilidade de um ordenamento livre da seletividade e da criação dos modelos de Inimigo, não cabe apenas ao Poder Judiciário, mas também à participação dos demais poderes, seja na elaboração de leis compatibilizadas com os ditames constitucionais, seja na prestação dos direitos sociais imprescindíveis em um sistema garantidor.

O desafio não é o de assentar o modelo constitucional contemporâneo a uma realidade estritamente garantista, mas sim, o de respeito ao modelo vigente dotado de nova racionalidade: os direitos fundamentais devem ser oponíveis a qualquer tipo de excesso do poder estatal. Neste sentido,

> o cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema de justiça criminal do Estado de direito é ser coerente com seus próprios princípios "garantistas": princípios de limitação da intervenção penal, de igualdade, de respeito ao direito das vítimas, dos imputados e dos condenados [...]. O Estado, como garantidor da certeza do direito (ou seja, das regras do jogo e do espaço jurídico no qual se concretizam as relações de produção e os relativos conflitos), transforma-se em responsável da segurança dos bens, administrador dos riscos vinculados à produção destes e dos conflitos que os acompanham.[393].

Desse modo, lançando a premissa de que o Estado Democrático de Direito "é um meio, justificado pela sua finalidade de tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos e está vinculado pela sujeição de todos os seus poderes a regras constitucionais rígidas e fundadas[394]", resta, então, clara a impossibilidade de se consentir que, sob o pretexto da seletividade penal que origina a figura do inimigo, sejam frustrados direitos e garantias fundamentais. Nessa esteira, o autor italiano ao se referir as medidas adotadas contra um

---

392 PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do Garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão pena.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p.94.

393 BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 2, fascículo 5, jan./mar. 1994.

394 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.116-117.

pretenso "inimigo[395]", conclui que "a legislação e a jurisdição de emergência são, de fato, não apenas juridicamente, mas também, politicamente, injustificadas[396]".

O Estado Democrático e Social de Direito deve iniciar sua tutela penal combatendo e tipificando as condutas que promovem as desigualdades sociais. Por certo, deveria iniciar os trabalhos legislativos olhando para seus próprios erros. Não esqueçamos que o Direito Penal é apenas um dos meios para prevenir delitos. Sua utilização é justificada somente como *extrema ratio*, com base nos princípios da economia e da necessidade, onde não são suficientes os meios civis ou administrativos e, sobretudo, medidas sociais. O Direito Penal ideal coaduna-se com o máximo de garantias para aqueles que optam por não delinquir e o mínimo de repressão para aqueles que cometeram delitos.

Garantir-se-á, as garantias contra os excessos do Estado, através do Garantismo Penal, que concebido a partir de ideais democráticos, proporcionará a consistência teórica necessária ao poder punitivo, para que este atinja seu objetivo na conservação da paz social, mas protegendo os direitos fundamentais.

5.2 O Garantismo à Brasileira e a Seletividade penal

Malgrado esta possibilidade apresentada pelo Garantismo Penal de Ferrajoli, a fim de garantir a racionalidade na atuação do poder punitivo e a ingerência do Sistema Penal, *garantindo garantias contra excessos*, veremos, todavia que, diante da práxis da atuação dos sistemas político, econômico, social e penal brasileiros, vamos constatar que nossa realidade esta distante de um modelo garantista. Ao contrário, vem criando características que destoam do modelo de Ferrajoli e, consequentemente, criando uma série de mudanças que originam uma nova faceta: *o garantismo aplicado à moda brasileira.*

Por detrás desta nova faceta, há uma tendência em se acreditar que há um legislador racional produzindo um sistema jurídico neutro e igualitário para a defesa dos direitos de todos[397]. Esta ideia se reproduz, pelo menos formalmente, por meio dos objetivos, direitos e

---

395 Neste contexto, Luigi Ferrajoli trata das medidas adotadas na Itália no contexto do combate ao terrorismo e ao crime organizado. In: FERRAJOLI. Luigi. *Garantismo – uma discussão sobre Direito e Democracia*. Trad. Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juiris, 2012.p.42.

396 FERRAJOLI. Luigi. *Garantismo – uma discussão sobre Direito e Democracia*. Trad. Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juiris, 2012.p.42.

397 Cf. THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos. O crime e o criminoso. Entes políticos.* Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2001. p.45-46.

garantias fundamentais da República Federativa do Brasil previstos, respectivamente, nos art. 3º e 5º da Constituição Federal.[398]

Porém, especificamente em matéria penal, não obstante essa previsão constitucional e o discurso oficial[399], o que se nota na prática, é que os fundamentos, objetivos, direitos e garantias fundamentais da República Federativa do Brasil têm sido desvirtuados pelo abuso de forças institucionalizadas no sistema penal, o que revela a insubordinação dos poderes constituídos à força normativa vinculante do texto constitucional.

Neste sentido Lenio Luiz Streck assevera em relação à força normativa e vinculante da Constituição Federal:

> A Constituição não é simples ferramenta; não é uma terceira coisa que se 'interpõe' entre o Estado e a Sociedade. A Constituição dirige; constitui. A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos 'menos significativos' da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante: o seu núcleo essencial-fundamental. É o mínimo a exigir-se, pois![400]

Para entender este contrassenso entre o texto constitucional e a realidade das práticas penais, é necessário compreender que este complexo sistema se desenvolve através de um "controle social punitivo institucionalizado[401]" e impõe o poder de punir através de um "processo de dominação característico de um tipo particular de poder"[402].

Este processo de dominação efetuado por uma "anatomia política que é também igualmente uma mecânica do poder[403]", segundo Foucault, é focado no poder disciplinar e passa a ser imposto 'sobre' o corpo do indisciplinado e não mais 'no' corpo do mesmo[404] –

---

398 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...). Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05. out. 1988.

399 Os poderes institucionalizados transmitem um discurso destoante do que ocorre de fato na realidade, segundo esse discurso formal do Estado, "O sistema penal, constituído pelos aparelhos judicial, prisional e operacionalizado nos limites das matrizes legais, aparece como sistema garantidor de uma ordem social justa, protegendo bens jurídicos gerais, e, assim promovendo o bem comum" (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.26)

400 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso – Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas.* 5ª Ed. São Paulo: Saraiva. p.178.

401 Referida expressão é utilizada por Zaffaroni e Pierangeli: "nele se incluem ações controladoras e repressoras que aparentemente nada têm a ver com o sistema penal" em: ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. V.1*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

402 FOULCAUT, Michael. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 195.

403 FOULCAUT, Michael. Ob.Cit.. p. 119

404 O poder 'no' corpo significa que o Estado se utilizava de penas baseadas na agressão física 'no' corpo daqueles que se desviavam do comportamento esperado. Já o poder "sobre" o corpo, significa o poder de

aquele, o verdadeiro objeto e alvo do poder. Deste modo, o corpo somente passa a ser útil se é submisso.

Para definir essa mecânica do poder direcionada ao controle social, Foucault cunhou a expressão "docilizar os corpos indóceis[405]":

> esta mecânica do poder define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina. A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos 'dóceis'.[406]

Desta forma, o poder do Direito Penal e logo, do Estado, se produz e se reproduz diante de um sistema de dominação que assim se caracteriza, segundo o discurso oficial, para "facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade[407]". Nessa dinâmica de dominação, os poderes legislativo, executivo (por meio da polícia) e judiciário são usados para assegurar a eficácia deste processo que, ao fim e ao cabo desencadeiam no discurso de um novo direito penal que, por sua vez, "gira em torno do paradigma da perda do status de pessoa[408]" que passa a ser simplesmente um inimigo.

O que se observa no Brasil contemporâneo, a "partir do ponto de vista de uma região marginal do poder planetário[409]" é que as atuações legislativa, policial e judicial, nesse processo de "docilização dos corpos indóceis", evidenciam o aparelhamento do Estado pelas classes dominantes para a manutenção de seus privilégios em detrimento das classes mais vulneráveis; o que é antidemocrático e incompatível com os fundamentos, objetivos, direitos e garantias constitucionais caracterizadores do atual modelo constitucional do Estado brasileiro.

A propósito, Lenio Luiz Streck resume bem este quadro de injustiças existente no país

---

constrangimento moral do Estado sobre o indivíduo que se desvia do comportamento esperado, desta forma, o Estado consegue disciplinar os indivíduos que se rebelam ao modelo de conduta imposto.

405 FOULCAUT, Michael. *Vigiar e Punir.* Petrópolis: Vozes, 2003. p. 118.

406 FOULCAUT, Michael. Ob.Cit.. p. 119.

407 Na verdade esse discurso oficial demagógico de convivência harmoniosa em sociedade esconde a real intenção de reprimir as classes dominadas para a manutenção do *status quo* privilegiado das classes dominantes.

408 CALLEGARI, André Luís. *Terrorista: um discurso sobre o Direito Penal de Exceção.* In: STRECK, Lenio Luiz *et al*. (Orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário de Pós Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado n.9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.47

409 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas – A perda da legitimidade do sistema penal.* 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.p.5. E: "marginal mostra, em primeiro lugar, nossa localização na periferia do poder planetário, em cujo vértice encontram-se os chamados países centrais. Neste sentido, apesar de 'marginal' equivaler a 'periférico', preferimos utilizar aquele adjetivo por ser mais expressivo." ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas – A perda da legitimidade do sistema penal.* 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.p.164-165.

> por isso não surpreende a existência no Brasil de duas espécies de pessoas: o *sobreintegrado* ou *sobrecidadão*, que dispõe do sistema, mas a ele não se subordina, e o *subintegrado* ou *subcidadão*, que depende do sistema, mas a ele não tem acesso.[410]

Por estas razões, há tempos se percebe, no contexto brasileiro, a falácia do discurso de igualdade e racionalidade no sistema penal. A realidade, conforme pondera Alessandro Baratta, anuncia o Direito Penal como um instrumento de (re) produção de poder dirigindo o processo de criminalização para comportamentos típicos das camadas sociais subalternas e, por sua vez, orientando-se por meio das classes sociais dominantes, a quem inclusive, privilegia as condutas, no sentido de imunizar sua intervenção[411].

Acostuma-se, então, a ignorar a advertência de Ferrajoli no sentido de que o Estado deve preocupar-se também notadamente com

> as infrações cometidas pelos *caballeros* – corrupção, balanços falsos, valores sem origem e ocultos, fraudes fiscais ou lavagem de dinheiro - , ao contrário do que notadamente se faz em relação à propaganda da necessária punição exclusiva dos crimes que ocorrem nas ruas[412].

Importante salientar, para que não contraponha o exposto no Capítulo 4 deste trabalho, que, este alerta acima referido deve ser considerado, desde que livre da etiqueta de apresentar o "alguém" (como os corruptos, por exemplo) como o inimigo da nação e em condições ao mesmo tempo de eficiência, racionalidade e de garantismo.

É inaceitável a prática hodierna do Sistema Penal Brasileiro que age na punição exclusiva dos pobres e privilegia ou imuniza os crimes cometidos pelos "ricos": "Sem dúvida, não é exagero dizer que, em *terrae brasilis*, o Código Civil é feito para o "os que têm", e o Código Penal é feito para "os que não tem".[413]

Esta desigualdade no Brasil se dá, inclusive, na aplicação do garantismo, aqui, o que chamamos de *garantismo aplicado à moda brasileira*: para o pobre os modelos autoritários e anti-garantistas que relativizam garantias. Para os ricos todas as benesses das garantias constitucionais e do modelo garantista, ou seja, para os ricos se cumpre melhor o modelo garantista no Brasil.

---

410 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 11ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.29/30.

411 Cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal.* 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2011.p.165.

412 FERRAJOLI, Luigi. *A pena em uma sociedade democrática.* In: Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Ano 7, numero 12, 1º semestre de 2002. p. 31/40p.38.

413 STRECK, Lenio Luiz. Á *guisa do prefácio*. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do Garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão pena.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.p.5.

