

PARADIGMA PUNITIVO: UM DIÁLOGO COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO

PUNITIVE PARADIGM: A DIALOGUE WITH THE ENEMY CRIMINAL LAW

Luiz Fernando KAZMIERCZAK

Doutorando em Direito Penal pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade
Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor de
Direito Penal no curso de Direito da Universidade
Estadual do Norte do Paraná (UENP) e nas Faculdades
Integradas de Ourinhos (FIO).

RESUMO

Este estudo procura diagnosticar a imposição constitucional de criminalização de certas categorias de crimes com a teoria do “direito penal do inimigo” elaborada por Günther Jakobs. Parte-se da ideia que a Constituição Federal apresenta, no Direito Penal Contemporâneo, a diretriz do tipo penal, traçando os requisitos indispensáveis para um conceito material de delito. Por outro lado, o mesmo constituinte, de índole garantista, trouxe o chamado mandado de criminalização impondo ao legislador infraconstitucional a colocação de certos bens jurídicos sob a proteção penal, o que, em alguns casos, além do determinismo da proteção criminal, impõe-se um tratamento mais rigoroso, como ocorre no caso de tráfico de drogas. Dessa forma, esta atuação acaba por legitimar uma ideologia em torno do traficante como o causador das piores malesas sociais, o que, em tese, pode colocá-lo na condição de inimigo preconizada por Jakobs. Todavia, mesmo que considerássemos como tal, é inviável a adoção de postura diferenciada apartada dos aspectos garantistas previstos na própria Constituição.

Palavras-chave: mandado de criminalização; direito penal do inimigo; garantismo; Constituição Federal.

ABSTRACT

This study searches to diagnose the criminalization constitutional imposition of some criminal categories with the theory of “enemy penal right” worked out by Günther Jakobs. It comes from the idea that the Federal Constitution presents, on Contemporary Penal Right, the penal type guideline, to setting out the essentials requirements for a crime material concept. For another side, the same constituent, with guarantees nature, it brought the called criminalization errand imposing to infraconstitutional lawmaker putting under penal protection some legal property, that, in some cases, beyond of criminal determinism

protection, it imposes a more rigorous treatment, like that what happens on drugs traffic. On this way, the action legitimatizes a ideology around the trafficker as of social worst problems, what, in question, could put it in condition of enemy praised by Jakobs. However, even that considerate like it, it's impracticable the adoption of differentiated posture separated of guaranteets provided on very Constitution.

Keywords: criminalization errand; enemy penal right; guaranteeism; Federal Constituion.

INTRODUÇÃO

Partindo do pressuposto que o sistema penal exerce um papel de instrumento de controle social, tendo como objetivo proteger os bens jurídicos de maior importância para a sociedade, existe ampla convicção de que a legislação criminal, para alcançar a sua meta, deve se submeter a um profundo processo de modernização com inspiração humanitária, para que as condutas e penas previstas sejam aplicadas somente em último caso.

No entanto, o que se vê é que o progresso material da nossa civilização, com o surgimento de novas tecnologias produzindo novas formas de relacionamento humano, o que não se fez acompanhar do correspondente progresso na ciência e na legislação penais, que se caracterizam hoje pelo abuso e hipertrofia do castigo penal, com desrespeito aos direitos humanos fundamentais.

O Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de *bens jurídicos* especialmente importantes. Fixado este ponto, parece obrigatório levar em conta a possibilidade de que sua expansão obedeça, ao menos em parte, já a aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes -, já ao aumento de valor experimentado por alguns dos que existiam anteriormente, que poderia legitimar sua proteção por meio do Direito Penal. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 7)

Com isso, os novos riscos criados, resultantes desse progresso tecnológico, faz com que se revele uma dificuldade em tratar do mundo atual por intermédio dos antigos conceitos de Direito. Além das novas condutas, outras acabam por ganhar uma nova roupagem de atuação diante das novas tecnologias, como ocorre com o terrorismo e o tráfico de drogas nos tempos atuais. Dessa forma, invariavelmente, o legislador opta por criminalizar essas novas condutas que ameaçam coletividade.

No presente trabalho, parte-se da Constituição Federal como diretriz de todo o ordenamento jurídico, de onde emanam, além das garantias penais e processuais, os mandados de criminalização, que são verdadeiras ordens ao legislador infraconstitucional para que algumas condutas, consideradas intoleráveis pelo legislador constituinte, estejam sob a tutela penal.

Das várias manifestações do mandado de criminalização, será analisado no presente ensaio o tráfico de drogas, pois, a Constituição, ao equiparar aos crimes hediondos esta forma de atuação, acaba por legitimar uma ideologia em torno do traficante como o causador das piores malesas sociais, o que, em tese, pode colocá-lo na condição de inimigo preconizada por Jakobs.