Loïc Wacquant, em nota aos brasileiros, em sua obra, "As prisões da Miséria", assim, dispõe:

> O uso rotineiro da violência letal pela polícia militar e o recurso habitual à tortura por parte da polícia civil (através do uso da "pimentinha" e do "pau-de-arara" para fazer os suspeitos "confessarem"), as execuções sumárias e os "desaparecimentos" inexplicados geram um clima de terror entre as classes populares, que são seu alvo, e banalizam a brutalidade no seio do Estado [...] Essa violência policial inscreve-se em uma tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis pela força, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se viu fortalecida por duas décadas de ditadura militar, quando a luta contra a "subversão interna" se disfarçou em repressão aos delinqüentes. Ela apóia-se numa concepção hierárquica e paternalista da cidadania, fundada na oposição cultural entre *feras e doutores*, os "selvagens" e os "cultos", que tende a assimilar *marginais*, trabalhadores e criminosos, de modo que a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundem[414].

Alessandro De Giorgi, também coaduna com esta prática:

> As classe sociais despossuídas constituem, assim, o objetivo principal das instituições penais. A história dos sistemas punitivos é, nessa perspectiva, uma historia das "duas nações", isto é, das diversas estratégias repressivas de que as classes dominantes lançaram mão através dos séculos para evitar ameaças à ordem social provenientes dos subordinados[415].

Á guisa de exemplos do Garantismo Penal aplicado de forma a amparar apenas interesses preponderantes em suas diretrizes: violências institucionais, classistas e racistas, vejamos:

Primeiramente, destaca-se o número de presos provisórios, aguardando julgamento, uma violência institucional latente no país. Segundo os últimos dados do Conselho Nacional de Justiça, de junho de 2014, apresentados pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas revelam que 41%[416] do total de presos no país, são de presos provisórios. Já o Anuário Brasileiro de Segurança Publica de 2014[417], informa que o número de presos provisórios, atingiu 215.639 pessoas, ou, 40,1% do total de presos no sistema penitenciário. Estes números, por sua vez, não revelam o perfil dos encarcerados provisórios (e até mesmo dos

---

414 *WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Rio de Janeiro, Jorge Zahar. 2004.p.5.*

415 GIORGO, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2006.p.39.

416 "*Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*" documento apresentado pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF a representantes dos tribunais de Justiça brasileiros em Junho de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira> Consulta em: 15 jan. 2015.

417 Anuário Brasileiro de Segurança Publico. Ano 8. 2014. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//8anuariofbsp.pdf> Consulta em: 15 jan. 2015.

presos condenados), mas basta uma simples observação visual das penitenciárias para percebermos que, em geral, são compostas por pessoas "oriundas das parcelas precarizadas da classe trabalhadora e, sobretudo, das famílias do subproletariado de cor das cidades atingidas diretamente pela transformação conjunta do trabalho assalariado e da proteção social.[418]"

Nesse sentido, vejamos também, as conclusões da pesquisa denominada *Participação, Democracia e Racismo?*[419], do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) divulgada em out.2013, segundo ela, apenas 4% dos presos cautelarmente possuíam curso superior (ao menos incompleto) e, 57,6% dos submetidos à segregação provisória eram negros.

Esse cenário caracteriza a prisão preventiva como forma de combate instantâneo ao inimigo e também demonstra a pouca efetividade e contradição com os objetivos – diminuição do poder sancionador do Estado - das alterações no Código de Processo Penal, dadas pela Lei 12.403/2011, mais precisamente em seu art.319[420] ao qual concedeu ao Judiciário uma série de possibilidades – sistema multicautelar - para a garantia do andamento do processo, sem a necessidade da prisão do acusado.

> É o estado apavorante das prisões do país, que se parecem mais com campos de concentração para pobres, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica - dissuasão, neutralização ou reinserção [...] Mas o pior, além disso tudo, é a violência rotineira das autoridades, indo desde as brutalidades cotidianas à tortura institucionalizada e às matanças em massa por ocasião das rebeliões que explodem periodicamente como reação às condições de detenção desumanas [...] Nessas condições, o aparelho carcerário brasileiro só serve para agravar a instabilidade e a pobreza das famílias cujos membros ele sequestra e para alimentar

---

418 WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria.* Rio de Janeiro, Jorge Zahar. 2004.p.4.

419 Disponível em: <http://www.uneafrobrasil.org/images/conteudos/131017_bapi4_daniel_racismo.pdf>.

420 Dispõe o art.319 do CPP: São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica. BRASIL. *Código de Processo Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 03. out. 1941.

> a criminalidade pelo desprezo escandaloso da lei, pela cultura da desconfiança dos outros e da recusa das autoridades que ele promove. [421]

Neste sentido, "o cotidiano forense experimentado no Brasil revela, via de regra, postura judicial condescendente com o punitivismo[422]" atrelado a alvos preestabelecidos, já que o Estado atua por meio de um confinamento cautelar, significa dizer que o Sistema Penal brasileiro se desdobra em um direito penal de periculosidade presumida, negando o princípio da presunção de inocência, tornando-se uma pena baseada simplesmente na suspeita e na aferição de periculosidade:

> Falando mais claramente: quase todo o poder punitivo latino-americano é exercido sob a forma de medidas, ou seja, tudo se converteu em privação de liberdade sem sentença firme, apenas por presunção de periculosidade [...] é configurado um sistema penal cautelar diferente do sistema penal de condenação, no qual operam como pautas a seriedade da suspeita do cometimento de um delito [...] e as considerações de periculosidade e dano, provenientes do positivismo do século XIX, ou seja, da individualização ôntica do inimigo[423].

A respeito das prisões preventivas, Ferrajoli, ao expor as tipologias dos sistemas punitivos em seus "graus de garantismo[424]", denomina os Sistemas Penais que fazem uso desta forma de reprimenda de sistemas de "mera prevenção[425]" por darem ênfase a um "sistema puramente subjetivista do 'tipo de autor'[426]", a respeito do qual carece, inclusive formalmente, do princípio da retributividade[427]. O autor opõe-se ao caráter não igualitário e decisionista deste sistema de mera prevenção, pois, nele, o Direito Penal e Processual Penal se transformam em nítido sistema de acautelamento diante da mera suspeita de delitos cometidos, mas ainda não provados ou prevenindo a prática de meros delitos futuros, ainda sem que a instrução probatória esteja concluída e a certeza da prática do fato delituoso esteja comprovada, isso levando em conta que o sistema correto seria o sistema de retribuição, criado para prevenir os fatos delituosos por meio da comprovação e da punição de delitos efetivamente ocorridos.

Neste contexto, as medidas cautelares, incluída aí prisão preventiva,

---

421 WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar. 2004.p.5.

422 *CARVALHO, Salo. O papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena).3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.2008p.235.*

423 ZAFFARONI, Eugênio Raul. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.p. 70 e 110.

424 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.95

425 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.99

426 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.99.

427 Para Ferrajoli, o Princípio da retributividade deriva do princípio da legalidade, "segundo os quais a pena deve ser uma consequencia do fato taxativamente previsto na lei como delito e não de outro fato por ela previsto como probatório[...]"FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.133.

> formam uma espécie de direito penal e processual preventivo, que franqueia o ordinário ou retributivo. Naturalmente, a ausência de nexo entre pena e delito dissolvem tais casos, inclusive, a garantia da legalidade, ademais dos demais vínculos da jurisdicionariedade[428].

Outra questão bastante inadequada ao constitucionalismo garantista e que é prática reiterada dos tribunais brasileiros, está ligada também à prisão provisória nos país. Segundo estabelece o art.312 do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada como "garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria[429]".

Este tipo de norma é inaceitável em um constitucionalismo penal garantista, pois cria verdadeiros espaços de discricionariedade judicial, já que é constituída de termos vagos e abertos e com extrema imprecisão legislativa, propiciando fundamentações genéricas sem que se atenda ao mínimo justificável para a decretação da prisão preventiva:

> com efeito corresponde a uma norma em branco, quer dizer, a uma espécie de caixa vazia, preenchida em cada ocasião dos conteúdos mais arbitrários; o juízo ao estar desvinculado de qualquer condição objetiva preexistente e informado por meros critérios de discricionariedade administrativa, degenera em procedimento policial de estigmatização moral, política ou social.[430]

Devido à imprecisão semântica da linguagem legal e da linguagem judicial (linguagem da sentença judicial, por exemplo) que se fazem presentes em um caso concreto, como por exemplo, na definição dos termos contidos no art. 312 CPP, estes, podem ser interpretados de várias formas pelo julgador, o que ofende o princípio da legalidade estrita da garantia de que o juiz se submeterá exclusivamente à lei. Assim,

> Um código é também uma espécie de dicionário de linguagem jurídica, composto por redefinições convencionais de termos extraídos da linguagem comum, os repertório de jurisprudência produzidos anualmente pela atividade interpretativa dos tribunais podem ser concebidos como inesgotáveis, compilações de redefinições judiciais das redefinições legais, dentre as quais, os juízes escolhem, para fins de subsunção, as de sua preferência[431].

---

428 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.100

429 BRASIL. *Código de Processo Penal.* Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 03. out. 1941.

430 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.100.

431 FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.122.

Ao criticar este tipo de legislação, Ferrajoli sugere seja dado um caráter valorativo para as normas constitucionais com o desenvolvimento de uma "ciência da legislação"[432], que atuaria unida a uma "ciência da constituição"[433] que, por sua vez, atuariam para o desenvolvimento de uma técnica de formulação das normas legislativas e constitucionais – das regras e princípios, além dos seus limites e dos limites aos limites, por sua vez enunciados explicitamente – em uma linguagem o mais simples, clara e precisa possível[434].

Exemplificando, ainda esta questão racial do *garantismo penal aplicado à moda brasileira*, tem-se, mais uma vez, a posição dos cidadãos negros, que, embora não haja pesquisas empíricas de maior contribuição para a criminalidade provando esta alegação, há dados que comprovam que os mesmos são alvos privilegiados das investigações policiais, sendo percebidos, por meio de processos de estigmatização e preconceito, como potenciais perturbadores da ordem[435]. A pesquisa acima citada, *Participação, Democracia e Racismo?*[436], do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), também concluiu que, os negros são as maiores vítimas de agressão por parte de polícia. "A Pesquisa Nacional de Vitimização mostra que em 2009, 6,5% dos negros que sofreram uma agressão tiveram como agressores policiais ou seguranças privados (que muitas vezes são policiais trabalhando nos horários de folga), contra 3,7% dos brancos[437]." A pesquisa ainda apontou que o negro é duplamente discriminado no Brasil, por sua condição social e pela cor de sua pele.

Outra pesquisa, divulgada também pelo Ipea, em novembro de 2014, aponta que o rigor da Justiça Criminal com os negros é maior que com os brancos, que têm mais direito a penas alternativas, como, por exemplo, a previsão legal garantida pela Lei n.9.099/95[438]. Assim, segundo o levantamento, feito através de acordo com os andamentos dos processos aos quais os indivíduos eram submetidos, mostra:

> Enquanto 41,9% dos acusados em varas criminais eram brancos, 57,6% eram negros. Já nos juizados especiais que analisam casos de menor potencial ofensivo, a ordem é inversa, com 52,6% dos réus eram brancos e 46,2%, negros. A escolha da vara onde o processo irá tramitar depende da pena pedida e é uma decisão do promotor de Justiça, acolhida ou não pelo juiz responsável. Para os pesquisadores, isso quer dizer que os negros podem ser condenados com mais frequência a penas de

---

432 FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). Ob.Cit. p.55.
433 FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). Ob.Cit. p. 54-55.
434 FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). Ob.Cit. p. 55.
435 *Cf.* WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria.* Rio de Janeiro, Jorge Zahar. 2004.
436 Disponível em: <http://www.uneafrobrasil.org/images/conteudos/131017_bapi4_daniel_racismo.pdf>
437 BELCHIOR, Douglas. Negros são 70% das vítimas de assassinatos no Brasil, reafirma IPEA. Disponível em: <http://negrobelchior.cartacapital.com.br/2013/10/18/negros-sao-70-das-vitimas-de-assassinatos-no-brasil-reafirma-ipea/> acesso em 08 jan.2015.
438 BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.* Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 26 de setembro de 1995.