No entanto, a atuação do sistema penal, mesmo diante de mandamentos constitucionais, não pode atuar de maneira apartada das garantias penais e processuais que evitam o abuso de modelos de Direito Penal autoritários, submetendo a sua aplicação nos limites da necessidade.

Destarte, o texto constitucional apresenta duas faces: de um lado, os direitos e garantias do âmbito penal que são os pilares da ideologia garantista; e, de outro, os mandados de criminalização, que alguns apontam como sinônimo de movimentos penais autoritários.

Para tanto, o artigo divide-se em quatro momentos: primeiramente, parte-se da análise da Constituição como diretriz do modelo de tipicidade material para, logo após, apontar na sistemática constituinte dos mandados de criminalização, em especial em face da conduta de tráfico de drogas. Com isso, procura-se demonstrar que o constituinte colaborou com a formação da ideologia de “inimigo” que recai, atualmente, sobre a figura do traficante, o que estaria, em tese, de acordo com a doutrina de Jakobs. Por fim, mesmo que considerássemos que o traficante seja efetivamente um “inimigo”, isso não legitima a atuação do legislador infraconstitucional ao arrepio dos postulados garantistas previstos no mesmo texto constituinte.

Neste contexto, baseado nas diversas concepções que a problemática trazida pela pesquisa impõe, a metodologia utilizada foi a dedutiva, na medida em que foram exploradas premissas gerais, auto-evidentes, calcadas em fatos sociais de relevância para a pesquisa, leis e proposições fenomenológicas, para que se pudesse concluir um raciocínio lógico à solução da problemática do tema.

Por fim, baseou-se o presente estudo em pesquisas bibliográficas, nacionais e estrangeira, bem como a legislação brasileira no âmbito do Direito Penal e Constitucional,

ênfatizando a sua correlação que imprimem consequências alarmantes no processo de formação da identidade da política criminal adotada no Brasil.

1. CONSTITUIÇÃO COMO DIRETRIZ DO TIPO PENAL

A Constituição situa-se no ápice do ordenamento jurídico, ocupando o grau máximo na hierarquia das fontes do direito. Tendo em vista esta característica, toda a legislação ordinária deve, obrigatoriamente, se coadunar com os fundamentos político-sociais e institucionais nela esculpidos. No tocante a seara penal, a Constituição deve impor os preceitos jurídico-penais de maior relevo, criando as diretrizes básicas das leis criminais (MÉDICI, 2004, p. 30).

Dessa forma, toda e qualquer norma penal que destoar dos postulados explícitos ou implícitos contidos na carta política do Estado tornam-se ineficazes, em observância ao princípio da supremacia constitucional.

Quanto a supremacia das normas constitucionais, Konrad Hesse afirma que as elas não possuem existência autônoma da realidade que as originaram, dessa forma, os parâmetros normativos que trazem condição de eficácia ao arcabouço penal encontram, antes de tudo, validade nas relações sociais e históricas que antecedem a própria norma constitucional.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. (HESSE, 1991, p. 15)

Toda Constituição com fundamento democrático tem como finalidade a salvaguarda das liberdades individuais frente a eventuais transbordamentos do poder estatal. É evidente que não podia descuidar-se de ditar normas no setor das relações penais entre o Estado e o indivíduo, para eliminar o arbítrio tão comum nestas relações de poder.

Maria Fernanda Palma apresenta três possíveis respostas a questão da validade da Constituição em face do Direito Penal:

[...] este problema central tem a sua própria questão prévia, que é, na realidade, a de saber por que pode (ou até deve) a Constituição conformar validamente o Direito Penal. Ora, a resposta a tal questão pode ser uma das três: a Constituição pode conformar o Direito Penal porque funciona como uma espécie de norma fundamental autorizadora do Direito ordinário, assumindo um papel hierarquicamente superior – o que, no Estado de direito democrático, tem um específico fundamento de legitimidade, já que a Constituição é o pacto fundamental em que todos participam; a Constituição deve ser a essência dos valores e razões que justificam um Estado e o seu Direito; e, finalmente, uma resposta que combine as duas anteriores, dando, em certos aspectos, prevalência a uma delas. (2011, p. 16-17).

Sendo irrefutável que a Constituição irradia valores na seara penal, temos que, segundo Sérgio de Oliveira Médici, é precisamente no setor penal que de forma mais marcante se manifesta o caráter democrático ou antidemocrático de uma Constituição (2004, p. 31). Analisando a Constituição de 1988, verificam-se duas facetas antagônicas presentes em seu texto: de um lado, previsões garantistas, e de outro, mandados de criminalização.

Instituindo o Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu diversas normas de natureza penal em seu texto. Merece destaque a constitucionalização de temas já consagrados na legislação penal ordinária, como o princípio da legalidade e da retroatividade benéfica. Ainda, garantiu a individualização da pena e proibiu o banimento, as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e todas as penas cruéis.

Mas não é só. Em diversos incisos do artigo 5º da Constituição proibiu a tortura, o tratamento desumano ou degradante nas prisões; assegurou a inviolabilidade do domicílio e o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas e de dados; proibiu júzo ou tribunal de exceção; vedou a extradição de brasileiro nato, limitando a de brasileiro naturalizado; estabeleceu as garantias do juiz natural, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e da presunção de inocência; considerou inadmissíveis no processo as provas ilícitas.

Alguns desses princípios político-criminais acham-se contemplados expressamente na Constituição Federal brasileira, outros, no entanto, implicitamente. Com isso, fica clara a posição garantista do texto constitucional ao trazer para seu bojo tais disposições.

No entanto, temos também um elevado número de cláusulas penais, ou seja, não são previstos apenas valores, mas há indicação do Direito Penal como tutor de alguns deles, são os chamados mandados de criminalização, que são imposições do constituinte direcionadas ao legislador infraconstitucional para que determine a proteção de determinados bens ou valores

mediante atuação do Direito Penal. Apenas para exemplificar temos a previsão no art. 5º, XLII, que “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei”; ainda, as previsões de responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais (art. 225, §3º) e financeiros (art. 173, §5º).

Diante deste quadro, a hipertrofia do Direito Penal não se deve apenas à atividade criminalizadora do legislador infraconstitucional, senão também à mesma orientação do próprio legislador constituinte.

Diante do exposto, temos que a Constituição Federal, através de seus princípios e bens fundamentais, deve nortear o legislador naquilo que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal, através de uma ordenação axiológica jurídico-constitucional.

2. MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Conforme apresentado no item anterior, hoje, é inegável a constitucionalização do direito penal, não sendo mais admitida qualquer subsunção do fato à norma sem uma ponderação de valores constitucionais os quais estão, explícita ou implicitamente, elencados na Constituição Federal de 1988. Assim, tais normas comandam a atividade do legislador penal.

Esse comando (ordem de legislar) traz implícita – por exemplo, no campo do direito penal – a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de “cabalas”. Tampouco o direito penal pode ficar à mercê de leis de conveniência, elaboradas sem qualquer prognose. (STRECK, 2008, p. 89)

Destarte, ganha relevo a análise do conceito de crime à luz da carta constitucional. Assim, não basta a mera adequação típica do fato à norma, mas também se faz mister uma ponderação da violação ou não de aspectos fundamentais.

A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser muito próxima, pois a Constituição constitui a primeira manifestação legal da política penal, sendo que dentro de seu âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional.

Neste sentido, não é qualquer descrição típica que será legítima para punir penalmente o autor daquela conduta. Faz-se mister analisar seu conteúdo, ou seja, seu aspecto material, verificando se a penalização daquela violação ao bem jurídico é legítima e necessária.

Com isso, fica clara a posição garantista do texto constitucional ao trazer para seu bojo tais disposições, no entanto, temos também um elevado número de cláusulas penais, ou seja, não são previstos apenas valores, mas há indicação do Direito Penal como tutor de alguns deles, são os chamados mandados de criminalização, que são imposições do constituinte direcionadas ao legislador infraconstitucional para que determine a proteção de determinados bens ou valores mediante atuação do Direito Penal.

Segundo Antonio Carlos da Ponte, a Constituição Federal brasileira, seguindo o modelo das constituições da Alemanha, Espanha, Itália, França e Comunidade Européia, estabelece mandados explícitos e implícitos de criminalização. Estes mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral. Na Constituição Federal de 1988 encontramos os seguintes exemplos de mandados explícitos de criminalização: artigo 5º, incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático), e §3º (os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais); artigo 7º, inciso X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores); artigo 227, §4º (abuso, violência e a exploração sexual da criança ou adolescente); artigo 225 (condutas lesivas ao meio ambiente). Por fim, há, também, mandados implícitos de criminalização como ocorre com a corrupção eleitoral. (2008, p. 151-166).

No mesmo sentido, Jorge de Figueiredo Dias assinala a necessidade de intervenção penal quando o legislador constitucional apontar expressamente os bens jurídicos a serem protegidos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão (2007, p. 129).