> restrição de liberdade. "Existe um maior número de réus negros nas varas criminais, onde a prisão é a regra, e maior quantidade de acusados brancos nos juizados, nos quais prevalece a aplicação de alternativas penais", informou o estudo. Para o Ipea, os dados chamam a atenção para os processos de construção de desigualdades e de reprodução de opressões nas instituições brasileiras, que conferem a cor negra aos nossos cárceres[439].

Igualmente, *no garantismo aplicado à moda brasileira*, pode-se averiguar também que ele se manifesta na atuação policial. Corriqueira é ação da polícia (militar ou civil) consistente naquilo que se denomina "batida policial[440]", ou seja, objetivando a fiscalização pessoal dos indivíduos, ou em suas residências – indivíduos estes, selecionados de acordo com a ideia, predisposta a uma percepção classista e racial, que os policiais possuem de quem é delinquente – para detectar a ocorrência de algum ato definido como crime. Por vezes, esta atuação caracterizada por uma margem discricionária conferida às autoridades policiais, é nomeada de forma específica e sugestiva[441] e, nesta esteira, em vários casos, além da revista pessoal, "a força interventiva [também] invade barracos, passando a revistar tudo, coisas e indivíduos, exigindo documentos [...] inquirindo a respeito da origem de bens de maior valor[442]."

As polícias brasileiras, em especial a Polícia Militar, são orientadas pelo comando de militares do Exército Nacional, que tem uma visão deformada do conceito de segurança pública. Estimulam seus "comandados" a desempenhar, com prioridade, a defensa da propriedade dos mais ricos. O corolário desta prática é o que se vê diariamente nas ruas. Uma opressão descometida contra o que eles chamam de "marginal": o cidadão proveniente da maioria pobre que causa prejuízo a minoria rica da sociedade[443].

---

439 Disponível em: <*http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/11/27/brancos-tem-mais-acesso-a-penas-alternativas-negros-vao-mais-para-prisao.htm* > acesso em 11 jan.2015.

440 "Na linguagem policial, significa a diligência procedida, sob a chefia de autoridade graduada, em casas suspeitas ou de tavolagem, a fim de que se verifique se nelas se estão praticando transgressões à lei, seja pela prática de atos imorais, seja, pela de jogos proibidos. Também se entende a diligência para efetuar a prisão de pessoa, contra quem há mandado de prisão" In: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico.* 15ª ed. 4ª. tir. atual. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1999.p. 117.

441 A título ilustrativo, vejamos alguns dos curiosos nomes dados pelas ações da Polícia Federal brasileira no ano de 2014: "Deflagrada em agosto deste ano [2014], a Operação Alter Ego desarticulou quadrilhas especializadas em fraudar dados da Receita Federal, em especial o CPF. [...] A operação Dr. Lao, deflagrada em abril deste ano [2014], faz alusão ao filme "As Sete Faces de Dr. Lao [...] A operação Panóptico, deflagrada em abril [2014], tinha como alvo uma quadrilha de tráfico de drogas que atuava no Rio Grande do Sul [...] A operação Taxi Driver desarticulou uma quadrilha de tráfico de drogas no Rio de Janeiro". Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/os-15-melhores-nomes-de-operacoes-da-policia-federal-em-2014> Acesso em: 19 jan.2015.

442 THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos. O crime e o criminoso. Entes políticos.* Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2001.p.65-66.

443 Neste sentido, descreve o jornalista Caco Barcellos em sua obra uma grave denúncia social: O autor, após cinco anos de pesquisas e dados incontestáveis, desmonta o "esquadrão da morte oficial", nome dado por ele à Policia Militar do Estado de São Paulo/SP. "Os policiais militares foram treinados pelo Exército a usar metralhadoras, em 1969, com o objetivo de combater guerrilheiros. Mas, quatro anos depois, vencida

Trata-se de uma "tradição nacional multissecular de controle dos miseráveis pela força, tradição oriunda da escravidão e dos conflitos agrários, que se virão fortalecidos por duas décadas de ditadura militar, quando a luta contra a "subversão interna" se disfarçou em repressão ao delinquente[444]". É inimaginável, por exemplo, uma operação policial como esta apresentada, em condomínios de classe média ou alta. Fato este, corriqueiro nas zonas menos desfavorecidas das cidades.

> Ora, tais operações só são executáveis, e só se executam, contra as áreas de habitação das populações miseráveis, as favelas [...] a ninguém ocorreria empregar o mesmo método de choque nas zonas residenciais das classes média e alta. Cercar e vasculhar todos os apartamentos de um quarteirão do Leblon ou da parte urbanizada de Madureira ou do Méier traduz ideia inteiramente inconcebível[445]."

Todavia, para coadunar com o já exposto no Capítulo 4 deste trabalho, vez ou outra, revertendo o repetitivo quadro de se punir racial e socialmente e, por vezes, atendendo a clamores sociais e da mídia, o poder punitivo quebra esta praxe e estende suas reprimendas a pessoas de elevado *status* socioeconômico, ou mesmo providas de certa respeitabilidade social. Podemos citar como exemplo desta exceção à regra, o que ocorreu no julgamento da Ação Penal 470, que tratou do caso "mensalão"[446].

Como visto no Capítulo 4, muitas das vezes, o rosto do Inimigo toma a forma dos políticos taxados pela mídia de corruptos[447], mesmo antes de uma sentença penal condenatória; foi este, de fato, o tratamento que receberam os réus que figuraram na referida

---

a guerrilha, continuam usando armamento pesado durante o patrulhamento regular da cidade. Contra outro tipo de inimigo. Agora o alvo das metralhadoras são geralmente jovens da periferia, muitas vezes desarmados. De 73 até 75, os soldados foram autorizados pelos seus comandantes a metralhar pelo menos 109 vezes contra pessoas da zona pobre da cidade, suspeitas de serem criminosas". In BARCELLOS, Caco. *Rota 66 – A história da Polícia que Mata*. 29ª. ed. São Paulo: Globo, 1997.p.46.

444 WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar. 2004.p.5.

445 THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos. O crime e o criminoso. Entes políticos.* Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2001.p.66-67.

446 "Ao longo de mais de 40 sessões de julgamento, os ministros do STF analisaram a denúncia da Procuradoria- Geral da República e, ao votarem pela condenação da grande maioria dos 37 réus, concluíram que existiu um esquema de distribuição de recursos públicos e privados a parlamentares da base aliada em troca de apoio ao governo Lula no Congresso". Fonte: < http://g1.globo.com/politica/mensalao/infografico/platb/resumo > Acesso em 08 jan.2015.

447 Trata-se de uma expressão popular que, segundo Luís Régis Prado é: "o ato de corrupção pode ser visualizado como uma confusão de interesses, ou melhor, uma interposição de interesses privados de natureza econômica (do funcionário público e de um terceiro) sobre o interesse público, que gera o enriquecimento pessoal do agente público corrupto e de uma ou várias outras pessoas através da apropriação ou desvio ilícitos de dinheiro público para patrimônios privados." In: PRADO, Luís Regis. *Lei 10.467/2002 E os Novos Crimes de Corrupção e Tráfico de Influência Internacional.* Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa. vol. 4. p. 197. Jul/2011. P.198.

Ação Penal 470 e que, apesar de não pertencerem a choldra brasileira, foram condenados[448] muitos deles, a penas privativas de liberdade[449].

> Tanto o crime organizado como a corrupção são funcionais para habilitar o poder punitivo e a intromissão do Estado em qualquer atividade econômica incomoda ao governo de plantão ou que seja útil para eliminar ou difamar os competidores, sem limites nem as garantias constitucionais para tais intervenções. Ademais, a campanha contra a corrupção parece estar mais preocupada em evitar maiores custos aos investidores estrangeiros em países periféricos do que nos princípio éticos que são enunciados ou nos danos estruturais que causam às economias.[450]

Haverá sempre a oportunidade de arranjar "bodes expiatórios" – vinculados ao exercício abusivo do poder político - e sobre o qual os demais descarregavam suas culpas, para que ele as absorvesse e para afirmar certa credibilidade do Poder Punitivo encoberta por uma igualdade fictícia de tratamento do Sistema Penal: "Vale dizer que se começa a constatar a operatividade do Direito Penal contra os *powerful [poderosos]*, e não somente contra os *powerless [marginalizados]*. Ao passo que os representantes dos *powerless* vão alcançando crescentes parcelas de influência, política ou ao menos social.[451]"

Assim, ao dizer que o *garantismo é aplicado á moda brasileira*, significa dizer que garantismo é seletivo no Brasil, ou seja, o sistema garantista é melhor aplicado para determinados setores da sociedade, para os quais a tipificação das condutas por ele praticadas são,

> a principal variável da desigual distribuição do *status* de delinquente parece ser, indubitavelmente, à luz das recentes pesquisas, a posição ocupada pelo ator potencial na escala social. As possibilidades máximas de serem selecionadas para fazer parte da "população criminosa" aparecem concentradas nos graus mais baixos da escala social (subproletariado e gruposmarginais). Sua posição precária característica no mundo do trabalho (desemprego, subemprego, ausência de qualificação profissional) e os defeitos de socialização familiar e escolar, que são considerados como causas da criminalidade por parte da criminologia positivista, apresentam-se mais como variáveis através das quais se imputa o *status* de criminoso. Sobre essa característica fundamental da distribuição social do *status* de

---

448 Não cabe neste trabalho analisar as indagações acerca da inconstitucionalidade de referido julgamento.

449 "Em regime fechado, estão sete dos condenados no esquema. São os presos que receberam as penas mais elevadas do julgamento [...] eles cumprem pena no complexo penitenciário da Papuda, em Brasília [...]" Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/01/1396580-presos-do-mensalao-ficam-isolados-na-cadeia.shtml> acesso em 19 jan. 2015.

450 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.p.63-64.

451 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.65.

> criminoso e para a crítica à afirmação baseada nas estatísticas oficiais - de que a maior cota da "criminalidade" encontra-se nos extratos sociais inferiores.[452]

Segundo Jock Young, esta Seletividade do Sistema Penal, vai além das fronteiras da exclusão binária – nós x eles – pois se trata de verdadeira exclusão penal que favorece a marginalização[453] de classe e de raça[454]. Assim,

> o perigo do conceito de exclusão social é que ele carrega consigo uma série de falsos binários: transmite a noção de atores incluídos ou excluídos - em um lado da linha ou do outro; ignora o fato de que o problema ocorre dos dois lados da linha, por muito que um lado tenha mais concentrações em uma área do que o outro e, mais sutilmente, oculta o fato de que a "normalidade" da maioria é em si mesma profundamente problemática. O conceito de exclusão social implica que há uma subclasse homogênea, o repositório de muito do atual portfólio de vícios ou déficits que contrastam com uma maioria de incluídos relativamente estável e virtuosa.[455]

Reprimimos o crime, a criminalidade de forma imprópria. "Os desvios (prática criminosa) dos membros das camadas superiores podem merecer críticas, podem incomodar [....] os demais parceiros da elite[456]", porém, carece da capacidade de serem vistos como perigosos, criminosos e a ponto de fazerem jus à aplicabilidade das reprimendas penais. "Em síntese, não é preciso uma reflexão ou uma investigação mais profunda para detectar essa dura face da crise, questão que é bem caracterizada pelo índice de povoamento das prisões brasileiras[457]".

Assim,

> a ideologia convence ser o crime coisa típica das pessoas pobres. Um indivíduo rico, pois, pode chegar a ser considerado por seus pares como desonesto, imoral, imerecedor de confiança, esperto, impiedoso, duro homem de negócios, nunca, contudo, um verdadeiro delinquente, um bandido, capaz de merecer as atrozes torturas de uma penitenciária [...] equivocado, por tudo isso, está o dito popular ao dizer: quem rouba pouco é ladrão, quem rouba muito é financista. O certo seria, se quem rouba – pouco ou muito – se situa na classe baixa, é ladrão; se pertence à

---

452 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Dogmática penal, passado e futuro do modelo integral da ciência penal.* In: Revista de Direito Penal – órgão oficial do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro. N.31/janeiro-junho/1981.Forense: Rio de Janeiro:1982. p.5-37.p.28.

453 "[...] a palavra "marginalização" é usada para designar este grupo adventício: são pessoas que a modernidade deixou para trás, bolsões de pobreza e de privação na sociedade afluente." YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente – exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.* Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.p.41.

454 Cf. YOUNG, Jock. Ob.Cit.p.41.

455 YOUNG, Jock. *Merton com Energia, Katz com Estrutura: A Sociologia do Revanchismo e a Criminologia da Transgressão.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 87. p. 344. Nov/2010. p.352.

456 THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos. O crime e o criminoso.* Entes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2001.p.53.

457 STRECK, Lenio Luiz. Copetti, André. O *Direito Penal e os Influxos Legislativos Pós-Constituição de 1988: Um Modelo Normativo Eclético Consolidado ou em Fase de Transição?* In: COPETTI, André. Direito Penal e Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.p.12.

> classe alta, é financista [...] não são os comportamentos que contam, uma vez que o importante, de fato, para o agir efetivo da justiça criminal.[458]

Diferentemente deste cenário, Luigi Ferrajoli pugna pela aplicação do Processo Penal e do Direito Penal à justa punição dos culpados e à absolvição dos inocentes não somente através da justa aplicação dos direitos fundamentais, mas também através da proteção dos direitos e interesses sociais, alicerçados na igualdade de tratamento perante o Sistema Penal. É o que Ferrajoli denomina de Igualdade nos direitos fundamentais[459]:

> [A] *igualdade jurídica*: é um princípio complexo, o qual inclui as *diferenças pessoais e exclui as diferenças sociais* [...] a igualdade reside no valor associado indiferentemente a todas as simples e isoladas pessoas, isto é, "sem distinção"[...] [esta igualdade] consiste precisamente no igual valor atribuído a todas as diferentes identidades que fazem de *qualquer pessoa um indivíduo diverso dos outros e de qualquer indivíduo uma pessoa como todas as outras*[460]. (grifos no original)

Desta forma, "o requisito de igualdade encerra unicamente a exigência de que ninguém, de forma arbitrária e sem razão suficiente para isso, seja submetido a um tratamento que difere daquele que se dá a qualquer outra pessoa[461]", este é um reclamo antigo, possivelmente, tão antigo quanto os abusos cometidos contra os indivíduos sujeitos a um Sistema que supre direitos e garantias fundamentais em nome do combate á criminalidade.

Um dos lados visíveis dessa crise que aplica o Garantismo Penal de modo oblíquo mostra a depravação e a superlotação dos estabelecimentos carcerários, "não é nenhuma novidade o fato de a população carcerária ser constituída em sua imensa maioria por pobres, desempregados e subempregados[462]"e também por negros, ou seja apenas com aqueles que foram selecionados pelo Sistema, os "inimigos" da sociedade e o lado invisível, consiste no julgamento de processos criminais em descompasso entre a norma jurídica e a solução tida como "justa" pelo julgador e que visam a proteger interesses políticos e econômicos da elites, em detrimento da maioria, fruto de uma visão burguesa do Estado Democrático de Direito aliado a um Estado com desígnios absenteístas.

Esta é a imprescindibilidade de elaboração de um saber penal específico para nossa região marginal que opte por reconstruir a Dogmática Jurídico-Penal sob as bases de um

---

458 THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos. O crime e o criminoso. Entes políticos.* Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2001.p.54

459 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 835.

460 FERRAJOLI, Luigi. Ob.Cit. p.834-835.

461 ROSS, Alf. *Direito e ética*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.p.315.

462 GIORGO, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2006.p. 96.

Direito Penal garantidor, que possua os Direitos humanos como vetor das práticas existentes[463].

O discurso penal brasileiro propicia a imposição de mais e mais formas de controle em razão do medo, com o corolário de repressão para a pacificação ao disparar sua seta apenas contra os "inimigos" por ele selecionados. Significa dizer, o garantismo penal à moda brasileira trata a desigualdade social[464] como um inimigo a ser combatido e não como um problema a ser resolvido.

"Talvez a verdadeira utopia de hoje não seja a alternativa ao direito penal, mas sim, o próprio direito penal e as suas garantias, não o abolicionismo, mas o garantismo, mesmo se inevitavelmente parcial ou imperfeito[465]." De fato, o Direito Penal garantista é uma ferramenta baseada em uma teoria que se define como, seguro e previsível, e, portanto, controlável em todas as suas fases, o que não se pode dizer de um sistema que seria dúbio na flexibilização de garantias asseguradas constitucionalmente ao indivíduo.

Portanto, a questão não é a de perseguir uma utopia, mas, perseguir de fato e defender um Direito Penal se aproxime o máximo daquele modelo ideal previsto pelo garantismo.

5.3 O Direito Penal Garantista e o efetivo funcionamento do sistema

O *Direito Penal Garantista* não é simples *legalismo*[466], pois, como já analisado no capítulo 3, seus fundamentos devem estar amparados em um aspecto teórico de um direito específico do Estado Democrático. Significa dizer: o Acusado ou Sentenciado em processo

---

463 Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas – A perda da legitimidade do sistema penal.* 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.p.6.

464 Apesar de complexidade do tema, cujo objeto é tema para futuro trabalho acadêmico, compartilhamos da mesma opinião de Juarez Cirino dos Santos para o tratamento da desigualdade social na construção e controle de uma sociedade democrática através da Criminologia Radical a qual detém como compromisso primário a abolição das desigualdades sociais em riqueza e poder, pois, segundo o criminólogo, as demais propostas transformam as soluções "em mera "moralização", ou em correcionalismo repressivo da "reabilitação social" [que propõe reformas de superficie, mas deixa tudo como está], ou seja, [preservam] o sistema de dominação e de exploração do homem pelo homem". SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical.* 3ª Ed. Curitiba: ICPC, 2008. p.36.

465 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.365.

466 "A submissão do juiz à lei não mais é – como sempre foi pela visão *positivista* tradicional e *ilustrada* – à letra da lei (ou mediante sua interpretação meramente literal) de modo acrítico e incondicionado, senão uma sujeição à lei desde que coerente com a Constituição (validade) vista como um todo". FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?* In: CALABRICH, Bruno et al. (org.). *Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil.* 2ª Ed. Rev.Ampl. Atual. Salvador: JusPodivm, 2013.p.29.

penal e, mesmo diante de uma ação definida como crime pelo Direito Penal não pode ser mais visto como *um objeto*, mas, sim, como um *sujeito de* direitos.

Todavia, diante da nova realidade brasileira apresentada neste trabalho, verifica-se que esta é constantemente pautada em novas ameaças[467], e novos perigos[468] – descrença na capacidade do Direito de Punir do Estado, elevada lesividade social, insegurança cognitiva proveniente da criminalidade organizada, terrorismo, tráfico de armas, drogas e pessoas – exigindo dos poderes leis mais rígidas para a consequente exacerbação de penas e limitações aos direitos dos Acusados em processo penal, percebe-se que esta objetiva promover a falsa percepção de enfrentamento aos Inimigos, promovendo, um verdadeiro "estado de paranoia coletiva que serve para aquele que opera o poder punitivo o exerça sem nenhum limite e contra quem lhe incomoda[469]". É, portanto, a realidade desenhada sob um aspecto que inviabiliza o tratamento da pessoa como sujeito de direitos.

A partir de então, o novo cenário jurídico nacional é desenhado por uma sociedade que exige de seus representantes – que dependem do voto para sua eleição - um Estado de segurança a todo custo, gerando grandes mudanças na política criminal. Nesta seara, ingressam novos atores, especialmente os políticos, criando um "cunho eleitoreiro ao discurso da punitividade a partir de um tenso tráfego de sensibilidades, ansiedades coletivas e respostas imediatas [...][470]".

> Desde logo não há como não reconhecer que o poder punitivo estatal, mais que em qualquer outra época nos últimos 60 anos, se apresenta estreitamente coligado ao sistema político (a ponto de já se falar em governança por meio da gestão da criminalidade). Governa-se de acordo com os referenciais emergentes da política criminal que consistem na manipulação das emoções mais primitivas do ser humano (medo e rancor, ou seja, medo e vingança).[...] Se a política criminal cuida da questão criminal e se esta agora está integralmente politizada, não há como deixar de reconhecer que a questão criminal está inserida onde se jogam as relações de governo, ocupando uma posição cada vez mais preponderante[471].

---

467 "[...] Os riscos globais de grandes consequencias que todos nós corremos atualmente são elementos básicos do caráter de descontrole, do carro de Jagrená [senhor do mundo] da modernidade, e nenhum indivíduo ou grupo específico é responsável por eles ou pode ser chamado a "pôr as coisas em ordem"."In: GIDDENS, Anthony. *As consequencias da modernidade.* Trad. Raul Fiker. São Paulo: Ed. Unesp, 1991.p.133.

468 Cf. BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*; Tradução Sebastião Nascimento. 2ª Ed. São Paulo: Ed.34, 2011;

469 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *A questão criminal.* 1ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.p.33.

470 Cf. GOMES, Luis Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo Penal Midiático: Caso mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.40.

471 PAVARINI, Massimo. *Punir os Inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança.* Curitiba: ICPC, 2010.p.112.

Assim, na linha de argumentos do usual discurso de combate à criminalidade criada pela "democracia de opinião[472]" está assentada a teoria do Direito Penal do Inimigo, cuja exposição foi apresentada no capítulo 4 deste trabalho, mas que, no efetivo funcionamento do sistema está amparada no adiantamento da punição, na desproporcionalidade das penas e na relativização ou supressão de garantias[473]. No Brasil, o direito penal do Inimigo tem se apresentado também desta forma, todavia, com a finalidade basilar de aplicar penas privativas de liberdade, com a minimização das garantias necessárias a esse fim.

Nesta esteira, muitos estudiosos e ideólogos das políticas de segurança pública utilizam um discurso populista apoiado no medo de grande parcela da população, gerado a partir do comportamento antissocial de alguns dos seus membros, fundando assim as políticas de controle social, costumeiramente, antidemocráticas e desumanas acobertadas sobre a velha dicotomia da lógica binária: "nós x eles", a divisão entre "homens de bem" e "bandidos", nós superiores, eles inferiores.

Este cenário acarretou "um processo social de exclusão [...] decorrentes das tentativas de controlar a criminalidade[474]" e, uma vez instalado, é palco de atitudes geradas pelo poder estatal que, no intuito da neutralização seletiva de pessoas e grupos sociais excluídos, visa garantir uma ação penal mais eficaz e ainda estabelecer a paz jurídica, retrocedendo ao Direito Penal de autor, que tende a punir o indivíduo pelo que ele é ou representa e não por um ato praticado, negando-lhe a condição de cidadão e atribuindo-lhe a condição de não pessoa, que deverá por sua vez ser aniquilado:

> Isso significa, concretamente, que categorias inteiras de indivíduos deixam virtualmente de *cometer* crimes para *se tornarem*, elas mesmas, crime [...] A atualização do controle se materializa assim num conjunto de práticas que desestruturam os indivíduos e os substituem por construções artificiais que, por sua vez, alimentam práticas de contenção preventiva[475]. (grifos no original)

Zaffaroni, por sua vez, leciona que, ainda que não haja um critério unitário acerca do que representa o Direito Penal do Autor, seria possível dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, ele revelaria uma corrupção do Direito Penal em não se proibir o ato

---

472 PAVARINI, Massimo. *Punir os Inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança.* Curitiba: ICPC, 2010.p.101.

473 Cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo ?*. In JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**.** Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 90.

474 YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente – exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.* Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.p.23.

475 GIORGO, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2006. p.98-99.

em si, mas o ato como manifestação de uma 'forma de ser do autor', esta sim, considerada verdadeiramente delitiva.

> O ato teria valor de sintoma de personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto "como o ser ladrão", não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro como o ser delinquente sexual etc. [...] o ato é o sintoma de uma personalidade perigosa, que deve ser corrigida do mesmo modo que se conserta uma máquina que funciona mal[476].