De outro vértice, Luiz Flávio Gomes entende que o legislador goza, dentro dos limites democráticos estabelecidos na sua atuação, de uma margem de discricionariedade para decidir pela criminalização sinalizada no texto constitucional (2007, p. 429).

Ainda, entende Jorge de Figueiredo Dias que

Onde, porém, inexistas tais injunções constitucionais expressas, da existência de um valor jurídico-constitucionalmente reconhecido como integrante de um direito ou de um dever fundamentais não é legítimo deduzir *sem mais* a exigência de criminalização dos comportamentos que o violam. (2007, p. 129-130).

Divergindo dessa linha de pensamento, Antonio Carlos da Ponte aduz que

A necessidade de combate eficiente à corrupção eleitoral apresenta-se como mandado implícito de criminalização, atendido parcialmente pelo legislador brasileiro, conforme pode ser observado da resposta destinada ao seu autor, através de pena variável de um a quatro anos de reclusão e multa que deverá oscilar entre cinco a quinze dias-multa. (2008, p. 166).

Diante do exposto, temos que a doutrina reconhece a existência de mandados expressos de criminalização no texto constitucional, divergindo quanto a necessidade imperiosa de tipificação e quanto aos mandados implícitos. No que tange a Constituição de 1988, verifica-se que os diversos mandados explícitos foram cumpridos pelo legislador infraconstitucional, podendo citar a edição da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) e da Lei de Tortura (Lei nº 9.455/97), bem como um mandado implícito no que se refere à corrupção eleitoral.

3. FORMAÇÃO DO CONCEITO DE INIMIGO. APONTAMENTOS DA CONSTRUÇÃO IDEOLÓGICA BRASILEIRA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A verticalização social¹, proporcionada pelo uso da força, fundou-se em uma política legitimada pela necessidade de eliminar o sujeito não pertencente à ordem dos cidadãos. Assim, ao longo da história sempre tivemos a figura do inimigo diante cada sociedade.

¹ Explica Eugenio Raúl Zaffaroni: “O exercício do poder planetário sempre precisou, certa forma, de poder interno nas potências dominantes, pois não se pode dominar sem organizar-se previamente em forma dominante. Por aquilo, a Europa, para iniciar o processo de mundialização do poder, necessitou antes reordenar suas sociedades em forma de alta hierarquização, muito semelhante a uma organização militar (corporativização das sociedades, para qual retomou um poder interno que tinha sido exercido pela grande potência conquistadora (Roma), e cuja queda tinha desaparecido: o poder punitivo.” Conclui: “Esse formidável instrumento de verticalização social dotou as sociedades européias da férrea organização econômica e militar (e da homogeneidade ideológica, indispensáveis ao sucesso do genocídio colonialista”. (2010, p. 6). Grifos no original.

Mesmo na Grécia Antiga a defesa da democracia e conseqüentemente do Estado contra a tirania já legitimou uma série de injustiças contra minorias eleitas por grupos dominantes politicamente (DAL RI JÚNIOR, 2006, p. 36). Na cultura política da Roma Antiga o processo não foi muito diferente, a evolução do crime de lesa-majestade demonstra como em nome do Estado e da ordem política se elegia determinados cidadãos tidos como tiranos e inimigos. (DAL RI JÚNIOR, 2006, p. 81).

Arno Dal Ri Júnior explica o tratamento dos romanos para com os cristãos:

Por fim, diversos escritos do período imperial narram a violenta perseguição realizada pelas autoridades romanas aos adeptos de uma seita do judaísmo que se reuniam em catacumbas – os famigerados cristãos -; não era outra a justificativa para semelhantes massacres senão o fato de a doutrina por eles professada levá-los a cometer sistematicamente os crimes de *sacrilegium* e de *laesae maiestatis*. Não admitindo a autoridade divina do imperador nem seu respectivo culto, os prosélitos seguidores desta seita, por se negar a jurar em nome do Imperador – considerado o símbolo do Estado romano -, eram condenados aos mais variados suplícios sem a mínima possibilidade de defesa. (2006, p. 81).

Passado um longo período em que a estrutura hierarquizada do poder se fragilizou, o período colonialista representa sua retomada histórica definitiva, já que depois desta a estrutura do poder punitivo pouco se alterou. Neste período colonialista o poder punitivo se direcionou a eliminar aquele que estivesse impedindo seu processo. A repressão alternava entre o religioso, visando atingir o “diabólico”, tal como ocorreu com no período da caça às bruxas e, por outro lado, tratava de minimizar as populações nativas das colônias, tratando-as não raro como coisas – sem qualquer tratamento jurídico – ora como inimigos.

Por sua vez, o estágio neocolonialista da sociedade européia, representou a ascensão de uma classe (burguesa) que sofrendo com a reprimenda penal voltou-se contra ela, fazendo com que o poder punitivo se direcionasse ao ser inferior apontado pela ciência que passava por intensas revoluções.

Sintetiza Eugenio Raúl Zaffaroni:

O poder punitivo cumpriu um papel central neste momento planetário. A Igreja Romana tinha perdido a hegemonia discursiva; a reforma preparou o capitalismo, aceitando que o diabo era dono deste mundo e que só a fé podia salvar no próximo. Os filósofos e os juristas legitimaram discursivamente a redução do poder punitivo sobre a nova classe em ascensão, e por último os policiais e os médicos, baseados no progresso permanente e em disparates biológicos, tinham proporcionado o novo discurso hierarquizante, claramente racista, paternalista, organicista, misógino, discriminador, cuja conseqüência última levava à eliminação dos inferiores. (2010, p. 12-13)

Já no século XXI, o poder repressivo foi exercido de maneira genocida, sem nenhuma base legal a não ser a palavra (decisão) do próprio soberano. É o momento que marca a adoção do “estado de exceção” como paradigma da política. Isto porque “as leis penais destes autoritarismos mostravam só a cara visível do sistema penal formal, e algo do sistema penal paralelo, enquanto por debaixo funcionava o subterrâneo, sem lei e sem limites”. (ZAFFARONI, OLIVEIRA, 2010, p. 16).

A estratégia latente de eliminação de determinadas categorias de indivíduos, definidos por critérios étnicos, religiosos e sexuais, fez com que o ordenamento jurídico de direitos e garantias não suportasse tamanha opressão sem que perdesse completamente a lógica e se desprendesse da ética vigorante até então. Isto significou inclusive a suspensão da lei penal liberal em relação a estas pessoas, contra quem o tratamento punitivo tornou-se estritamente policalesco.

Explica Hannah Arendt:

O Estado-Nação, incapaz de prover uma lei para aqueles que haviam perdido a proteção de um governo nacional, transferiu o problema para a polícia. Foi essa a primeira vez em que a polícia da Europa ocidental recebeu autoridade para agir por conta própria, para governar diretamente as pessoas; nessa esfera da vida pública, já não era um instrumento para executar e fazer cumprir a lei, mas se havia tornado autoridade governante independente de governos e de ministérios. A sua força e a sua independência da lei e do governo cresceram na proporção direta do influxo de refugiados. Quanto maior era o número de apátridas e de apátridas em potencial – e na França antes da Segunda Guerra Mundial esse grupo atingiu 10% da população total –, maior era o perigo da gradual transformação do Estado da lei em Estado policial. (2007, p. 321).

Mesmo tal estrutura que aparentemente deixava à mostra sua perversidade, fundava a exceção implantada na busca pelo inimigo, levando ao extremo os mitos cientificistas, agora sob o fundamento de resguardar os Estados Nacionais (período marcado pelos regimes totalitários de cunho nacionalistas). Nesse momento, o ser humano descartável² é abertamente trazido à ordem jurídica como forma de exceção às leis formais, as quais se aplicavam a esta categoria de pessoas desaplicando-se.

Na América, e principalmente na América Latina, o fenômeno implantou-se de maneira pouco diferente. Em um primeiro momento, no estágio colonial, o poder punitivo

² “Efetivamente: os perigosos foram parasitas para os soviéticos, sub-humanos para os nazistas e inimigos do Estado para os fascistas, todos submetidos a um sistema penal paralelo, a tribunais inquisitoriais/ policiais. Por suposto que na realidade foram bem mais cruéis os nazistas, mas isso não exclui outras atrocidades nem obsta a que no fundo houvesse uma base ideológica comum ou tribunal penal, que era o perigo médico/ policial (racismo) proveniente do século XIX”. (ZAFFARONI, OLIVEIRA, 2010, p. 16). Grifos no original.

atuou basicamente na criação de verdadeiros campos de concentração de nativos, considerados naquele momento seres inferiores³ como já referido. (ZAFFARONI, OLIVEIRA, 2010, p. 20).

Mesmo após a independência dos países colonizados na América, tal qual o Brasil, o sistema repressivo de total exceção perdurou por décadas, visto que era controlado por oligarquias desprovidas de regimes legais. Como resposta a este período de desordem legal é que surgem as constituições e códigos penais liberais.

Superada esta fase, no entanto, os países americanos logo trataram de se espelhar nos avançados europeus e norte-americanos, culminando na adoção da então imperante política da exceção permanente (política adotada principalmente pelos regimes autoritaristas europeus), por meio da qual se busca legitimar o uso do poder repressivo ilimitadamente.