A tendência seletiva e expansiva do efetivo funcionamento do sistema punitivo estatal foram retratadas, respectivamente, no Capítulo 4 deste trabalho e foi apresentada por Jesús-Maria Silva Sanches[477], ao descrever sobre as "velocidades do direito penal[478]". O modelo, antes, clássico (pena de prisão e garantias penais e processuais clássicas) que já havia perdido espaço para o chamado Direito Penal de Segunda Velocidade (mitigação da pena privativa de liberdade e ênfase nas penas privativas de direitos), agora assiste ao surgimento teórico do que antes já impregnava as legislações – um direito penal de terceira velocidade – em que se conjugam flexibilização de garantias penais e processuais, sendo uma "espécie de direito de guerra, em que se insere o Direito Penal do Inimigo,[479]" como foi retratado no capítulo 4 e que, demonstram o atual funcionamento do sistema.

Esta classificação de Silva Sanchéz, ainda que possa desconsiderar as generalidades decorrentes da instituição de rótulos a sistemas não exatamente análogos, apresenta de imediato, um aspecto relevante: enxergar que a segunda velocidade do Direito Penal tem perdido cada vez mais espaço para a terceira velocidade de um Direito Penal pautado na flexibilização de garantias penais e processuais – mesmo considerando que o Sistema Penal brasileiro admita penas restritivas de direito – tenha se infiltrado e, possivelmente, corrompido o modelo clássico, sem que houvesse qualquer questionamento acerca de sua legitimidade.

Concorda-se, ante as exposições contidas neste trabalho, principalmente nos Capítulos 4 e 5, com a real existência de um Direito Penal de Terceira Velocidade no efetivo funcionamento de nosso Sistema Penal, por isso, a mudança de paradigmas de eficácia do

---

476 ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. V.1. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.118.

477 In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

478 É de se esclarecer que o autor toma o termo velocidade por eficiência e efetividade.

479 CALLEGARI, André Luís. *Terrorista: um discurso sobre o Direito Penal de Exceção*. In: STRECK, Lenio Luiz et al. (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário de Pós Graduação em Direito da UNISINOS*. Mestrado e Doutorado n.9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.33.

sistema punitivo parece ser inevitável. Todavia, a proposta de Silva Sánchez, tal qual a tese de Günther Jakobs do Direito Penal do Inimigo, não se mostra compatível com um Estado Democrático de Direito cujo Direito Penal deve ser aplicado como espelho da Constituição[480]. Isto porque, a ideia de Silva Sánchez destoa do imperativo de valer-se do Direito Penal como *prima*, senão, única *ratio*, o que por si só, já constitui uma grave ofensa aos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade consectários de um Direito Penal que visa proteger garantias individuais.

Por outro lado, a ideia da sociedade de risco, assim denominada por Ulrich Beck, como sendo, o

> fenômeno da globalização acentuado após a segundo guerra mundial é impulsionado pela revolução tecnológica, que se apresenta numa nova realidade socioeconômica [e que] demonstra o efetivo aparecimento de novos riscos [...] tais riscos afetam a humanidade e surgem das próprias ações humanas[481]

e sobre o qual, já se teve oportunidade de expor algumas de suas consequências no Capítulo 4, suscita, para o Direito Penal, limitações quase intransponíveis, significa dizer, prenuncia-se o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência individual e comunitária ou provinham de acontecimentos naturais, para os quais a tutela do direito penal é incompetente, ou tinham origem em ações humanas próximas e definidas, onde era suficiente a tutela dispensada aos clássicos bens jurídicos individuais. Situação esta que, não se coaduna com a atual conjuntura de nossa região marginal. "Não se trata de aprisionar criminosos perigosos individuais, isto é, de neutralizar fatores de risco individual, mas sim de gerir, ao nível de populações inteiras, uma carga de risco que não se pode reduzir. A racionalidade que estamos descrevendo não é disciplinar, e sim atuarial[482]", ou seja, trata-se de ocorrências que provém de riscos e expectativas latentes.

> Um processo atuarial de exclusão e administração de riscos que se acopla a um mecanismo cultural de produzir bodes expiatórios [isto porque] a postura atuarial calcula riscos é cautelosa e probabilística, e não se preocupa com causas mas com probabilidades, não com justiça mas com minimização de danos, não busca livrar o mundo da criminalidade, mas um mundo em que tenham sido postas em prática as melhores rotinas de limitação de perdas [...] a postura atuarial reflete o fato de os

---

480 A teoria do Direito Penal como potencial espelho da Constituição foi defendida, dentre outros, por Franco Bricola, penalista italiano e principal expoente dessa teoria. Segundo o italiano, "ao legislador penal não é dada a prerrogativa de contrariar a ordem constitucional (seus princípios e valores)". In: PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. p.159.

481 BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade.* Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed.34, 2010, p. 11-16.

482 GIORGO, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2006.p.97.

> riscos terem aumentado tanto para os indivíduos como para as coletividades [...] o transgressor parece estar em toda a parte, nas ruas e no alto escalão, nas partes pobres da cidade mas também nas instituições estabelecidas para reabilitar e proteger [...] o "outro" está em toda parte[483].

Este discurso, onde se insere atualmente o Direito Penal do Inimigo – Direito Penal de terceira velocidade - agrada, pois, através dos meios de comunicação é retratado ao grande público um modelo punitivista repressivo e expansionista que amparado no endurecimento da execução penal, no castigo vingativo para massacre de presos, humilhação com a exposição pública de suspeitos ou acusados[484] e, principalmente na estigmatização e segregação dos estereotipados será(ria) a solução para enfrentar a grave e preocupante questão da criminalidade e da violência que nosso país enfrenta.

Em uma sociedade que vive sob o signo do risco global[485], a segurança "se converte em pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta[486]." E, nesse sentido, com esta resposta à questão da criminalidade, a sociedade encontra no Direito Penal a força e a garra para exterminar o mal, gerando, por sua

---

483 YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente – exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.* Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.p.105.

484 Sobre este tema, divergente é o entendimento do hoje Ministro do STF Luís Roberto Barroso que assim já se pronunciou: "é importante registrar que o conflito potencial entre a proteção à honra dos acusados e a divulgação de fatos criminosos ou de procedimentos criminais (no momento de sua apuração ou posteriormente) tem sido examinado com frequência pela doutrina e jurisprudência. E, a propósito, existe amplo consenso no sentido de que há interesse público na divulgação de tais fatos, sendo inoponível a ela o direito do acusado à honra. Vejam-se alguns dos elementos que conduzem a essa conclusão: (i) a circunstância de os fatos criminosos divulgados serem verdadeiros e a informação acerca deles haver sido obtida licitamente (mesmo porque o processo é um procedimento público) afasta por si só a alegação de ofensa à honra; (ii) não se aplica a exceção do "segredo da desonra" porque fatos criminosos, por sua própria natureza, repercutem sobre terceiros (na verdade, sobre toda a sociedade), e tanto não dizem respeito exclusivamente à esfera íntima da pessoa que são considerados criminosos; (iii) ademais, há o interesse público específico na prevenção geral própria do direito penal, isto é, a divulgação de que a lei penal está sendo aplicada tem a função de servir de desestímulo aos potenciais infratores". In: *Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa***.** Revista de Direito Privado. vol. 18. p. 105. Abr / 2004.

485 A característica do risco global, nas palavras de Ulrich Beck: "[...]veio abaixo uma premissa essencial da primeira modernidade, a saber, a ideia de viver e atuar nos espaços fechados e reciprocamente delimitados dos Estados nacionais e de suas respectivas sociedades nacionais. Globalização, significa a perceptível perda de fronteiras das atividades cotidiana nas distintas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil, (…) uma coisa que é ao mesmo tempo familiar e inacessível – de difícil captação –, que modifica de modo inequívoco e com perceptível violência a vida cotidiana e que força a todos a se adaptar e a responder", e, por tudo isso – conclui –, "a globalização significa a morte do apartamento, ao nos vermos imersos em formas de vida transnacionais frequentemente não queridas e incompreendidas, ou – tomando de empréstimo a definição de Anthony Giddens – atuar e (con)viver superando todo tipo de separações (em mundos aparentemente separados dos Estados nacionais, das religiões, das regiões e dos continentes)". BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade.* Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed.34, 2010, p. 41-42.

486 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.50.

vez, "uma série de tensões sociais emergentes"[487] que visam à exigência de normas aos políticos pelos quais a população se julga representada e, estes, ansiando votos populares, reiteram ainda mais o discurso punitivo. Assim, diante dos interesses da classe política, que deseja ocupar os espaços da mídia com propostas que saciem a natural sede de retribuição e vingança da sociedade, outra repercussão não há, senão no efetivo funcionamento do sistema, que, em detrimento de um sistema garantista, constitui um indiscriminado aumento de penas ou impõe mais restrições às garantias individuais constitucionais.

> Associada a estas deslocações dogmáticas do direito penal está a radical mudança de rumo quanto à teleologia intrínseca do próprio sistema penal e das bases antropológicas em que ele assenta. Por um lado, o funcionalismo sistêmico claramente assumido pelos defensores do "direito penal contra o inimigo" justifica a ideia de res *nullius* em que se transformam os réus [...] Mas não só isto. Agora o fim da pena já não é o de uma função geral preventiva socialmente integradora, mas sim, o da repressão expiatória através da segregação e neutralização do criminoso que, pelo seu comportamento, desestabilizou as expectativas normativas condivididas pelos cidadãos[488].

A luta contra a criminalidade é "tema fetiche dos políticos em campanha, explorada (pelos mesmos através) do medo do crime violento e a execração dos criminosos a fim de ampliar seus mercados entopem os jornais e a televisão[489]"

Cancio Meliá observa o ressurgimento de um Direito Penal com "efeitos meramente simbólicos", este, considerado por ele, uma linhagem do Direito Penal do Inimigo e que utilizado em um sentido crítico, faz referência justamente ao papel de determinados agentes políticos que somente buscam o objetivo punitivista visando dar a "impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido[490]", em uma evidente atitude populista. Assim, o que Cancio Meliá define como Direito Penal simbólico, em sua visão, mantém relação fraternal com o Punitivismo antigarantista e que está atrelado ao efetivo funcionamento do sistema.

Veja, por exemplo, o discurso de posse para o segundo mandato da Presidenta da República Dilma Rousseff[491], em 01 jan.2015, demonstrando claramente, no que diz respeito aos crimes de corrupção, que a legislação brasileira, ainda que, afastando-se dos ditames

---

487 BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. In: *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade.* Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, nº 12, 1º semestre de 2002. p.275.

488 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Justiça Constitucional e Justiça Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 58. p. 329 .Jan / 2006.p.331.

489 WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria.* Rio de Janeiro, Jorge Zahar. 2004.p.54

490 CANCIO MELIÁ, Manuel. *Sobre o estado atual da Política Criminal. Diagnóstico: a expansão do Direito Penal.* In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo.* Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 79.

491 Não se pretende, neste trabalho, expor tendências partidárias, criticando este ou aquele partido ou governo, Apenas aponta o discurso da Presidenta Dilma Rousseff, filiada ao Partido dos Trabalhadores, como exemplo por ser ela a principal autoridade da República Federativa do Brasil.

constitucionais, caminha para um modelo punitivista, repressivo e expansionista, ou seja, para o Direito Penal do Inimigo[492]:

> o povo brasileiro quer [...] mais combate a todos os tipos de crimes, especialmente a corrupção [...] por meio de criação de leis mais severas [...]criar uma nova espécie de ação judicial que permita o confisco de bens adquiridos de forma ilícita ou sem comprovação; alterar a legislação para agilizar o julgamento de processos envolvendo o desvio de recursos públicos; e criar uma nova estrutura no poder Judiciário que dê maior agilidade e eficiência às investigações e processos movidos contra aqueles que possuem foro privilegiado. Em sua essência, essas medidas têm o objetivo de garantir processos e julgamentos mais rápidos e punições mais duras [...][493]

Esta manifestação da Presidenta é bastante adequada à nossa necessidade de contenção da criminalidade e, por isso, agradável ao cidadão comum, representante da grande massa eleitoreira, principalmente em razão dos recentes e divulgados casos de corrupção envolvendo os poderes estatais como no caso do mensalão e os indícios de corrupção no recente caso da Petrobrás[494]. Diante deste discurso e do quadro social e político do Brasil ora apresentado, somos induzidos a acreditar que, os "políticos corruptos" também seriam os inimigos da nação.