Posteriormente, com a finalidade de superarem-se governos populistas, instauraram-se diversas ditaduras apoiadas pelos Estados Unidos da América, perseguindo o então inimigo: o comunismo. Zaffaroni descreve o momento histórico (2010, p. 23):

Para eliminar os últimos vestígios das políticas populistas, sua definição de inimigo não se deteve nos integrantes dos grupos armados minoritários, senão que em alguns casos extinguiu fisicamente uma geração de dirigentes atuais e potenciais. (...) Para isso exerceram um formidável poder punitivo ilimitado. Estabeleceram um sistema penal paralelo pervertendo as medidas de exceção das constituições, impuseram penas sem processo e submeteram civis a tribunais e comissões militares. (...) Em que pese esta atrocidade real, o discurso jurídico-penal seguiu alimentado pelas teorias alemãs, e nem sequer se teorizou um direito penal de segurança nacional, salvo alguma exceção isolada.

Aqui fica claro que um “direito penal do inimigo”, de exceção, fora implantado sem qualquer previsão legal, como ocorrera em diversos outros períodos. O cunho político (e atualmente calcado na política da exceção permanente) da atuação do poder punitivo é de tamanha monta que a tentativa de teorizar uma nova teoria em decorrência de ataques terroristas, ou do surgimento de novos bens jurídicos está fadada ao insucesso se pretende figurar como um paradigma político novo, visto que se trata de um paradigma predominante ao longo da história do poder repressivo.

Neste momento resta indagar: quem seria o inimigo na modernidade recente? De plano, temos que a palavra “inimigo” se contrapõe ao conceito de “cidadão” (REYES

³ “O discurso penal tratou os nativos como inimputáveis (assimilando lambrosianamente as crianças e os selvagens) e os mestiços como loucos morais em potencial. Deste modo racionalizava-se sua exclusão e convertia-se os mais rebeldes em inimigos (selvagens, inimigos da civilização, do progresso etc.)” (ZAFFARONI, OLIVEIRA, 2010, p. 21). Grifos no original.

ALVARADO, 2006, p. 783). Ao cidadão seria aplicado as regras normais de pacificação social, quanto ao inimigo haveria um tratamento mais rigoroso, especial em relação àquele. “Inimigo”, segundo Jakobs é

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. (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2007, p. 42).

Com essa dicotomia não quer se afirmar que o cidadão não comete crimes, mas que “nem todo delinqüente é um adversário do ordenamento jurídico” (JAKOBS, CANCIO MELIÁ, 2007, p. 43). Dessa forma, deve-se buscar um critério diferenciador entre o crime praticado por uma pessoa e ela ainda conservar o “status” de “cidadão”; ao passo que cometido por outra, esta ganharia a condição de “inimigo”. Luis Gracia Martín expõe a diferença entre “cidadão” e “inimigo”:

Os inimigos são indivíduos cuja atitude, na vida econômica, mediante sua incorporação a uma organização, reflete seu distanciamento, presumivelmente duradouro e não apenas incidental, em relação ao Direito, e que, por isso, não garantem a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal, demonstrando esse déficit por meio de sua atitude. (2007, p. 82)

Jesús-María Silva Sánchez afirma que o indivíduo não nasce “inimigo”, mas se torna um através do abandono duradouro do Direito e essa “transição da condição de ‘cidadão’ para ‘inimigo’ iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinqüência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas” (2002, p. 149).

Luis Gracia Martín indaga se nas sociedades modernas existe, objetivamente, a figura do inimigo diante de determinadas situações ou condutas que seriam capazes de identificá-lo. Mas se possível identificá-lo e tratá-lo penalmente de forma diferenciada, qual seria a justificação e quem seria competente para apontar quais seriam os inimigos? (2007, p. 80).

Ainda, é bastante questionável a legitimidade de uma construção teórica que retira daquele considerado inimigo a sua condição de pessoa, pois não é a quantidade de direito de que alguém é privado que lhe anula essa condição, 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*. (ZAFFARONI, 2007, p. 18).

A negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é a sua essência, ou seja, é uma consequência da individualização do ser humano como inimigo, mas nada nos diz a respeito da individualização em si mesma. (ZAFFARONI, 2007, p. 21).