Entretanto, esta conclusão ainda que se considere a grande lesividade social causada pelos crimes de corrupção[495] ou por quaisquer crimes praticados por quem quer seja – "preto", pobre, favelado ou até mesmo o muçulmano sob o estigma do terrorismo – não pode ser associada, devido a isto, à supressão de garantias penais e processuais e ao tratamento diferenciado deste tipo de criminalidade. Claramente, referido discurso da Presidenta Dilma Rousseff reforça a personificação do Inimigo, neste caso, nos "políticos" e induz a um direito penal focado no autor e não no fato.

---

492 Cf. VASCONCELLOS, Marcos de. Brasil decide futuro com base no Direito Penal do Inimigo. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-05/brasil-decide-futuro-base-direito-penal-inimigo> Acesso: em 08.jan.2015.

493 Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/leia-integra-do-discurso-de-posse-do-segundo-mandato-da-presidente-dilma-rousseff-14948480> Acesso em 08 jan.2015.

494 "As 3 principais denúncias envolvendo a Petrobras são: Suspeitas de superfaturamento e evasão de divisas na compra da refinaria de Pasadena, no Texas, em 2006; Indícios de superfaturamento na construção da refinaria Abreu e Lima, em Pernambuco; Indícios de pagamento de propina a funcionários da petroleira pela companhia holandesa SBM Offshore." Fonte:< http://brasil.elpais.com/tag/petrobras/a/> Acesso em 08 Jan.2015.

495 Zaffaroni, em nota de rodapé, assim manifesta: "é inquestionável que a corrupção deve ser combatida, porém é absurdo pretender mover este combate lançando mão do sistema penal, que é uma das áreas mais vulneráveis a ela. Todos sabem que a corrupção surge no espaço do poder arbitrário, e a única forma eficaz de preveni-la é fechando estes espaços, mediante uma engenharia institucional melhor e constantemente renovada." ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.p.63-64.

> Daí que a aposta, que parece decidida, por uma expansão do Direito Penal que conglobe a relativização dos princípios e garantias e regras de imputação no âmbito da criminalidade dos poderosos, sendo criticável em si mesma, pode incorrer ademais no erro adicional de repercutir sobre a criminalidade em geral, incluída os *powerless* [marginalizados], algo que aparentemente se ignora na hora de propor as reformas antigarantista [...] tais teses [são construídas] sobre a base da ideia de que os "poderosos não precisam de garantias" acabam incidindo sobre todo o Direito Penal[496].

Assim, em decorrência deste discurso punitivista "*cool*"[497] explorado, principalmente pelos políticos e que carece de qualquer respaldo acadêmico, mas que eles parecem se orgulhar disso, pois a publicidade com que se alastra menospreza qualquer opinião técnica ou criminológica e, consequentemente retrata "especialistas" que aparecem como meros "palpiteiros" que reiteram este discurso punivista "*cool*". As medidas políticas são então tomadas de maneira tal que "aparentam valorizar a vantagem política e a opinião pública, em detrimento da opinião de especialistas e do resultado de pesquisas.[498]"

Vale reproduzir, neste sentido:

> Por todos estes meios pouco éticos ou diretamente criminosos, vende-se a ilusão de que se obterá mais segurança urbana contra o delito comum, sancionando leis que reprimam acima de qualquer medida, os raros vulneráveis e marginalizados tomados individualmente [...] e aumentando a arbitrariedade policial, legitimando direta ou indiretamente todo gênero de violência, inclusive contra quem contesta o discurso publicitário[499].

É a partir deste efetivo funcionamento do sistema que, apesar do Código Penal ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, esta com tendência garantista[500] - de se destinar potencialmente para todos, mas, conforme já foi demonstrado no decorrer deste trabalho os seus reais destinatários pertencem aos grupos sociais estigmatizados como criminosos potenciais – eis que se vive diante de uma igualdade fictícia entre os ricos e os pobres[501]. Assim, nem mesmo Estado de direito constitucional que "deve[ria] permanecer fiel

---

496 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal - Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª ed. *São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p.70-71*

497 ZAFFARONI utiliza a expressão em: "o novo autoritarismo cool do século XXI" In: ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p.59.

498 GARLAND, David. *A cultura do controle – crime e ordem social na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.p.57.

499 ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p.75.

500 Porque, formalmente se submete, parcialmente, às acepções de Ferrajoli: o caráter vinculado do poder público ao estado de direito; a separação entre validade e vigência; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético político) e o ponto de vista interno (jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

501 Cf. ANDRADE, Vera Lúcia. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado.2003.p. 24 e 36.

aos seus princípios fundantes e rejeitar as insinuações vindas de vários quadrantes culturais, a começar pelo direito penal[502]", está conseguindo impedir as ações desumanas do efetivo funcionamento do Sistema repressivo do Estado.

Ideologicamente, expande-se o poder punitivo com o escopo de lograr a diminuição da criminalidade, desrespeitando, a fundamentação constitucional de que o direito penal somente poderia incidir de forma subsidiária, verdadeira *ultima ratio*. O Direito Penal Garantista, impõe que referida assertiva deva ser usada de maneira racional – respeitando as situações em que não se deva incidir referido princípio - não de forma indiscriminada como vem sendo realizada pelo poder legislativa na formulação corriqueira de leis penais.

> Vale dizer, amparado em Ferrajoli: quer-se estabelecer uma imunidade – e não im(p)unidade – dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e também a proteção dos interesses individuais e coletivos.[503]

Na tentativa de limitar o Garantismo Penal, os poderes estatais, principalmente, o Poder Legislativo, por vezes, regulamentam mínimas alterações legislativas de substitutivos penais ao cárcere, oriundos de despenalizações, descriminalizações e prisões abertas, mas que são explicáveis "menos como atitude humanista do legislador e mais como estratégias burocráticas do poder público determinadas pelo excesso de presos" nas prisões, decorrentes do "grande encarceramento[504]" como já retratado na presente dissertação, oriundos do efetivo funcionamento do próprio sistema expansivo por eles legitimado.

Este cenário também é sintomático do desvirtuamento do conceito de discricionariedade[505] adotado pelos agentes estatais, que por não possuírem como norte e limite as normas constitucionais, atuam guiados por interesses contingenciais das classes dominantes que integram e representam. Neste sentido, leis são criadas respeitando apenas uma legitimidade formal, deixando de lado a compatibilidade substancial com o texto

---

502 BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. In: *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade.* Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, nº 12, 1º semestre de 2002. p.275

503 FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?* In: CALABRICH, Bruno et al. (org.). *Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil.* 2ª Ed. Rev.Ampl. Atual. Salvador: JusPodivm, 2013.p.40.

504 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical.* 3ª Ed. Curitiba: ICPC, 2008.p.98.

505 Segundo Lênio Luiz Streck, "discricionariedade é delegação em favor de um poder que não tem legitimidade para se substituir ao legislador, circunstância que se agrava nos casos em que o poder discricionário pode alterar a própria Constituição" in FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.80;

constitucional[506]. A polícia e o judiciário atuam na repressão criminal com base nessa legislação muitas vezes vaga, ambígua e imprecisa, aproveitando-se desses espaços de discricionariedade para agir não de acordo com as diretrizes e normas constitucionais, mas orientados por preconceitos e estereótipos fundados em valores socioeconômicos.

Para Ferrajoli:

> Na verdade entre os fatores mais graves da discricionariedade judicial e do crescente papel da argumentação, está a crise da linguagem legal, que chegou a uma verdadeira disfunção: pela imprecisão e ambiguidade das formulações normativas; pela sua obscuridade e, às vezes, contradição; pela inflação legislativa que comprometeu a própria capacidade reguladora do direito. Mas este não é um fenômeno natural. Ele depende de uma legislação ruim e do caráter, frequentemente, vago e valorativo das normas constitucionais, cuja responsabilidade e, com certeza, da política, embora também recaia sobre a cultura jurídica.[507]

Neste diapasão, gera-se, uma sucessão de procedimentos semelhantes aos que alimentaram a repressão política das ditaduras, em que a noção de mantença da ordem a todo custo atualmente, no efetivo funcionamento do sistema, se traduz na noção de que é preciso combater o crime, gerando ainda mais violência – muitas vezes porque este combate é feito sob a tortura - contra os "delinqüentes", vistos, neste caso, como os inimigos, os "perigosos", os quais devem ser segregados ou eliminados, para que supostamente se restabeleça a paz, para que se imagine alcançar as almejadas tranquilidade e segurança.

Como se viu durante a exposição deste trabalho, os Inimigos são selecionados preferencial e necessariamente entre os membros das classes inferiores ou por pertencerem a determinada raça e, submetidos á uma utópica imparcialidade do Poder Judiciário, são submetidos, consequentemente, à discricionariedade do juiz (pessoa) que, por vezes, devido à sua condição profissional, tida como uma ideia de alta função social considerada superior na sociedade, contribui, para o quadro efetivo e discricionário do sistema, pois, afastá-lo das classes subalternizadas adotando mais fortemente, em suas fundamentações, com o seus os valores e interesses das classes dominantes[508].

Alessandro Baratta, ao tratar das funções seletivas e classistas da justiça penal, assim se manifesta acerca dos preconceitos e estereótipos dos órgãos investigadores e judicantes:

---

506 Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 790.

507 FERRAJOLI, Luigi et al. (org.). *Garantismo, Hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 54, 55.

508 Cf. KARAM, Maria lúcia. *A aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal* Doutrinas Essenciais de Direito Penal. vol. 4 .p. 671. Out / 2010.

> Os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal abstrato. Têm sido estudados os preconceitos e os estereótipos que guiam a ação tanto dos órgãos investigadores como dos órgãos judicantes, e que os levam, portanto, assim como ocorre no caso dos professores e dos erros nas tarefas escolares, a procurar a verdadeira criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é normal esperá-la[509].

Por sua vez, Augusto Thompson apresenta dois princípios que amparam o abuso da discricionariedade judicial

> dois princípios cardeais, de caráter processual, fornecem os ferrolhos capazes de, oferecendo uma face visível de magnífico brilho, propiciar a existência de uma escondida dobra onde se forja a justiça parcial e interessada. Tais são: a) a prerrogativa atribuída ao juiz de decidir a causa em função do seu 'livre convencimento motivado'; b) a regra do *in dubio pro reo*, isto é, só pode condenar quando estiver absolutamente seguro a respeito da culpabilidade do acusado, pois ocorrendo alguma hesitação, deve inclinar-se pela absolvição. Descontada a forma impressionista da apresentação, as duas máximas resumem-se, na prática, a garantir um poder discricionário e amplo ao juiz no julgamento.[510]

Portanto, como boa parcela das normas mais relevantes se caracteriza pela abertura e indeterminação semânticas, como já tivemos oportunidade de dispor na presente pesquisa, abre-se espaço à possibilidade do direito ser aquilo que os tribunais assim dizem que é[511], fazendo com que, diante de um caso concreto, o magistrado possa direcionar toda a instrução probatória com base em "estereótipos que subjetivamente construiu alimentado pela ideologia, do que seja um criminoso"[512], o que de fato conduz o resultado do processo a uma fundamentação que já havia sido pré-constituída.

Assim,

> [...] em plena vigência da Constituição de 1988, o próprio resultado do processo dependerá do que a consciência do juiz indicar, pois a gestão da prova não se dá por critérios intersubjetivos, devidamente filtrados pelo devido processo legal, e, sim, pelo critério inquisitivo do julgador.[513]

Esta abertura semântica da lei encontra nas decisões judiciais que tendem a assumir um caráter discricionário e impor uma relação, entre magistratura e sociedade, e na interação entre juízes e opinião pública, uma concepção autoritária de um direito penal "orientado

---

509 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal.* 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2011, p.176.

510 THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos. O crime e o criminoso. Entes políticos.* Rio de Janeiro: Lumen Iures.p. 88

511 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.p.25;

512 THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos. O crime e o criminoso. Entes políticos.* Rio de Janeiro: Lumen Iures. p. 90.

513 STRECK, Lenio Luiz. Ob.Cit. p.26.

ao inimigo", ou seja, instaura-se um discurso jurídico de identificação de pessoas e não de fatos: Neste caso, a "imputação da responsabilidade penal não toma como ponto de referência o cidadão dotado de uma esfera de direitos e de um espaço de liberdade interior subtraídos do controle do Estado, mas sim um indivíduo que é concebido como fonte de perigo"[514], como "inimigo".

Assim, o rótulo de Inimigo é desencadeado, no efetivo funcionamento do Sistema Penal Brasileiro pelas "contradições e disjunções possíveis entre as alternativas axiológicas que compõem o espectro de possibilidades de fundamentação filosófico-política do direito penal brasileiro, tomando em conta o esboço normativo constitucional[515]" e que fomentam o poder discricionário judicial concedido ao juiz para que este, ao deliberar sobre todos os fatores que envolvem uma prática delituosa, configura "uma verdadeira erosão de legalidade e traição do Estado Democrático de Direito, promovendo uma retroalimentação da desigualdade, que passa a ser cada vez mais patrocinada pelo próprio Estado![516]"

De acordo com Zaffaroni, por mais elevado que seja o índice de criminalidade em uma sociedade, este não deve ser o aspecto mais significativo do controle social, pois, sob o manto da discricionariedade, confere-se um poder excessivo e arbitrário às agências punitivas estatais que se constituem em "poder configurador positivo" – como o verdadeiro "poder político do sistema penal", sendo ao mesmo tempo um "poder legal", mas que exerce um "poder punitivo paralelo" à margem das instituições, conhecido como "sistema penal subterrâneo"[517]. Quanto maior a seletividade penal, maior será a violência institucional operada pelo poder punitivo paralelo e mais violações aos direitos fundamentais.

Assim, durante esta pesquisa, pode-se perceber que as "soluções" penais, em lugar de enfrentar as reais causas da marginalização e seletividade , apenas agravam os conflitos sociais, pois, todas as agências punitivas que desempenham esta função no efetivo funcionamento do Sistema Penal Brasileiro, exercem algum poder punitivo à margem de qualquer legalidade, ou seja, em um comportamento que legitimado pelo poder discricionário, nega-se a realizar qualquer esforço em limitar o caráter seletivo do direito penal que, reitera-

---

514 KARAM, Maria lúcia. *A aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal.* Doutrinas Essenciais de Direito Penal. vol. 4 .p. 671. Out / 2010.p.675.

515 STRECK, Lenio Luiz. Copetti, André. *O Direito Penal e os Influxos Legislativos Pós-Constituição de 1988: Um Modelo Normativo Eclético Consolidado ou em Fase de Transição?* In: COPETTI, André. Direito Penal e Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.p.17.

516 STRECK, Lenio Luiz. *A banalização de teses no direito penal e a dificuldade de se fazer crítica do e no direito em terrae brasilis – o cuidado com o fator "grudge"*. Revista dos Tribunais. Vol.934/2013. p.223. Ago/2013.p.228.

517 Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal.* 4ª Ed. 1ª Reimpr. Rio de Janeiro: Revan, 2013.p.52-53.

se, se orienta, não pelo dano social do crime, mas pela vulnerabilidade social e racial dos criminosos.

Neste sentido, coaduna-se com o que manifesta Lenio Streck:

> na verdade, somos eficientes nisso. De há muito perseguimos com êxito ladrões de galinha e de sabonetes, mas não somos tão bons para "pegar" sonegadores e lavadores de dinheiro [...] trata-se da institucionalização da impunidade do "andar de cima" [...] É a "função social do crime"[518]

Essas constatações ratificam a expressão da seletividade do Direito Penal brasileiro, motivada pelos diversos aparatos objeto desta pesquisa e que, muitas vezes são construídos sobre a base da "ciência penal". A propósito, acredita-se que esta ciência, por vezes, tenha como cenário, o consenso da população em torno dos valores sociais, os quais - comuns apenas aos detentores do poder político e econômico - são mantidos por uma espécie de "razão cínica brasileira[519]". A conservação dessa prática é resultado da relação política de domínio, que se manifesta, pela força repressiva penal que institui um inimigo.

É preciso que se tenha em conta que adotamos um sistema jurídico, que tem como égide do principio da igualdade. Por isso, a desigualdade gerada pelo sistema punitivo, que se manifesta através da seletividade e desigualdade da persecução penal, como de fato, ocorre no Brasil, só tende a aumentar, na medida do avanço da sociedade capitalista, ao se observar que "a divisão entre as classes sociais vai crescendo e as leis penais vão, progressivamente, tendo que ser aprovadas e aplicadas para manter uma estabilidade temporária, encobrindo confrontações violentas entre as classes sociais[520]".

A manutenção desta constância, temporária, e vale ressaltar, manifesta pela criação de leis cada vez mais rigorosas, sancionadas casuisticamente, apenas aplaca momentaneamente o medo da população, mas não procura as reais raízes do problema - que se situam no seio do próprio sistema capitalista e sua extrema desigualdade na repartição de riquezas materiais.

Assim, com base nos posicionamentos jurídicos acima traçados, verifica-se que a realidade social vivida no Brasil contemporâneo é caracterizada pela Seletividade penal e pela criação de modelos de Inimigos no efetivo funcionamento do sistema, fundados em

---

518 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 11ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.41.

519 Esta expressão é utilizada por Lenio Streck e significa, segundo ele: "a formula dessa razão cínica traduzida no comportamento de nossas classes dirigentes: "*eles sabem muito bem o que estão fazendo, mas fazem assim mesmo*"(grifos do autor)"In: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 11ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p.41.

520 SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008.p.329.

critérios socioeconômicos, culminam na punição antidemocrática e ilegítima do agente, claramente incompatível com o Estado Democrático de Direito nos moldes adotados pelo Brasil contemporâneo, centrado na justiça social, nas liberdades individuais e nos limites ao excesso de poder. Não é o momento de expandir o Direito Penal, sequer, restringir garantias individuais. É preciso acabar com a Seletividade do Sistema Penal.

Neste sentido, o Sistema Legislativo Brasileiro, espelhado na Constituição Federal de 88 e, baseados na igualdade de tratamento perante a lei, não pode ser alterado em sua substância para atendimento do anseio social e político, ainda que este seja legitimo, de modo a implantar-se outros valores. Nosso sistema jurídico tem condições de superar todas as crises, mesmos aquelas artificiosa e periodicamente criadas.

6 CONCLUSÃO

A partir da análise da Seletividade penal e de questões atinentes ao Direito Penal do Inimigo diante da Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, primordiais objetos do presente trabalho, abordados sob a perspectiva da constitucionalidade, da dogmática penal, bem como, sob a ótica da criminologia e da política criminal, tal como inicialmente proposto, é possível chegar-se às seguintes conclusões:

Se a constituição realmente constitui, como afirma repetidamente Lenio Streck, é necessário compreender o novo contexto constitucional brasileiro como um paradigma para a revisão constante e sucessiva do ordenamento jurídico nacional, criado sob outra égide constitucional, bem como, orientar a produção legislativa para que ela se dê em conformidade com o novo modelo constitucional. Neste processo, a Teoria do Garantismo Penal proposta por Luigi Ferrajoli, é opção clara para a criação de um constrangimento epistemológico da cultura jurídica nacional visando o respeito à normatividade dos direitos e garantias constitucionais e uma maior racionalidade do Direito.

Assim, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, todo o Direito e, obviamente, o Direito Penal e Processual Penal - e por consequência, toda a atuação do sistema punitivo pátrio – devem ser analisados sob a ótica dos atuais princípios constitucionais garantistas conformadores do Estado Democrático de Direito brasileiro. Além disso, tais princípios constituem verdadeiras condições de legitimidade para a atuação dos agentes estatais, que, devido à força normativa vinculante do texto constitucional, devem atuar pautados pelo respeito absoluto aos preceitos constitucionais. Desta forma, mostram-se ilegítimas quaisquer formas de arbítrios e violações cometidas a pretexto de uma falsa sensação de segurança, como se o sistema sancionador efetivamente ativo no Brasil tivesse um grau minimamente satisfatório de eficiência com a adoção de tais práticas.

Os novos paradigmas adotados por uma sociedade caracterizada por traços preponderantemente responsáveis pela formação da "sociedade de risco", conforme analisado por Beck, tem produzido a sensação de insegurança coletiva e gerado mudanças na dogmática penal e na política criminal, com a excessiva antecipação da tutela penal e a expansão do Direito Penal. Esse fato caracteriza a eleição do Direito Penal como *prima ratio* para abrandar esse "risco" social, configurando-se assim no direito pátrio, características aproximadas àquelas apregoadas pela Teoria do Direito Penal do Inimigo, o que tem acarretado a relativização de garantias penais e processuais penais presentes no texto da Constituição Federal de 1988.

Assim, ao afirmar que o Brasil tem incidido em práticas associadas à Teoria do Direito Penal do Inimigo, não se defende que o Estado brasileiro tenha adotado formalmente essa teoria. O que tem ocorrido é que a mídia e a população - já temerosa com o aumento da criminalidade e a ineficácia das políticas de (IN)segurança pública, tomadas pela impressão de impunidade – têm pressionado os governantes a adotarem posturas mais rígidas no combate ao crescimento da criminalidade, o que leva o Estado brasileiro a adotar posturas de política criminal tendentes ao Direito Penal do Inimigo.

Diante de uma doutrina reprodutora de verdades apriorísticas que constituem um sistema seletivo, o Estado responde com a construção ou com a proposta de construção de políticas criminais imediatistas, tendentes a flexibilizar direitos e a oprimir uma parcela específica da população. Assim, diante desta nova concepção de Direito Penal, que considera uma categoria de delinquentes como Inimigo, e portanto, diferencia-os dos demais cidadãos, na verdade produz-se no Brasil, a estigmatização de grupos sociais já vulnerados pelas regras de uma sociedade capitalista e pelas desigualdades por ela refletidas.

Pelos dados do Sistema Prisional brasileiro apresentados na pesquisa, observa-se que o mesmo, devido ao maior rigor repressivo das agências de controle social dirigido a classes socioeconomicamente inferiores, que geralmente são apresentadas como ameaçadoras da ordem, tem rotulado estes indivíduos como inimigos da sociedade. Com efeito, levando-se em conta o percentual de pessoas de baixa renda encarceradas no sistema prisional, observa-se que a prática seletiva do sistema está orientada para a manutenção das desigualdades sociais, razão pela qual se desenvolve na atual política criminal um direito penal constitucionalmente ilegítimo, notadamente voltado a punir determinados autores.

Portanto, entende-se que o Estado brasileiro tem usado o Direito Penal para conter e controlar a parcela da população excluída do *welfare state*. Diante de sua incompetência em suprir a população de seus direitos sociais – desconsiderando o fato de que estas carências acarretam a prática da maioria dos delitos – o Estado utiliza-se do Direito Penal como ferramenta para promover a "docilização dos corpos indóceis", como já concluíra Foucault.

Agindo assim, o sistema penal busca combater o crescimento da criminalidade, fruto de sua incompetência em promover a implementação dos direitos sociais, por meio de políticas criminais seletivas e estigmatizantes, que relativizam direitos e garantias constitucionais da parcela mais carente da população que não se adequa ao perfil e modelo de conduta estipulados pelos interesses das elites dominantes preservando a manutenção do *status quo*. Deste modo, o Estado ofende a Constituição de forma omissiva ao não

implementar os diretos sociais e de forma comissiva ao não oferecer tratamento penal isonômico aos membros de classe sociais distintas.