Ao que parece, a busca incessante pela classificação do sujeito na categoria de cidadão ou de inimigo provém de uma falta de rigor racional impulsionada por teorias hobbesianas que trataram de levar a racionalidade contratualista às últimas consequências. É o que nos indica Otfried Höffe:

Na guerra civil se vivencia diretamente com uma implacabilidade palpável, porque são necessárias as instituições políticas fundamentais. Direito e Estado são necessários para garantir a paz e possibilitar a sobrevivência, a liberdade e a felicidade dos homens. Uma filosofia que olha paralisada para o perigo da guerra civil (em tempos recentes com menos dramaticidade para o risco da ingovernabilidade) pensa em categorias de amigo-inimigo, de decisão e sua efetivação, de comando e obediência e tende a uma absolutização do direito positivo e do Estado. (2005, p. 11).

Uma atenciosa análise nos leva a perceber que a perseguição de inimigos encontra-se no âmago do poder punitivo desde seu aparecimento na história. Entretanto, tomando por base a modernidade, observa-se que a margem cinzenta entre o direito de guerra e o direito de garantias encontrava-se margeada e controlada pelo direito penal liberal, o qual fora dominado por uma completa indeterminação totalitária.

No contexto da legitimação, a teoria do direito penal do inimigo, diferentemente de outrora, não intenta tão-somente viabilizar a criminalização de condutas de minorias e estranhos ao sistema dominante. Pelo contrário, representa, sob a perspectiva que se aborta, a legitimação da política de exceção permanente, ou seja, da indeterminação. Do ponto de vista teórico porque se nutre de um contratualismo extremista e, do ponto de vista prático, porque incapaz de diferenciar precisamente cidadãos de inimigos.

Do ponto de vista prático, elegeu-se na realidade brasileira a figura do traficante como o “inimigo” previsto na teoria de Jakobs, o que, muito se deve pelas práticas advindas do tráfico (poder paralelo, corrupção, homicídios, ataques ao Estado, etc.). Além disso, a Constituição Federal colaborou com essa construção ideológica ao colocar o tráfico de drogas como figura equiparada a crime hediondo (art. 5º, XLIII, CF).

Assim, o próprio constituinte em 1988, ao prever esse mandado de criminalização expresso, acaba por conduzir uma ideologia de tratamento penal mais rigoroso ao traficante de drogas, o que foi concretizado com a Lei nº 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos, que na sua redação original, dentre outras coisas, previa o regime integralmente fechado. Diante desse quadro de tratamento mais rigoroso, sedimentou-se na ideologia coletiva a figura do traficante como inimigo social.

Vale lembrar que Jakobs apresentara o conceito de inimigo em 1985 numa palestra proferida em um Seminário de Direito Penal, em Frankfurt. Em 1999, na Conferência do Milênio em Berlim, retoma o conceito, com contornos definitivos, de Direito Penal do Inimigo (MORAES, 2011. p. 181). Interessante notar que, antes mesmo do contorno definitivo dessa teoria, enquanto Jakobs apenas apontava que as legislações estavam sendo conduzidas por um pensamento de enfrentamento em certos casos/pessoas, o constituinte de 1988 já determina uma necessidade de tratamento mais rigoroso, com limitações de garantias processuais, para algumas categorias de criminosos.

Dessa forma, a Constituição ao apontar um tratamento mais rigoroso aos crimes hediondos e equiparados acaba, por intermédio do mandado de criminalização, contribuindo para a formação de uma ideologia em face dos autores desses crimes como inimigos da sociedade, em especial, com o que ocorre com os traficantes, figura difundida na realidade delituosa brasileira.

4. GARANTISMO COMO LIMITADOR DA CRIMINALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

Túlio Vianna aponta o surgimento de dois modelos de Direito Penal como instrumentos limitadores do poder: o garantismo apresentado por Luigi Ferrajoli, “fiel à tradição juspositivista que não admite a deslegitimação do Direito por dados empíricos, e o Direito Penal antropológicamente fundado de Zaffaroni, inspirado na sociologia conflitivista” (2007, p. 175).

O Garantismo Penal, elaborado por Ferrajoli, é a corrente de política criminal alternativa que parte também de alguns dados da Criminologia da Reação Social e Crítica para elaborar propostas políticas de funcionamento do sistema penal. O que o diferencia dos demais movimentos é, dentre outras questões, o fato de contrapor-se à perspectiva abolicionista, por entender que o sistema penal nas sociedades modernas será sempre

necessário, não representando apenas uma etapa a ser superado por outros modelos de solução de conflitos. Para justificar-se, afirma que a pena não tem um caráter irracional, mas efetivamente cumpre uma função preventiva.

Os princípios que regem o modelo garantista, segundo Ferrajoli, são fruto da tradição iluminista e do liberalismo, são eles: a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes e a presunção de inocência (2006, p. 37).

Embora a Constituição determine a tipificação de condutas sem apontar expressamente a forma e seus contornos, deve-se ter em mente que o mandado de criminalização não pode ser uma autorização para supressão de direitos e garantias fundamentais do acusado, devendo a tipificação das condutas obedecer as demais normas e princípios constitucionais.

Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias pondera que

[...] embora, ainda aqui, fique uma larga e incontornável margem de liberdade à legislação ordinária no que toca o exacto âmbito e à concreta forma de criminalização, bem como, em princípio, às sanções com que os comportamentos devem ser ameaçados e à sua medida. (2007, p. 129).

Contudo, não é que se verifica, apenas para exemplificar, nas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) e da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06). Ambos são temas expressos no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição, que foram regulados por leis infraconstitucionais as quais trouxeram um tratamento penal mais rígido a esse tipo de criminalidade.

Baseada nos ideais de direito penal do inimigo, a Lei nº 8.072/90 previa regime integralmente fechado para os delitos considerados hediondos. Tal previsão foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por violar direitos e garantias do preso (STF, HC nº 82.959/SP). Da mesma forma, a impossibilidade de liberdade provisória (STF, HC 104.339/SP – Informativo nº 665) e da inaplicabilidade de penas restritivas de direitos (STF, HC 105.779/SP – Informativo nº 615) nos crimes previstos na Lei de Drogas, que foram consideradas limitações inconstitucionais por contrariar direitos e garantias fundamentais do acusado.

Dessa forma, faz-se necessário determinar quais os limites dos mandados de criminalização diante das demais garantias e direitos fundamentais esculpido na Constituição Federal de 1988, pois a construção da estrutura teórica e jurídica necessita que os anseios

Garantistas façam parte do arcabouço normativo e que contextualize a aplicação da lei penal no caso concreto, sem, contudo, afastar por completo os dispositivos que determinam um tratamento penal a certas condutas.

5. CONCLUSÃO

É certo que a Constituição Federal determina, expressa ou implicitamente, que o legislador infraconstitucional criminalize determinadas condutas. Aqui foi analisado o ponto referente aos crimes hediondos, em especial o tráfico de drogas, que, em virtude do tratamento mais rigoroso imposto pela lei aliado a construção da figura do traficante como promotor das piores mazelas sociais, foi alçado à condição de inimigo pelos defensores da teoria de Jakobs.

A atuação do constituinte acabou por fomentar a ideologia em torno daqueles que comentem crimes hediondos. Essa própria terminologia nos dá a ideia de quanto a conduta é considerada grave e isso faz com que a aqueles que a praticam sejam colocados numa condição de intolerável pela sociedade. Some-se a isso a atuação de uma mídia que explora e espalha a sensação de criminalidade.

Essa convergência de fatores faz com que esteja eleito o inimigo dentro da realidade brasileira, sendo que, um dos colaboradores foi o próprio texto constitucional.

Por certo não se está defendendo que aquele que trafica tenha o mesmo tratamento penal e processual dos crimes comuns. Os mandados de criminalização, nesse ponto, são preocupações do constituinte diante de condutas que colocam a sociedade exposta a um risco grave. No entanto, essa imposição ao legislador infraconstitucional que criminalize certas condutas, não lhe dá a plena autorização para fazê-lo ao arrepio dos limites básicos dos pilares garantistas.

Assim, os mandados de criminalização não significam uma carta branca ao legislador, que tudo pode. Deve-se respeitar os limites estabelecidos na própria Constituição, que traz um largo rol de direitos e garantias penais e processuais aos acusados.

Diante do exposto, temos que a Constituição Federal, através de seus princípios e bens fundamentais, deve nortear o legislador naquilo que ele pode e deve criminalizar e naquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal, através de uma ordenação axiológica jurídico-constitucional.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Portugal: Edições 70, 2010-B.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GIACOIA JR., Oswaldo. *Nietzsche e a genealogia do direito*. In FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. *Avatares da penologia em tempos de bio-política*. In ALVES, F. B. CAMBI, E. KLOCK, A. B. *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. BIANCHINI, Alice. *Direito Penal. vol. 1: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRACIA MARTIN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. trad.: Luiz Régis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução de Ernildo Stein. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JAKOBS, Günther. *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*. In MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Volumen 2. Madri: Edisofer S. L., 2006, p. 93-116.

_____. *¿Terroristas como personas en Derecho?* In MELIÁ, Cancio. JARA DÍEZ, Gómez. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Volumen 2. Madri: Edisofer S. L., 2006, p. 77-92.

JAKOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2011.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

REYES ALVARADO, Yesid. *Normativismo y derecho penal del enemigo*. in CANCIO MELIÁ, Manuel, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Edisofer, 2006.

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

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

VIANNA, Túlio Lima. *Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2ª ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.