Neste diapasão, a Teoria Garantista tem grande importância no Brasil, onde se padece com o ativismo judicial, o "panprincipiologismo" e, de forma geral, com a prevalência dos subjetivismos decisionistas em detrimento do texto da lei e da força normativa dos direitos e garantias constitucionais. Diante deste cenário, julga-se que o garantismo penal de Luigi Ferrajoli seja uma opção teórica segura para a redução das arbitrariedades e para a construção da racionalidade e certeza no direito pátrio, bem como, para a controlabilidade das decisões jurídicas e para o aprimoramento democrático das instituições do Estado de Direito Brasileiro.

Assim, a Teoria Garantista propõe a construção de um sistema punitivo de acordo com o dever inderrogável de respeitar os direitos e garantias previstos na Constituição Federal, que passam a serem fatores de legitimação formal e legitimação substancial do Estado Democrático de Direito, dentro desta nova perspectiva de se encarar a relação entre os indivíduos e o Estado. Deste modo, de acordo com o sistema garantista proposto por Ferrajoli, os membros do Poder Legislativo serão compelidos a produzir normas que resguardem e estejam de acordo com as regras formais e ao conteúdo substancial das normas constitucionais. A seu turno, o Poder Executivo será levado a promover políticas públicas coerentes com o texto constitucional e com as leis infraconstitucionais. O Poder Judiciário, por sua vez, terá sua margem de discricionariedade consideravelmente reduzida, pois deverá julgar estritamente com base na legislação infraconstitucional, sempre tendo em conta a supremacia constitucional e o dever de declarar inconstitucionais leis incompatíveis com o atual caráter democrático dos direitos e garantias constitucionais.

Sem se perder em idealismos lúdicos de que a Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli (ou qualquer outra teoria) seja totalmente livre de imperfeições e incriticável em suas conclusões, esclarece-se que optou-se por sustentar a utilidade da Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, como alternativa democraticamente eficiente para enfrentar o problema da seletividade e da rotulação de inimigos pelo sistema penal brasileiro, mesmo cientes da existência de críticas de parte da doutrina que alegam que esta teoria não trata de forma suficiente do problema da discricionariedade judicial.

É sempre oportuno lembrar que Ferrajoli reconhece que por mais que seja diminuída a margem de discricionariedade pelo sistema de garantias penais, o processo jurisdicional para a busca dos pressupostos fáticos e jurídicos para a penalização, nunca conseguirá ser um processo objetivo e livre de toda e qualquer margem de discricionariedade, de modo que

sempre estarão presentes os três espaços irredutíveis e intrínsecos ao poder judicial, denominados pelo autor como poderes de denotação, de verificação e de conotação, já devidamente abordados na pesquisa. Tais espaços de discricionariedade sempre estarão presentes de alguma forma na atividade jurisdicional, pois esta atividade consiste num processo de análise e interpretação dos argumentos fáticos e jurídicos levados a juízo, que nunca se resumirá a uma atividade mecanicamente objetiva, porquanto sempre estará sujeita a alguma margem de discricionariedade do magistrado no momento da apreciação dos argumentos fáticos e jurídicos apresentado nas teses acusatórias ou defensivas constantes da relação processual.

Por fim, observa-se, corroborando com Ferrajoli, que o Garantismo Penal não exclui de antemão teorias da argumentação, do raciocínio e da decisão jurídica, que de qualquer modo contribuam para a redução dos espaços de discricionariedade e arbitrariedade, desde que resguardem a força normativa dos princípios constitucionais e o controle racional das decisões. Assim sendo, mesmo que existam as incompletudes teóricas alegadas por parte da doutrina, o Garantismo Penal, em sua proposta liberal, democrática e racional, mostra-se um instrumento capaz de combater de forma eficiente os desvios estruturantes do sistema penal que possibilitam que a seletividade penal e a rotulação de inimigos ainda façam parte das práticas jurídicas brasileiras.

Concluiu-se, portanto, que a Seletividade penal e a adoção de opções político-criminais adotas pelo Estado brasileiro relacionadas ao Direito Penal do Inimigo são frutos da fraca normatividade dos direitos e garantias constitucionais, que tem gerado amplo espaço de discricionariedade para a atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário do Brasil. Deste modo, a teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, por seu viés racional, liberal e garantista, propondo a redução dos espaços de discricionariedade e arbitrariedade dos agentes estatais, limitando o poder punitivo estatal por meio da reabilitação da força normativa dos direitos e garantias constitucionais e da racionalização do Direito, é ferramenta eficaz para a solução dos problemas estruturantes do sistema penal pátrio, e assim garantir aos cidadãos a máxima liberdade compatível com o moderno Estado Democrático de Direito instituído na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais.* Revista dos Tribunais, São Paulo, v.907, p.61, maio 2011.

AMBOS, Kai. *Os terroristas também têm direitos: Bin Laden não deveria ter sido executado: nem mesmo em um conflito armado.* Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 19, n.223, p.2, jun. 2011.

ANDRADE, Vera Lúcia. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima:* códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

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

BARATTA, Alessandro. *Criminologia dogmática penal, passado e futuro do modelo integral da ciência penal*. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, v.31, p.5-37, jan./jun. 1981.

BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.2, n.5, jan./mar. 1994. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/3-ARTIGO>. Acesso em: 10 nov. 2014.

BARCELLOS, Caco. Rota 66: a história da Polícia que mata. 29. ed. São Paulo: Globo, 1997.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação. interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa.* Revista de Direito Privado, São Paulo, v.18, abr. 2004. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, ano 4, n.9, p.112-158, 1999.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis:* drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. *Discursos sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 696 p.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: CD, 2002.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.* 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BEDIN, Gilmar Antônio *et al*. (Orgs.). *Estado de direito, jurisdição universal e terrorismo: levando o direito internacional a sério.* Ijuí: UNIJUI, 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de filosofia do* direito. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico:* lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. *Reflexões histórico-conceituais sobre constitucionalismo e democracia na revolução francesa.* In: STRECK, Lenio Luiz *et al*. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 55-80.

CALABRICH, Bruno *et al*. (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil.* 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2013.

CALAMANDREI, Piero. *A crise da justiça*. Belo Horizonte: Líder, 1956.

CALLEGARI, André Luís. *Direito penal do inimigo e direitos fundamentais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.862, p.429-441, ago. 2007.

CALLEGARI, André Luís. *Legitimidade constitucional do direito penal econômico: uma crítica aos tipos penais abertos.* Revista dos Tribunais, São Paulo, v.851, p.432-433, set. 2006.

CALLEGARI, André Luís. *Terrorista: um discurso sobre o direito penal de exceção.* In: STRECK, Lenio Luiz *et al*. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 33-53.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Justiça constitucional e justiça penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.58, p.329-330, jan. 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo.* 13. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo:* o exemplo privilegiado da aplicação da pena. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias:* uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juiris, 2001.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminilização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DURÁN, Manuel Carrasco (Coord.). *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Buenos Aires: M. Pons, 2010.

ESSADO, Tiago Cintra. *Terrorismo conforme o direito norte-americano*. In: FERNANDES, Antonio Scarance *et al*. (Coords.). *Terrorismo e justiça penal:* reflexões sobre eficiência e o garantismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 135-166.

FARIA, José Eduardo. *A crise do judiciário no Brasil*. In: LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto *et al*. (Orgs.). *Indepêndencia dos Juízes no Brasil:* aspectos relevantes, casos e recomendações. Recife: Gajop, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance *et al*. (Coord.). *Terrorismo e justiça penal:* reflexões sobre eficiência e o garantismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer Sica (et. al). 4ªed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo*: uma discussão sobre direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *A pena em uma sociedade democrática. Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, ano 7, n.12, p.31/40, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno:* nascimento de crise do estado nacional. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi *et al.* (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo:* um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FOULCAUT, Michael. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2003.

GARAPON, Antonie. *Crimes que não se podem punir nem perdoar: para uma justiça internacional*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

GARLAND, David. *A cultura do controle:* crime e ordem social na contemporaneidade. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIDDENS, Anthony. *As consequencias da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Hespanha: M. Malheiros, 2011.

GIORGO, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GOFFMAN, Erving. Estigma: nota sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Luis Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico.* São Paulo: Saraiva, 2013.

GUANDALINI JÚNIOR, Walter. *A ciência do direito entre o real e o imaginário: por uma ruptura epistemológica no saber jurídico*. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros *et al*. (Coord.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 25-42.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. *Tratamento penal do terrorismo*. São Paulo: Quatier Latina, 2007.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 19. ed. São Paulo: Loyola, 2010.

IPPOLITO, Dario. *O garantismo de Luigi Ferrajoli*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutiva e Teoria do Direito, Porto Alegre, v.3, n.1, p.34-41, jan./jun. 2011.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Barueri: Manole, 2014.

JAKOBS, Günther. *Terroristas como pessoas no direito?* Revista Novos Estudos *CEBRAP*, São Paulo, n.83, p.27-36, mar. 2009.

JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo:* noções e críticas. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. *A aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal*. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, São Paulo, v.4, p.671, out. 2010.

LUISI, Luiz. *Princípios constitucionais penais.* 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Democracia e constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária: a alternativa plurinacional boliviana*. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros *et al.* (Coord.). *Constitucionalismo e democracia.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 97-120.

MISSE, Michel. *Os rearranjos de poder no Rio de Janeiro.* Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=959>. Acesso em: 15 nov. 2014.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008.

MOREIRA, Adriano (Coord.). *Terrorismo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

MÜLLER. Friedrich. *Quem é o povo?* 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmundo Mezger e o direito penal de seu tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *As origens ideológicas do direito penal do inimigo.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.83, p.93-108, mar. 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança*. Curitiba: ICPC, 2010.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão pena*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PINTO NETO, Moysés. *O rosto do inimigo: um convite à desconstrução do direito penal do inimigo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PRADO, Luís Regis. *Lei nº 10.467/2002 e os novos crimes de corrupção e tráfico de influência internacional*. Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, São Paulo, v.4, p.197-198, jul. 2011.

PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.47, p.31-36, mar. 2004.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Coleção Pensamento Criminológico).

ROSA, Alexandre Morais. *Para entender o Garantismo Penal de Ferrajoli*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli-por-alexandre-morais-da-rosa>. Acesso em: 25 fev. 2015.

ROSS, Alf. *Direito e ética*. São Paulo: EDIPRO, 2000.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia crítica e a reforma da legislação penal. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, 19., 2005, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: JCS, 2005. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo:* ou o discurso do direito penal desigual. Disponível em: <http://www.icpcjur.com.br/images/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea:* do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.

SOARES, Luiz Eduardo. *Crime e preconceito*. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=738>. Acesso em: 10 nov. 2014.

SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira:* quem é e como vive. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *A banalização de teses no direito penal e a dificuldade de se fazer crítica do e no direito em terrae brasilis: o cuidado com o fator "grudge".* Revista dos Tribunais, São Paulo, v.102, n.934, p.223-258, ago. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.* 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva.

STRECK, Lenio Luiz; COPETTI, André. *O direito penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988: um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição?* In: COPETTI, André (Ed.). *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 1-37.

STRECK, Lenio Luiz *et al*. (Org.). *Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos:* o crime e o criminoso: *entes políticos.* Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2001.

TRINDADE, André Karam. *Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política.* Disponível em: <http://www.direitofranca.br>. Acesso em: 10 nov. 2014.

TRINDADE, André Karam. *A teoria do direito e da democracia de Luigi Ferrajoli: um breve balanço do "Seminário de Bréscia" e da discussão sobre Principia Iures*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n.103, p.111-137, jul./dez. 2011.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito penal do inimigo e o terrorismo: o progresso ao retrocesso.* Lisboa: Almedina, 2010.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2004.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Coleção Pensamento Criminológico).

YOUNG, Jock. *Merton com energia, katz com estrutura: a sociologia do Revanchismo e a criminologia da transgressão.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.18, n.87, p.344-374, nov. 2010.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente:* exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas:* a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raul *et al*. *Direito penal brasileiro:* teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. v.1.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral.* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1.

ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (Orgs.). *Estudos críticos sobre o sistema penal:* homenagem ao professor doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: LedZe, 2012.